

El tráfico de influencias en cuatro sentencias

Miriam CUGAT

Ante la reciente introducción de los delitos de tráfico de influencias nos invade la pregunta de para qué sirve, o en otras palabras a qué casos se debe aplicar. Mis hipótesis son en primer lugar, que tiene un campo de aplicación limitado, de modo que probablemente en gran parte hubiera bastado con una reforma de los tipos penales clásicos para adaptarse a las nuevas formas de delincuencia, y en segundo lugar, que parte de su utilidad es fundamentalmente simbólica. De todos modos, dado que éstos tipos no sólo se mantienen en el nuevo Código Penal de 1995 sino que se amplían respecto de su redacción original de 1991, y que por lo tanto tienen una vocación de aplicación y autonomía respecto de los delitos clásicos contra la Administración pública, es fundamental empezar a establecer pautas para su interpretación y aplicación jurisprudencial. Cabe decir que en este artículo no se pretende ofrecer un estudio exhaustivo del delito, lo que corresponde a otro tipo de trabajos¹. Por el contrario, se limita a exponer y analizar algunas de las sentencias que, de momento directa o indirectamente, han abordado el tema, en las que se pone a prueba la capacidad de los nuevos tipos para responder a las nuevas formas de criminalidad que pretenden combatir. En suma, dejando de lado la polémica acerca de las razones de la introducción legislativa del delito o de su eventual falta de aplicación, creo conveniente empezar a concretar criterios de aplicabilidad, para dar sentido al que ha sido el delito bandera de la lucha contra la corrupción².

II. PROBLEMAS JURISPRUDENCIALES DE CONCRECCION DEL AMBITO TIPICO: ¿TRAFICO O INDUCCION?

Hasta el momento son prácticamente inexistentes las ocasiones en que el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca del tráfico de influencias. En realidad la vida del delito se inaugura con mal pie, puesto que la primera sentencia que se conoce sobre el tema: la STS 24/6/1994 por el caso "Juan Guerra", no llega a aplicar este delito en base al principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables al reo. Se podría considerar que esta falta de Jurisprudencia sobre la materia responde al hecho de que sólo ahora, después de cuatro años de la introducción del deli-

to, pueden empezar a llegar al TS procesos iniciados después de aquella reforma legal por LO 9/1991, sin embargo la situación en las Audiencias no es más optimista. Tampoco en este nivel proliferan las sentencias por tráfico de influencias, y paradójicamente parecía que existían evidencias de esta conducta por doquier. Por ello se puede pensar que empiezan a existir indicios de que efectivamente se trata de una ley penal simbólica, es decir destinada fundamentalmente a emitir un mensaje tranquilizador a los ciudadanos, y no especialmente orientada a su aplicación³. En las sentencias que se exponen a continuación se analizan los supuestos de hecho que pueden ser calificados de tráfico de influencias, y se sacan algunas conclusiones acerca de la capacidad de rendimiento de los nuevos tipos penales.

1. Concurso entre la conducta de ejercicio de influencias y la de prevaricación

A. Caso J. Guerra (STS 1312/1994 de 24 de junio): Negación del TS de la idea del total vacío de punibilidad anterior (SAP Sevilla 186/1993 de 9 de julio) y casación de la sentencia absolutoria: afinidad del nuevo delito de tráfico de influencias con la figura clásica de inducción a la prevaricación.

En esta sentencia, recaída sobre uno de los procesos seguidos contra J. Guerra, el Tribunal Supremo califica las conductas de éste y sus socios y colaboradores como participación en la prevaricación, aunque sostiene que hubieran podido ser calificadas como tráfico de influencias, de haber estado en vigor este tipo penal. En definitiva, este Tribunal considera, en contra del parecer de la Audiencia⁴,

³ Creo que en este punto es interesante recordar que precisamente la respuesta oficial del partido salpicado por el escándalo (cfr. por ejemplo las declaraciones de Txiki Benegas en *El Periódico* de 21/1/1990) y de A. Guerra en su comparecencia en el Congreso de Diputados ante el descubrimiento de los hechos protagonizados por su hermano, apuntaban a la condena moral de las conductas, que sin embargo no se reputaban delictivas conforme la legislación vigente, por lo que se aprovechaba para instar una reforma del Código que las incluyese. Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados 1/2/1990, núm. 10. Cfr. también el comentario a tal intervención de Jiménez Sánchez, *Una teoría del escándalo político. Conflictos en la esfera pública de la España del S XX*, Tesis doctoral, Universidad Complutense, 1993, 237.

⁴ Cfr. SAP Sevilla 186/1993, de 9 de julio, FD 4º, "al no concurrir en los acusados G., A. y M. la condición que exige el tipo de ser funcionario público no cabe su condena a título de inducción o cooperación necesaria. El Tribunal Supremo es claro y contundente en sus sentencias: sólo puede cometer el delito de prevaricación el funcionario público, y ello ha venido a ser ratificado por el Poder Legislativo que, atento a acontecimientos como el que nos ocupa, que además habían tenido amplio eco en los medios de comunicación (...), ha llenado el vacío legal existente con la inclusión en el Código Penal (...) entre otros, del art. 404 bis b), que si bien define a la perfección lo aquí aconte-

¹ Véase al respecto mi estudio monográfico sobre "La desviación del interés general y el tráfico de influencias", Editorial Cedecs, actualmente en prensa.

² Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno, IV Legislatura, 13/12/1990, núm. 76, 3820, Sr. Souto Paz (CDS): "Más allá de las dificultades técnicas y de sus posibles deficiencias, esta proposición de ley supone, antes de nada, una condena expresa y contundente de la corrupción política y administrativa y un intento serio de cerrarle todas las puertas."

que antes de la reforma de 1991 por la que se introduce este delito, no existía un relevante vacío de punibilidad que impidiera sancionar la conducta del "extraneus" que participa en un delito especial propio como la prevaricación⁵. Por ello, aunque las conductas enjuiciadas no se califiquen como tráfico de influencias, sino como participación en la prevaricación, el hecho de que este tipo se considere aplicable teóricamente, otorga a la sentencia un especial interés a los efectos que nos interesan de delimitación de la conducta típica. Aún más, lo cierto es que no se trata sólo de que el supuesto de hecho encaje con el tipo, sino que más bien el tipo se hizo para encajar con esta clase de supuestos. En otras palabras, el tráfico de influencias se introdujo después de la salida a la luz pública de este caso precisamente para combatir supuestos de sus características⁶.

Una vez dado por sentado el interés que presenta la sentencia a efectos de delimitación de los supuestos de hecho a los que son aplicables estos tipos, podemos proceder a analizar los aspectos más relevantes de la conducta. En resumen, en este caso, J. Guerra y otros consiguieron la *recalificación de unos terrenos* (en el Polígono Fridex), *gracias al ejercicio de sus influencias* sobre el alcalde y los concejales del municipio de Alcalá de Guadaira que pertenecían a su mismo partido político. Mediante tales influencias y con sustanciales infracciones del procedimiento se consiguió que la zona pasara de la calificación de "zona de equipamiento con destino a zona verde", a la de zona industrial, con el correspondiente incremento del valor de la misma. Así, por esta vía se consiguió lo que los anteriores propietarios del terreno (ENSIDESA), nunca llegaron a alcanzar, a pesar de sus conversaciones con miembros del mismo órgano municipal para obtener la recalificación.

En primer lugar, se debe prestar atención al elemento de la *influencia*, que es el que vertebró la conducta del delito de tráfico de influencias⁷, y se encuentra igualmente en la inducción a la prevaricación. La *problemática* que plantea este elemento es básicamente de *carácter probatorio*, puesto que

cido (...) no puede resultar de aplicación por cuanto al tenor del art. 25 de la Constitución Española nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito según la legislación entonces vigente."

⁵ "es obvio que pueden darse coincidencias (y de hecho, el tema que aquí se trata es paradigmático) entre este delito — que, al no estar declarado así en el momento de ocurrir los hechos, para nada puede ser objeto de consideración—, como ya se indicó, y el de prevaricación, y cuando uno de ellos, el de tráfico de influencias, sea medio para cometer otro de prevaricación, se dará generalmente un concurso de delitos a sancionar en una relación de medio a fin por el artículo 71 del Código Penal. Pero de ninguna manera ello supone que este nuevo delito haya venido a llenar un vacío —inexistente— respecto a la inducción o cooperación necesaria del delito de prevaricación." (FD 5º que resuelve el recurso del Ministerio Fiscal).

⁶ Cfr. supra, nota 3.

⁷ En este sentido cfr. FD 5º que resuelve el recurso del Ministerio Fiscal de la STS 24/6/1994, en el que se afirma que "El tipo objetivo en aquél, consiste en "influir", esto es, el verbo rector único del delito de tráfico de influencias es precisamente, como queda dicho, "influir", es decir, la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad".

por lo general la influencia se realizará en el ámbito privado y sin más testigos que el propio funcionario influido, que precisamente se encuentra en una posición de inferioridad y por lo tanto poco proclive a denunciar los hechos, máxime cuando éste podría llegar a ser castigado por el correspondiente delito de prevaricación por la emisión de la resolución injusta dictada bajo influencia. Por ello, como se demuestra en esta sentencia, la prueba de la influencia depende en parte de la prueba de otros elementos típicos, como la relación de prevalimiento, la emisión de una resolución arbitraria, y su carácter favorable al sujeto. Por lo tanto, se puede considerar que, si bien teóricamente los elementos del delito de tráfico de influencias y los de la inducción a la prevaricación son distintos, a la práctica los elementos distintivos del tráfico de influencias (prevalimiento y beneficio económico), son los que permiten la prueba del elemento típico de la influencia en la inducción a la prevaricación. Recuérdese, que en numerosos supuestos de resoluciones arbitrarias y aún beneficiosas para particulares vinculados al funcionario que dicta la resolución, no se ha llegado a la condena por inducción a la prevaricación por la difícil prueba de la influencia, y sólo se condena al autor de la resolución arbitraria⁸. Por ello, cabe pensar que el elemento que caracteriza al delito no es tanto o no sólo el de la influencia, sino el del prevalimiento del que se trata a continuación. En el mismo orden de consideraciones, cabe deducir también que, será irrelevante que la petición de resolución injusta se realice explícitamente o por actos concluyentes de la voluntad, puesto que no es un extremo que pueda ser probado, como se demuestra en este caso, y por lo tanto sería absurda su exigencia.

En segundo lugar, cabe tratar el elemento del *prevalimiento*, que aunque no es objeto de debate de la sentencia, puesto que no integra la tipicidad del delito de prevaricación aplicado, ya se detectó en este caso. La relación de prevalimiento aquí deriva de la especial posición que ostentaba en el grupo político el sujeto que ejerce la influencia, Juan Guerra, en este caso por ser hermano de quien poseía una posición crucial en el partido político al que también pertenecían el alcalde y concejales influidos. Del relato de hechos se pueden destacar dos notas que caracterizan el elemento del prevalimiento. La primera nota característica es la del *carácter material de la situación* de prevalimiento, de modo que no se restringe a supuestos de superioridad o jerarquía formal, de los que el sujeto se aprovecha, sino a cualquier tipo de supuesto equivalente. La segunda nota distintiva es la de su *entidad, que no llega a la de las coacciones*, que nos situarían ante un supuesto de autoría mediata, y descartaría la condena del alcalde y concejales influidos por delito de prevaricación, lo que no ocurre en el caso.

En tercer lugar, de la sentencia se puede des-

⁸ En la Jurisprudencia abundan las sentencias en que, a pesar de la prueba del beneficio a un particular, o incluso a un amigo, o pariente, no se considera probada la influencia de este sobre el funcionario competente. Así las SAP Zaragoza 13/2/1995, SAP Vizcaya 22/2/1995 y SAP La Coruña 24/2/1994.

prender que, tal como en el delito de prevaricación las *resoluciones discrecionales*, como son las relativas a la ordenación urbanística de los municipios⁹, integran el correspondiente elemento típico, es decir son controlables judicialmente, puesto que existen principios y criterios reglados para su adopción¹⁰. En este caso la injusticia de la resolución derivó de dos órdenes de criterios. Por un lado se pudo comprobar un *cambio* injustificado y por lo tanto *arbitrario de parecer* por parte del órgano municipal, que habiendo negado la recalificación a la anterior empresa solicitante (Ensidesa), la admitió a J. Guerra y sus socios (Cimpasa), sólo unos meses después y sin que se constatará ningún cambio en las circunstancias o política municipal, y con el único cambio perceptible de sujetos solicitantes. Por otro lado, se adoptó la resolución, sabiendo que *contradecía el informe jurídico* desfavorable, con *ocultamiento de la información* necesaria al resto de grupos y vicios de procedimiento, y con especial *vulneración de los trámites obligatorios* del art. 50 de la Ley del Suelo¹¹. En definitiva, de este caso no se desprenden especiales novedades que introduzca el tipo del ejercicio de influencias a la inducción a la prevaricación, pero se reitera la idea de que ambos delitos pueden apreciarse ante resoluciones discrecionales.

Finalmente, en la sentencia se hace referencia al *beneficio* que supone para los propietarios de los terrenos el hecho de su recalificación. Aunque tampoco sea un elemento típico del delito de prevaricación, una vez más sí que se encuentra en el tipo de ejercicio de influencias, y el supuesto de hecho puede servir para orientarnos en su interpretación. Así, se puede entender que el elemento del beneficio no se debe interpretar como una suma de dinero concreta, sino *cualquier tipo de incremento patrimonial*¹², como el que se produce con la recalificación por el aumento del valor de los terrenos.

En suma, a la vista del análisis de los elementos típicos de uno y otro delito que aparecen en esta sentencia, no parece que existan demasiadas diferencias entre la inducción a la prevaricación y el de-

lito de ejercicio de influencias, como mínimo de entrada¹³, por lo que éste sólo conserva el elemento del "tráfico" en el nombre. De todos modos, es cierto que éste último puede aportar algunas soluciones a algunos de los problemas planteados por el primero, con lo que demuestra parte de su capacidad de rendimiento. Así, aunque la STS 24/6/1994, suscribiendo la tesis del Ministerio Fiscal, no dude en admitir la *participación del extraneus en un delito especial propio*¹⁴, como la prevaricación, cabe no olvidar que existían controversias en la Doctrina acerca de su admisibilidad¹⁵. En esta sentencia se ratifica tal posibilidad, y además se encuentra una solución que pretende mantener la proporcionalidad de la pena del partícipe con la del autor, aplicando al primero la atenuante análoga del art. 9.10 Código Penal anterior (en adelante CPA) (21.6 del nuevo Código Penal, en adelante NCP), en base a la norma de la no comunicabilidad de las circunstancias personales al partícipe, contenida en el art. 60 CPA (art. 65 NCP)¹⁶. En definitiva, ante las dificultades expuestas de persecución penal del extraneus en estos supuestos, el delito de tráfico de influencias, opta por tipificar como sujeto activo de la conducta al particular o funcionario público no competente para dictar la resolución. Asimismo, prevé una pena para tales sujetos con mayor eficacia preventiva que la de inhabilitación especial¹⁷, en la que se incluye la pena de multa y la privación de libertad.

¹³ Así por ejemplo, Muñoz Conde, *Derecho Penal*. PE, 1996, 883.

¹⁴ En este sentido cfr. SSTs. 18/1/94; 2/2/94.

¹⁵ Como afirma G. Quintero Olivares, *Los Delitos Especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español*, CYMYS, Barcelona, 1974, 56, en la doctrina española ya nadie defiende la impunidad del extraneus, aunque queda abierta la cuestión acerca del fundamento de la punibilidad de sus conductas.

En cambio, cabe recordar, que la sta. de la A. Sevilla 186/1993 de 9/7/1993, absolvió a los extraneus que participaron en el delito de prevaricación, por no reunir la cualidad subjetiva exigida por este delito especial.

¹⁶ La posibilidad de una aplicación del art. 60 CPA a través de una forma análoga como la del art. 9.10 CPA a los delitos especiales, fueran propios o impropios, fue objetada en su día por G. Quintero Olivares, *Los Delitos Especiales*, cit., 70, por el carácter artificioso de la solución. Sin embargo, se debe decir que ésta ha sido la solución adoptada por el TS, quien a falta de otras previsiones legales, ha acudido a esta solución. Esta nueva Jurisprudencia es valorada positivamente por J. A. Choclan Montalvo, "La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio", *Actualidad Penal*, núm. 8, Madrid, 1995, 99, en la medida en que suple una laguna legislativa, en tanto el CP no contiene una previsión paralela al art. 28.1 StGB. En el mismo sentido, cfr. E.B. Marín de Espinosa Ceballos, "La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994)", *Actualidad Penal*, núm. 2, Madrid, 1996, 23, según quien, si bien se podría criticar la aplicación directa del art. 60 CPA, en tanto la cualidad de funcionario público es un elemento esencial y no accidental, como requiere el art. 60 CPA, de hecho no se aplica como tal, sino a través de la atenuante análoga del art. 9.10 CPA.

¹⁷ En sentido crítico a la aplicación de la pena de inhabilitación al partícipe en un delito de prevaricación, se había manifestado, por ejemplo, E. B. Marín de Espinosa Ceballos, "La atenuación de la pena al partícipe no cualificado", cit. 23, según quien, aunque la inhabilitación teóricamente se pudiera aplicar también a los particulares, a la práctica no les afectaba necesariamente. De modo que, estando de acuerdo con la solución jurisprudencial de sancionar al extraneus partícipe en estos delitos especiales, no consideraba que el tipo de pena previsto fuera eficaz. Frente a ello consideraba más apropiada la pena de multa, que como se puede comprobar, es una de las que ha recogido el delito de tráfico de influencias.

⁹ Cfr. FD 4º que resuelve el recurso del alcalde de Alcalá de Guadaira.

¹⁰ Así, en el FD 4º que resuelve al recurso del Alcalde de Alcalá de Guadaira, considera que la potestad planificadora en materia de urbanismo, a pesar de ser discrecional, "cuando se mueve dentro de los parámetros del respeto a los intereses generales, nada tiene que decir —aunque tales criterios pueden ser discutibles y aun impugnables en la vía correspondiente— el Derecho Penal, que sólo interviene cuando impera la arbitrariedad, la incongruencia o la injusticia material o la injusticia manifiesta".

¹¹ En este caso, la calificación urbanística era definitiva y sólo se podía reformar a través de la modificación del Plan General de Ordenación Urbana. A pesar de ello, la solicitud de recalificación se incluyó de modo irregular entre las alegaciones al Estudio de modificaciones, correcciones y deficiencias, que a pesar del informe jurídico desfavorable, contó con un informe favorable por parte del arquitecto municipal del mismo partido político que el interesado, que contribuyó a su posterior aprobación por la Comisión informativa y el Pleno del Ayuntamiento.

¹² Recuérdese que en el debate parlamentario prevalece el concepto amplio de beneficio económico, en el que se incluye lo que algunos parlamentarios, como el Sr. Castellano (IU), querían calificar como beneficio moral. De este modo, existe consenso en torno a que el beneficio puede derivar también de conductas como "colocar a un familiar" (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión constitucional, IV Legislatura, 7/11/1990, núm. 165, pág. 4942, 4947 y 4955).

B. Caso Pujana SAP Barcelona 28/7/1995: Afinidad entre el tráfico de influencias y la inducción a la prevaricación: concurso de leyes o de delitos? y "tráfico de influencias en cadena"; STS 31/1997 de 29 de enero: aplicabilidad del tipo de tráfico de influencias sin infracción del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables.

La sentencia anterior afirmaba la existencia de afinidad entre la inducción a la prevaricación y el tráfico de influencias¹⁸, y a la vez que negaba la existencia de un vacío de punibilidad anterior a la reforma, anunciaba una posible relación de concurso medial entre ambos delitos, a aplicar en adelante. Sin embargo, en aquel caso el TS no profundizó en el tema del concurso, dada la exclusiva vigencia de la prevaricación en el momento de comisión de los hechos y el carácter más beneficioso de su pena para el reo que el segundo. En este caso, tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo consideran aplicable el tipo de tráfico de influencias introducido en 1991. En concreto la STS (F.D.5º), reconociendo con la doctrina mayoritaria, que la ley vigente en el momento de "comisión" de los hechos es la ley vigente en el momento de realización de la acción, defiende que la ley aplicable es la ley vigente en el momento de adopción de la resolución, en base a que ésta no forma sólo parte del resultado sino también de la acción delictiva. Por lo tanto, aunque la ley vigente en el momento de ejercer la influencia no contemplara el delito de tráfico de influencias, éste es aplicable, porque la ley que lo recoge ya estaba vigente en el momento de adopción de la resolución, que, como se ha dicho, el T.S. consideró que también formaba parte de la acción delictiva. Así, considerando que la ley que recoge el tipo de tráfico de influencias ya era aplicable, la SAP Barcelona de 28/7/1995, por el contrario, aunque *suscribe la solución del concurso medial de delitos, sólo aplica el tráfico de influencias*, en base al principio acusatorio, puesto que si es cierto que se les había acusado por ambos delitos, se planteaba una relación de alternatividad en las acusaciones, que descartaba la posibilidad de apreciarlas conjuntamente, y por lo tanto aplicar el concurso de delitos.

En este caso, se consideró probado que *un empresario vinculado por razones de amistad al alcalde de Hospitalet de Llobregat, influyó en éste prevaleciéndose de su relación para que a su vez influyera sobre el funcionario competente para obtener una resolución, por la que se adjudicaba a una empresa constituida al efecto por otros sujetos ("Construcciones Blas Zaplana, SL), la construcción de varios aparcamientos subterráneos en la localidad, sabiendo el empresario y el alcalde, que la empresa subcontrataría a otra (Vicsa), de la que era accionista mayoritario el amigo del alcalde.*

La calificación de los hechos que realiza la Audiencia y mantiene el Tribunal Supremo fue de: *delito de ejercicio de influencia de funcionario* (del en-

tonces 404 bis a) CPA, 428 del NCP), del que debían responder el alcalde, a título de autor directo y el particular, a título de inductor, apreciándose un "tráfico de influencias en cadena"; y finalmente de delito de prevaricación dolosa (del entonces art. 358 CPA), del funcionario que dicta la resolución.

En esta sentencia se plantea de nuevo el problema de la prueba de la *influencia*, y se vuelve a constatar la dificultad de obtención de pruebas directas sobre ella. Una vez más pues, y a pesar de la lógica negación por parte de los acusados del uso de la influencia, se declaró probada su existencia a partir de la prueba de la relación entre los implicados (entre el alcalde y el amigo, entre el amigo y los socios de la empresa adjudicataria y finalmente entre éstos y el alcalde), la prueba de la constitución de la sociedad con el único motivo de conseguir la adjudicación que tenían asegurada, y la prueba de los testigos que declaran que el amigo hacía ostentación del beneficio que le reportarían sus relaciones con el alcalde. En este caso, volvió a ser determinante para la prueba de la influencia, la prueba del *prevalimiento*, que se dedujo de la relación de superioridad del alcalde respecto del funcionario influido, por su condición de alcalde y por su posición en el partido político al que ambos pertenecían, en el que ocupaba el cargo de Secretario General de la Federación de Hospitalet de Llobregat y de la Sociedad Municipal a la que pertenecía el funcionario público autor de la resolución de adjudicación.

La *desviación de la resolución* se dedujo de la concurrencia a la adjudicación de empresas mas solventes y ofertas más ventajosas, que la finalmente adjudicataria, que no ofrecía garantías de solvencia económica, técnica y profesional, ni cumplía el requisito de clasificación obligatoria para contratar con la Administración. Asimismo, se dedujo de la falta por parte de la adjudicataria del requisito de clasificación exigido para contratar con la Administración¹⁹, así como de la comisión de diversas irregularidades procedimentales, como la obviación del período de información pública previo a la aprobación definitiva del proyecto por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento y del período de información pública previo a la aprobación definitiva del proyecto; así como la falta de competencia para contratar del funcionario que decide la adjudicación de obras. Cabe decir que cuando la sentencia se refiere al elemento de la injusticia de la resolución, se refiere a los requisitos de "injusticia" propios de la prevaricación, que, siguiendo una Jurisprudencia constante, requiere un plus respecto de la mera ilegalidad²⁰. Como se expone a continuación, parece

¹⁹ Cfr. art. 287.1 de la Ley Municipal y de Régimen local de Cataluña de 15 de abril de 1987 y art. 98 de la Ley de contratos del Estado, Decreto 923/1965 de 8 de abril y art. 284 del Reglamento General de Contratación del Estado, Decreto 3410/1975 de 25 de noviembre.

²⁰ "la injusticia de la resolución a efectos penales viene dada por el hecho de que el acusado R., con notorio desprecio de las exigencias normativas y en perjuicio de las demás empresas concurrentes al concurso público, mediatizado por el acusado P., adjudicó la obra a una empresa a sabiendas de que no ofrecía garantía alguna de solvencia económica, técnica y profesional, con el único fin de favorecer a la entidad adjudicataria y satisfacer los intereses privados de quien influyó en su decisión."

¹⁸ Cfr. supra nota 5, FJ STS 24/6/1995.5º, que resuelve el recurso del Ministerio Fiscal

que para la Audiencia el elemento de la injusticia de la resolución no es un requisito del tráfico de influencias, y por ello cuando concurre considera aplicable un concurso con el delito de prevaricación.

Finalmente, entrando en el tema del concurso entre ambos tipos delictivos, cabe decir que, como se ha avanzado, esta sentencia mantiene la posición del TS de que cabe apreciar un *concurso de delitos entre el tráfico de influencias y la inducción a la prevaricación* para las conductas del empresario y del alcalde. La sentencia de la Audiencia²¹ considera, que "la inducción a la prevaricación no incluye el desvalor del beneficio económico obtenido, mientras que el tráfico de influencias no incluye el desvalor de la injusticia de la resolución provocada, por lo que, de obtenerse una resolución injusta sería necesario aplicar los dos tipos en relación de concurso ideal (medial) para agotar totalmente la calificación." Como se ha avanzado, el único motivo por el que la sentencia no aprecia el concurso es porque no ha sido planteado por las acusaciones, por ello en base al principio acusatorio, sólo aprecia el delito de tráfico de influencias, que es el más gravemente penado.

Una vez expuesta la solución de la Audiencia, podemos pasar al comentario de la misma. El argumento sobre el que se basa la solución del concurso de delitos que mantiene esta sentencia, parte, como la Doctrina²², de que existen elementos privativos de cada una de las figuras. Así, el tráfico de influencias, y sólo éste, contendría el elemento del beneficio económico, mientras que la prevaricación, y sólo ella, contendría el elemento de la injusticia. Es cierto que en la descripción de los elementos típicos aparecen en exclusiva unos y otros elementos, sin embargo, considero que esta solución no toma en consideración que el prevalimiento y el beneficio económico sólo tienen sentido como factores que agravan el peligro para el bien jurídico común al tráfico de influencias y a la prevaricación: la imparcialidad en la función pública. De modo que, de penarse la conducta en base a ambos tipos a la vez, se estaría vulnerando el principio de "ne bis in idem".

Es decir, si se sancionan las conductas encaminadas a la obtención de *resoluciones beneficiosas económicamente* que caracterizan al delito de tráfico de influencias es por razones de política criminal: porque parecen más atractivas y se quiere contrarrestar la motivación que ofrecen con la contramotivación de la pena para salvaguardar mejor la imparcialidad de la Administración. Sin embargo, no tiene sentido pensar que se protegen intereses económicos en sí, en otras palabras: buscar beneficios económicos no es malo en sí, sólo si afecta la

función pública. Tal como se desprende del debate parlamentario²³, la razón de que en el Código de 1995 se avancen las barreras de la punibilidad al acto de la influencia, sin necesidad de que se obtenga la resolución ni el beneficio económico, consiste en que lo que se quiere proteger es la imparcialidad y por lo tanto cualquier acto que ponga en peligro este bien jurídico público, quedando relegado a un segundo plano el factor del enriquecimiento personal. En el mismo orden de cuestiones, y contemplando la posibilidad de que se considerara también al *prevalimiento* como otro elemento privativo del delito de tráfico de influencias, como parece desprenderse de la sentencia de la Audiencia²⁴, cabría pronunciarse igualmente en contra. Es decir, no se puede pensar que a través del ejercicio de una influencia con prevalimiento se afecte algo diferente al bien jurídico propio de la prevaricación, sino que sencillamente se recoge en una conducta típica autónoma por la mayor peligrosidad que presente de afección del mismo bien jurídico, así como para poder perseguir formas de criminalidad organizada que usan del mismo, y que de otro modo no podrían incriminarse.

Por último, entrando en la consideración del *carácter injusto de la resolución* que se predica de modo exclusivo del delito de prevaricación, considero que, si bien es cierto que la "arbitrariedad" de la resolución sólo se requiere literalmente en el delito de prevaricación (art. 400 NCP), de ello no se deduce que el delito de tráfico de influencias se pueda cometer sólo ante supuestos de resoluciones desviadas pero no prevaricadoras o aún menos las resoluciones adecuadas a derecho. La exclusión de las resoluciones injustas del ámbito del tráfico de influencias, llevaría al sinsentido de penar más gravemente el ejercicio de influencias con prevalimiento para obtener una resolución meramente desviada, que la mera influencia a resolución injusta. Sin embargo, parece que esta es la opinión de la Audiencia, puesto que si considera que en el caso de resolución injusta existe concurso con el delito de prevaricación, es porque considera que el delito

²³ Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión constitucional, IV Legislatura, 7/11/1990, num. 165, pág. 4942 s., Sr. Castellano (IU): "estamos en contra de que el delito se entienda cometido cuando se obtiene un beneficio económico, sino que estamos en contra incluso que se reduzca el beneficio a lo económico (...). El beneficio puede ser también moral" (...). "El hecho sancionable no es en un momento determinado el que una persona se haya enriquecido. El bien protegible tiene que ser, en esta clase de legislación, la confianza en la imparcialidad de la Administración." A partir de esta intervención se abre el debate sobre el contenido del beneficio y la "punción de la tentativa" o de la mera influencia por la que no se llega a obtener el beneficio económico. Esta posición es de interés en la medida en que finalmente queda recogida por el NCP, que tipifica en el tipo básico del delito de ejercicio de influencias, la conducta del mero ejercicio de influencias, sin necesidad de obtención de resolución ni beneficio económico.

²⁴ En el delito de tráfico de influencias "Tampoco se trata, simplemente, de influir sobre un funcionario para que adopte determinada resolución, situación que, si la resolución es justa, resulta poco inocua y, de ser injusta, se corresponde con la inducción a la prevaricación. Se trata, más propiamente, de abusar de la influencia que se tiene sobre el funcionario, nacida del propio cargo del influyente o de cualquier otra relación para conseguir una resolución beneficiosa económicamente. En suma, se incrimina la presión ejercida sobre la administración para que actúe en determinado sentido, abusando de la influencia que pueda tenerse sobre ella."

²¹ FD 4º.

²² Así, Muñoz Conde, *Derecho Penal. PE*, 1996, cit., 884, según quien habría un concurso medial de delitos a solucionar por la vía del art. 71 NCP; a favor del concurso ideal: Díaz y García Conlledo, M. y Olaizola Nogales, I., "La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias", *AJA*, 223/1995, 3; y L. Monllas Cueva y G. Portilla Contreras, "Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias" (Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo), *Comentarios a la legislación penal*, T. XVI, Madrid, 1994, 236.

de tráfico de influencias sólo recoge los supuestos de resoluciones desviadas o justas, que es el único supuesto en el que este delito se aplicaría solo. En suma, esta solución de hecho ignora que el beneficio económico o el prevalimiento no introducen un desvalor con sustantividad suficiente como para sustentar el injusto, y sólo tienen sentido cuando se refiere a la obtención de resoluciones parciales, por lo que no se ve el sentido de excluir precisamente a las resoluciones injustas.

En base a todo ello, considero descartable la solución del concurso de delitos y más acertada la del *concurso de leyes*²⁵. La mayor gravedad de la pena del delito de tráfico de influencias en comparación con la de la prevaricación, sólo se fundamenta en la suma al carácter desviado o injusto de la resolución del prevalimiento y beneficio económico, pero no sólo en base a estos dos elementos, por ello la resolución típica puede ser también la injusta, y en tal caso no concurre concurso de delitos sino de leyes, en base al principio de *ne bis in idem*.

2. Concurso entre tráfico de influencias y cohecho: caso Calviá (SAP Mallorca 19/2/1993 y STS 883/1994 de once de mayo): la contraprestación como límite máximo del tráfico de influencias: la idea de prevalimiento es incompatible con la de la contraprestación propia del tráfico

En este caso se juzgaba la conducta de unos sujetos que ofrecieron contraprestación a un concejal del Ayuntamiento de Calviá (Mallorca) para que con su voto cambiara el color político de la mayoría del Ayuntamiento, que después de las elecciones de 1991, se sustentaba en una proporción de 11 a 10 a favor del PSOE. Con ello se quería conseguir la aprobación de determinadas resoluciones urbanísticas, de cuyos beneficios se adelantaría una "comisión" al concejal en cuestión. El caso se descubrió por la prueba de las grabaciones magnetofónicas que realizó el concejal de la oferta que había sido objeto.

Los hechos fueron calificados como *delito de cohecho*²⁶, con lo que se descartó la apreciación del tráfico de influencias²⁷, recogiendo literalmente la opinión doctrinal de Muñoz Conde²⁸, de que el primero es el límite máximo al segundo²⁹.

²⁵ A favor de esta interpretación cfr. López Garrido y García Arán, *El Código penal de 1995 y la voluntad del Legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, 183; Suárez Montes, R., "Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias", *Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, Revista Derecho Privado, Ed. Derecho Reunidas, Madrid, 1993, 1099; Garcías Planas, "El nuevo delito de tráfico de influencias", II. Colegio de Abogados de Baleares, Palma de Mallorca, 1992, 29.

²⁶ En contra de la condena del transfugismo retribuido como cohecho activo según el ordenamiento penal entonces vigente se pronuncia L. Rodríguez Ramos, "Transfugismo retribuido y cohecho", *Actualidad penal*, núm. 22, 1994.

²⁷ Esta interpretación fue corroborada en la STS 883/1994 de 11/5/1994 Fundamento de Derecho décimo, en la que no se aprecia en el caso ni resolución ni prevalimiento.

²⁸ Cfr. Derecho Penal. PE, cit., 884.

²⁹ "Pero, además, es que la concreta conducta tipificada en el ap. b) del art. 404 bis desconoce cualquier tipo de remuneración económica, pues de darse, se estaría sin más en presencia del

Esta sentencia recoge acertadamente la opinión doctrinal reproducida de que el *cohecho constituye el límite máximo del delito de tráfico de influencias*, de modo que de apreciarse la contraprestación, se debe descartar el tráfico de influencias. En primer lugar, cabe observar que en este caso la prueba del ofrecimiento económico fue facilitada por las grabaciones que hizo el concejal. Sin embargo, es obvio que en la mayoría de los supuestos de cohecho existen dificultades para obtener la prueba del ofrecimiento, lo que explica la introducción de la excusa absolutoria para los autores del delito de cohecho en el art. 427 del NCP. Ante tales dificultades probatorias, el delito de tráfico de influencias puede demostrar su capacidad de rendimiento, permitiendo la persecución penal de conductas de desviación de la función pública en las que no se llega a probar la contraprestación. Sin embargo, cabe decir que, si bien se ha afirmado que siempre que exista cohecho, no se puede afirmar la existencia de tráfico de influencias, puesto que éste requiere el elemento del prevalimiento, que de concurrir haría absurdo el ofrecimiento de contraprestación, no es cierto lo inverso. Es decir, no es cierto que, siempre que no se pruebe la contraprestación y exista resolución beneficiosa, se deba considerar probado el delito de tráfico de influencias, puesto que para la apreciación de este último, como se ha dicho, deberá probarse la relación de superioridad, lo que sirve como factor de deslindamiento de esta figura respecto del delito de prevaricación y de muchas de las incompatibilidades.

3. Concurso entre el tráfico de influencias en sentido estricto y la estafa por ofrecimiento de falsas influencias: El caso del despacho de abogados (STS 4/12/1992)

En el caso de la sentencia, un despacho de abogados *aparentó conseguir la libertad del marido de la cliente gracias al ejercicio de influencias sobre el magistrado competente*. Según la sentencia el objetivo se consiguió, si bien no fue gracias a las influencias (carta de recomendación) del abogado. A pesar de ello, el abogado, aparentando haber conseguido la libertad del detenido gracias a sus influencias, consiguió cuatro millones de pesetas por la operación, además de una alta credibilidad entre el resto de familiares de presos, que se apresuraron a iniciar los trámites correspondientes con uno de sus colaboradores.

En la doctrina se ha planteado el problema de si

delito de cohecho como ya ha apuntado la doctrina al señalar que es el límite máximo de este nuevo delito cuando no se puede probar el ofrecimiento de una contraprestación económica, pero sí la influencia y el prevalimiento derivados de la relación personal, esto es amistad, débito moral, etc., que es donde el legislador pone el acento del injusto, circunstancias por demás que no se dan en el supuesto de autos." En el mismo sentido la SAP de Barcelona 28/7/1995 examinada en el apartado anterior, entiende que: "La denominación de 'tráfico de influencias' no se corresponde exactamente con una situación de 'intercambio' como podría pensarse. No se trata de ofrecer algo al funcionario a cambio de que dicte una determinada resolución. Y no se trata de ofrecerle una contraprestación económica, porque tal situación se encuentra ya prevista en la figura del cohecho."

las influencias ofrecidas debían ser reales o podían ser falsas. Según la Doctrina mayoritaria la *influencia debe ser real*, puesto que de no serlo no se puede considerar afectado el bien jurídico de la función pública. De modo que para esta posición, los supuestos de influencia inexistente o existente pero que no se piensa ejercer, no constituirían la conducta típica del art. 430, sino la del delito de estafa, por afectar en exclusiva el patrimonio individual³⁰. La opinión doctrinal contraria, según la que las influencias pueden ser también inexistentes o las que no se piensan ejercer³¹, sólo se puede sostener en base a una concepción del bien jurídico como prestigio de la Administración pública, que en tal caso sí que podría quedar afectado por la imagen que se da de que los funcionarios en general o particular son corruptibles.

II. CONCLUSIONES Y PROBLEMAS ABIERTOS PARA LA JURISPRUDENCIA

En suma, en estas cuatro sentencias se contesta directa o indirectamente a algunas de las *cuestiones* que plantea el delito de tráfico de influencias. Resumiendo, este delito comparte elementos con el delito de inducción a la prevaricación (STS 24/6/1994), planteando un concurso, que, según la SAP Barcelona 28/7/1995, es de delitos, en contra de lo que he defendido la solución del concurso de leyes. Su límite máximo se encuentra en el delito de cohecho, como destaca la SAP Mallorca 19/2/1993, recogiendo la opinión doctrinal de Muñoz Conde, aunque como he destacado, no en todos los supuestos de influencia sin contraprestación existe tráfico de influencias, puesto que a falta de prevalimiento se debe apreciar, en su caso, una inducción a la prevaricación. Finalmente, aunque no se conocen sentencias del delito de tráfico de influencias en sentido estricto, en el caso de influencias falsas, la Jurisprudencia (STS 4/12/1992) aplica el delito de estafa, lo que es compatible con nuestra exigencia de que en el caso contrario se debe aplicar el primero.

A modo de *conclusión*, considero que los criterios mantenidos en estas sentencias y los supuestos de hecho a que se refieren pueden contribuir a

delimitar el ámbito de los diversos tipos de tráfico de influencias, aunque es cierto que debemos esperar a un ulterior desarrollo jurisprudencial, para definir mejor fundamentalmente el elemento del prevalimiento, que es el que caracteriza al delito objeto de estudio, pero también las características de la resolución, como supuestos de decisiones arbitrarias, de órganos colegiados, por omisión, etc.

Desde un *punto de vista crítico a la regulación del delito*, y desde nuestra postura según la que el delito de ejercicio de influencias (arts. 428 y 429) incluye las resoluciones injustas, previstas también en el delito de prevaricación, se puede predecir un posible solapamiento entre este delito y la inducción a la prevaricación. La razón de ello, es que por lo general el elemento de la inducción no se prueba de modo directo, sino a través de indicios, como la existencia de una relación de prevalimiento con el sujeto influido o el beneficio económico obtenido con la resolución, que sin embargo de probarse conducirán a la apreciación del delito de tráfico de influencias, haciendo difícil mantener un espacio propio para la inducción a la prevaricación. Por otro lado, en los supuestos en que ambos delitos no se solapan, es decir supuestos de mero ejercicio de influencia, más próximos a la estructura de la provocación o supuestos de inducción a resoluciones por omisión, (aún no planteados en la Jurisprudencia), no incluidos en la prevaricación, pero incluíbles en el tráfico de influencias (puesto que no se debe "dictar" sino "conseguir" una resolución), es el delito de tráfico de influencias el que planteará problemas de prueba. Por lo que en definitiva, los supuestos en que cuenta más posibilidades de ser aplicado coinciden en lo fundamental con los de la inducción a la prevaricación, mientras que en el resto de casos será difícilmente aplicable. Los mismos problemas probatorios se perciben en el delito de tráfico de influencias en sentido estricto del art. 430, puesto que por lo general los ofrecimientos de influencias se realizan en el ámbito privado y sin más testigos que los mismos implicados, siendo esta conducta aún más difícil de probar que la del cohecho, constituyendo la SAP Mallorca analizada una de las pocas que condenan por este delito por la denuncia del funcionario influido y la grabación de las conversaciones en que se ofrece la contraprestación.

³⁰ En este sentido cfr. Muñoz Conde, *DP.PE*, cit., 886; Orts Berenguer, E y Valeige Alvarez, I, "Comentario al delito de tráfico de influencias", en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 1849; Morillas-Portilla, "Los delitos de revelación"; cit., 242.

³¹ En este sentido cfr. QUERALT, *Derecho penal español*, PE.2ª ed., Bosch, Barcelona, 1992, 611; Suárez Montes, "Consideraciones", cit. 1100; y Casas Baquero, E., "Tráfico de influencias", *Estudios Penales en memoria del Profesor Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, 170