



Universidad de León

Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Público

*Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo  
Catedrático de Derecho Penal  
Director de Departamento*

El que suscribe, Miguel Díaz y García Conlledo, como Director de la tesis doctoral “**Estudio de los delitos de tráfico de influencias. Artículos 428, 429 y 430 del Código Penal español y 411 y 411A del Código Penal colombiano**”, presentada por el Sr. D. Juan Carlos Álvarez Álvarez en el Programa de Doctorado “Responsabilidad Jurídica. Estudio Multidisciplinar” de la ULE, autoriza el depósito de la citada tesis y el comienzo de su tramitación para su defensa.

En León, a 24 de mayo de 2019

Fdo.: Miguel Díaz y García Conlledo



universidad  
de león

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

Programa:

Responsabilidad Jurídica. Estudio Multidisciplinar

**TESIS DOCTORAL**

**Estudio de los delitos de tráfico de influencias. Artículos 428, 429 y 430 del Código Penal español y 411 y 411A del Código Penal colombiano**

Doctorando: D. JUAN CARLOS ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Tutora: Prof. Dra. D<sup>a</sup>. MARTA ZUBIAUR GONZÁLEZ, Profesora Titular,  
Facultad de Ciencias de la Actividad Física y del Deporte.

Director: Prof. Dr. Dres. h. c. D. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO,  
Catedrático de Derecho Penal

León, mayo 2019

# Contenido

<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	<b>18</b>
<b>BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE LOS ARTÍCULOS 428 Y 429 CP</b>	<b>18</b>
1. Consideraciones previas	18
2. El bien jurídico según la doctrina y la jurisprudencia	19
A. Imparcialidad y objetividad	19
B. La imparcialidad y/o la objetividad, la legalidad, la igualdad, la eficacia, integridad de las Administraciones Públicas.	37
C. La incorruptibilidad funcional, el interés general	39
D. La libertad del funcionario público en su proceso de deliberación	40
E. El punto de vista del Tribunal Supremo	42
3. Toma de postura sobre el bien jurídico	48
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	<b>53</b>
<b>EJERCICIO DE INFLUENCIAS SOBRE FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD</b>	<b>53</b>
1. Los elementos del tipo	53
A. Aspectos generales	53
B. El tipo objetivo	54
B.1. Sujeto activo del delito y sujeto pasivo de la conducta	54
a. La noción de función pública	57
b. La participación en la función pública	62
c. Modos de incorporación o acceso a la Función pública	65
d. La problemática del Funcionario de hecho y el usurpador	68
e. El concepto de Autoridad	70
f. Toma de postura	75
B.2. La conducta	82
a. El verbo rector influir	82
b. El prevalimiento como criterio delimitador de la conducta típica y como factor de incremento de la desviación de la Función pública.	91
c. Toma de postura	103
B.3. La resolución	111
a. Concepto	111
b. La resolución: ¿un resultado del delito?	115
c. Casos especiales	119
d. La naturaleza de la resolución: ¿injusta o meramente desviada?	122
e. Toma de postura	126
C. Tipo subjetivo	128
C.1. El contenido del dolo	128

C.2. La prueba del dolo	132
C.3. Toma de postura	133
2. Tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 CP y concurso de leyes y concurso de delitos	137
A. Aspectos teóricos generales sobre concurso de leyes y concurso de delitos	137
A.1. El concurso de leyes	138
A.2. El concurso de delitos: ideal o real	143
a. El concurso ideal	144
b. Concurso real	146
B. Tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 CP y el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP.	146
B.1. Consideraciones preliminares	147
B.2. Postura que opta por apreciar un concurso de delitos	149
B.3. Postura que opta por apreciar un concurso de leyes	152
Breve excursus sobre la influencia política	158

## **CAPÍTULO TERCERO** **161**

<b>EL TIPO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS DEL ARTÍCULO 430 CP</b>	<b>161</b>
1. Consideraciones previas	161
2. Bien jurídico en el artículo 430 CP	163
A. Las opiniones de quienes consideran que no es posible identificar un bien jurídico	163
B. Las opiniones de quienes consideran que es posible identificar un bien jurídico	166
B.1. El prestigio y bien nombre de la administración	166
B.2. La objetividad y la imparcialidad	167
B.3. El correcto funcionamiento de la Administración Pública o más genéricamente la Función Pública.	168
C. Bien jurídico en el tipo penal del art. 430 según la jurisprudencia del TS.	170
D. Toma de postura	170
3. Los elementos del tipo	173
A. Tipo objetivo	173
A.1. Sujeto activo del delito	173
A.2. La conducta típica	178
A.3. Las dádivas, presentes o cualquier otra remuneración	184
B. El tipo subjetivo	184
C. Problemas especiales vinculados con el delito	185
C.1. La existencia de la influencia	185
C.2. Responsabilidad del sujeto a quien se dirige la solicitud	186
4. Toma de postura	187

## **CAPÍTULO CUARTO** **189**

<b>EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO</b>	<b>189</b>
<b>ARTÍCULOS 411 Y 411A</b>	<b>189</b>
1. Antecedentes del delito de tráfico de influencias en la legislación penal colombiana.	189
2. La exención de responsabilidad a miembros de Corporaciones Públicas y tráfico de influencias de particular en la ley 1474 de 2011.	195
3. Bien jurídico. La administración pública como bien jurídico general como sinónimo de función pública.	197

A. La noción de Función Pública en jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.	203
B. La opinión de la Corte Suprema de Justicia sobre el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública.	206
C. El bien jurídico en el delito de tráfico de influencias art. 411 CPcol en la doctrina colombiana	207
C.1. La transparencia, rectitud, imparcialidad y objetividad	207
C.2. Correcto funcionamiento de la administración: la imparcialidad, la igualdad y el interés general.	207
C.3. El correcto funcionamiento: el prestigio y dignidad de la administración.	208
C.4. La postura de la CSJ sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias.	209
D. Toma de postura sobre el bien jurídico en el título XV del CP y en los delitos de tráfico de influencias	210
4. Los elementos del delito	212
A. El tipo objetivo	212
A.1. El sujeto activo de la conducta	212
A.2. La conducta típica	218
A.3. El concepto normativo <i>indebidas</i>	221
B. Parágrafo del art. 411 de la Ley 1474 de 2011	224
C. Agravación cuando la ejercen miembros de órganos de control del Estado	226
D. Tipo subjetivo	227
E. Toma de postura	228
5. Tráfico de influencias y concurso aparente de leyes o concurso de delitos.	230
A. Tráfico de influencias y delito de concusión	230
B. Tráfico de influencias y delito de interés indebido en la celebración de contratos y concusión.	233
6. Tráfico de influencias de particular	236
A. Elementos de delito	236
A.1. El verbo rector	237
A.2. Objeto sobre el que recae la influencia	238
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>240</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>250</b>

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAP	Auto Audiencia Provincial
ADP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año)
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AN	Audiencia Nacional
AP	Actualidad Penal (citada por año y tomo)
Apr	Audiencia Provincial
Art., arts.	Artículo, artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil (español)
CCo	Corte Constitucional de Colombia
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial

CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Comp.	Compilador
CP	Código Penal español
CPC	Cuadernos de Política Criminal (citado por número y año)
CPco	Constitución Política de Colombia de 1991
CPcol	Código Penal Colombiano
CPMco	Código penal militar colombiano
Coord./s.	Coordinador, coordinadores
CSJ	Corte Suprema de Justicia de Colombia
Dir./s.	Director, Directores
DP	Derecho Penal
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española

Ed./s.	Editorial, editor, editores
EH-Cobo	Estudios Penales en Homenaje al profesor Manuel Cobo del Rosal (coords. J.C. Carbonell Mateu/B. Del Rosal Blasco/L. Morillas Cueva/E. Orts Berenguer/M. Quintanar Díez), Dykinson, Madrid, 2005.
Ej.	Ejemplo
EM-Díaz Pita	Problemas actuales del derecho penal y la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora María del Mar Díaz Pita (coord. Francisco Muñoz Conde), Tirant, Lo Blanch, Valencia, 2008.
EPB	Enciclopedia Penal Básica (dir. Diego-Manuel Luzón Peña), Comares, Granada, 2002
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
JD	Jueces para la Democracia (citada por número y año)

La Ley	Revista Jurídica Española La Ley
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal (aprobada por RD 14-IX-1882, modificada en múltiples ocasiones)
LH-CASAS BARQUERO	Estudios jurídicos y penales. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero
LM-DEL ROSAL	Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, Edersa, Madrid, 1993
LO	Ley Orgánica
MP	Magistrado ponente
N., nn.	Nota, notas
NFP	Revista Nuevo Foro Penal (Citada por número y año)
Núm.	número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo
P., pp.	Página, páginas

PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Revista del Poder Judicial (citada por número y año)
RD	Real Decreto
RDP	Revista de Derecho Penal (citada por número y año)
RDPCr	Revista de Derecho Penal y Criminología (citada por número y año)
RDPC	Revista de Derecho Penal contemporáneo (citada por número y año)
RECPC	Revista electrónica de ciencia penal y criminología (citada por número y año)
REDS	Revista de Empresa, Derecho y Sociedad (citada por número y año)
REJ	Revista Estudios de Justicia (citada por número y año)

RGDP	Revista General de Derecho Penal (iustel.com) (citada por número y año)
RP	Revista Penal
S., ss.	siguiente, siguientes
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T	Tomo
Tb.	También
tj	Tomo de Jurisprudencia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
V.	Véase

## INTRODUCCIÓN

El tráfico de influencias forma parte del elenco de conductas cuya justificación político caminal, en un sentido amplio, tiene como fundamento la necesidad de prevenir y sancionar la corrupción en el ámbito de la Administración Pública. Uno de los grandes desafíos que se presenta en la gestión de los asuntos públicos, y de manera particular, un problema que afecta y pone en riesgo la vigencia misma del Estado social y democrático de Derecho es la utilización de la posición de privilegio –bien porque se ejerza un cargo público o bien porque sin ostentarlo, se tenga capacidad de incidir en quien si lo detenta- a fin de obtener un beneficio económico particular en detrimento del interés público<sup>1</sup>.

Sobre los peligros que para los sistemas democráticos entraña la corrupción, MALEM SEÑA ha expresado: “(...) La democracia es una forma reglada de ejercicio de poder (...) y su forma representativa descansa, en último término, en la confianza de los ciudadanos. Estos confían en que las decisiones gubernamentales estarán guiadas por la honestidad y por la persecución del bienestar general (...)”<sup>2</sup> El mismo autor añade que la corrupción, cuando se utiliza como instrumento de influencia política, erosiona el respeto y acatamiento de las reglas del sistema democrático, y puede llegar a ser de tal magnitud que en los casos de “corrupción fuertemente integradora y estable”<sup>3</sup> puede ser capaz de anular cualquier medida política, quedando reducido el Estado “a un instrumento útil tan solo para alcanzar beneficios privados”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre el concepto de corrupción véase GARZÓN VALDÉS, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (Eds.), *La corrupción política*, 1997, 39 ss; sobre el fenómeno general de la corrupción M. CONDE, *PE*, 20<sup>a</sup>, 2015, 882: afirma que es común a todas las formas de corrupción “el abuso de una posición de poder para conseguir una ventaja económica, pues a menudo el que tiene una posición de poder, sobre todo cuando no es objeto de control por terceros, tiende a abusar de la misma para obtener algún tipo de beneficio para sí o para otras personas”.

<sup>2</sup> MALEM SEÑA, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (Eds.), *La corrupción política*, 1997, 87 ss.

<sup>3</sup> MALEM SEÑA, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (Eds.), *La corrupción política*, 1997, 82 ss, explica que la corrupción integradora es aquella que vincula a personas y grupos en redes perdurables caracterizadas por el intercambio en función de intereses privados. Advierte que son diversos los factores que permiten establecer si determinados actos de corrupción se califican como integradores o desintegradores y a su vez, si son estables o inestables. En el ámbito de la Administración pública un modo de corrupción estable “sería el caso de una administración pública que exigiera para la realización de contratos de trabajo o de obras, o para otorgar subvenciones, ciertas contraprestaciones económicas, políticas o pertenecer al partido de gobierno. Como el clientelismo político, si la participación es rutinaria, y son muchos los oferentes, los vínculos entre las partes tienden a ser estables y permanentes.”

<sup>4</sup> MALEM SEÑA, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (Eds.), *La corrupción política*, 1997, 88. Sobre las implicaciones de la corrupción en el Estado de Derecho, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Revista de Derecho*,

Por su parte, GARZÓN VALDÉS, advierte los actos y actividades corruptos son apenas “la punta de un iceberg que indica la existencia de un problema mucho más profundo: el de la tendencia a sustituir el ideal de la cooperación democrática por formas de competencia y de imposición de influencias que contradicen radicalmente el ideal democrático”. Afirma, a renglón seguido, que el remedio más seguro para evitar los efectos disolventes de la corrupción, consiste en que los ciudadanos recuperen la confianza en la democracia y para ello deben ponerse en práctica propuestas que hagan posible la convivencia en condiciones de equidad<sup>5</sup>.

Los planteamientos de MALEM SEÑA y GARZÓN VALDÉS ilustran de forma clara los efectos altamente nocivos que la corrupción para el adecuado funcionamiento del sistema político y social en su conjunto, y de manera particular, para la Administración Pública, entendida como ese complejo entramado de agencias, instituciones y funcionarios encargados de ejecutar un sinnúmero de actividades dirigidas a cumplir con los fines esenciales del Estado, asegurando en todo caso la prevalencia del interés general, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 103 CE y en el caso de Colombia en el art. 1º de la CPco y evitando con ello la captura del Estado para el servicio de intereses privados<sup>6</sup>.

La corrupción en la Administración Pública no es un fenómeno exclusivo de países subdesarrollados o de regímenes autoritarios, sino que, por el contrario, es también un problema que aqueja, en mayor o menor grado, los sistemas democráticos de muchos países desarrollados del mundo<sup>7</sup> y ello explica en alguna medida la existencia de diversos instrumentos jurídicos de carácter supranacional, dirigidos precisamente a prevenir y

---

*Universidad Centroamericana*, 7-2004, 154, pone de presente: “De lo que no cabe ninguna duda es de que la corrupción es un fenómeno frontalmente opuesto a las bases del Estado de Derecho (aunque no es fácil decidir si es la corrupción lo que socava esas bases o es un previo desajuste de la misma lo que genera corrupción: probablemente hay parte de las dos cosas y que, por lo tanto, prevenir y erradicar la corrupción es algo básico para el Estado de Derecho, por tanto, las medidas anticorrupción resultan muy importantes para la salvaguarda del Estado de Derecho (si se prefiere de una realización medianamente satisfactoria de sus principios)”.

<sup>5</sup> GARZÓN VALDÉS, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (Eds.), *La corrupción política*, 1997, 39 ss.

<sup>6</sup> El art. 103, numeral 1 de la CE establece: “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización.” Por su lado, la CPcol prescribe que la República se funda en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. En el art. 2 de la misma, se establecen, entre otros fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Sobre el significado y alcance del fenómeno caracterizado como “captura del Estado”, los aspectos teóricos, y la fenomenología del caso colombiano, puede verse el interesante estudio de GARAY SALAMANCA, Luis J. (Coord.), *La Captura y Reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*, Bogotá, 2008.

<sup>7</sup> MALEM SEÑA, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (Eds.), *La corrupción política*, 1997, 88.

sancionar la corrupción en el seno de la Administración Pública. Pero también en el ámbito privado, y muy especialmente, en el de las transacciones comerciales internacionales.

De los mencionados instrumentos jurídicos destinados a la prevención y represión de la corrupción, se destacan, entre los más importantes, los siguientes: Convención Interamericana contra la Corrupción (1996); Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales<sup>8</sup> (1997); Convenio penal sobre la corrupción (Convenio N° 173 del Consejo de Europa de 1999); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003); Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción (2003); Plan Andino de Lucha contra la Corrupción (Decisión 668 del Consejo Andino de ministros de relaciones exteriores de la Comunidad Andina 2007)<sup>9</sup>.

La existencia de los diversos instrumentos jurídicos internacionales citados pone de manifiesto que al menos en el plano retórico, se reconoce que la corrupción es un problema relevante y de efectos altamente nocivos para el correcto funcionamiento del sistema político y social. Así, y para citar un ejemplo, en la primera consideración del preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003, se invoca la preocupación de los Estados Parte “por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”<sup>10</sup>.

Dados los efectos perniciosos de la corrupción para el funcionamiento del sistema político y social y su incidencia en el adecuado desarrollo de la Función Pública, en principio, no habría mayor dificultad en afirmar que la intervención penal frente a las conductas corruptas en este ámbito podría estar justificada, por lo menos, desde la perspectiva de la

---

<sup>8</sup> También conocido como el Convenio Anticorrupción de la OCDE.

<sup>9</sup> LASCANO, en: ZAPATERO (Comp.), *La corrupción*, 2007, 99, recuerda: “Andrés Oppenheimer ha expresado con agudeza que en la década de 1990 la lucha contra la corrupción se convirtió –como los derechos humanos en los años 70 y el medio ambiente en los 80- en la causa célebre de los grupos civiles alrededor del mundo”.

<sup>10</sup> <http://www.unodc.org/ropan/es/AntiCorruptionARAC/unodc-and-corruption.html>, consultada el 30 de marzo de 2018.

lesividad social de tales comportamientos. Ello, claro está, sin perjuicio de los demás principios que en el Estado social y democrático de derecho<sup>11</sup> se erigen en límites la potestad punitiva de Estado<sup>12</sup>.

Así las cosas no parece haber mayor duda sobre la magnitud del problema y la necesidad de tomar medidas para prevenir y sancionar la corrupción y ello explica en buena parte que en la legislación penal de diversos países, se tipifiquen como delictivas diversas conductas relacionadas con la corrupción, en especial los distintas formas de soborno y de tráfico de influencias<sup>13</sup>. En opinión de GÓMEZ RIVERO, es “unánime el sentir doctrinal acerca de la necesidad de recurrir a la última instancia de control social ante la importancia, en términos cuantitativos y cualitativos, de la desviación de poder”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Proclamado así en el art. 1º CE y también en sentido muy similar en el art. 1 de la CPcol.

<sup>12</sup> Sobre estos principios, véase por todos, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 2/1-33.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo en Iberoamérica, entre otros puede citarse España, CP, LO. 10/1995, Libro II, Título XIX, Capítulo VI -Del Tráfico de influencias-; Colombia, CPcol, Ley 599/2000, Libro Segundo, Título XV, Capítulo III -Cohecho-, Capítulo V -Tráfico de influencias; CPMco, Ley 1400/2010, Libro Segundo, Título VII, Capítulo II -Del tráfico de influencias-; Argentina, Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11179, Libro Segundo, título XII, capítulo VI -Cohecho y tráfico de influencias-; México, Código Penal Federal de los Estados Unidos de México, Libro Segundo, Título X -Delitos por hechos de corrupción-; Perú Código Penal de la República del Perú, Título XVIII, Capítulo II, Sección IV, -Corrupción de funcionarios-.

<sup>14</sup> GÓMEZ RIVERO, *RDPCr*, 18 (2016), 2, La citada autora pone de presente la preocupación del legislador por el problema de la corrupción. Al respecto explica: “De hecho, tal sentir excede con mucho el clima de opinión en la literatura especializada para encontrar inequívocas muestras en nuestra legislación penal positiva, que en los últimos años y de la mano de las distintas leyes de reforma del Código penal, ha evidenciado la preocupación no sólo por completar el catálogo de conductas punibles en el ámbito de la corrupción pública y privada, sino también por endurecer el régimen punitivo de los clásicos delitos de corrupción en el sector público. No hay mejor ejemplo al respecto que la última Ley de reforma del Código penal, la operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo que, además de introducir nuevos tipos delictivos, como el de financiación ilegal de partidos políticos, ha incrementado en relación con determinados delitos contra la corrupción en el ámbito público la duración de la pena de inhabilitación además de extender su alcance al ejercicio del derecho de sufragio pasivo”; por su lado, OLAIZOLA NOGALES, *La financiación de los partidos políticos un foco de corrupción*, 2014, 43 ss, pone de presente los efectos altamente nocivos de la corrupción, advirtiendo que la misma “elimina a los más competentes del mercado y hace prevalecer a los más habilidosos de tal forma que el mercado de bienes y servicios no queda en manos de quienes mejor cumplen, sino de los que mejor pagan. Como consecuencia, por ejemplo, los contratos públicos no ganan con calidad sino con sobornos y nadie se preocupa de cumplir bien con los compromisos de contratación.” Añade que la corrupción atenta contra los fundamentos del sistema democrático y que esta problemática, especialmente en el ámbito de la política, “tiene un efecto perverso en relación con los ciudadanos porque se produce, como consecuencia de ella, una desconfianza de los ciudadanos hacia sus representantes”, con el agravante de que “la confianza del pueblo es la esencia del sistema democrático. De otro lado, se ha referido al tema, en el marco de su estudio sobre los delitos de tráfico de influencias DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Los delitos de tráfico de influencias* en: MAQUEDA ABREU, Ma. Luisa/MARTÍN LORENZO/María/VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.), *Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios Penales en Homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, 2016, 536, advirtiendo que según datos de 2014, la corrupción es “un fenómeno que le cuesta a la economía europea unos 120 millones de euros al año”, añade que esos datos corroboran que la corrupción es considerada hoy en día “un gran problema social que puede poner en peligro la estabilidad y seguridad de las sociedades, amenazar el desarrollo social, económico y político y arruinar el valor de la democracia y la moral”.

No resulta difícil estar de acuerdo en la necesidad de recurrir a diferentes estrategias del control social para prevenir y sancionar la desviación de poder y de manera particular, la corrupción en la esfera pública, incluyendo al derecho penal, siempre y cuando no se pierda de vista que este debe usarse como *ultima ratio* y por tanto, aunque resulte tan clara y urgente la necesidad de tomar medidas y acciones en contra de la corrupción, ello no puede servir de patente de corso para que el legislador se exima de delimitar en forma adecuada y precisa las conductas que pretende prevenir y sancionar:

Lo anterior, conlleva la exigencia de que los tipos penales estén redactados de tal forma que en los mismos se pueda identificar de forma precisa el bien jurídico que se pretende proteger, la conducta o conductas que pueden ser objeto de reproche penal, etc., de tal forma que se respeten los principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado de Derecho<sup>15</sup>.

En relación con las conductas corruptas que implican una afectación del correcto funcionamiento de Administración Pública, es necesario que en cada uno de los tipos se pueda identificar en forma clara el aspecto concreto del funcionamiento de la Administración Pública que se protege con la conducta incriminada. De ello dependerá también la posibilidad de distinguir unos delitos de otros, y sobre todo, a partir de una precisa delimitación del bien jurídico, se puede contar con una herramienta indispensable para la adecuada valoración del alcance y ámbito de aplicación del tipo legal correspondiente, lo que a su vez será garantía del respeto los principios de legalidad, intervención mínima, proporcionalidad<sup>16</sup>, y también

---

<sup>15</sup> DÍAZ Y CONLLEDO, *Revista de Derecho, Universidad Centroamericana*, 7 2004, 152-153. Allí, releva la importancia de analizar estrategias frente al problema de la corrupción, entre ellas necesidad de la intervención del Derecho, bajo ciertos límites: “Basta echar un vistazo retrospectivo a lo sucedido en nuestro país y en otros de nuestro entorno (por no hablar de muchos más lejanos y menos desarrollados –aunque la relación entre corrupción y desarrollo debería matizarse mucho-) sobre todo en la segunda mitad de la década de los 80 y en los 90, con muchos escándalos de corrupción política y administrativa notorios (y otros menos aireados, pero de frecuente -en algunos casos, cotidiana producción, por ejemplo en la Administración local-), para comprender que éste es un problema que preocupa y en el que el Derecho debe tomar medidas (así en los últimos años se plantean en diversos países y en el plano internacional las normas anticorrupción), entre otras, penales, debiendo ajustarse estas últimas a los principios que deben regir el Derecho penal en un Estado de Derecho (legalidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, fragmentariedad, subsidiariedad o carácter de *ultima ratio*, eficacia, idoneidad, proporcionalidad, culpabilidad, responsabilidad subjetiva, personal etc.), varios de los cuales se han de tener muy en cuenta a hora de deslindar ilícitos y responsabilidades administrativas y penales”.

<sup>16</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *Huarte de San Juan, Derecho/Zuzenbidea*, 3-4, (1996-1997), 111 ss. Los mencionados autores advierten: “En la interpretación y aplicación de los tipos de delitos contra la Administración Pública es muy importante tener presente la concepción señalada del bien jurídico, para excluir de ellos, en la medida de lo posible, las conductas que, pese a su tenor literal, no afecten o afecten solo de forma insignificante al bien jurídico señalado, y para proponer la reforma o supresión de los tipos cuya configuración o existencia no se justifique por la protección del bien jurídico a que nos estamos refiriendo”. V. por todos sobre el bien jurídico LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 13/13-23, 168 ss.

ayudará a evitar que las normas tengan mayores posibilidades de aplicación práctica y por tanto su inclusión en el CP no se quede en el campo puramente simbólico.

El otro aspecto que merece atención es el relacionado con los límites entre lo que puede ser un ilícito penal y aquello que debe quedar relegado a otros medios del control social, en particular del Derecho administrativo sancionador, que deberá ocuparse de las conductas que puedan implicar una infracción de los deberes propios del cargo por parte de los Funcionarios públicos pero que no obstante no trascienden la esfera interna de la Administración pública y por tanto no afectan la relación Estado-ciudadano en lo que tiene que ver con las prestaciones que aquel debe garantizar a estos. Como se podrá advertir, ese uno de los criterios que será tenido en cuenta al momento de analizar el ámbito de aplicación de los tipos penales de tráfico de influencias<sup>17</sup>.

Téngase en cuenta que la problemática de la corrupción, al igual que sucede con muchos otros campos, por ejemplo en el de los delitos contra el medio ambiente para citar tan solo un ejemplo, pero bastante ilustrativo, plantea para el Derecho penal el desafío de ofrecer respuestas que puedan contribuir eficazmente a la prevención de comportamientos cuya lesividad social resulta difícil de poner en duda. En el caso de la corrupción es claro que esta socava las bases que soportan la existencia y pervivencia del sistema político democrático en la medida que impiden que la asignación y distribución de recursos, bienes y servicios que el Estado debe proveer y garantizar a los ciudadanos, se realice en forma transparente, eficiente y en última instancia, igualitaria.

Pero se trata de respuestas que en el campo del derecho penal están sometidas a los límites que en el Estado de Derecho son indispensables para asegurar por un lado la protección de los bienes jurídicos, pero al mismo tiempo procurando mantener el mayor

---

<sup>17</sup> ASUA BATARRITA (Ed.), en: ASUA BATARRITA (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 26, acertadamente afirma: “La importancia de la erradicación de las prácticas corruptas requiere que los medios para combatirla sean racionales y eficaces: Es sabido que la eficacia no viene determinada por la drasticidad, sino por la oportunidad, la practicabilidad y la inmediatez de la reacción ante una actuación irregular. El elenco de medidas necesarias debe combinar instrumentos de prevención y de represión, de concienciación social, de control interno, códigos deontológicos, medidas disciplinarias y de control jurisdiccional. Al igual que ocurre con cualquier otro fenómeno delictivo, la prevención no puede realizarse solo desde el derecho penal, sino sobre todo, a través de medidas extrapenales”.

margen posible de libertad para los ciudadanos y no sobrecargar al derecho penal con delitos cuya vocación sea puramente simbólica y promocional.

Para terminar esta introducción conviene mencionar un asunto estrechamente relacionado con el problema general de la corrupción en el ámbito de la Administración pública relacionado con ciertas conductas que pueden dar lugar a responsabilidad política de los Funcionarios públicos, pero que por la necesidad de evitar que el derecho penal se convierta en un obstáculo para el legítimo ejercicio de la actividad política deben sustraerse de la órbita de actuación de aquel. Se trata de conductas que también pueden ser merecedoras de reproche jurídico, pero que dadas sus características y habida cuenta de la necesidad de garantizar la función de representación democrática, sobre todo, pero no exclusivamente, de quienes ejercen cargos de elección popular, por regla general deben ser sometidas a otro tipo de controles.

En ese contexto surgen las inmunidades o inviolabilidades que precisamente estarían orientadas, en un sentido amplio a “paliar la obstaculización de la actividad política legítima y vital para la democracia por la exigencia de responsabilidad penal”<sup>18</sup>, sin que ello signifique que puedan ser tomadas como una patente de corso para delinquir, pues como bien lo señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, la restricción impuesta por las inmunidades o inviolabilidades, debe entenderse restringida a la no obstaculización de esa actividad política, indispensable para el funcionamiento de la democracia<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La responsabilidad política ni implica ni presupone ni excluye la responsabilidad penal* en: MAQUEDA ABREU, Ma. Luisa/MARTÍN LORENZO/María/VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.), *Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios Penales en Homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, 2016, 965 ss, entre otros aspectos se ocupa de explicar las relaciones y diferencias entre responsabilidad política y responsabilidad penal.

<sup>19</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La responsabilidad política ni implica ni presupone ni excluye la responsabilidad penal* en: MAQUEDA ABREU, Ma. Luisa/MARTÍN LORENZO/María/VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.), *Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios Penales en Homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, 2016, 965 ss.

# CAPÍTULO PRIMERO

## BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE LOS ARTÍCULOS 428 Y 429 CP

### 1. Consideraciones previas

Los artículos respecto de los cuales se hará la delimitación del bien jurídico en el presente capítulo se encuentran ubicados en el Libro II –De los delitos y sus penas- CP español, Título XIX – Delitos contra la Administración Pública-, capítulo VI –Del tráfico de influencias-. El texto legal es el siguiente:

“Artículo 428. El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.

“Artículo 429. El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.”

Existe un amplio consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del TS españoles, en cuanto a que los delitos de tráfico de influencias previstos en los artículos 428 y 429 CP, se orientan a proteger el correcto o buen funcionamiento de la Administración Pública. El correcto y buen funcionamiento se concreta, de acuerdo también con la opinión mayoritaria, en el deber de los funcionarios públicos y de las autoridades de actuar con imparcialidad y objetividad.

No obstante lo anterior, también se encuentran alusiones a la eficacia, la legalidad, la integridad de la función pública, la incorruptibilidad de los funcionarios y el interés general, como posibles objetos de protección penal. A cada uno de estos aspectos se hará referencia con detalle en el desarrollo de este capítulo.

Respecto del bien jurídico protegido del art. 430 CP, las mismas doctrina y jurisprudencia, tienen una opinión diferente y bastante generalizada en cuanto a la dificultad de identificar un objeto específico de protección en este delito, según se verá más adelante en otro capítulo

## 2. El bien jurídico según la doctrina y la jurisprudencia

### A. Imparcialidad y objetividad

Según se anticipó, no existen mayores divergencias en la doctrina española en cuanto a que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias de los artículos 428 y 429 CP se concreta en la imparcialidad y objetividad de las actuaciones de los servidores públicos o de la Administración Pública. No obstante, es posible advertir diversos matices sobre la forma de entender en qué consiste o respecto de qué o de quiénes se predicán los atributos de objetividad e imparcialidad –si de la Administración como ente abstracto o del funcionario público o autoridad encargado de tomar decisiones que pueden comprometer tales principios-. Así mismo, se observan diferencias acerca de cuál es la finalidad última que se pretende alcanzar con la incriminación de las conductas consistentes en utilización de influencias por parte del sujeto activo de la conducta delictiva, que actúa prevalido de las facultades de su cargo o de su relación jerárquica o personal con un funcionario o autoridad

pública, a cuyo cargo se encuentra la decisión de un determinado asunto, propio del ejercicio de sus funciones. Al lado de la imparcialidad u objetividad se mencionan otros principios, valores, situaciones o condiciones valiosas, como posibles bienes jurídicos. Sin embargo, importa destacar desde ya, que en no pocas ocasiones, la alusión a uno u otros bienes jurídicos no está acompañada de una explicación que dé cuenta del sentido y alcance precisos de ese objeto de protección penal.

También se constatará que la doctrina mayoritaria acoge la tesis según la cual existe un bien jurídico general referido a los delitos previstos en el Título XIX CP, esto es, el correcto o buen funcionamiento de la Administración Pública. Este sería el bien jurídico categorial, como lo denominan algunos, aunque no faltan quienes manifiestan la su desacuerdo con la posibilidad de concebir un bien jurídico común que permita englobar a todos los delitos contra la Administración Pública<sup>20</sup>.

Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES plantean que el bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de la Administración Pública<sup>21</sup>, entendiendo que es este el objeto común de protección penal en los delitos contemplados en el título XIX del CP<sup>22</sup>. Sin embargo, anotan ese objeto de protección jurídico-penal se debe concretar en forma más precisa en cada uno de los delitos allí consagrados, y es por ello que agregan que en el tráfico de influencias, el mismo se concreta en la expectativa que los ciudadanos pueden tener de

---

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 21<sup>a</sup>, 2017, 837, quien al respecto opina: “Sin embargo, se hace difícil encontrar un *bien jurídico* común a todos ellos, que solo puede hallarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración Pública (...) En realidad, la Administración Pública de la que se habla en la rúbrica de todo el Título XIX no es más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican”; ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *PE*, 5<sup>a</sup>, 2016, 665. Críticamente ÁLVAREZ GARCÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.), *PE*, t. III, 42, advierte este autor: “De poco sirve esforzarse en tratar de encontrar un bien jurídico referido a todos los delitos contra la Administración Pública, si sostenemos, como es nuestro caso, que la categoría <<bien jurídico>>, está destinada a realizar importantes funciones dogmáticas que vayan más allá de la simplemente clasificatoria. Desde este punto de vista afirmar que el bien jurídico es el <<correcto funcionamiento de la Administración Pública>>, sirve para poco o nada, por más que se esfuercen los autores por especificar que el invocado <<correcto funcionamiento>> lo es en su <<vertiente objetiva>> de función pública o servicio público, en su aspecto más bien externo” (verbigracia, C. MIR PUIG)”.

<sup>21</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *Huarte de San Juan, Derecho/Zuzenbidea*, 3-4, (1996-1997), 111.

<sup>22</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *Huarte de San Juan, Derecho/Zuzenbidea*, 3-4, (1996-1997), 111, explican que el bien jurídico debe ser entendido como “... el buen funcionamiento de la Administración Pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad, o atención a los intereses generales de la administración en la actuación administrativa”.

que la Administración funcione de forma objetiva e imparcial<sup>23</sup>. Ello implica que la Administración pública solo podrá cumplir a cabalidad los fines para los cuales ha sido creada, en tanto que sus actuaciones se sometan, entre otros, a los principios de objetividad e imparcialidad<sup>24</sup>, como medio para asegurar, por esta vía, la igualdad y en último término, el interés general.

MESTRE DELGADO comparte la idea según la cual el bien jurídico general es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. De sus planteamientos resulta importante destacar su punto de vista acerca de lo que se debe entender por Administración Pública. Advierte que, pese a no existir en el ordenamiento jurídico español una expresa definición sobre la misma, esta puede deducirse a partir de lo dispuesto en los artículos 97 y 103 CE, y de la regulación contenida en las leyes 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado<sup>25</sup>.

En opinión del precitado autor, a partir de las normas constitucionales y legales enunciadas es posible concluir que con dicho nombre se identifica a “una de las dos infraestructuras organizativas del Poder Ejecutivo (siendo la otra el Gobierno a cuya acción política de dirección se subordina la actividad de aquella). Según resulta del art. 2 de la Ley 30/1992, la Administración Pública está integrada por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que conforman la Administración Local y las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia

---

<sup>23</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *AJA*, 223, 1995, 1 ss; Al respecto FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 1997, 2 (TJ), 1679, ha señalado que el correcto funcionamiento de la Administración “es una finalidad tuitiva general que precisa todavía de mayores concreciones” lo cual debe hacerse en cada delito.

<sup>24</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *Huarte de San Juan, Derecho/Zuzenbidea*, 3-4, (1996-1997), 111, defienden una concepción del bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública en la que el núcleo del bien jurídico está centrado en la relación entre funcionario y ciudadanos, teniendo como marco de referencia lo dispuesto en los arts. 103 y 106 CE.

<sup>25</sup> MESTRE DELGADO, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos. PE*, 3ª, 2015, 721 ss. Cabe anotar que La ley 30/1992 de 26 de noviembre fue derogada con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única 2 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A su vez la ley 6/1997, de 14 de abril también fue derogada con efectos desde el 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única. c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas”<sup>26</sup>. Lo anterior le sirve de base para sostener que: “Los delitos contra la Administración Pública respaldan el correcto funcionamiento de esta infraestructura organizativa”<sup>27</sup>.

No obstante, el concepto de Administración Pública así formulado, aunque correcto y útil, quizás en mayor medida en el ámbito del Derecho constitucional y en el administrativo, podría resultar limitado en el campo penal, pues no permite abarcar dentro del mismo algunas conductas, como es el caso de los tipos de tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 CP, que incluyen como sujetos activos o pasivos del delito a autoridades o a funcionarios públicos pertenecientes a otras ramas del poder público, esto es, no solo del poder ejecutivo, sino también del legislativo y del judicial.

Quizás por ello resultaría más conveniente aludir a una noción más amplia, la de *Función Pública*<sup>28</sup>, para que quede claro que el correcto funcionamiento que se predica de la Administración, por lo menos en lo que atañe al tráfico de influencias, también abarca los comportamientos de servidores públicos o autoridades de otras ramas del Estado, distintas a

---

<sup>26</sup> MESTRE DELGADO, en LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos. PE*, 3<sup>a</sup>, 2015, 721 ss. El artículo equivalente en la Ley 39 de 2015 (derogatorio de la Ley 30 de 1992), es el siguiente: “Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación. 1. La presente Ley se aplica al sector público, que comprende: a) La Administración General del Estado, b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, c) Las Entidades que integran la Administración Local, d) El sector público institucional. 2. El sector público institucional se integra por: a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas, b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas, c) Las Universidades públicas, que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de esta Ley. 3. Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2 anterior. 4. Las Corporaciones de Derecho Público se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública, y supletoriamente por la presente Ley.”

<sup>27</sup> MESTRE DELGADO, en: LAMARCA PÉREZ (Coord.), *Delitos. PE*, 3<sup>a</sup>, 2015, 722.

<sup>28</sup> El art. 24 CP, al determinar los sujetos que a efectos de la ley penal se consideran funcionarios públicos incluye a todo aquel que “por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de *funciones públicas*”, con lo cual advierte que el concepto de función pública tiene expreso asidero legal. La idea de un concepto más comprensivo como lo es el de *Función pública* no obsta para que se tenga presente la acertada opinión de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, 1980, 236 ss: “Frente al planteamiento de la función pública que implica un concepto omnicomprendivo de ésta, que difumina, en beneficio de la unicidad, las diferencias entre las actividades legislativa, judicial y administrativa, se impone un estudio que determine la distinción de cada una de ellas respecto a las otras, a través del señalamiento de los “valores cardinales” de cada una o específicas cualidades que deben acompañar su ejercicio”. Cabe señalar que este autor entiende que la Función pública se corresponde como ese conjunto de actividades que desarrolladas por el Estado en orden a cumplir sus fines.

lo que sería una noción estricta en la que solamente quedan la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que conforman la Administración Local y las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las anteriores.

Ello explica también que en la doctrina y como se verá, también en la jurisprudencia, se encuentren alusiones a la imparcialidad y objetividad –en general al correcto funcionamiento- de los *poderes públicos*. Así, MUÑOZ CONDE se refiere al bien jurídico como la imparcialidad de la *Función Pública*, enfatizando que la incriminación de estas conductas es el medio para evitar que se ponga la Administración al servicio de intereses o fines particulares en contravía del interés general<sup>29</sup>. De igual forma, con el matiz antes indicado, ACALE SÁNCHEZ considera que el delito de tráfico de influencias protege la imparcialidad, y por esta vía, en última instancia la igualdad de los ciudadanos frente al “ejercicio de los *poderes público*”<sup>30</sup>.

A propósito de lo anterior, específicamente sobre aquello que puede quedar cobijado bajo la noción de *poder público*, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO se ha propuesto elaborar una noción que para efectos jurídico penales puede resultar útil y en mi opinión, correcta. En efecto, hace notar que la CE menciona en varios apartados a los *poderes públicos* o bien, utilizando expresiones similares o equivalentes, como forma de referirse a lo que, en su opinión, pueden denominarse genéricamente *poderes del Estado*<sup>31</sup>. El mismo autor, luego de

---

<sup>29</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 2017, 880; MORILLAS CUEVA, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), *PE*, 2ª, 2016, 1163 al sostener que el prevalimiento por parte del funcionario o autoridad conlleva un condicionamiento de la decisión, en el marco de la gestión pública, parece admitir implícitamente la imparcialidad como objeto de protección en un marco más amplio que sería la Función pública; en sentido muy similar CUGAT MAURI, *Delitos contra la Administración Pública (2). Cohecho, tráfico de influencias y malversación*, en: QUINTERO OLIVARES, Compendio de la parte especial del Derecho Penal. Ajustado al programa de ingreso a las carreras judicial y fiscal, 2016, al considerar como núcleo del injusto el efectivo ejercicio de influencia capaz de desviar la función pública, RODRÍGUEZ MORO, *Análisis normativo y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias* en: PUENTE DE ABA, Luz María (Dir.)/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.) *Corrupción y fraudes a consumidores. Perspectivas y casos actuales*, 2016, 174, se refiere al bien jurídico como el correcto ejercicio de la función y la actuación pública; ÁLVAREZ GARCÍA, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDO/VENTURA PÜSCHEL (Coords.), *PE*, t. III, 2016 43, considera que la referencia al bien jurídico debe ser hecha tanto a la actividad administrativa en sentido estricto pero también a otras actividades públicas como la legislativa y excepcionalmente, la judicial; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, t.II, 2005, 496, se refiere al bien jurídico como la objetividad de la Función pública.

<sup>30</sup> ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, t. III, 2016, 200; ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *PE*, 5ª, 2016, 665, para este autor la conducta lesiona la imparcialidad y objetividad que debe guiar la actuación de los poderes públicos en la toma de las decisiones.

<sup>31</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Poderes públicos y corrupción (Delitos contra el correcto ejercicio de los poderes públicos y alcance de la noción jurídico-penal de corrupción)* en: MUÑOZ CONDE,

citar las distintas normas de la CE que le sirven de base para dar delimitar la noción de poder público o poderes del Estado, explica que lo determinante para poder caracterizarlos en forma adecuada dependerá de la naturaleza *pública* las finalidades y actividades que los distintos órganos y personas persiguen y desarrollan. Menciona como ejemplos las actividades legislativas o normativas, ejecutivas o administrativas, judiciales o de auxilio a la Administración de Justicia y finalidades como las de procurar la libertad, la igualdad, la participación política económica y social de los individuo, entre otros<sup>32</sup> .

De esta manera la referencia a los *poderes públicos* podría ser más adecuado para delimitar el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias y eso se dejará plasmado en la toma de postura sobre este particular, lo que su vez, servirá de referencia al momento de abordar el concepto normativo contenido en los delitos bajo estudio, cuál es el de *participación funciones públicas*, el cual, como se verá más adelante, se utiliza criterio para la delimitación del concepto de funcionario público en materia penal de conformidad con lo dispuesto en el art. 24 CP.

Precisado lo anterior, y continuando con la delimitación del bien jurídico, importa ahora destacar los planteamientos de CUGAT MAURI, autora cuyo trabajo monográfico sobre el delito de tráfico de influencias se ocupa de importantes cuestiones, muchas de las cuales se tomarán en consideración en distintos capítulos de este trabajo, afirma que la imparcialidad es el núcleo del bien jurídico afectado por delito el tráfico de influencias<sup>33</sup>. Según su opinión, al igual que en la prevaricación, en este delito “la **decisión** pública está en el centro del interés de protección penal, y por lo tanto entran en consideración los principios constitucionales que la ha de guiar como actividad de la Administración”<sup>34</sup> y advierte que la protección penal

---

Francisco (Dir.) Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, 2008, 1015 ss.

<sup>32</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *Poderes públicos y corrupción (Delitos contra el correcto ejercicio de los poderes públicos y alcance de la noción jurídico-penal de corrupción)* en: MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.) Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, 2008, 1015 ss.

<sup>33</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 104

<sup>34</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 133. Se trata según su opinión, de un bien jurídico institucional, y que por tanto “sólo tiene vida a través de la ley” (negritas en el original). Además puede verse la opinión de esta misma autora sobre el bien jurídico en: *RDPCr*, 2014 y en QUINTERO OLIVARES, *PE*, 2016, 420. En esta última obra, no hace una alusión tan expresa, y en cambio se limita a señalar: “El núcleo del injusto consiste en el efectivo ejercicio de la influencia con idoneidad o capacidad para desviar la función pública del cumplimiento de la ley y/o el Derecho, con el fin de obtener una resolución beneficiosa.”.

en este caso está centrada más “en el **proceso** de toma de la decisión que en el resultado”<sup>35</sup> lo que explicaría que la conducta típica haya sido considerada por algunos como una forma de participación o, incluso, un acto preparatorio del delito de prevaricación<sup>36</sup>.

Más allá de si tienen o no razón, quienes así interpretan el tipo penal, esto es, como forma de participación o como acto preparatorio de la prevaricación, por el momento es importante destacar que resulta acertado el planteamiento en virtud del cual la protección penal en el delito de tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 CP se centra en el *proceso de la toma decisión* y ello lo demuestra el hecho de que no es necesario que la resolución pretendida por el sujeto activo del delito, finalmente se dicte, y en caso de que sea efectivamente se profiera, no es requisito que se trate de una decisión prevaricadora -aspectos estos a los cuales se hará referencia al analizar las características del elemento típico *resolución*- y tampoco que se obtenga el beneficio económico por parte del sujeto activo de la conducta o de un tercero.

Así las cosas, la lesividad del comportamiento estaría determinado por el peligro que para el bien jurídico supone la intervención de un funcionario público o de un particular -según se trate del art. 428 o del art. 429 CP, respectivamente- con capacidad de incidir en la decisión del funcionario público o autoridad que tiene a su cargo un asunto relacionado con el ejercicio de sus funciones.

Resulta pertinente destacar que la toma de postura de CUGAT MAURI por la imparcialidad como bien jurídico protegido tiene como punto de partida, entre otras consideraciones, la distinción que ella misma hace entre objetividad e imparcialidad, para lo cual toma como referencia el artículo 103 CE. En tal sentido, afirma que la imparcialidad se puede considerar como la condición personal del cumplimiento de la objetividad<sup>37</sup> lo cual implica excluir factores subjetivos en la toma de la decisión<sup>38</sup> y es por ello que se deben

---

<sup>35</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 104 (negritas en el original).

<sup>36</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 104 (negritas en el original).

<sup>37</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 104. En sentido similar FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 1997, 2 (TJ), 1680. En su opinión: “Con el delito de tráfico de influencias también se quiere proteger el principio de imparcialidad como medio para que la función pública defienda con objetividad los intereses generales...”. Comparte este punto de vista CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 154.

<sup>38</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 104.

garantizar las condiciones necesarias para que el funcionario público adopte la decisión libre de cualquier interferencia ajena al interés público que lo pueda condicionar -condición personal para actuar imparcialmente- que y por tanto, disponga del margen de libertad indispensable para decidir conforme al interés general que se objetiviza a través de la ley<sup>39</sup>.

A partir de la premisa anterior, llega la conclusión de que el principio de imparcialidad está vinculado de forma más directa con la conducta personal del funcionario público, lo cual, de acuerdo con su criterio, es adecuado, pues de esa forma se estructura un concepto del bien jurídico más acorde con el principio de personalidad del Derecho penal<sup>40</sup>.

La anterior distinción, como ya se indicó, tiene como fundamento el artículo 103 CE, que establece: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. (...) 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

Comparto la distinción planteada por CUGAT MAURI, pues al comparar los números 1 y 3 del art. 103 CE arriba transcritos, aparece nítido que el atributo de objetividad lo predica la norma constitucional respecto de la Administración Pública. En cambio, deja a cargo de la ley la regulación de las condiciones –garantías dice el texto constitucional- que permitan que las autoridades o servidores públicos actúen con imparcialidad. Así pues, resulta atinada la conclusión de CUGAT MAURI según la cual la imparcialidad se vincula de forma más directa con la conducta personal del Funcionario público. En todo caso imparcialidad del funcionario y objetividad de la Administración pueden ser vistas como las dos caras de una misma moneda cuyo propósito final no puede ser otro que la de blindar las decisiones públicas frente a la subjetividad y la influencia de intereses espurios y que en última instancia, pretende asegurar la “neutralidad política de la Administración”<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 104. (negrita en el original).

<sup>40</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 99.

<sup>41</sup> GARRIDO FALLA, Fernando/CAZORLA, Luis M. /ENTRENA, Rafael/ENTRENA Ramón, GÁLVEZ, F. Javier/RECODER, Emilio/SANTAMARÍA, Juan A. /SANTAOLALLA, Fernando/SERRANO, José M; *Comentarios a la Constitución*, 1985, 1247.

Por ello, creo que tiene razón GARCÍA ARÁN, que en este aspecto se acerca al planteamiento de CUGAT MAURI, al afirmar que los tipos previstos en los arts. 428 y 429 CP se caracterizan por tener “una estructura muy próxima a la inducción”<sup>42</sup>, lo cual permite resaltar la idea planteada en el párrafo anterior, puesto que esa especie de inducción que se ejerce a través de la influencia sobre el funcionario público o autoridad, condiciona o al menos tiene la capacidad suficiente para condicionar la voluntad del funcionario que debe dictar la resolución. Con esto, se subraya la idea de que el objeto de la protección penal se

---

<sup>42</sup> GARCÍA ARÁN, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11, 1997, 366. Se refieren así mismo a la imparcialidad y la objetividad como bien protegido: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos en: ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVA/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (Dir.)/NIETO MARTIN/PÉREZ CEPEDA (Coords.), *Comentarios al Código penal*, Justel, Madrid, 2007, 963: “(...) se trata del buen funcionamiento de la Administración pública, dado que la sociedad exige que los servidores públicos funcionen correctamente, con objetividad, imparcialidad y transparencia”; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, en: RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.), *Código penal: concordado y comentado*, 5ª, 2015, 2040; PÉREZ MACHÍO, en: *Comentarios CP* 2ª, 2011, 1598, se refiere a la objetividad como sinónimo de imparcialidad, y por ello afirma, apoyándose en la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia del TS, que “el bien jurídico protegido del delito de tráfico de influencias es el principio de imparcialidad o de objetividad”, la misma autora con idéntico planteamiento, en: GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, t.V, 2015, 321ss; ORTS BERENGUER/VALEJUE ÁLVAREZ en: VIVES ANTÓN (Clord.), *Comentarios PE*, 1996, 1844, destacando que se trata de proteger los servicios que los poderes públicos deben prestar conforme los principios de imparcialidad y objetividad; SÁNCHEZ MELGAR, en SÁNCHEZ MELGAR (Coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 4ª, 2016, 2955, este autor destaca que se incluyen en el objeto de protección penal las funciones administrativas y las judiciales y añade que la conducta del influido es impune, a menos que la resolución contenga los elementos de la prevaricación; SÁNCHEZ LÁZARO, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *PE*, 2016, 710, este autor hace diversas alusiones a la doctrina y a la jurisprudencia del TS; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, en ROMA VALDÉS (Dir.), *Código penal comentado*, 2015, 684, citando la jurisprudencia, afirma: “La STS 300/2012 contiene un exhaustivo estudio del delito de tráfico de influencias cometido por funcionario público o autoridad del art. 428. El bien jurídico protegido consiste en la objetividad e imparcialidad de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335 /2006, de 24 de marzo), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales. Es un delito especial cuyo sujeto activo debe tener la condición de autoridad o funcionario público, conforme a los requisitos del art. 24 CP.”; JUANES PECES (Coord.), *Código penal comentado* 2014, 2435; ZÁRATE CONDE, en ZÁRATE CONDE (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2016, 770: “El bien jurídico protegido es la objetividad (...) Presenta una naturaleza parecida al cohecho con el que tiene en común el mismo bien jurídico protegido y la misma finalidad político-criminal la de evitar la desviación del interés general hacia fines particulares”; en idéntico sentido COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.)/DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia: actualizado a la LO 5-2010 de 23 de junio de 2010*, 3ª, 2012, 1519, RODRÍGUEZ MORO, “Análisis normativo y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias” en: PUENTE DE ABA, Luz María (Dir.)/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.) *Corrupción y fraudes a consumidores. Perspectivas y casos actuales*, 2016, 174, la imparcialidad y objetividad que expresan el correcto ejercicio de la función pública; MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código Penal*, 2016, 1359, la imparcialidad y con ella el buen funcionamiento de la Administración pública, se vería afectado con la introducción de motivaciones espurias en su actuación; LOMBANA VILLALBA, *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en Colombia y en España*, 2014, se decanta por la imparcialidad y objetividad, sin embargo advierte que “lo que realmente tiene vital trascendencia para la determinación del injusto es la desviación del interés general hacia el interés particular”; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, en: RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.), *Código penal: concordado y comentado*, 5ª, 2015, 2040; MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, 2000, 251.

centra en el proceso de toma de la decisión y no en la decisión misma, idea que resulta definitiva al momento de delimitar el alcance del tipo penal, en particular, pero no exclusivamente, el momento consumativo del delito, las posibilidades de la participación delictiva y la eventualidad de admitir el concurso con otros delitos<sup>43</sup>.

Por su parte, FEJOO SÁNCHEZ<sup>44</sup>, considera se trata de una conducta delictiva que tiene un sentido similar a los delitos de cohecho propio, opinión que argumenta históricamente, recordando que los delitos de tráfico de influencias estaban ubicados en los “Proyectos” - alude a proyectos de reforma del Código Penal-, en los capítulos relativos a los delitos de cohecho y “en el Código Penal de 1928, se tipificaron por primera vez este tipo de conductas, se introdujo el delito de tráfico de influencias en el capítulo dedicado al delito de cohecho<sup>45</sup>. A partir de las anteriores consideraciones llega a la conclusión de que el bien jurídico protegido por el delito de tráfico de influencias, está representado por el principio de *imparcialidad* que es el medio a través del cual en el ejercicio de la Función pública se puede defender con *objetividad* el interés general. Para este autor, lo que en definitiva se quiere asegurar es que se no utilice la Administración con un fines familiares y patrimonialistas<sup>46</sup>.

NIETO MARTÍN<sup>47</sup>, quien también hace parte de la doctrina que mayoritariamente concibe el bien jurídico como la objetividad e imparcialidad, plantea como justificación político-criminal para incriminar el tráfico de influencias, el hecho de que en España, según su opinión, los partidos políticos controlan la Administración Pública “a través del nombramiento de cargos de libre designación y otro tipo de <<funcionarios del partido>>”<sup>48</sup>. Añade que los dirigentes del partido ejercen un control de *facto* sobre la Administración Pública y ello por cuanto tienen “una gran capacidad de influencia sobre determinados funcionarios públicos, que saben además que su puesto se basa en la obediencia y la pertenencia al partido político”<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> GARCÍA ARÁN, *Revista Aragonesa de Administración pública*, 11, 1997, 366.

<sup>44</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 1997, 2 (TJ), 1680; en igual sentido ZÁRATE CONDE (Coord.), *PE*, 2016, 770 indicando que tiene una estructura similar al delito de cohecho; *tb.* el TS, STS 1534/1997-10-03.

<sup>45</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 1997, 2 (TJ), 1680.

<sup>46</sup> FEJOO SÁNCHEZ, *La Ley*, 1997, 2 (TJ), 1680.

<sup>47</sup> NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), *Nociones PE*, 2015, 467.

<sup>48</sup> NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), *Nociones PE*, 2015, 468.

<sup>49</sup> NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), *Nociones PE*, 2015, 468.

Pareciera entonces que la capacidad que tienen los dirigentes y representantes de los partidos políticos de influenciar las decisiones de los servidores públicos o autoridades, es lo que en criterio del autor citado pone en riesgo concreto la imparcialidad y la objetividad de la Función pública y en razón de ello estaría justificada la necesidad de prevenir y sancionar penalmente tales conductas.

Al respecto cabe anotar que en todo caso, los límites entre lo que podría ser una influencia ilícita del dirigente de un partido y el legítimo ejercicio de la función propia de este tipo de organizaciones en un sistema democrático como el español, resultan en muchos casos difíciles de establecer, ello debido a que es de la esencia de la actividad de los partidos políticos, y por tanto de sus representantes, defender los postulados y propuestas que se derivan de su plataforma política e ideológica y en esa medida, son agentes activos de las mismas y de los ciudadanos que las comparten y por tanto procurarán en todo momento incidir en el funcionamiento de las Administraciones públicas<sup>50</sup>. De manera que por ello habrá de tenerse especial cuidado al momento de delimitar la frontera entre las influencias lícitas, es decir, aquellas que propenden por asegurar el libre juego democrático y por tanto son, por definición, verdaderas expresiones del interés general de la comunidad en el adecuado funcionamiento del sistema político- y aquellas que se consideran ilícitas, que como ya se ha expresado, suponen la intromisión de intereses privados en el ámbito de las actuaciones públicas. Estos aspectos, los de la influencia política, tienen que ver con la delimitación de la conducta típica en general, serán objeto de análisis particular más adelante en este mismo trabajo.

RODRÍGUEZ MORO sigue la línea de la doctrina que se inclina por la imparcialidad y la objetividad como bien jurídico, haciendo algunas anotaciones que creo relevantes para la adecuada comprensión del mismo. En efecto, en su opinión con el tráfico de influencias “se castigan conductas que antes que originen perjuicios o beneficios cuantificables, interfieren, mediatizan o condicionan con parcialidad el correcto proceso de toma de decisión de un funcionario o autoridad pública”<sup>51</sup>, impidiéndose de esta forma que los demás ciudadanos

---

<sup>50</sup> En efecto los partidos están llamados a cumplir un papel protagónico en el sistema democrático, así lo establece el art. 6 CE: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”.

<sup>51</sup> RODRÍGUEZ MORO, “Análisis normativo y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias” en: PUENTE DE ABA, Luz María (Dir.)/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.) *Corrupción y fraudes a consumidores. Perspectivas y casos actuales*, 2016, 180.

accedan en condiciones de igualdad al ejercicio de los poderes públicos<sup>52</sup>. Agrega que en el delito de tráfico de influencias se recogen conductas que quedan fuera del ámbito de aplicación de la inducción a la prevaricación<sup>53</sup>.

Como se puede apreciar, este planteamiento pone de manifiesto que la igualdad de los ciudadanos ante las autoridades públicas se puede ver afectada por conductas como el tráfico de influencias, sin que ello signifique el objeto de protección inmediato sea la igualdad como lo señalan algunos, y ello se deduce de la manera en que el citado autor deja claro que es el condicionamiento de la decisión -ataque a la imparcialidad-, lo que se incrimina en el tráfico de influencias. En ese sentido al igual que CUGAT MAURI<sup>54</sup>, RODRÍGUEZ MORO pone de relieve que la intervención penal en el delito de tráfico de influencias antes que en el resultado se centra en el *proceso* de la toma de la decisión y por ello considera que ciertas conductas con relevancia penal que no quedan cubiertas por la prevaricación, y por tanto tampoco por la inducción a la misma, justifican la existencia de un tipo autónomo que las recoja, que sería precisamente el delito de tráfico de influencias<sup>55</sup>.

También se ha pronunciado respecto a la relación entre imparcialidad e igualdad CABELLO MOHEDANO, quien ha dicho que el bien jurídico tutelado en el Capítulo XIII es la imparcialidad de la Administración<sup>56</sup>, pero al mismo tiempo ha destacado que es una forma de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Según este autor, el planteamiento de LUZÓN PEÑA que a continuación se transcribe, relativo al delito de fraude de funcionarios públicos, puede predicarse también respecto del tráfico de influencias<sup>57</sup>: “Si el bien jurídico tutelado último es el interés administrativo del servicio público, el próximo es la imparcialidad del órgano que repercute en la igualdad ante él de los interesados (...) Pero al riesgo del perjuicio público hay que sumar el de los terceros afectados, que rompe la igualdad ante la ley”<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ MORO, *Análisis normativo y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias* en: PUENTE DE ABA, Luz María (Dir.)/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.) *Corrupción y fraudes a consumidores. Perspectivas y casos actuales*, 2016, 180.

<sup>53</sup> RODRÍGUEZ MORO, *Análisis normativo y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias* en: PUENTE DE ABA, Luz María (Dir.)/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.) *Corrupción y fraudes a consumidores. Perspectivas y casos actuales*, 2016, 180.

<sup>54</sup> V. *supra* pp. 19-20.

<sup>55</sup> Esto puede ser válido sin perjuicio de que también otros tipos, como en el cohecho, pueden quedar abarcadas estas conductas, como actos preparatorios del mismo.

<sup>56</sup> CABELLO MOHEDANO, en: GONZÁLEZ RUS (Coord.), *LH- Casas Barquero*, 1996,92.

<sup>57</sup> CABELLO MOHEDANO, en: GONZÁLEZ RUS (Coord.), *LH- Casas Barquero*, 1996, 93.

<sup>58</sup> LUZÓN PEÑA, *La Ley*, 1989, 4, 420.

Considero que la alusión a la igualdad de los ciudadanos frente a las actuaciones de la Administración también debe asegurarse, entre otras cosas, porque sirve de argumento adicional para cuestionar aquellos que defienden una pretendida “funcionalidad” de la corrupción, en el sentido explicado por CUGAT MAURI<sup>59</sup>, sobre la base de que esta sería la vía para que algunos puedan acceder con mayor eficacia a las prestaciones del Estado, a las cuales en condiciones normales, tendrían mayor dificultad de acceder. El acceso a los servicios a cargo de la Administración Pública por la vía de la corrupción, derivada, por ejemplo, del uso ilícito de influencias, termina por destruir también la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

En mi opinión, la igualdad, en el caso del delito de tráfico de influencias se garantiza solo de forma mediata, en tanto que la actuación objetiva e imparcial impedirá que la presencia de intereses ajenos al interés general termine afectando también la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Al hilo de lo dicho hasta el momento, y sin perjuicio de las debidas precisiones que posteriormente se harán, puede decirse que el delito de tráfico de influencias (arts. 428 y 429 CP) es un tipo de peligro debido a que el solo ejercicio de las influencias ilícitas, pone en riesgo concreto la objetividad y la imparcialidad de la Función pública.

MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA destacan la cercanía del tráfico de influencias con el delito de cohecho, y por tanto la identidad del bien jurídico protegido: “las conductas previstas en los preceptos indicados presentan una clara afinidad con el delito de cohecho. Esta última figura delictiva pretende evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos en la adopción de las decisiones públicas, por cuanto *se endereza a la tutela del principio de imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas*; a idénticas metas, en principio, responden los delitos de tráfico de influencias”<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 120 ss, advierte: “De lo dicho se desprende que el requisito de una visión prudente ante las definiciones de la funcionalidad de la corrupción, por las posibilidades que admite la Constitución de adopción de diversos modelos de referencia y por los datos necesarios para su cálculo, puesto que no siempre será fácil determinar si la opción escogida era la mejor en la situación social concreta e irrepitable. Pero a pesar de las dificultades de determinación de esta calificación, en ningún caso puede aceptarse una afirmación de funcionalidad que tenga en cuenta un modelo económico sin fundamentar su adecuación al **marco constitucional**.” (negritas en el original).

<sup>60</sup> MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) /MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios PE*, 2016, 7ª, 1758.

De otra parte, un aspecto adicional, mencionado por CABELLO MOHEDANO, tiene que ver con la crítica formulada por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, referida a la redacción anterior al CP de 1995, en el sentido de que el entendimiento del bien jurídico como el correcto “ejercicio de los *deberes*” conduce a una visión “autoritaria y estatalista”<sup>61</sup> que por tanto debe ser desechada, punto de vista que como se explicará en los párrafos siguientes, goza de generalizada aceptación en la doctrina y además tiene un claro fundamento constitucional y legal.

En la línea indicada en el párrafo anterior, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y OLAIZOLA NOGALES, han dejado claro que en la actualidad hay que defender una idea del bien jurídico que lo conciba como el buen funcionamiento de la Administración Pública, en tanto que lo fundamental en una tal concepción se centra en la relación entre la administración y los ciudadanos de conformidad con lo dispuesto en los arts. 103 y 106 CE<sup>62</sup>.

Los mencionados autores advierten que ello no obsta para que la realización del delito implique a la vez la infracción de deberes por parte del funcionario. No obstante, advierten que la prevención y represión de aquellos comportamientos que no trascienda de la mera infracción de deberes propios de los funcionarios y sin relevancia especial para el bien jurídico, deben quedar en el ámbito del Derecho administrativo disciplinario<sup>63</sup>.

Sobre lo anterior, en otro de sus trabajos, OLAIZOLA NOGALES profundiza su punto de vista afirmando que lo que importa a efectos penales es la consideración de Administración Pública y sus actividades y funciones “como un ente prestacional”, a lo cual añade, citando a GARCÍA ARÁN, el siguiente ejemplo, con el que ilustra esa noción de Administración Pública que defiende: <<por función jurisdiccional en el delito de

---

<sup>61</sup> CABELLO MOHEDANO, en GONZÁLEZ RUS (Coord.), *EM- Casas Barquero*, 1996, 92. Para una visión más amplia de los puntos de vista de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO acerca del bien jurídico en lo que en su momento se denominaban “Delitos de funcionarios”, puede consultarse OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, 1980, 133 ss.

<sup>62</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *Huarte de San Juan, Derecho/Zuzenbidea*, 3-4, (1996-1997), 111.

<sup>63</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA, *Huarte de San Juan, Derecho/Zuzenbidea*, 3-4, (1996-1997), 111. En esta línea GARCÍA ARÁN, *Revista Aragonesa de Administración pública*, 11, 1997, 357 ss., plantea que “la Administración pública como objeto de protección no se corresponde ni con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la *función pública como actividad de prestación a los administrados*”. Por su lado, CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 99, considera que hay que rechazar “las posturas que incluyen en el bien jurídico la infracción de deberes”; también FEIJOO SÁNCHEZ, en: *La Ley*, 1997, 2 (TJ), 1679, opina que debe negarse “la protección de la Administración *per se*, o bien su prestigio o dignidad, y a reconocer cómo único interés merecedor de tutela la actividad pública, los servicios que los distintos poderes públicos prestan a los ciudadanos”.

prevaricación ha de partir del análisis de las funciones del Estado en nuestro actual marco constitucional y su desarrollo, y sobre todo, del contenido del Estado social y democrático de Derecho como generador de prestaciones: y obliga a entender la corrección de las funciones públicas desde el punto de vista del contenido de lo que se presta, sus fines y su beneficio para el administrado»<sup>64</sup>.

En la misma dirección continua OLAIZOLA NOGALES afirmando: “la Administración es objeto de protección penal en tanto es la forma concreta de servir a los intereses generales y no a los intereses de un sector gubernamental de un partido político” señalando además que esto es lo que GARRIDO FALLA denomina <<eficacia indiferente>> de la administración. De tal manera que la objetividad debe ser un atributo de una Administración que funciona correctamente, más allá que sus actuaciones perjudiquen o favorezcan al gobierno de turno. Concluye la autora en cita que concebida en los términos indicados, la Administración Pública no puede ser considerada ya un bien jurídico formal, y por tanto, su protección penal se justifica por ser el instrumento para garantizar el correcto servicio que los poderes públicos deben prestar a los ciudadanos conforme a los criterios constitucionalmente previstos<sup>65</sup>.

Comparto los planteamientos de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES y respecto a los mismos creo necesario insistir en la importancia de no perder de vista que la Administración Pública es, a fin de cuentas, un instrumento para hacer efectivos los fines estatales, pero que ni el Estado como ente abstracto, ni la Administración como instrumento de este, son fines en sí mismos. En efecto, la existencia del aparato estatal y de todo ese complejo entramado de instituciones, personas, procedimientos etc., que componen la Administración Pública, solo se justifica en tanto y en cuanto es útil a la convivencia social y vehículo para el logro del bienestar general y la forma de asegurar la participación de los

---

<sup>64</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 84 ss.

<sup>65</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 84 ss; en esta misma línea ORTIZ DE URBINA; en SILVA SÁNCHEZ (Dir.) /RAGUÉS I VALLÉS (coord.), *Lecciones PE*, 5ª, 2018, 363-364, explica: “Doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que el **bien jurídico** (o interés) que protegen los delitos recogidos en el Título XIX del Libro II del Código Penal es el buen funcionamiento de la Administración pública, su capacidad de prestar servicios. Las figuras delictivas del Título especifican facetas de ese genérico interés, protegiendo las concretas cualidades que caracterizan el buen ejercicio de la actividad administrativa (...) “No se protege a la Administración con mayúscula, esto es, como organización (ni su <<prestigio>> o su <<dignidad>>, como todavía se lee en ocasiones), sino a la **administración en sentido funcional**, como instrumento al servicio de los ciudadanos. Por este motivo, no solo se tipifican conductas realizadas por autoridades, funcionarios y personas que colaboran con la Administración, sino también algunas llevadas a cabo por particulares” (negritas en el original).

individuos en el sistema social y permitir su libre desarrollo<sup>66</sup>. Concebida de este modo, la Administración Pública no es más que un instrumento que solo merecerá protección penal, en tanto la conducta incriminada sea de aquellas lesionen o pongan en riesgo la relación ciudadano-Administración. Los demás asuntos, especialmente los relativos a la disciplina interna, estoy de acuerdo, deben quedar, si ello es necesario, en el ámbito del Derecho administrativo disciplinario<sup>67</sup>.

Por lo dicho, también debe matizarse la opinión de GARCÍAS PLANAS en relación con los tipos de tráfico de influencias (art. 404 bis a y 404 bis b) incorporados al CP/1973 por la LO 9/1991, según la cual “[el] bien jurídico protegido es la Administración Pública y concretamente su imparcialidad y su prestigio; en consecuencia, el contenido de lo injusto será su descrédito”<sup>68</sup>, pues si bien tiene razón al indicar que la imparcialidad es objeto de protección de ello no puede inferirse que el núcleo de lo injusto sea el desprestigio de la Administración. Admitir la posibilidad de que el tráfico de influencias se oriente a proteger la buena imagen de la administración implicaría una exacerbación de la punibilidad, pues el bien jurídico concebido en una forma tan difusa podría dar lugar a que se consideren

---

<sup>66</sup> Este planteamiento obedece a un concepto del bien jurídico como categoría general de cuya protección se ocupa el Derecho Penal y que considera que en última instancia el aseguramiento de ciertas condiciones o estado de cosas se considera valioso y por ello digno de protección penal, en la medida en que facilitan las condiciones para que los individuos puedan desarrollarse libremente en la sociedad. Para concepción del bien jurídico en esa perspectiva, v. por todos, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 13/13-23, 169: “A mi juicio, quizás se pueda formular un concepto amplio y general -no escorado a una sola perspectiva- de los bienes jurídicos como **condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad** (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera íntima, cuanto como en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser **socialmente valiosos** y por ello dignos de protección jurídica.” (negritas en el original).

<sup>67</sup> ASUA BATARRITA (Ed.), en: ASUA BATARRITA (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 42. No obstante, esta autora pone de relieve lo siguiente: “En la actualidad, doctrina y jurisprudencia reconocen que la potestad sancionadora de la Administración forma parte del <<ius puniendi>> estatal, junto con el derecho penal; ambas manifestaciones conforman lo que genéricamente puede denominarse el <<ius publicum penale>>. La delimitación de las garantías y principios que deben inspirar el ejercicio de la facultad sancionadora viene desarrollándose, en su acomodación a la Constitución, aproximando técnicas y criterios elaborados y consolidados en el derecho penal, lo cual no significa sin embargo una homogeneización total con el sistema punitivo que compete a los tribunales(...) La secular discusión sobre las diferencias cualitativas o cuantitativas entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, si bien se refiere fundamentalmente a los ilícitos se decanta hacia posiciones eclécticas, con predominio de la consideración de que nos encontramos ante diferencias no sustanciales”.

<sup>68</sup> GARCÍAS PLANAS, *PJ*, 2ª época, 29, 1993, 21 ss. En relación con los mismos artículos, esto es, 404 bis, a) y 404 bis b); SUÁREZ MONTES, *LM- Del Rosal*, 1993, 1094, considera que “es muy difícil saber cuál es el bien jurídico protegido y, por tanto, cuáles sean las soluciones que deban darse a las cuestiones dependientes de él, como por ejemplo, las referentes a las formas imperfectas de ejecución del delito o al concurso con otras infracciones”.

delictivas conductas socialmente inadecuadas que puedan dar una sensación negativa a los ciudadanos frente a la administración pero que no tienen en realidad el mínimo grado de lesividad para interferir en forma significativa, al menos como para merecer la intervención penal, en las actividades prestacionales del Estado en favor de los ciudadanos.

Sobre el punto de vista de GARCÍAS PLANAS se pronuncia expresamente CARTOLANO, diciendo que “la protección *per se* del prestigio no se corresponde con la concepción de la Administración desde la perspectiva constitucional (como instrumento al servicio de los ciudadanos), sino con una noción autoritaria de la organización administrativa”<sup>69</sup>. Y advierte que en un Estado democrático, el prestigio y la confianza de los ciudadanos en la Administración deben ser entendidos “como efectos derivados del correcto funcionamiento de la Administración”<sup>70</sup>. Por lo ya expresado estoy de acuerdo con este punto de vista y agregó, que la inclusión de prestigio de la Administración como objeto de tutela penal hace aún más difusas, la ya de por sí tenues fronteras entre ilícito penal e ilícito administrativo<sup>71</sup>.

Otro aspecto que importa destacar en relación con el bien jurídico es que la protección parcial que algunos consideran que se dispensa al principio de imparcialidad, está directamente vinculada a la manera específica como se ataca el bien jurídico que en los delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 CP. En efecto, en estos delitos un elemento característico, que marca una diferencia importante con otros tipos penales, en particular con el cohecho, es el prevalimiento que acompaña el ejercicio de las indebidas influencias y que es el medio eficiente para condicionar la libertad de actuación del funcionario público, poniendo en riesgo la imparcialidad de quien representa y actúa en nombre la Administración pública<sup>72</sup>. En ese sentido la protección es parcial en la medida en que el delito es unidireccional, es decir, solo responderá penalmente el funcionario público influyente que actúa con prevalimiento y no, al menos respecto de tráfico de influencias, el funcionario sobre el que se ejerce la influencia.

---

<sup>69</sup> CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 154.

<sup>70</sup> CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 154.

<sup>71</sup> ASUA BATARRITA (Ed.), en: ASUA BATARRITA (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 42.

<sup>72</sup> ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, t. III, 2016, 200.

Respecto a la protección parcial del principio de imparcialidad a la que se refieren ACALE SÁNCHEZ y otros autores<sup>73</sup>, diría que es acertada pues de otra manera no se podría distinguir el tráfico de influencias del delito de cohecho<sup>74</sup>, siendo este último un delito de doble vía, en el cual la afectación al correcto ejercicio de la función pública, se produce como consecuencia de la bilateral negociación que se da entre los sujetos que convergen a la realización, cada uno, de su propio delito. Mientras que en el delito de tráfico de influencias, la afectación de la función pública está condicionada a la conducta de influir con prevalimiento por parte del sujeto activo, sin que sea menester que el sujeto pasivo de la conducta realice ningún tipo de actuación orientada a afectar la función pública.

No obstante lo anterior, conviene anticipar que algunos consideran que en todo caso la lesión del bien jurídico dependerá, en última instancia, del servidor público sobre el que se ejerce la influencia, lo cual solo resultaría correcto si la efectiva producción de la resolución se pudiera considerar un resultado exigible para la consumación del delito. Si como ya se ha dicho la intervención penal en este caso se centra en el proceso de toma de la decisión, no será necesario que el funcionario influido despliegue ningún comportamiento

---

<sup>73</sup> ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, t. III, 2016, 200. ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, T. III, 2016, 200, afirma: “Frente a la protección global que se ofrece del principio de imparcialidad en los delitos de cohecho, en sede de tráfico de influencias ésta deviene parcial. En efecto, éstos últimos solo castigan a los que influyen en los funcionarios públicos que han de dictar determinadas resoluciones prevaliéndose de unas situaciones tasadas, quedando el funcionario influido fuera de castigo”. En igual sentido, MORALES PRATS/JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios PE*, 2016, 7ª, 1759: “Esta tutela parcial del citado principio se infiere de la ausencia de previsión típica relativa a la conducta del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución (o se muestra dispuesto a adoptarla) que beneficia a la persona que ha influido en él, prevaliéndose de relaciones jerárquicas o personales”; así mismo, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.)/DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *Código Penal Comentado*, t.II; 3ª, 2012, 1519 para quien: “al igual que ocurre con el delito de cohecho, el bien jurídico protegido es el recto funcionamiento de la Administración, obligada a satisfacer con objetividad los intereses generales (art. 103 CE), y muy especialmente, el principio de imparcialidad.” Se refiere también este autor a que se trataría de la protección de una vertiente del principio de imparcialidad. En idéntico sentido DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.)/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO (Coords.), *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, 2010, 234; ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *PE*, 5ª, 2016, 666 sobre el bien jurídico y la impunidad del influido: “Se ha señalado que aunque tanto en el tráfico de influencias como en el cohecho se atenta contra la imparcialidad y objetividad de las decisiones de los funcionarios públicos, en el primero los medios son distintos de las dádivas y solo se castiga la conducta del que influye no la de la persona influida, a menos que ésta incurra en prevaricación (STS de 10 de marzo de 1998 y 5 de abril de 2002)”.

<sup>74</sup> Sobre este y muchos otros aspectos puede verse el importante trabajo ya citado en este trabajo: OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999.

para entender que con la influencia que sobre el mismo se ha ejercido, se ha puesto en peligro la imparcialidad que debe orientar la decisión del funcionario público.

## B. La imparcialidad y/o la objetividad, la legalidad, la igualdad, la eficacia, integridad de las Administraciones Públicas.

A la imparcialidad y objetividad como objeto de protección en el delito de tráfico de influencias algunos autores agregan otros contenidos como parte del bien jurídico. Es así como se encuentran referencias a la legalidad, la igualdad, la independencia, la eficacia, la integridad de las administraciones pública.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, considera que de la CE es posible deducir un denominador común para delimitar el bien jurídico, que en su opinión sería la *función pública*<sup>75</sup> que a su vez de concretaría en que su actuación debe estar orientada por la no arbitrariedad, la objetividad, imparcialidad, independencia y respeto por la igualdad, que deben guiar las realización de las actividades administrativas, judiciales o fiscales<sup>76</sup>.

El anterior planteamiento está acompañado de una crítica a la “lejanía, cuando no clara desconexión”, de las conductas previstas en los arts. 428, 429 y 430 CP con respecto al bien jurídico objeto de protección, lo que lo lleva a propugnar la necesidad de extremar el rigor en la interpretación restrictiva a partir de los principios limitadores del poder punitivo, en especial, del principio de ofensividad<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1523; MUÑOZ LORENTE, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 4-2013, 80, afirma este autor que lo protegido es la Administración Pública en su faceta de imparcialidad, objetividad y transparencia, pero que en la base de estos principios se encuentra el de igualdad y concluye afirmando que en definitiva lo que se protege es la libre formación de la voluntad de los funcionarios evitando así interferencia de intereses particulares y, en consecuencia, tratando a los ciudadanos por igual.

<sup>76</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1516, considera que a partir de la CE es posible deducir un denominador común que debe guiar el comportamiento de los Funcionarios públicos. Tal deducción surge de la prohibición constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos, la proclamación de la igualdad de los españoles ante la ley (art. 14 CE).

<sup>77</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1516, expresivamente advierte que esa “forma de proceder en el terreno de la antijuridicidad tipificada, aparte de reflejar la manera en que el legislador capta el curso de los acontecimientos de estas formas de <<corrupción>> significa que la ley pretende evitar, mediante la disuasión punitiva, no ya el *fenómeno* sino, anticipadamente, su *noúmeno*”. (cursivas en el original)

QUERALT JIMÉNEZ alude a un bien jurídico genérico, el cual, según sus palabras, difusamente puede llamarse *integridad de las Administraciones públicas* que sin embargo termina por concretarse en la objetividad e imparcialidad de los poderes públicos<sup>78</sup>. En igual sentido PIÑOL RODRÍGUEZ opina que el bien jurídico está constituido por la integridad de las Administraciones públicas, toda vez que los artículos 9, 103, 106 y 117 CE establecen la obligación a las diferentes administraciones públicas de observar un comportamiento “imparcial, no discriminatorio, no arbitrario”<sup>79</sup>.

POZUELO PÉREZ<sup>80</sup> alude a la imparcialidad y también a la eficacia, según se infiere de sus planteamientos, esta última se afectaría en la medida en que se utiliza la Administración Pública para satisfacer intereses particulares en vez de los generales. Respecto de este criterio de la eficacia, habría que señalar que una Administración que actúa con imparcialidad podrá seguramente ser más eficaz, si la eficacia se entiende como la capacidad de la Administración para cumplir en forma adecuada y oportuna con los fines a los cuales está destinada o, desde otra perspectiva, como la capacidad de dar cumplimiento al principio de distribución igualitaria de los bienes públicos<sup>81</sup>. Si ello es así, pareciera que no se puede deducir, sin más, que la eficacia forme parte del núcleo del bien jurídico protegido. Es decir, que sea algo diferenciado, por cuanto la protección de la imparcialidad a través de la incriminación del tráfico de influencias, en última instancia, conlleva la protección de otros principios como de la igualdad y por ende la garantía de una distribución igualitaria de los bienes públicos que es una de las maneras de medir la eficacia de la Administración pública.

---

<sup>78</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 7ª 2015, 1227. (negritas en el original)

<sup>79</sup> PIÑOL RODRÍGUEZ, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *PE*, t .II, 6ª, 523; CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.)/ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coord.), *Comentarios al código penal*, t.4, Arts. 318 bis al 445 bis, 2007, 3132, apoyado en sentencia STS 12.2.2000, este autor también alude a la integridad de la función pública como bien jurídico protegido que la cual debe operar conforme a los principios de objetividad y legalidad; MARTÍNEZ ARRIETA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coord.) *Comentarios PE*, 2007, 3133, acoge también la idea de que lo protegido es la integridad de la Función Pública.

<sup>80</sup> POZUELO PÉREZ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento práctico. Penal*, 2016, 1680; CRESPO BARQUERO, en DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia.*, t. II, 3ª, 2002, 2383, afirma que el bien jurídico protegido es la “eficacia imparcial” de la Administración.

<sup>81</sup> Así, CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 125: “En este sentido cabe decir que la eficacia está integrada o si se quiere, limitada, por el principio de **igual distribución** de bienes públicos. De hecho el sentido de la eficacia se encuentra en la corrección de desequilibrios y la transformación social. Por ello también se ha criticado la búsqueda del fin de eficacia a toda costa o en otras palabras la filosofía de que el fin justifica los medios”, 125-126, (negritas en el original).

Por último, además de la imparcialidad hay quien expresamente se refiere a la legalidad como objeto de protección<sup>82</sup>, que según entiendo, se corresponde con la idea de otros a los que ya se ha hecho referencia que consideran que se trata de evitar la arbitrariedad en la actuación de los servidores públicos. En cualquier caso, debe tenerse presente que la protección de la legalidad no parece ser el objeto directo de protección, máxime si se tiene en cuenta que el tipo penal no exige que la conducta se oriente a obtener una resolución prevaricadora, caso en el cual podría decirse que es más factible considerar que la legalidad también sería un objeto de protección inmediato en el delito de tráfico de influencias.

### C. La incorruptibilidad funcional, el interés general

POLAINO NAVARRETE entiende que lo protegido es la incorruptibilidad funcional<sup>83</sup>, valor que según su opinión, se lesiona en tanto se ejerce una influencia que determina una resolución que facilita la obtención de un beneficio económico. Como se verá en la toma de postura, esta idea de la incorruptibilidad de los funcionarios, así expresada, no permite dar cuenta de manera precisa del desvalor de la conducta. En efecto, si la incriminación estuviese orientada a evitar la corrupción de los funcionarios no parece claro cuál sería la autonomía a las conductas previstas en los arts. 428 y 429 CP. Por ello, resulta discutible esta visión sobre el bien jurídico en tanto que la genérica alusión al “valor de la incorruptibilidad” hace difícil distinguir el tráfico de influencias de las demás figuras delictivas relativas a la corrupción y de manera particular no permitiría explicar por qué razón la conducta del funcionario influenciado es impune, con lo cual se pone de manifiesto que debe precisarse aún más el

---

<sup>82</sup> CARDONA TORRES, *PE*, 2010, 512: “Con su tipificación se pretende evitar la interferencia de intereses particulares, contrarios al interés general, en la adopción de decisiones en el ejercicio de funciones públicas con la tutela del principio de imparcialidad y legalidad que predica la Constitución (art. 103 CE)”.

<sup>83</sup> POLAINO NAVARRETE, en: POLAINO NAVARRETE (Dir.), *Lecciones PE*, 2011, 337 ss. En su criterio son tres características las que definen la antijuridicidad material de la conducta. en el delito de tráfico de influencias, a saber: “a) La abusiva **influencia** del titular de un cargo público sobre otro ostentador de la función pública, de índole objetiva; b) la **finalidad** de conseguir una corrupta resolución de éste en tanto mediatizada por el autoritario ejercicio con prevalimiento de un cargo público; c) la **susceptibilidad** de generar un enriquecimiento económico dimanante de la anterior resolución.”; una postura cercana a la anterior es la sostenida por VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código penal comentado*, 2015, 658, quien, sin ofrecer mayores detalles, afirma que “lo que combate este artículo con su amenaza de pena es la corrupción interna de la burocracia administrativa (Central, Autonómica o Local), política (Gobierno, Diputados y Senadores) y judicial (jueces, magistrados, Fiscales y Secretarios)”. (negritas en el original)

objeto de protección, es decir, la alusión a la incorruptibilidad de los funcionarios como objeto de protección debería conducir a que se admita que el influenciado que dicta la resolución desviada tendría responsabilidad penal, lo cual, como se verá es algo que de manera prácticamente unánime no es admitido en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Además de lo anterior, o quizás sobre todo, porque la incorruptibilidad es en último término un atributo general que se espera de los funcionarios y por ende de Administración. En ese sentido, en mayor o menor medida prácticamente todas las conductas delictivas contra la Administración Pública, están en definitiva orientados a proteger este ideal de actuación de los Funcionarios públicos.

De otro lado, GARCÍA VALDÉS/MESTRE DELGADO/FIGUEROA NAVARRO, aluden al interés general, que pareciera ser el bien jurídico que en su opinión se protege; ello se infiere de su afirmación según la cual “el legislador ha querido reprochar la utilización de la Administración Pública para la satisfacción de intereses particulares de los funcionarios o autoridades, y no para el servicio del interés general, lo que supone una grave inversión de los valores y principios que legitiman la actuación administrativa”<sup>84</sup>.

Importa anotar que el interés general como bien jurídico resulta un enunciado demasiado amplio que no parece tener mucha capacidad de rendimiento como criterio para delimitar -que es una de las funciones del bien jurídico<sup>85</sup>- las distintas figuras delictivas. De manera particular en este caso, con aquellas que afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública, puesto que en última instancia todas ellas apuntan a asegurar la prevalencia del interés general que como ya se ha dicho ha de entenderse plasmado en la Ley cuya expedición está precedida de los procedimientos democráticos que buscan asegurar que la misma sea expresión general.

#### D. La libertad del funcionario público en su proceso de deliberación

Hay quien afirma que lo protegido es la libertad del funcionario público en su proceso de deliberación. Lo anterior parte de la premisa de que tanto en la doctrina como la

---

<sup>84</sup> GARCÍA VALDÉS/MESTRE DELGADO/FIGUEROA NAVARRO, *PE*, 2015, 255.

<sup>85</sup> Sobre las funciones del bien jurídico, por todos, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3<sup>a</sup>, 2016, 13/13-23, 170.

jurisprudencia del TS, se ha advertido que en los delitos de tráfico de influencias de los art. 428 y 429 CP, es necesario que la voluntad del Funcionario público sobre el que se pretende influir resulte en alguna medida condicionada, aspecto que como se analizará en su momento, está asociado precisamente a que la influencia se realice prevaliéndose de determinada posición o de ciertas relaciones.

La consideración expuesta es lo que le permite a SERRANO TÁRRAGA expresar que en el delito de tráfico de influencias: “se protege (...) la libertad en el proceso de deliberación del funcionario público en la toma de decisiones relativas a la función pública que desarrolla”. Precisa la mencionada autora que se protege en forma genérica la libertad en la formación de la voluntad “sino la relativa a la adopción de resoluciones atinentes a la función pública” en la que se desempeña el funcionario<sup>86</sup>. Sin embargo, en su opinión ese bien jurídico –la libertad del funcionario en el proceso de formación de su voluntad- debe vincularse teleológicamente con otro bien jurídico – aquel que OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO identifica como objeto de protección de los tipos de tráfico de influencias- esto es, la objetividad, imparcialidad, independencia y respeto por la igualdad.

Respecto a la opinión de la SERRANO TÁRRAGA en el sentido de que lo protegido es la libertad del funcionario en su proceso de deliberación, creo que deja de lado el hecho de que ese condicionamiento de la libertad es el medio a través del cual el sujeto activo logra interferir en el correcto funcionamiento de la Administración, buscando una resolución beneficiosa para sí o para un tercero, afectando por tanto la imparcialidad y objetividad. Creo que esa intromisión en la esfera de libertad de funcionario debe ponerse en conexión con la finalidad perseguida por el sujeto activo del delito, que es desviar la Función pública para favorecer su interés privado. Solo de esta manera, se puede aprehender en su verdadera dimensión el sentido de la prohibición penal, y por tanto el bien jurídico, que en el caso del tráfico de influencias, siguiendo en esto a la doctrina y jurisprudencia dominantes, debe entenderse como el correcto funcionamiento de la Administración y que en este delito se concreta en la objetividad e imparcialidad que deben guiar las actuaciones de los funcionarios y autoridades públicas al momento de tomar las decisiones que les competen.

---

<sup>86</sup> MARÍA DOLORES, en: LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS (Coords.), *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, 2015, 279 ss.

Como quedó dicho más atrás, la imparcialidad alude a la conducta del funcionario que para actuar requiere de unas condiciones que le permitan actuar solo con apego al interés general y no condicionado por intereses privados. Pero ello no quiere decir que sea en este caso la libertad del funcionario la que en sí misma interese – que por lo demás es un bien jurídico que podría quedar cubierto por otros delitos como las coacciones o amenazas que recogerían en forma más adecuada el desvalor de la conducta- sino en tanto y en cuanto es la condición indispensable para que pueda actuar de manera imparcial.

### E. El punto de vista del Tribunal Supremo

Una revisión cronológica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo permite comprobar existe en esta alta corporación judicial una opinión relativamente constante y consolidada según la cual el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias de los artículos 428 y 429 CP es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, que se concreta en la objetividad e imparcialidad de la administración. Las sentencias que se relacionan a continuación dan cuenta de lo afirmado y permiten también, al mismo tiempo, distinguir algunos matices en relación con el alcance del bien jurídico protegido de acuerdo con la doctrina del TS:

STS 1534/1997,10-03 (RJ 1998/1986):

“Antes de entrar en el examen y resolución del caso concreto, nos parece lógico hacer una breve referencia previa y de carácter general a este delito de tráfico de influencias, indicando primeramente que su descripción tipificadora contiene una inicial y común «evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos» tutelando o protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad u objetividad de las decisiones de los funcionarios públicos. Sin embargo, según doctrina generalizada, que hacemos nuestra, a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el de tráfico de influencias están comprendidos aquellos supuestos en los que si bien se pretende conseguir del funcionario una distintos a las «dádivas o presentes».”

Como puede verse el TS alude expresamente a la imparcialidad y la objetividad, atributos que predica de las *decisiones* de los servidores públicos, con lo cual coincide con la doctrina dominante sobre el tema, aunque sin hacer distinciones entre objetividad e imparcialidad. Se destaca además que este alto Tribunal enfatiza la cercanía entre el delito

de cohecho y el de tráfico de influencias para indicar que la diferencia fundamental sobre la forma como se busca parcializar la decisión del servidor público se refiere a los medios empleados. Este último aspecto es importante en la medida en que deja claro que la autonomía del delito de tráfico de influencias y sirve para resolver problemas relacionados con concurso de normas o concurso de delitos. No obstante cabe advertir algo que se analizará en su debido momento y es que no es solamente el uso de dádivas o presentes lo que permite diferenciar el tráfico de influencias del cohecho.

En este caso se refiere a los tipos de tráfico de influencias que estaban vigentes antes de que se expidiera y entrara en vigor el CP de 1995, se trata de la STS 184/2000 de 15-02 (RJ 2000/1135):

“El prevalimiento que menciona el art. 404 bis b) CP/1973 no se debe identificar con una forma coactiva sobre la voluntad del funcionario. La tipicidad sólo requiere que los autores se hayan valido de una situación que pueda influir sobre la motivación al funcionario. Desde este punto de vista es indudable que el recurrente se ha valido de su situación de socio de la empresa beneficiaria para motivar a su padre al otorgamiento de la licencia. Al introducir el delito del art. 404 bis b) CP, el legislador ha querido completar la protección penal ya brindada por el delito de cohecho respecto de los casos en los que el funcionario es el beneficiario de la dádiva. Consecuentemente, esta finalidad, orientadora de la interpretación del art. 404 bis b) CP, permite concluir que el requisito de prevalimiento se debe tener por acreditado cada vez que los peticionantes de una decisión de la autoridad son conscientes de emplear medios que estimulen actos de favoritismo del funcionario. (...) Por lo demás, también es claro que en este caso se afecta negativamente el interés general. Este interés se materializa, precisamente en las normas que instituyen una función pública transparente, ajustada a la ley y responsable. (...) Un funcionario que toma decisiones que traslucen favoritismo, porque beneficien directamente a su familia, así como los familiares que aprovechan la situación dañan el interés general en una administración transparente”.

La reiteración que en la sentencia se hace del favoritismo que trasluce la decisión del Funcionario público es una forma de enfatizar, según se deduce del contexto de la precitada

sentencia del TS, en la afectación de la imparcialidad principio que establece la obligación de que Funcionario público decida conforme al interés general y no buscando favorecer intereses privados de terceros. Creo además que la alusión -aunque discutible- de la forma como se debe acreditar el prevalimiento, vinculado a los “medios que estimulen actos de favoritismo del funcionario”, permite también afirmar que el TS, al menos implícitamente, reconoce que la protección de la imparcialidad se sitúa en el proceso de toma de la decisión por parte del funcionario público la cual se puede ver condicionada por esos medios de los que se vale quien ejerce abusivamente las influencias.

STS 1335/2001 de 19 julio (RJ 2003/6472): Aunque la sentencia se refiere al ofrecimiento de influencias (art.430), las consideraciones del TS parecen extenderse, en general, a todo el capítulo relativo al tráfico de influencias, incluso, como se verá en una sentencia posterior, el TS deja claro que el ofrecimiento de influencias está lejos de afectar de forma directa la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública:

“Se trata también de un delito de mera actividad, que se consuma con la ejecución de la acción típica que describe el precepto, sin necesidad de que se produzca resultado alguno, ni siquiera que la solicitud del oferente sea aceptada por aquel a quien se dirige la oferta y, desde luego, sin que sea preciso que la influencia –que puede ser real o ficticia– sea ejercida efectivamente. Porque el fin perseguido por el legislador al introducir esta figura en el Código Penal por la LO 9/1991, de 22 de marzo es, al igual que en el delito de cohecho, evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos, tutelando y protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad y objetividad de las decisiones de las Autoridades y funcionarios públicos, que velan por el bien común y el interés general de la sociedad, véase STS de 10 de marzo de 1998, como ya se dijo por esta misma Sala en ocasión precedente al examinar las coincidencias y diferencias de esta figura con el delito de prevaricación, en uno y otro tipo se trata de mantener dentro del derecho, de la Ley y de la Ética, en cuanto valor social indiscutible, a la función pública STS de 24 de junio de 1994.”

El TS en esta ocasión alude no solo a la objetividad e imparcialidad sino que además señala que el delito de tráfico de influencias obedece a la necesidad mantener la Función

pública dentro de la ley, punto de vista que debe matizarse en el sentido de que la resolución pretendida en el delito de tráfico de influencias no tendrá que ser injusta y en razón de ello en estricto sentido el bien jurídico queda suficientemente delimitado al hablar de objetividad e imparcialidad sin que sea necesaria para su adecuada comprensión, la mención a la salvaguarda de la legalidad de la decisión.

*STS 537/2002 de 05-04* (RJ 2002/4627). En este caso la sentencia reitera lo dicho en las anteriores. En efecto, recuerda el TS:

“La sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 lo que exige es solamente que la decisión sea parcial o no del todo imparcial; lo que resulta conforme con la postura que estima que, si la resolución fuera delictiva o injusta, estaríamos además ante un delito de prevaricación o, en su caso, de cohecho, a sancionar como concurso de delitos en relación de medio a fin (ver sentencia 1312/1994, de 24 de junio)”.

*STS 480/2004 de 07-04* (RJ 2004/2818):

“En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que entre los requisitos del tráfico de influencias, además de la condición de funcionario público del autor y del destinatario de la influencia, y de la finalidad de obtención de un beneficio económico, propio o de tercero, ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida (SSTS 29.10.2001 y 5.4.2002). Debiéndose añadir que el hecho ha de afectar al principio de imparcialidad de la Administración Pública (STS 15.2.2000). Ese acto concluyente de prevalimiento es difícil que concorra con la omisión de un dato”.

Resulta interesante la conclusión a la que en este caso llega el TS, según la cual, la violación del principio de imparcialidad tiene como fuente directa y necesaria la fuerza moral, con lo cual se acerca al planteamiento de quienes consideran que el delito de tráfico de influencias sería un tipo próximo a los más clásicos delitos de coacciones<sup>87</sup>. Sin embargo, debe advertirse que en las coacciones hay violencia, mientras el prevalimiento típico del

---

<sup>87</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: ORTS BERENGUER (Dir.), *CGPJ, Delitos de los funcionarios públicos*, 1994, 207.

tráfico de influencias no supone el ejercicio de violencia, con lo cual, en realidad, el elemento común sería la presión sobre la voluntad de aquel a quien se coacciona o sobre quien se pretende influir.

Ahora, la exigencia de que la resolución sea imputable a la presión ejercida no deja duda que para el TS el contenido de lo injusto se centra en este caso en la afectación del proceso motivador del funcionario, que ve alteradas, ilícitamente, las condiciones que antes de la influencia le habrían permitido una decisión imparcial.

STS 335/2006 de 24-03 (RJ 2006/2319):

En este caso también se alude concretamente al delito previsto en el artículo 430 CP, sin embargo, al calificar como “inusitado rigor del legislador”, aprovecha para reiterar que el bien jurídico protegido en el tráfico de influencias –no lo dice expresamente- pero en el contexto se deduce que se refiere a los arts. 428 y 429 CP, sería, la objetividad e imparcialidad. Dice el TS:

“Por lo demás, no es necesario para la consumación del delito que el acusado realmente tenga posibilidades de influir, o sea simplemente una falacia, como tampoco que, aun teniendo tal posibilidad, se haya hecho o no la gestión y ésta haya sido exitosa o anodina. El delito es de simple actividad, y en él, el legislador ha mostrado un rigor inusitado al criminalizar un acto preparatorio, todavía alejado de lo que sería el bien jurídico protegido: la objetividad e imparcialidad de las decisiones administrativas, exigencia primordial para un correcto funcionamiento de las Administraciones públicas”.

STS 1026/2009 de 16-10 (RJ 2009/5994):

Se reitera, como en el caso anterior, para el TS el bien jurídico general es el correcto funcionamiento de la Administración Pública que se concreta en la obligación de actuar con objetividad e imparcialidad:

“El caso concernido lo integran dos delitos (prevaricación y tráfico de influencias) cuya distinción en orden al bien jurídico protegido no resulta fácil al participar ambos de la idea de ataque al correcto funcionamiento de la Administración Pública, en

particular la protección del deber de objetividad e imparcialidad que ha de regir su funcionamiento en la labor de satisfacer los intereses y servicios generales que la ciudadanía demanda”.

STS 300/2012 de 03-05 (RJ 2012/5980):

En esta sentencia se destaca la expresa referencia del TS a las funciones administrativas y judiciales, con lo cual implícitamente acepta la idea de que el correcto funcionamiento de la Administración Pública, como se planteó más arriba al analizar la doctrina sobre el bien jurídico incluye no solamente a la Administración Pública en sentido estricto, sino más en general, a los poderes públicos, o, más exactamente, la Función pública

“El delito de tráfico de influencias cometido por funcionario público o autoridad viene sancionado en el art 428 del código penal (RCL 1995, y RCL 1996) dentro de los "Delitos contra la Administración Pública" (Título XIX del Libro II, Capítulo VI, "Del tráfico de influencias"), castigando al funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior. El bien jurídico protegido consiste en la objetividad e imparcialidad de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo, incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales”.

STS 485/2016 de 07-06 (RJ 2016/3111):

Retoma algunas de sus sentencias anteriores para reiterar que con la incriminación, que en el caso concreto se refiere a una conducta que se adecua al tipo penal del art. 429 CP, “se busca proteger la objetividad e imparcialidad de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril (RJ 2004, 2818) y 335/2006, de 24 de marzo RJ 2006, 2319), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales”.

En el caso analizado destaca el TS la importancia de delimitar el bien jurídico en los términos indicados, pues ello es lo que permite que en el delito del tráfico de influencias (art. 429 CP) entender que “si la finalidad se refiere a una resolución exigible y lícita podría considerarse socialmente adecuada como razón que excluyera la antijuridicidad, en la medida que, exenta de lo espurio, la resolución no vulneraría el bien jurídico protegido, ya que con la sanción se busca la imparcialidad en cuanto instrumental para la salvaguarda de la corrección jurídica de las decisiones.”. Argumento que por supuesto, también es aplicable al delito del art. 428 CP.

### 3. Toma de postura sobre el bien jurídico

La idea de un bien jurídico general común todos los delitos previstos en el Título XIX del CP me parece correcta siempre y cuando no se pierda de vista que en cada una de las figuras delictivas debe concretarse aún más. A partir de esta premisa, entiendo que el bien jurídico común como lo admiten mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia españolas es el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Para efectos penales, el concepto de Administración pública no se circunscribe a la actividad Administración general del Estado, y las administraciones autonómicas o locales, sino que comprende, en un sentido mucho más amplio, los poderes públicos a los que hace referencia la CE en distintos apartados y que por tanto incluye el ejercicio de funciones o actividades legislativas o normativas, ejecutivas o administrativas, judiciales o de auxilio a la Administración de Justicia y persigue finalidades públicas entre ellas la de asegurar la libertad, la igualdad, la participación política económica y social de los individuos. Es decir, en este sentido y con lo acabado de expresar adhiero a la idea que sobre este punto ha planteado OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO a la que se hizo alusión en el apartado inmediatamente anterior, añadiendo que para los mismos efectos, las nociones de Administración pública, poderes públicos o Función pública pueden usarse, como de hecho hace en este trabajo, como equivalentes, con tal que se entienda que se refieran a algo que va más allá de la actividad administrativa en un sentido restringido.

Por otra parte, estoy de acuerdo con la opinión cada vez más extendida que entiende la Administración Pública en si misma considerada no debe ser objeto de protección penal, sino solo en tanto y en cuanto, esta se conciba como el instrumento a través del cual el Estado cumple su finalidad de servir al interés general y de garantizar la igualdad de los ciudadanos frente a las actuaciones de las autoridades y funcionarios públicos. El Estado Social y Democrático de Derecho (Art. 1 CE) que proclama entre sus valores superiores el de la igualdad, exige que las actuaciones de las autoridades y funcionarios públicos se orienten a asegurar la realización efectiva de ese y los demás principios y valores constitucionalmente reconocidos.

El entendimiento de la Administración como instrumento y no como fin en sí misma, tiene el sentido de evitar la formalización del bien jurídico pues esa es la puerta de entrada a indeseables e inconstitucionales concepciones autoritarias del Derecho penal, a la luz de la CE vigente. Así mismo, se orienta a evitar, sobre la base de una visión formalista del bien jurídico, que la fundamentación de la sanción penal de los funcionarios públicos descansa en la mera infracción de deberes del cargo, difuminado con ello, aún más, la tenues fronteras que en muchos es posible advertir entre el ilícito penal y el ilícito extrapenal.

Estoy de acuerdo con quienes consideran que a partir de las normas constitucionales es posible delimitar el objeto de protección tratándose de los delitos que afectan el correcto funcionamiento de la Administración pública, sin que ello signifique que la Constitución imponga mandatos de criminalización, sino que por el contrario, fija los límites dentro de los cuales el Derecho penal puede ubicar sus objetos de protección. En el caso de los delitos contra la Administración pública, una de las normas constitucionales de obligada referencia es el art. 103 CE que preceptúa, entre otras cosas, que Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales y que la Ley se encargará de establecer las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

A partir de las consideraciones anteriores, se puede afirmar que la prohibición contenida en los artículos 428 y 429 CP de ejercer influencias prevaliéndose de la posición que se ocupa, o de ciertas relaciones con los funcionarios o autoridades con el propósito de obtener beneficio económico, está orientada a impedir que las decisiones de los funcionarios o

autoridades destinatarios de esa influencia, se vean condicionadas por intereses privados, o en todo caso, ajenos al interés general.

La actual regulación del tráfico de influencias de los arts. 428 y 429, no exige que efectivamente se produzca la resolución y mucho menos el beneficio económico, ello me permite estar de acuerdo con quienes opinan que el núcleo de lo injusto se centra en el proceso de la decisión y no en el resultado. A partir de ese dato, también es dable sostener que lo que se quiere prevenir con la incriminación penal es la puesta en peligro concreto de la imparcialidad y objetividad que debe guiar las actuaciones de la Administración.

La sanción penal de la conducta consistente en prevalerse de la posición que se ocupa -relación jerárquica- o de ciertas relaciones personales busca prevenir la interferencia ilícita en el proceso deliberativo del funcionario público. Así pues, la prohibición tiene justificación precisamente porque esas conductas interfieren el correcto funcionamiento de la Administración Pública introduciendo elementos ajenos al interés público. De esta manera, la antijuridicidad del comportamiento se produce en el momento en que se ejerce abusivamente una influencia capaz de desviar la Función pública hacia intereses particulares.

También comparto la idea esbozada más atrás en el sentido de que la imparcialidad se refiere más a la conducta personal del Funcionario público y la objetividad a un atributo de la actuación de la Administración. Sin embargo, en mi opinión debe quedar claro que si bien son términos que pueden diferenciarse incluso a partir del art. 103 CE que predica la objetividad de la Administración y la imparcialidad de los funcionarios, se trata de las dos caras de la misma moneda, es decir, la actuación imparcial del funcionario debe traducirse por fuerza en una decisión objetiva, y en sentido contrario, una actuación parcializada no puede menos que producir una decisión impregnada de subjetividad, es decir, en la que se incorporan finalidades ajenas las previstas implícita o explícitamente en la Ley.

En consonancia con lo anterior considero que no es el prestigio o la imagen de la administración el objeto sobre el cual recae la protección, puesto que ello supondría justificar la incriminación penal en un concepto tan vago y etéreo que haría perder al bien jurídico una de sus más importantes funciones como lo es al de servir de límite al *ius puniendi*. En efecto, prestigio o la imagen de la administración es un asunto que en cualquier caso está sujeto a percepciones que no necesariamente guardan correspondencia la realidad del desempeño de la Administración Pública en cuanto ente al servicio de los individuos y de la comunidad.

Así por ejemplo, puede suceder que una determinada política pública sea correcta y conveniente, y estar orientada por un auténtico y legítimo propósito de servir al interés general, sin embargo puede en muchos casos ser percibida en forma negativa por los ciudadanos, afectando por tanto la imagen de la Administración. Pero también puede suceder al revés, una Administración en cuyo seno existen corruptelas que sin embargo goza de cierto nivel de aceptación o popularidad que la hace en cierta medida inmune al desprestigio y la desconfianza que su corruptela debería provocar, en la medida en que mucho se beneficia de la misma de forma directa o indirecta.

Por supuesto que si los ciudadanos perciben que en la Administración Pública hay funcionarios venales y proclives a la corrupción en muchos casos también -quizás en la mayoría- se formen una imagen negativa de la Administración y sientan desconfianza hacia la misma, pero aun así, la protección penal no podría justificarse en esa sola circunstancia en la medida en que estaría asentada en percepciones que por múltiples razones son variables y en no pocos casos caprichosas e interesadas, sobre todo por razones políticas, que muchas veces llevan a que el arma política predilecta de los opositores políticos de gobierno de turno, consista en promover su desprestigio a base de divulgar información falsa, o en el mejor de los casos, en interpretaciones que tienden a distorsionar la realidad de la actuación administrativa.

Tampoco creo que sea la libertad del Funcionario público el bien jurídico que directamente se proteja pues el influjo moral que se ejerce sobre el mismo con las influencias indebidas. El prevalimiento de cualquiera de las situaciones que permiten cierta ventaja, como lo son las descritas en los tipos penales de los art. 428 y 429 CP, con la finalidad de incidir en el proceso deliberativo del funcionario que tiene a su cargo la decisión, es tan solo el medio para interferir en el correcto desempeño de sus funciones. Es decir, el ataque a la libertad del Funcionario es el medio a través cual se pretende desviar el correcto ejercicio de la Función pública, afectando la imparcialidad, en procura de una resolución desviada.

Por razones similares, tampoco la legalidad puede ser considerada como el objeto específico de protección en la actual incriminación del tráfico de influencias. El tipo no requiere para su consumación una resolución arbitraria o injusta sino meramente desviada, y por ello es difícil admitir que la legalidad sea un bien protegido de forma directa en los delitos estudiados. Lo anterior no es óbice para admitir que una resolución desviada es, en un sentido

amplio, contraria a la ley; sin embargo, de nuevo, hay que tener en cuenta que la antijuridicidad en el tráfico de influencias se centra en el proceso de la decisión con miras a provocar una conducta de favoritismo, esto es no imparcial por parte del Funcionario y ese es precisamente el núcleo de lo injusto, que se concreta en la lesión o peligro para la actuación imparcial.

Por último, las referencias a la eficacia de la administración, al interés general, la igualdad, la incorruptibilidad de los funcionarios y la integridad de la administración pública, en general adolecen del vicio de ser conceptos muy amplios que impiden identificar claramente lo específico de la antijuridicidad en el delito de tráfico de influencias. El interés general y la igualdad, ya se ha dicho, son valores superiores con indiscutible arraigo constitucional, cuya garantía y efectiva realización puede lograrse de muchas formas y una de ellas, para el caso que no ocupa, consiste en asegurar la actuación objetiva de la Administración la cual presupone la actuación imparcial de sus funcionarios. En cuanto a la incorruptibilidad de los funcionarios y la integridad de las administraciones, creo que lo más que puede agregarse es que se trata de atributos necesarios y deseables que deben caracterizar a unos y a otra, que se derivan y por tanto son predicables de una Administración y de unos funcionarios que actúen, respetando entre otros principios, los de objetividad e imparcialidad. La mera alusión a la incorruptibilidad de los funcionarios deja de lado el hecho de que la corrupción se manifiesta de muchas formas y es precisamente en relación con esas formas concretas como deben estar configurados los tipos penales.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EJERCICIO DE INFLUENCIAS SOBRE FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD

#### 1. Los elementos del tipo

##### A. Aspectos generales

En este capítulo me ocuparé de estudiar de manera conjunta los tipos penales de los artículos 428 y 429 del CP, sin perjuicio de las necesarias precisiones que en cada momento correspondan. Lo anterior teniendo en cuenta que solo se diferencian en cuanto al sujeto activo del delito y en la fuente de la que emana el prevalimiento que acompaña la influencia.

En el tipo penal del artículo 428 CP el sujeto activo del delito debe tener la calidad de *funcionario público o autoridad*. Entre tanto, en el tipo del artículo 429 CP el sujeto activo del delito es un particular. En ambos casos, esto es, tanto en el tipo del art. 428 CP como del art. 429 CP, el sujeto sobre quien se ejerce la influencia debe ostentar condición de *funcionario público o autoridad*. La conducta típica consiste en influir con prevalimiento de ciertas relaciones, aspecto que también es común a ambos delitos. Sin embargo, en el tipo penal previsto en el art. 48 CP el sujeto activo actúa prevaliéndose del ejercicio del cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación jerárquica o personal con el funcionario público influido o con otro funcionario o autoridad; mientras tanto, en el delito de tráfico de influencias del art. 429 CP el sujeto realiza la conducta prevaliéndose de sus relaciones personales con el funcionario a quien se dirige la influencia, o con otro funcionario.

En cuanto al tipo subjetivo se trata de conductas que solo admiten la modalidad dolosa -dolo directo como se explicará luego-. Por supuesto, el contenido del conocimiento requerido por dolo depende de los elementos objetivo-normativos contenidos en cada uno de los tipos. En cuanto a la finalidad perseguida, que es un elemento subjetivo especial, distinto del dolo que debe concurrir, es el mismo para ambos delitos y consiste en la

pretensión de una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, beneficio económico a quien ejerce las influencias o a un tercero.

## B. El tipo objetivo

### B.1. Sujeto activo del delito y sujeto pasivo de la conducta

Según se dijo para el caso del art. 428 CP el sujeto activo debe ser funcionario público o autoridad y en ambos delitos -art. 428 y 429 CP- el sujeto pasivo de la conducta debe ser un Funcionario público o autoridad. En lo que sigue se analizará el significado de este concepto en el Derecho Penal español.

El concepto de Funcionario o Autoridad tiene una connotación propia para el derecho penal que lo diferencia de la que se emplea en el Derecho administrativo<sup>88</sup>. Así lo ha puesto

---

<sup>88</sup> Sobre la autonomía del concepto de servidor público y autoridad en el derecho penal existe un amplio consenso en la doctrina española. No obstante lo anterior, la interpretación que se hace del artículo 24 CP es muy variada de lo cual se dará cuenta en el presente apartado. Sobre la autonomía del concepto véanse, entre muchos otros, QUERALT JIMÉNEZ, *CPC* 27-1985, 477 ss; VALEIJE ÁLVAREZ, *CPC*, 62-1997, 435 ss; OLAIZOLA NOGALES, *El Delito de cohecho*, 1999, 168 ss, quien en forma amplia cita la doctrina más representativa y además abundante jurisprudencia del TS y a modo de conclusión expone cuatro razones para defender la autonomía penal del concepto de funcionario público. La primera es que el CP no exige que el sujeto se incorpore al organigrama de la Administración, es decir, puede ser funcionario colaborando desde fuera, la segunda, consiste en que no se requiere que los que de éste modo se incorporan a la función pública se rijan por el Derecho administrativo y que ello ha sido reconocido por la jurisprudencia del TS, en tercer lugar porque las finalidades del derecho penal son distintas a las de otras ramas del derecho, y ello justifica su autonomía conceptual, y la cuarta, es que el tenor literal del CP desde 1848 utiliza expresiones que indican que es un concepto *para* el derecho penal que precisamente utiliza la expresión <<a los efectos de este código>>; en igual sentido MUÑOZ CONDE, en: MUÑOZ CONDE (Coord.) *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 1997, 7 ss; BENAVIDES SCHILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016, 102 ss, afirma que el diferente concepto que se utiliza a efectos penales, obedece a la voluntad del legislador: “Existe consenso doctrinal y jurisprudencial cuando se afirma que no es posible hallar un único concepto de funcionario público aplicable a las distintas ramas del ordenamiento jurídico, puesto que el elaborado por el Derecho administrativo no tiene trascendencia jurídica respecto a los delitos en los que se considera que el sujeto activo es funcionario público, o en su caso, autoridad, para eso está por voluntad legislativa el artículo 24 CP”. Respecto a las coincidencias que sobre este punto se advierten en la doctrina y en la jurisprudencia puede verse ORTIZ DE URBINA GIMENO en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/(coord.), *Lecciones PE*, 4, 358 ss: “El concepto penal de funcionario es entendido de forma amplia tanto por doctrina como por jurisprudencia, yendo más allá del concepto jurídico-administrativo (STS149/2015, ponente Conde-Pumpido Tourón) e incluyendo tanto los funcionarios interinos (STS 230/2010, ponente Ramos Gancedo), como personal laboral (STS866 /2003, ponente Martín Pallín), y a quienes trabajan en la llamada

de manifiesto, entre muchos otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO al explicar que con fundamento en el art. 24 CP se habla de un concepto «funcional» de funcionario público, que tiene relevancia para el Derecho penal que “no coincide con el concepto de funcionario del Derecho administrativo, pudiendo decirse, matizaciones al margen, que todo funcionario en sentido administrativo lo es en sentido penal, pero no todo funcionario en sentido penal lo es en sentido administrativo (compárese el concepto del art. 24 CP con el art. 1 de la Ley de Funcionarios del Estado y los concordantes en relación con los funcionarios locales y de las Comunidades Autónomas)”<sup>89</sup>.

En el mismo sentido la jurisprudencia del TS de manera pacífica y reiterada desde hace muchos años, ha expresado que el concepto de Funcionario público a efectos penales es un concepto propio y por tanto autónomo respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico en especial respecto del Derecho administrativo<sup>90</sup>. Así mismo ha dicho el TS que se trata de una noción más amplia que tiene como fundamento la necesidad de diseñar protección penal

---

«Administración institucional», esto es, entidades públicas independientes, incluso con personalidad jurídica propia, también cuando se trata de sociedades mercantiles (STS 68/2003, ponente Delgado García)”.

<sup>89</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 179. Actualmente para efectos de las comparaciones planteadas por el citado autor debe tenerse en cuenta el Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, “por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”.

<sup>90</sup> Así en la STS 83/2017 de 14 febrero (RJ\2017\2238), en la que se recogen pronunciamientos anteriores del TS, se dice: “Y respecto a la cualidad de funcionario público del agente, es igualmente jurisprudencia de esta Sala, de la que es exponente la Sentencia 186/2012, de 14 de marzo, que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, según el cual «se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas», es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo. (...) Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas nada importan en este campo ni los requisitos de elección para el ingreso, en la categoría por modesta que fuera, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de provisión, ni aún la estabilidad o temporalidad (STS 4.12.2001). Como dice la STS 1608/2005 de 12-12 «el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que «...por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas...», art. 24.2º y 2, el factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas. Por ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de «carrera» como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia.” Véase también: STS 307/2001, de 27 febrero (RJ\2001\483); STS 1478/2002, de 19 septiembre (RJ\2002\8159); STS 866/2003, de 16 junio, (RJ\2003\6010); STS 663/2005, de 23 mayo (RJ\2005\7339); STS 1122/2007, de 10 diciembre (RJ\2007\9120); STS 186/2012, de 14 marzo (RJ\2012\4591); STS 166/2014, de 28 febrero (RJ\2014\2103); STS 340/2014, de 6 febrero (RJ\2014\1618); STS 560/2015, de 30 septiembre (RJ\2015\5109).

a bienes jurídicos esenciales<sup>91</sup> y que en consecuencia, lo que desde el punto de vista penal permite atribuir la calidad de Funcionario público a un determinado sujeto, es su participación en el ejercicio funciones públicas, siempre y cuando el título a través del cual las ejerza sea por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente.

Conviene antes de comenzar el análisis de sujeto activo y pasivo de los tipos penales bajo estudio, advertir que comparto la idea de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en el sentido de que la condición de Autoridad implica la de Funcionario y que por tanto, siendo este último -el de Funcionario- un concepto más amplio y comprensivo que el primero -Autoridad<sup>92</sup>, desde el punto de vista metodológico resulta más adecuado ocuparse de analizar lo que para efectos de la responsabilidad penal deberá entenderse por *Funcionario público* y ocuparse luego del de autoridad, sin perjuicio de su tratamiento conjunto, cuando ello resulte pertinente<sup>93</sup>.

También es importante señalar desde ya que para efectos de su adecuada comprensión se tiene establecido que el *modo de incorporación* a la actividad y el *ejercicio de funciones*

---

<sup>91</sup> En la misma STS 83/2017 de 14 febrero (RJ2017\2238): “Se trata, en definitiva, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS 22.1.2003 y 19.12.2000) de un concepto <<nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político- criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a la funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo>>. En la misma se agrega: “Así se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en las que son las acciones de los particulares las que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos”.

<sup>92</sup> A este respecto OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1518, opina que “el art. 24 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de <<funcionario público>> es un género al que pertenece la especie <<autoridad>>, Y además agrega que el código debió usar solo la expresión funcionario “como medida de economía legislativa centenariamente asentada por sus predecesores, que no ha tenido crítica trascendente por parte de la doctrina científica y jurisprudencial”.

<sup>93</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002,178. Afirma: “lo cierto es que resulta prácticamente imposible imaginar una autoridad que a la vez no sea funcionario; más sencillo parece pensar en un funcionario que no resulte autoridad, si bien se ha observado que todos los funcionarios necesitan en el ejercicio de su función ejercitar cierto imperio, participar del ejercicio de una cierta autoridad (no obstante, hay quien considera incorrecta esta observación, por estimar que confunde el verdadero imperio –mando o jurisdicción- con la facultad de disposición para impulsar los asuntos propios de su cargo). En cualquier caso, el concepto de funcionario parece más genérico que el de autoridad o, al menos, más amplio, por lo que comenzaremos por el mismo, no siendo ello óbice para que, en algunos puntos, se traten conjuntamente cuestiones comunes”.

*públicas* son los dos elementos que deben tenerse en cuenta para delimitar el concepto de Funcionario público de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.2 CP, lo cual conlleva la necesidad explicar en qué consisten esos modos de incorporación, a saber, *disposición inmediata de la Ley, elección y nombramiento de autoridad competente*. Y también precisar qué es lo que se entiende por Función pública<sup>94</sup>. De cada uno de estos aspectos paso a ocuparme, comenzando por la noción de Función pública.

### a. La noción de función pública

La definición de lo que se de entenderse por función pública no es pacífica en la doctrina, no obstante, pude afirmarse que existe una tendencia que aboga por que se adopte una noción suficientemente amplia y comprensiva, en la que se debe tener en cuenta el sujeto que la realiza, la finalidad persigue, y el régimen normativo que las regula (Derecho público Administrativo o Derecho privado). En esta línea, se han expuesto diversos criterios <sup>95</sup> tanto en la doctrina como en la jurisprudencia a efectos de formular la noción de Función Pública, así, se ha habla de los criterios *objetivo o formal, teleológico y orgánico* -que algunos identifican como *subjetivo*-, o bien de la combinación de algunos de los anteriores.

Según *criterio objetivo o formal*, la distinción entre funciones públicas y privadas depende de si el ente público se rige por el derecho privado o por el Derecho público o más precisamente si se realizan mediante “actos de Derecho Público”<sup>96</sup>. Se trata de una distinción estrictamente formal y es la razón por la que se le critica. La crítica se fundamenta, entre otras cosas, a la dificultad hacer una tajante separación entre las intervenciones estatales de fomento y desarrollo económico que en muchos casos se rigen tanto por el Derecho público, como por el privado. A lo anterior se suma el hecho de que muchos órganos privados son en

---

<sup>94</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 125.

<sup>95</sup> Sobre el concepto de Función Pública resultan muy importantes los planteamientos de VALEIJE ÁLVAREZ, Reflexiones sobre los conceptos de Funcionario público, Función pública y personas que desempeñan una Función Pública, v. VALEIJE ÁLVAREZ, *CPC*, 62-1997, 435 ss.

<sup>96</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, *CPC*, 62-1997, 464, explica que para esta posición “lo esencial no es tanto la finalidad privada o pública de la acción realizada, sino el régimen jurídico al que están sometidas dichas actividades.

realidad “prolongaciones disimuladas de la Administración”<sup>97</sup>. En efecto, el Estado para la consecución de sus fines, en muchos casos lo hace en colaboración con los particulares y para ello se utilizan diferentes mecanismos e instrumentos jurídicos<sup>98</sup>.

De otro lado, y en segundo lugar, se ha acudido un *criterio teleológico* de acuerdo con el cual, la Función Pública es aquella orientada a la satisfacción de intereses colectivos o sociales y que bien puede estar a cargo de órganos estatales o paraestatales<sup>99</sup>. Como se verá, este criterio resulta fundamental en la delimitación del concepto de Función Pública, no obstante lo cual se dice que por sí solo resulta insuficiente, puesto que muchas actividades que se orientan a satisfacer intereses generales o colectivos y al bien común, no pueden ser consideradas sin embargo funciones públicas, como sería el caso de las que realizan las fundaciones privadas sin ánimo de lucro, dedicadas a la protección y en muchos casos al cubrimiento de necesidades básicas de poblaciones vulnerables como podrían serlo, en muchos casos los inmigrantes, refugiados de guerra o en general, personas que en determinadas se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

En estos casos, no hay duda que el apoyo que prestan estas fundaciones o asociaciones de personas privadas sin ánimo de lucro a estas poblaciones vulnerables cumplen una finalidad social no solo loable sino que sin duda se dirige a satisfacer un interés general consistente en el bienestar de los miembros de la sociedad. Sin embargo, el solo hecho de que se trate de un asunto de interés general no convierte estas funciones o actividades en públicas y por tanto no convierte a quienes las desempeñan en funcionarios públicos.

Un punto de vista adicional es el llamado *criterio orgánico*, que algunos denominan *subjetivo*, y que podría en cierta medida tener su origen en la denominada “teoría del órgano”

---

<sup>97</sup> Al respecto VALEIJE ÁLVAREZ, *CPC*, 62-1997, ha dicho que existen “órganos fácticamente privados, que en realidad son organismos públicos, cuyo carácter privado sólo es fachada jurídica”.

<sup>98</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, *CPC*, 62-1997, 471: “Puntualizando lo anterior, a los efectos que aquí nos interesan, cabe decir que, a pesar del amplio abanico de técnicas organizativas mediante las cuales se prestan funciones públicas, son susceptibles de reconducirse a las siguientes formas: a) funciones desarrolladas por un organismo público de mano pública; b) funciones desarrolladas por particulares en virtud de un acto de delegación de la Administración Pública; c) funciones desarrolladas por organismos privados de mano pública”. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 127. Téngase en cuenta que muchas actividades, como por ejemplo la prestación de servicios públicos por particulares hoy en día se hacen bajo la regulación, vigilancia y control estatal, pero en muchos casos las normas aplicables a la prestación del servicio propiamente dicho son normas de derecho privado, lo cual demuestra que una distinción meramente formal resulta insuficiente para la formulación de una noción adecuada de lo que debe entenderse por Función Pública.

<sup>99</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, *CPC*, 62-1997, 464.

proveniente de los planteamientos de KELSEN, de acuerdo con los cuales funciones públicas y actos estatales son aquellas que imputadas o encomendadas al Estado y de la misma manera puede decirse que hacen parte de la función pública todas aquellas actividades atendidas por el Estado<sup>100</sup>.

Otra perspectiva para definir la Función Pública sería aquella que combina un criterio orgánico o subjetivo con uno de carácter teleológico. De acuerdo con este punto de vista, las funciones públicas son aquellas manifestaciones de la actividad del Estado orientadas al cumplimiento de sus fines y que se desarrollan en las distintas esferas del poder público como lo son el legislativo, el ejecutivo y el judicial<sup>101</sup>. En esta línea pareciera ubicarse el planteamiento de MUÑOZ CONDE para quien la Función Pública puede definirse como aquel conjunto de actividades orientadas a satisfacer los intereses colectivos o sociales y al bien común y que se realiza o ejecuta por órganos estatales o paraestatales<sup>102</sup>.

Otros autores que también defienden un concepto mixto de Función Pública, consideran que en el mismo deben estar presentes tres elementos, a saber, uno orgánico subjetivo, de acuerdo con la cual una determinada actividad implicará ejercicio de Función Pública si es realizada por un ente público; uno objetivo que requiere que dicha actividad esté sometida al Derecho público y por último, un criterio teleológico según el cual, Función Pública es aquella en la que se persiguen fines públicos, añadiéndose que este tercer criterio resultaría esencial, “en el sentido de que su ausencia privaría del carácter público a la función y en consecuencia al funcionario”<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 129; en esta línea podría encuadrarse lo planteado por VALEIJE ALVAREZ, *CPC 62-1997*, 473: “Lo anterior viene a significar que difícilmente se puede reconducir la noción de función pública a una noción formal, esto es, caracterizable por criterios objetivos. En la mayoría de las ocasiones de una función pública se puede hablar solamente en un sentido orgánico-subjetivo, equivalente a actividad desarrollada por la propia Administración, ya sea esta de ámbito estatal, autonómico o local. Puede que la noción a la que adherimos signifique caer igualmente en una nueva tautología, pero lo cierto es que la expresión <<función pública>> es sinónimo del conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo del Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación, o lo que es lo mismo, función pública es toda aquella actividad material o jurídica que directa o indirectamente le es imputable. Lo esencial, pues, es la titularidad de la actividad o función, siendo por el contrario un dato accidental, la forma concreta de gestión a través del actual éste se desempeñe”.

<sup>101</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 128.

<sup>102</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 1996, 831.

<sup>103</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 132; refiriéndose a la combinación de los criterios formal y teleológico *v. tb.* VALEIJE ALVAREZ, *CPC 62-1997*, 464 ss y la bibliografía allí citada, especial la nota de pie de página 64.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, es uno de aquellos que defiende una concepción mixta según la cual el concepto de Función Pública debe definirse teniendo en cuenta los siguientes tres aspectos: “Subjetivo: que la actividad se lleve a cabo por un ente público (aunque este podrá servirse de entidades o sujetos particulares en la gestión de la actividad); objetivo: que la actividad esté sometida al Derecho público; y teleológico: que la actividad persiga fines públicos”<sup>104</sup>. Sin embargo, el mismo autor advierte la dificultad para concretar aquello que debe entenderse por funciones públicas, ello debido, entre otras razones, a que tal noción está sujeta a consideraciones históricas y sociales -pone como ejemplo el hecho de que a finales del siglo XX y comienzos del XXI, algunas sentencias del TS reputaron funcionarios públicos a efectos penales a los obispos o a los párrocos, calificación que ahora, según su opinión, es difícilmente admisible<sup>105</sup>.

Advierte que la dificultad se acrecienta cada vez más debido a “las formas de gestión de los servicios que la Administración presta (que llegan hasta el punto de la creación de sociedades o empresas que difícilmente puede decirse que se rijan por normas de Derecho público) o por la aparición de Autoridades Administrativas independientes (Agencia Estatal de Administración Tributaria), Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc.)”<sup>106</sup>. Lo anterior ha propiciado que algún sector de doctrina matice los criterios objetivo y subjetivo, teniendo en cuenta que, por ejemplo, es perfectamente posible hoy en

---

<sup>104</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 180; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, se decanta por una postura muy similar a la planteada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, destacando que el elemento criterio esencial es el teleológico; JAVATO MARTIN, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 23-2011, 160, se muestra contrario a esta postura que denomina “ecléctica”, argumentando: “Semejante planteamiento, a pesar de su amplia aceptación no pudo ser admitido. Mediante el mismo se estaría sustrayendo del control del Derecho penal a la actividad de la Administración desplegada por empresas, organismos o entes públicos sometidos a un régimen jurídico-privado, o por los particulares concesionarios de los servicios públicos. Entendemos que para poder incluir a aquella en el concepto de función pública a efectos del art. 24.2 CP debe partirse de un concepto subjetivo en la línea de lo postulado por VALEIJE, incidiendo especialmente en el dato de la titularidad de la función. Ahora bien, dicho criterio debe ser matizado, en el sentido de exigir de manera adicional que la actividad esté impregnada de una finalidad pública o se dirija a la prestación de un servicio público. Lo que conduciría a excluir del perímetro de la tutela penal a las sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público, que persiguen una finalidad meramente comercial”.

<sup>105</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 180; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 6ª, 2010, 1114 ss, se pronuncia al respecto señalando que: “las funciones públicas no son objetiva ni fácilmente distinguibles de algunas privadas, ya sean efectuadas por los particulares, ya por un ente público. La experiencia muestra que la fuerza expansiva del Estado, el sector público, abarca ámbitos que para el anterior modelo de Estado, el liberal eran inimaginables: el Estado patrón, por ejemplo, que es, desde luego, el primer empleador. Y ello por más que se haya iniciado una ola privatizadora, que, en principio no afecta a la función pública en sí, cuando se trata de (re) integrar en el sector privado actividades públicas de carácter comercial, industrial o de servicios”.

<sup>106</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 180.

día que una actividad no se rija por normas de derecho público y sin embargo lo decisivo para la conceptualización de la función como pública o como privada “será si el ente en concreto ejerce materialmente potestades públicas, en cuyo caso quienes las llevan a cabo (siempre que se den los requisitos de incorporación) serán funcionarios públicos; es decir, que la idea del sometimiento a normas de Derecho público posee según algunos sólo un carácter indiciario”<sup>107</sup>.

Por su parte el TS adopta una noción amplia de lo que debe ser considerado Función Pública para lo cual toma en consideración el un triple criterio a saber: subjetivo, objetivo y teleológico. Según el TS la Función Pública es aquella desarrollada por entes públicos<sup>108</sup>—criterio subjetivo—, con sometimiento al derecho administrativo—criterio objetivo— y que tiene por finalidad la satisfacción de los intereses generales —criterio teleológico—<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 180. Recientemente BENAVIDES SCHILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016 ha manifestado: “Para caracterizarla penalmente se acude habitualmente a tres criterios (...) a) concepción *formal u objetiva*, donde será función pública aquella que esté regulada por normas de Derecho público, b) concepción *subjetiva*, que atiende a su realización por un sujeto o ente público, y, c) concepción *teleológica o finalista*, que comprende toda actividad persecutora del interés general. Optamos por ésta última, cuyo énfasis está en aquel afán por alcanzar los fines públicos, para conceptualizarla como las diversas formas de manifestación de la actividad del Estado (legislar, juzgar, ejecutar), o por mejor decir, la manifestación del poder público desde el punto de vista teleológico, finalista. La función pública se caracteriza en cualquiera de sus manifestaciones por su contenido final, al modo que expusiera ZANOBINI, de que “el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones” que se proyecta en la triple dimensión legislativa, judicial y administrativa”.

<sup>108</sup> En la STS 68/2003, de 27 de enero (RJ2003/1033) se dice “Tal y como viene entendiendo la doctrina de esta sala se trata de un concepto propio del Derecho Penal, independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo, porque lo que aquí importa es proteger de modo eficaz la función pública así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar. Se trata de un concepto muy amplio que abarca a todas las personas en las que concurren los dos requisitos que se deducen del propio texto de tal precepto: 1º. Participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto las del estado, entidades locales y comunidades autónomas, como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública”.

<sup>109</sup> Al respecto en la STS 1030/2007 de 4 diciembre (RJ2008\648) el TS sintetiza lo que ha sido su línea sobre el tema, en los siguientes términos: “La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos. Así, en la STS núm. 1292/2000, se dice que <<lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública>>. En la STS núm. 68/2003, luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que <<cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública>>. También en este sentido la STS núm. 1590/2003, de 22 de abril de 2004. También en la STS núm. 866/2003, de 16 de junio, se entendió que lo <<verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos>>. En la STS núm. 876/2006, de 6 de noviembre, que confirmó la sentencia por un delito de

## b. La participación en la función pública

El art. 24 CP reputa Funcionario público a efectos penales a todo aquel que “por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.” Esta previsión hace que también sea necesario delimitar el alcance de la expresión *participación en funciones públicas*.

Al respecto, puede decirse sin perjuicio de algunos matices, que son básicamente tres interpretaciones las que en la doctrina se han formulado al respecto: algunos han señalado que quien ejerce un cargo público necesariamente está participando en el ejercicio funciones públicas y que, por tanto, participación en funciones públicas y ejercicio del cargo serían expresiones sinónimas. Por otro lado, están aquellos que consideran que debe distinguirse, dado que es factible ejercer funciones públicas sin que ello implique necesariamente hacerlo en ejercicio de un cargo. Una tercera postura, es la defendida por quienes consideran que el ejercicio de un cargo no implica, forzosamente, el ejercicio de función pública<sup>110</sup>.

QUERALT JIMÉNEZ<sup>111</sup> es partidario de la primera de las mencionadas concepciones sobre la participación en la Función Pública. En efecto, este autor que considera que es un

---

atentado del que fue víctima el Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural, se afirmó que "la jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existencia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común. Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio. Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas". La anterior postura de TS ha sido reiterada: STS 186/2012, de 14 marzo (RJ\2012\4591); STS 166/2014 de 28 febrero (RJ\2014\2103), STS 421/2014 de 16 mayo (RJ\2014\2937), STS 447/2016 de 25 mayo (RJ\2016\2163), STS 83/2017 de 14 febrero, (RJ\2017\2238).

<sup>110</sup> V. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 135 y ss. Por mi parte, creo que en realidad es un asunto de matices, dado que, lo que en esencia diferencia las posturas es el hecho de que algunas tiene como punto de partida la equiparación entre el ejercicio del cargo y participación en el ejercicio de la función y otras diferencian, precisamente porque consideran que se puede participar sin ejercer, ni desempeñar un cargo.

<sup>111</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 27-1985, 477-508.

asunto semántico o terminológico y que en realidad no es posible hacer una distinción de fondo.<sup>112</sup> Otro argumento en favor de esta tesis estaría dado por el hecho de que el mismo CP incluye por la vía del título de incorporación, en la categoría de funcionarios públicos, al lado de los que ejercen funciones públicas en el sentido del Derecho público, a otros individuos como lo son los ministros, jurados, alcaldes, entre otros, que de otra forma no lo serían, según afirma el mencionado autor<sup>113</sup>.

Una segunda postura, es la defendida, entre otros, por COBO DEL ROSAL, según la cual participar en la Función Pública no implica necesariamente ejercer un cargo, puesto que el desempeño de una Función Pública no presupone, necesariamente, el ejercicio de un cargo público. OLAIZOLA NOGALES considera acertada esta opinión<sup>114</sup>, a la cual, sin embargo, también se han hecho objeciones por parte de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, las cuales, desde mi punto de vista, permiten deducir una tercera postura acerca de lo que significa participar en el ejercicio de funciones públicas.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO considera que ejercer el cargo supone algo más que participar del ejercicio de la Función Pública, puesto que requiere además que se ejerza efectivamente dicha función. Consecuente con su punto de partida, opina que no deben excluirse de la agrupación, las conductas de los particulares que, aun ejerciendo funciones públicas, no ocupan, ni ejercen cargo alguno<sup>115</sup>. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE sostiene

---

<sup>112</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 27-1985, 484, afirma en oposición a planteado por otro autor: “Estas afirmaciones no me parecen convincentes, ya que trato de demostrar que ejercer el cargo y participar en el ejercicio de funciones públicas *es lo mismo a efectos penales* (...) Tal como lo veo, la *ratio* de la ley reside en el hecho de que no parece conveniente limitar la consideración de funcionario público a efectos penales únicamente a quien lo sea desde el punto de vista de otros sectores del Derecho público”.

<sup>113</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 27-1985, 484.

<sup>114</sup> V. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 136

<sup>115</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, 1997, 142 ss. En sentido similar, más recientemente, MESTRE DELGADO, Esteban, en: LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.) *Delitos. PE*, 3ª, 2015, 722 ss, ha expresado: “Así, el criterio de determinación, a efectos penales, de la condición de autoridad o funcionario público, es la participación concreta y real en el ejercicio de funciones públicas o de administración, y por ello los tipos penales que contemplan esta condición en el sujeto activo de la conducta se han aplicado, entre otros ejemplos, al rector de un seminario conciliar, a obispos, curas párrocos, médicos (en cuanto expiden certificaciones para los actos inscribibles en el Registro Civil), notarios, carteros interinos, alcaldes, concejales, y hasta a guardas jurados. En todo caso el art. 24 del Código Penal de 1995, que establece los conceptos penales de funcionario público y de autoridad, garantiza el respeto a los principios de legalidad y determinación del ámbito subjetivo de aplicación de estos preceptos especiales”; DE LA MATA BARRANCO, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 20-2010, 17, sostiene: “desde una perspectiva más funcional que formal, de modo tal que, a efectos penales, no sólo deberán considerarse funcionarios a los que lo sean de carrera, sino también a los interinos, a los contratados laborales al servicio de la administración o a quien a través de un contrato,

que desde el punto de vista penal no hay inconveniente en admitir que Funcionario público (o Autoridad), es todo aquel que participa en una actividad pública a través de una sociedad con forma de derecho privado, pero participada por la Administración. Así mismo, “el personal contratado, laboral etc., siempre que participe del ejercicio de la función pública”<sup>116</sup>.

El TS también se ha pronunciado sobre este aspecto diciendo que para que se reputa Funcionario público a un determinado sujeto, basta que el mismo participe en “forma legítima”<sup>117</sup> en el ejercicio de funciones públicas “con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo”<sup>118</sup>. Agrega el TS que para el acceso al ejercicio funciones públicas no son relevantes “ni los requisitos de elección para el ingreso (...) ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de provisión, ni aún la estabilidad o temporalidad”<sup>119</sup>. Ha dicho también el TS que lo que define la condición de Funcionario público es la participación en funciones públicas, siendo irrelevante que sea interino o de plantilla<sup>120</sup>.

De acuerdo el TS la noción más amplia de Funcionario público en el Derecho penal se explica y justifica en virtud de la necesidad de proteger bienes jurídicos esenciales cuya protección penal no sería posible con un concepto de funcionario público subordinado al que se emplea en el Derecho administrativo. Es lo que se deduce del siguiente razonamiento del alto Tribunal: “Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado <<levantamiento del

---

administrativo o de cualquier otra naturaleza, realice —con cierta permanencia— cualesquiera actuaciones que puedan definirse como de carácter público”.

<sup>116</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 1996, 831.

<sup>117</sup> STS 83/2017 de 14 febrero, (RJ\2017\2238).

<sup>118</sup> STS 83/2017 de 14 febrero, (RJ\2017\2238).

<sup>119</sup> STS 537/2002 de 5 abril, (RJ\2002\426): “Mientras que para el Derecho administrativo los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública.” STS 83/2017 de 14 febrero (RJ\2017\2238): “Por ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de <<carrera>> como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia...”

<sup>120</sup> STS 663/2005, de 23 mayo (RJ\2005\7339), para el TS, son funcionarios públicos: “«los llamados **funcionarios de hecho** que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas» (...) así como internos, sustitutos, pues «los funcionarios de empleo», en contraposición de los funcionarios de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los recogidos en el propio Estatuto de los funcionarios de propiedad”.

velo>>: estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una <<huida del Derecho Penal>>, sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material"<sup>121</sup>.

### c. Modos de incorporación o acceso a la Función pública

Como se dijo en el apartado inmediatamente anterior, de acuerdo el artículo 24 CP, a efectos penales se reputa Funcionario público a quien participe en el ejercicio de funciones públicas por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente. Son estos tres últimos los modos de incorporación, y sobre su alcance, se han planteado algunas de las cuestiones a las que pasaré a referirme.

#### c.1. Disposición inmediata de la Ley

Una primera interpretación por la que se inclina una parte de la doctrina, considera que la referencia que hace el CP a la Ley debe entenderse en sentido estricto, lo cual significa que quedarían por fuera de esta noción aquellas disposiciones de rango inferior<sup>122</sup>. Un tal entendimiento se justificaría por dos razones: por un lado, una interpretación de la Ley en sentido amplio rebasaría el tenor de lo expresado en el CP que a su vez, conllevaría una extensión del círculo de posibles autores, lo que a su turno implica una interpretación extensiva en contra del reo<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> STS 149/2015 de 11 de marzo RJ/2015/2588.

<sup>122</sup> V. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985-27, 486 ss; más recientemente y con con abundantes citas de la doctrina y la jurisprudencia del TS véase BENAVIDES SCHILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016, 119.

<sup>123</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 6<sup>a</sup>, 2010, advierte: que no hay razón para “equiparar Ley a normas sin fuerza de Ley, es decir, Ley formal y norma infralegal, estatal o autónoma”; y el mismo autor había advertido

La otra razón por la que se interpreta la expresión en forma restrictiva es la adopta como premisa que sólo la Ley puede disponer de forma *inmediata* quienes participan en la función pública y ello es precisamente lo que exige el Código Penal<sup>124</sup>.

Sin embargo existen otras voces en la doctrina que consideran que la expresión Ley puede ser entendida en un sentido amplio y que una tal interpretación no sería contraria al principio de legalidad<sup>125</sup>. Hay quien ha dicho por ejemplo que de aceptar una tesis restrictiva de la expresión Ley “se podría llegar a la incongruencia de que el referido artículo permitiera acceder al estatus de funcionario público por nombramiento de una autoridad competente y no por un decreto u otra disposición”<sup>126</sup>. Quien defiende esta tesis dice además que su interpretación está acorde con la jurisprudencia del TS, “pues el análisis de sus sentencias revela que la cualidad de funcionario público viene siendo atribuida mediante todo tipo de normas de la escala jerárquica, desde la Ley Orgánica hasta de Orden ministerial”<sup>127</sup>.

Otra aspecto relacionado con la previsión legal según la cual la participación en la Función Pública es el planteado por MUÑOZ CONDE, quien considera que todas las demás fuentes enunciadas en el art. 24.2 CP pueden reducirse a una: *disposición inmediata de la Ley*, debido a que la elección o el nombramiento tiene que basarse de todas formas en una Ley que los determine o autorice<sup>128</sup>.

De otro lado, y para terminar este punto, importa destacar que también hay quien sostiene que al utilizar la expresión “disposición inmediata de la Ley” el CP no se estaría refiriendo a un título directo de incorporación<sup>129</sup>. A partir de esta consideración, se afirma

---

que si bien podría equipararse la expresión Ley a normas con fuerza de Ley, no obstante debía tenerse presente que el CP es una Ley Orgánica, v. QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 1985-27, 487; en igual sentido ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, 1993, 175.

<sup>124</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 152, además de que una interpretación ampliatoria sería contra reo, considera que “sólo la ley en sentido estricto va a poder disponer en forma *inmediata* como en CP exige”.

<sup>125</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, *CPC* 62-1997, 455, sostiene que “la expresión <<disposición inmediata de la ley>> no es más que uno de los elementos normativos que conforman la definición penal de funcionario y que sólo interviene en uno de los modos o formas de adquirir dicha cualidad, es por ello que, a mi juicio, sea cual sea el sentido amplio o estricto que se adopte para su hermenéutica no conculca la vigencia de aquel principio”;; siguiendo de cerca a VALEIJE añade que de aceptarse la que él denomina tesis estricta.

<sup>126</sup> JAVATO MARTIN, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 23-2011.

<sup>127</sup> JAVATO MARTIN, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 23-2011.

<sup>128</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 1996, 831.

<sup>129</sup> TORO MARZAL, *Comentarios PE*, 1972, 734 ss.

que la mencionada expresión no es un título autónomo sino, más bien, un presupuesto para legitimar los títulos de incorporación referidos a la *elección* o al *nombramiento* por autoridad competente<sup>130</sup>.

### c.2. Elección

Esta forma de adquisición de la condición de funcionario no ofrece dificultad y en ella se incluyen quienes han sido elegidos en forma directa por los ciudadanos, como aquellos cuya elección obedece a un proceso electoral secundario o indirecto, como sucede, por ejemplo, con Alcaldes, Diputados provinciales o Senadores de las Cámaras legislativas autónomas<sup>131</sup>.

En relación con este título de incorporación OLAIZOLA NOGALES precisa que en los casos en los que el nombramiento proviene de una previa elección, el título de incorporación que se debe tener en cuenta es el de la elección, de manera que el nombramiento por autoridad competente solo será relevante en aquellos supuestos en los que no presupone una elección<sup>132</sup>. Sin embargo hay quien sostiene lo contrario, es decir, que el posterior nombramiento, “muda el título de participación”<sup>133</sup>.

### c.3. Nombramiento de Autoridad competente

Este título de incorporación a la Función pública corresponde a los casos en los cuales la ley asigna competencia a determinadas autoridades públicas para proveer plazas. En este evento puede decirse que la ley estaría disponiendo de forma *mediata* la provisión de dichas

---

<sup>130</sup> TORO MARZAL, Comentarios PE, 1972, 734 ss; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 150, crítica esta postura diciendo que la misma contradice la gramática del art. 24.2 CP.

<sup>131</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 27-1985, 488, explica al respecto: “En su virtud, la supresión del adjetivo <<popular>> relativo a las elecciones permite, sin tener que forzar en nada la letra de la ley, la *inclusión* de aquellos funcionarios que los son por *elección*, aunque ésta sea secundaria o incluso terciaria. En definitiva se está contraponiendo con claridad el acceso al cargo por nombramiento -o designación- al acceso al cargo por voluntad popular -elección-.

<sup>132</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 154.

<sup>133</sup> BENAVIDES SCHILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016, 122.

plazas puesto que en cualquier caso la autoridad que las nombre debe ser *competente* y esa facultad o competencia solo puede provenir, en última instancia de la Ley<sup>134</sup>.

Se ha dicho también que el término nombramiento no tiene el mismo alcance o significado que el Derecho administrativo, por cuanto “no equivale al acto formal por el que el sujeto accede a la carrera funcional”<sup>135</sup>. Según OLAIZOLA NOGALES, “la modalidad de incorporación a través de nombramiento nació con la vocación de conferir la cualidad de funcionario público a efectos penales a los sujetos que eventualmente participaban en funciones públicas en función de la libre designación o aquellos que actualmente se consideran personal de confianza política”<sup>136</sup>.

Se afirma, por otro lado, que la ley, al referirse al nombramiento por Autoridad competente, en realidad está haciendo alusión a funcionarios con mando o jurisdicción que dentro de sus facultades cuentan con la de nombrar funcionarios para el desempeño de funciones públicas<sup>137</sup>. En cuanto a los funcionarios que cabrían en la categoría de nombramiento por Autoridad competente se citan como ejemplos, los de los funcionarios eventuales o de confianza política, los interinos, los contratados administrativos, el personal laboral cuyo nombramiento puede ser, en muchos casos, por resolución<sup>138</sup>.

#### d. La problemática del Funcionario de hecho y el usurpador

---

<sup>134</sup> Creo que lo afirmado es compatible con lo dicho por OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 155, al advertir: “Parece exigible que la potestad para realizar dicho nombramiento venga otorgada través de ley, y así habla el CP de <<Autoridad competente>>. Es decir, el nombramiento vendrá otorgado en virtud de cualquier disposición legal, pero será necesario que una ley otorgue la posibilidad de realizarlo. Dicho nombramiento puede ser consecuencia de la disposición de plazas que realiza de forma inmediata la ley, por lo que puede decirse que el título de incorporación es por ley, o bien, y esos serán los casos de incorporación por nombramiento cuando la ley no indica directamente las plazas, sino que señala quien es la autoridad competente para decidir.”; sobre el mismo aspecto QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 6ª, 2010, 488 ss quien advierte además que la capacidad de nombramiento está condicionada a la previsión presupuestaria cuando se trate de funcionarios cuya retribución esté a cargo del erario público; por su lado t BENAVIDES SCHILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016, 122-123, puntualiza: “...esa atribución para designar puede provenir perfectamente de un reglamento, decreto, resolución exenta u ordenanza dictada conforme a instrucciones y prevenciones dispuestas por un reenvío legal estricto”.

<sup>135</sup> JAVATO MARTÍN, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 23-2011, 166.

<sup>136</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 154.

<sup>137</sup> Así, BENAVIDES SCHILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016, 122.

<sup>138</sup> JAVATO MARTÍN, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 23-2011, 166, con amplia referencia la jurisprudencia desarrollada sobre este particular por el TS.

Un tópico adicional relacionado con la cualidad especial de Funcionario público en el Derecho penal, se refiere al funcionario de hecho, que corresponde a aquellos casos en los que el sujeto habiendo sido elegido o nombrado en forma legal no reúne los requisitos, por ejemplo, no tiene el título profesional requerido o no cumple con los requisitos legales de la respectiva convocatoria etc.<sup>139</sup>. Pese a faltar los mencionados requisitos, se afirma que quien en esas condiciones es nombrado o elegido, debe reputarse Funcionario público para lo que tiene que ver con la determinación de la responsabilidad penal, mientras no se ponga fin a la irregular situación<sup>140</sup>.

Cabe señalar, además, y como un problema diferente, los supuestos en los que se presenta la usurpación de funciones públicas –art.402 CP-<sup>141</sup>. Se afirma que en estos eventos quien materialmente realiza actos propios de la Función pública no podría ser considerado *funcionario de hecho*, pues en este caso, pese a que, de *facto*, el sujeto se atribuye y ejerce funciones públicas que no le corresponden, en todo caso le falta el título habilitador para ello, esto es la disposición inmediata de la Ley, la elección o el nombramiento de autoridad competente<sup>142</sup>.

Sobre lo anterior, de nuevo, las opiniones de OLAIZOLA NOGALES resultan esclarecedoras. La mencionada autora, después analizar del concepto de funcionario de hecho

---

<sup>139</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 1996, 831.

<sup>140</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 1996, 831. Esta opinión se corresponde con la reseñada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 180. De lo expresado por MUÑOZ CONDE cabe llamar la atención sobre el hecho de que se refiera al funcionario de hecho como que ha sido elegido o nombrado *legalmente* y luego se afirme que pese a ello no reúne los requisitos. Si no reúne los requisitos, p.ej. alguno de los establecidos en la convocatoria pública, no creo que sea correcto afirmar que su elección o nombramiento pueda ser considerado legal, pues, precisamente, falta uno de los requisitos que la ley exige para que pueda considerarse una elección o nombramiento conforme a la ley. Quizás sea tan solo un problema semántico pues MUÑOZ CONDE, más adelante, deja claro que tanto el funcionario público como el particular que a sabiendas de que faltan requisitos para el nombramiento, el primero lo proponga, haga el nombramiento o diere la posesión y el segundo lo acepta y se posesiona, podrían incurrir ambos en conductas delictivas –arts. 405 y 406 CP-, respectivamente; En contra de la idea de que el funcionario de hecho debe reputarse funcionario público a efectos penales se manifiesta ORTS GONZÁLEZ en *El delito de usurpación típica de funciones públicas*, 1987, p.831.

<sup>141</sup> Artículo 402 CP: “El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años”.

<sup>142</sup> Una razón adicional para considerar que el usurpador no se puede reputar funcionario público a efectos penales, la trae a colación, BENAVIDES SHILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016, 126: “...es indispensable la *apariencia* de legitimidad, es decir, existencia ineludible de un acto de designación o nombramiento, pero que, por haberse producido viciosamente o por tornarse irregular, debe considerarse ineficaz según el ordenamiento jurídico”.

en el Derecho administrativo y en el Derecho penal<sup>143</sup>, concluye que deben distinguirse tres supuestos: a) Cuando el sujeto sin ningún título habilitador se atribuye funciones públicas, será un usurpador, pero no un funcionario a efectos penales; b) El sujeto que es nombrado sin cumplir los requisitos, con independencia de que este sepa o no, que no los cumple, debe ser considerado Funcionario público a efectos penales y c) el particular que colabora con la Administración en el ejercicio de funciones públicas pero sin atribuirse la calidad de servidor público, tampoco se puede considerar Funcionario público. En este evento, a diferencia del usurpador, el colaborador no se hace pasar por funcionario<sup>144</sup>.

#### e. El concepto de Autoridad

El art. 24.1 CP prescribe que a “los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de un órgano colegiado *tenga mando o ejerza jurisdicción propia*”. Establece también el art. 24.1 CP, que para la misma finalidad se consideran autoridades los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo y los funcionarios del Ministerio Fiscal<sup>145</sup>.

Apunta OLAIZOLA NOGALES que para la delimitación del concepto de Autoridad debe partirse acuerdo con el cual el funcionario y la autoridad tienen en común el hecho de que ambos participan en el ejercicio de funciones públicas. A partir de ello se puede decir que toda autoridad es al mismo tiempo funcionario, pero no al revés, es decir, no todo funcionario es autoridad. Aplicada esta noción al delito de tráfico de influencias veremos que sucede lo mismo que respecto del cohecho -según la referencia que a este delito hace OLAIZOLA NOGALES- y es que a efectos punitivos no resulta relevante establecer si el funcionario de que se trata es a la vez autoridad, porque la responsabilidad penal no variará en función de que el funcionario sea al mismo tiempo autoridad<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 155 ss.

<sup>144</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 167.

<sup>145</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *CPC*, 27-1985, 493, recuerda que para ser autoridad se requiere al mismo tiempo, ostentar la calidad de funcionario público a efectos penales.

<sup>146</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 170.

Se ha planteado recientemente que la noción de autoridad a la que alude el CP se delimita mediante un criterio *objetivo* que se refiere a las facultades de tener mando o ejercer jurisdicción y uno de carácter *orgánico* referido a la condición de que el sujeto actúe por sí solo, o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado<sup>147</sup>. Para comprender en forma adecuada el concepto de Autoridad se hace necesario entonces establecer el alcance del criterio objetivo referido a *tener mando o ejercer jurisdicción propia*.

#### e.1. La noción de mando

Es la potestad de reclamar obediencia. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO afirma que el mando hace referencia a una actividad más autoritaria, caracterizada “por la capacidad de dictar órdenes vinculantes (o si se prefiere, la capacidad de reclamar obediencia)”<sup>148</sup>. MUÑOZ CONDE la define en el mismo sentido, esto es, como actividad autoritaria<sup>149</sup>. En la misma línea OLAIZOLA NOGALES afirma que el *mando* es la capacidad de reclamar obediencia y descarta que dicha expresión pueda asimilarse a coerción, pues la facultad de mandar no implica, *per se*, la existencia de la coerción, al menos en el sentido físico. En consecuencia, agrega que está más de acuerdo con aquella postura doctrinal que considera que la coacción se origina en el incumplimiento de un mandato de la autoridad, lo que quiere decir que la coacción es un efecto de la desobediencia al mandato pero no una característica “consustancial al concepto de autoridad”<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> BENAVIDES SHCILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016, 127.

<sup>148</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 179; QUERALT JIMÉNEZ, *CPC* 27-1985, 494 ss, se muestra bastante crítico del uso de esta expresión que en su opinión pone de relieve la falta de una terminología técnica.

<sup>149</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 1996, 832.

<sup>150</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 199 171. Esta postura también puede verse en... QUERALT JIMÉNEZ, *CPC* 27- 1985, 494 ss. Sobre el concepto de autoridad resulta pertinente destacar la siguiente opinión de CUGAT MAURI en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), *Comentarios PE*, 2004, 2041, quien afirma: “Unánimemente la <<autoridad>> se considera un supuesto específico del concepto material de <<funcionario>>, y no se percibe ningún obstáculo para considerar como tales a quienes ejercen funciones públicas en virtud de un mandato político por el que no adquieren aquella condición. En este sentido, por ejemplo, se considera funcionario a efectos penales a los Alcaldes (a título de ejemplo, véanse las SSTs de 8 de febrero de 1993 y 24 de febrero de 1995). Si a ello se añade que tampoco se prevé ninguna pena específica o agravada para las autoridades (como, sin embargo, históricamente si se había previsto), la doble referencia a unos y a otros carece ya de sentido alguno”.

Cabe anotar que la potestad de reclamar obediencia es tanto la que se ejerce en el marco de las relaciones jerárquicas dentro de la propia Administración Pública, como la que se puede ejercer respecto de todos ciudadanos<sup>151</sup>. Sin embargo, hay quien considera que el término mando “hace referencia a la capacidad de reclamar obediencia en base a una ordenación piramidal jerárquica, dentro de la cual el que ostenta dicho mando se sitúa en un eslabón superior al del subordinado, de manera que la desobediencia quebrantaría el prestigio o *auctoritas* del que gozaría el que manda”<sup>152</sup>. Por tanto, el mando “externo”, esto es respecto de cualquier ciudadano se integraría más bien, según defensor de este punto de vista, en “la nota de jurisdicción”<sup>153</sup>.

#### e.2. Ejercicio de jurisdicción propia

La jurisdicción consiste en la potestad de resolver asuntos sometidos a consideración de quien tiene competencia para decidir, aplicando el Derecho objetivo<sup>154</sup>. Se trata no simplemente de la facultad de impulsar un determinado trámite sino la capacidad –asignada por la Ley- de resolver de fondo el asunto, si se quiere, con carácter definitivo. Ello, por supuesto, sin perjuicio de los distintos mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico que permiten impugnar, modificar, revocar, en fin, ejercer un control jurídico sobre esa decisión<sup>155</sup>. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera que la jurisdicción implica la capacidad de resolver en asuntos judiciales o administrativos<sup>156</sup>. En sentido similar se pronuncia MUÑOZ CONDE<sup>157</sup>.

Sobre esto importa destacar que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO también pone de relieve que la enunciación que se hace en el art. 24 a los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Parlamento

---

<sup>151</sup> Al respecto véase JAVATO MARTIN, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 23-2011,167.

<sup>152</sup> BENAVIDES SCHILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016, 128.

<sup>153</sup> BENAVIDES SCHILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016, 128.

<sup>154</sup> Así, QUERALT JIMÉNEZ, *CPC* 27- 1985, 498.

<sup>155</sup> BENAVIDES SCHILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016, 129. Este autor pone de presente que autores como LOPEZ BARJA DE QUIROGA, ORTS BERENGUER, y BLANCO LOZANO, C, optan por una interpretación restrictiva del término jurisdicción, limitándolo a la potestad de resolver asuntos por las autoridades del Poder judicial y del Tribunal Constitucional.

<sup>156</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 180.

<sup>157</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, 880.

Europeo y de los funcionarios del Ministerio Fiscal pareciera innecesaria, debido a que estos encajan en la definición de Autoridad<sup>158</sup>.

Sobre el mismo tópico anterior, OLAIZOLA NOGALES se pronuncia diciendo que esa expresa mención no representa novedad respecto al CP de 1944. Afirma también, que en España, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, ya antes del CP de 1995 se venía considerando a los miembros del Congreso y del Senado, no sólo funcionarios, pues las funciones legislativa y de control político implican ejercicio de Función Pública, sino que además se les considera autoridad en tanto que ejercen mando<sup>159</sup>. Un ejemplo de esto, utilizado por QUERALT JIMÉNEZ, se refiere a la comparecencia ante una comisión parlamentaria a un funcionario o a un particular, cuya renuencia tendría consecuencias adversas para quien se niegue a comparecer, lo cual demuestra que tiene mando en el sentido ya explicado de potestad para reclamar obediencia<sup>160</sup>.

Otro aspecto relativo al ejercicio de jurisdicción sobre el cual se ha discutido, se refiere a si al tenor de lo dispuesto en el art. 24.1 se podría reputar autoridad a quien ejerza jurisdicción delegada. Al respecto, algunos de los autores que se pronuncian sobre este asunto, consideran que quien actúa en virtud de jurisdicción delegada no debe reputarse autoridad para efectos penales, pues la ley expresamente exige la jurisdicción propia.

En el ámbito judicial esto no supone problema alguno porque todos los jueces ejercen jurisdicción propia. En el campo administrativo la jurisdicción delegada, por definición excluye la propia<sup>161</sup>, además, el principio de legalidad impide que efectos penales se asimile la jurisdicción propia a la delegada.

Sobre un tópico adicional, es preciso también señalar que le asiste razón a quien advierte que la redacción del art. 24.1 al referirse a “corporación, tribunal *u* órgano colegiado” puede conducir a equívocos, puesto que es claro que la corporación y el tribunal son órganos colegiados, por lo cual habría sido más preciso que se remplazara *u* órgano

---

<sup>158</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 180.

<sup>159</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 172.

<sup>160</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *CPC 27- 1985*, 502.

<sup>161</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 172; QUERALT JIMÉNEZ, *CPC 27- 1985*, 499.

colegiado, por *cualquier otro* órgano colegiado<sup>162</sup>. Sin embargo, me parece que habría que matizar en el sentido de que usar expresiones como “*cualquier otro*” debe evitarse, puesto que expresiones tan abiertas van en contravía de las exigencias propias del principio de legalidad.

Una última cuestión que interesa por el momento solo mencionar, directamente relacionada con el tipo de tráfico de influencias del 428 CP y del subtipo cualificado del art. 430, que establece sanciones adicionales cuando la conducta es cometida por funcionario o autoridad, requiere, para que se configure la tipicidad, que se realice en ejercicio del cargo. Entiendo que este es un problema relativo al tipo objetivo de cada delito y por ello en el apartado dedicado a ello se tratará este asunto. Sin embargo, se trae a colación, a propósito de lo planteado por CUGAT MAURI, en el sentido de que en lo atinente al tráfico de influencias, “nos encontramos ante los que se ha denominado <<delito genérico de funcionarios>> frente al denominado <<delito especial de funcionarios>>. Con todo, a pesar de la genérica exigencia de que los delitos de funcionarios se cometan en ejercicio del cargo, no puede olvidarse que este delito puede realizarse por el mero abuso de las relaciones personales que tiene el funcionario con el sujeto influido”<sup>163</sup>.

La advertencia de CUGAT MAURI resulta relevante y exige que al momento de analizar el tipo de tráfico de influencias de hagan las debidas matizaciones, pues como lo dejé expresado más atrás, la calidad de funcionario como requisito de la autoría en los delitos contra la Administración, en general, requiere el ejercicio del cargo.

En el caso del delito de tráfico de influencias ese requisito parece tener una excepción al admitir el tipo penal la posibilidad de que el Funcionario público actué prevaliéndose de relaciones personales. Sin embargo, podría más bien pensarse que en realidad cuando el funcionario de prevale de dichas relaciones personales en tal caso no está actuando propiamente como funcionario, sino más bien como agente externo y en consecuencia, su

---

<sup>162</sup> BENAVIDES SCHILLER, *El delito de fraude del funcionario público*, 2016, 130 ss, explica que se denomina Corporación a “las instituciones de Derecho público del estado, desde los Gobiernos a las Asambleas legislativas, tanto del estado como de las Comunidades Autónomas, a las Asambleas provinciales y locales (Ayuntamientos, Cabildos y Diputaciones), pasando por los órganos no jurisdiccionales del Poder judicial y los Colegios profesionales” y respecto de los Tribunales señala que son los “pertenecientes al Poder judicial y el Tribunal Constitucional [...] los jurados, sin perjuicio de lo que diga la ley al respecto”.

<sup>163</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2040 ss.

calidad de funcionario público, a lo sumo, podrá ser una circunstancia de agravación de la conducta pero, no un elemento fundamentador del injusto.

#### f. Toma de postura

Como se ha podido advertir el concepto de Funcionario público contenido en los delitos de tráfico de influencias se refiere a un elemento normativo del tipo cuyo alcance debe determinarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 24.2 CP, con lo cual lo primero que debe señalarse es que efectivamente como lo han dicho en forma prácticamente unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia, se trata de un concepto propio y no subordinado a lo que respecto del mismo se pueda considerar en otras ramas del ordenamiento jurídico español, especialmente en el campo del Derecho administrativo.

Como se puede observar también en el apartado inmediatamente anterior los problemas más discutidos en relación con la definición de servidor público que ofrece el CP tienen que ver con la noción de Función pública y el alcance las expresiones “por disposición inmediata de la ley” y participación en “funciones públicas” contenidas en el art. 24.2 CP, respecto a ellas pasaré e exponer mi punto de vista.

Sin embargo, antes de fijar mi postura sobre el alcance de las mencionadas expresiones considero oportuno dejar expresado desde ya que en relación con la noción la Autoridad a la que se refiere el art. 24.1 no resulta necesario hacer precisiones distintas a las ya indicadas más arriba, salvo la de reiterar que el concepto de Autoridad queda recogido por el de Funcionario público que es más amplio. Tal como lo ha dicho DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, es casi imposible imaginar una Autoridad que a la vez no sea funcionario. Pero también es importante dejar claro que no necesariamente la calidad de Funcionario público implica la de Autoridad, pues para ser tal se requiere el funcionario “por sí solo o como miembro de un órgano colegiado *tenga mando o ejerza jurisdicción propia*” y es indudable que un sinnúmero de Funcionarios públicos ni ejercen mando, ni jurisdicción de acuerdo con el significado, ya explicado, que a estos términos se la ha dado.

Sin embargo, creo importante que la relevancia de la distinción entre Funcionario público y Autoridad tendría justificación si se admite que, al menos en el delito de tráfico de influencias -arts. 428 y 429 CP- podría apreciarse un mayor desvalor objetivo de la acción y

por tanto, un mayor injusto, en los casos en los que la influencia es ejercida por un Funcionario público que al mismo tiempo ostenta el carácter de Autoridad, pues justamente el poder de mando o el ejercicio de jurisdicción de los que está investido en su condición de Autoridad, le confieren una mayor capacidad, al menos *ex ante*, de poner en peligro o de lesionar la imparcialidad, en tanto que esos atributos de mando o jurisdicción, en mi opinión, objetivamente tienen más potencialidad para atacar la libertad de del Funcionario sobre quien se influye y por tanto representan un mayor peligro para el bien jurídico, la imparcialidad.

Así las cosas, de *lege ferenda*, la mencionada distinción tiene sentido y debería servir como criterio para hacer una regulación más precisa de los delitos de tráfico de influencias en los que en vez de agravar en función del beneficio económico pretendido u obtenido - asunto que se abordará críticamente más adelante, la agravación dependiera de la cualificación de Autoridad y de esa manera recoger el mayor desvalor de acción que se puede apreciar *ex ante* en la conducta de quien actúa estando investido de esa cualidad especial.

Por otro lado, adhiero a la idea que considera que una noción de Función pública que permita abarcarla en su más amplia y completa dimensión requiere que en su formulación se tengan en cuenta los factores subjetivo, objetivo y teleológico. De ello se deduce que ninguno de los tres criterios en forma independiente es suficiente para delimitar de forma correcta el concepto de Función Pública como elemento normativo de los tipos penales que consagran el tráfico de influencias en el CP.

En tal sentido, puede decirse que la distinción entre Función Pública y privada, atendiendo al régimen jurídico que la regula -público o privado-, criterio objetivo, es indicio de que una Función es pública pues, por regla general, aquellas que ostentan tal carácter estarán sometidas al Derecho público. Pero es tan solo un indicio, pues es claro que actualmente, y cada vez más, la prestación de muchos servicios y en general la realización de muchas actividades, por muy diversos motivos se someten sometidas a un régimen de Derecho privado. Pese a ello, se trata de auténticas Funciones públicas en tanto que persiguen finalidades públicas, esto es, orientadas a satisfacer fines típicamente estatales previstos en la CE, y de hecho, y por esa misma razón están a cargo, y son ejercidas por órganos de naturaleza jurídica pública.

En el mismo orden de ideas, y por razones muy similares a las que se acaban de indicar, en muchas ocasiones se delega en entidades u órganos de naturaleza privada o mixta la realización de ciertas actividades. Como es sabido, entre otras, debido a la necesidad de garantizar mayor agilidad, eficiencia y mayor cobertura, el Estado y las demás administraciones encargan a entidades carácter privado o mixto la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales y comerciales orientadas a la satisfacción de intereses generales, al bien común, de manera que las funciones o actividades desarrolladas en este contexto bien pueden quedar comprendidas dentro del concepto Función Pública, pese a que, miradas solo desde la óptica del órgano que las realiza, en principio podrían a catalogarse como privadas.

A propósito de lo dicho en el párrafo precedente, desde hace ya mucho tiempo se ha dicho que construcción de la noción de Función Pública solo a partir de criterios formales resulta inadecuado, debido a las que existen diversas formas de gestión de los servicios a cargo de la Administración dando lugar “a la creación de sociedades o empresas que difícilmente puede decirse que se rijan por normas de Derecho público”<sup>164</sup> y además por la existencia “de Autoridades Administrativas independientes (Agencia Estatal de Administración Tributaria, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc.)”<sup>165</sup>.

Por otro lado, si bien el criterio teleológico es sin duda fundamental y en mi opinión imprescindible en la concepción de lo que ha de entenderse por Función Pública, de ello no se infiere que cualquier actividad que satisfaga intereses generales o a promover el bien común, pueda ser reputada como una Función Pública.

Un ejemplo que podría ilustrar lo que se acaba de afirmar, es la actividad que despliegan muchas organizaciones privadas sin ánimo de lucro dirigidas a la atención de necesidades básicas insatisfechas de poblaciones vulnerables como lo pueden ser en algunos casos los migrantes, refugiados o personas que se encuentren en alguna situación que le implique segregación en el ámbito social en el que interactúan. En casos como este, las actividades desempeñadas por aquellos entes privados coinciden con el interés general en

---

<sup>164</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 180.

<sup>165</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 180.

tanto que se dirige a garantizar condiciones mínimas de subsistencia digna a aquellos grupos poblacionales.

Pese a lo anterior, las entidades que están cumpliendo las actividades señaladas no están ejerciendo Función Pública en tanto que su prestación está a cargo de entidades que en razón de su naturaleza privada pueden renunciar libremente a desempeñarlas y por tanto no están obligadas a prestarlas en forma permanente e indefinida. Mientras tanto, esas mismas actividades cuando están en cabeza de órganos públicos su prestación no queda sujeta a la libre voluntad de dichos entes y en tal sentido su prestación no puede ser rehusada, ni suspendida, y en principio, mientras así se requiera, deberá ser prestada por la entidad pública u el órgano estatal que la tenga asignada.

Así las cosas, coincido con lo planteado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, para quien la noción de Función Pública debe tomar en consideración tres criterios: subjetivo, que supone que la actividad sea realizada o al menos esté a cargo de un ente público puesto que este puede también servirse de entidades o sujetos particulares en la gestión de la actividad; objetivo, de acuerdo con el cual la Función Pública es la que se somete al Derecho público, y teleológico, que implica actividad persiga fines públicos<sup>166</sup>.

En definitiva, la Función Pública que debe tenerse en cuenta a efectos de lo previsto en el delito de tráfico de influencias es aquel conjunto de actividades que tienen como finalidad la satisfacción de los intereses colectivos o sociales y el bien común. La realización de dichas actividades debe ceñirse a los criterios y pautas fijadas en la Constitución y en la Ley<sup>167</sup>, y su ejecución puede estar a cargo entes u órganos públicos o privados y, cuando se

---

<sup>166</sup> En este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 180. No obstante, debe advertirse que aun con los criterios explicados no siempre es sencillo, ni resulta siempre tan claro el carácter público o privado de una función, ello debido, entre otras razones, a que tal noción está sujeta a consideraciones históricas y sociales, con lo cual se quiere llamar la atención en cuanto a que no es un concepto estático y está determinado en gran medida por los constantes cambios políticos y culturales en la sociedad. Cabe anotar que en la identificación de cuáles son los fines de la correspondiente Administración deben tomarse las pautas generales establecidas en la CE (Preámbulo, y art. 10), y en aquellas leyes que de manera directa o indirecta las desarrollan; JAVATO MARTIN, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 23-2011,160, plantea algunas objeciones a la postura que él mismo denomina ecléctica, advirtiendo que a pesar de su amplia aceptación, este planteamiento no debe acogerse, puesto que: “Mediante el mismo se estaría sustrayendo del control del Derecho penal a la actividad de la Administración desplegada por empresas, organismos o entes públicos sometidos a un régimen jurídico-privado, o por los particulares concesionarios de los servicios públicos.” De lo dicho por este autor se deduce que su crítica, parece orientada en realidad, a excluir el criterio objetivo, según el cual la Función Pública es aquella sometida al Derecho público.

<sup>167</sup> El Preámbulo de la CE establece: “Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el

trate de estos últimos, bajo la tutela estatal, es decir, en todo caso la regulación de las condiciones y criterios para la prestación de estos servicios será de competencia de la Administración pública. Así mismo, la posibilidad del Estado de retomar la prestación de servicios delegados en particulares en los casos en los que por razones de conveniencia pública así se requiera y la potestad para sancionar a los particulares que incumplan el régimen de prestación de los servicios que les han sido encomendados<sup>168</sup>.

Por último, cabe señalar que no obstante que el marco normativo de estas actividades por regla general será del Derecho público, ello será obstáculo para que en algunos casos sea el Derecho privado el régimen normativo que las regule, sin que por ello dejen de ser consideradas funciones públicas<sup>169</sup>.

De otro lado, considero que la *participación en funciones públicas* a que se refiere el art. 24.1 CP debe entenderse en un sentido funcional, y por tanto, no es necesario que se tenga la calidad formal de autoridad o Funcionario público o se ejerza un cargo público—según el Derecho administrativo—, sino que, lo relevante es que materialmente se realicen actividades que puedan ser consideradas ejercicio de Función Pública, siempre y cuando el sujeto que ejecuta la actividad esté habilitado por alguno de los títulos de incorporación<sup>170</sup> señalados también en el CP.

Por lo dicho, estoy también de acuerdo con la opinión de OLAIZOLA NOGALES en cuanto a que las conductas delictivas que requieran la calidad de funcionario como requisito de autoría, se sancionarán en cuanto sean realizadas por el sujeto activo -funcionario- en

---

imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a toda una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada...” y el art. 1º “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

<sup>168</sup> Por supuesto que en los casos en los que las razones de conveniencia pública aconsejen que el Estado reasuma la prestación de ciertos servicios, deberán garantizarse los derechos de los particulares que viene prestando esos servicios, que en muchos casos deberán ser adecuadamente indemnizados y en ningún caso, en un sistema de relativa libertad de mercado, puede acudir a figura propias de regímenes autoritarios como la expropiación administrativa.

<sup>169</sup> GARCÍA ARÁN, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11-1997, 357, afirma que la Función Pública es una actividad de prestación a los administrados.

<sup>170</sup> Creo además que la habilitación a través del título de incorporación correspondiente es lo que impediría que el sujeto que desempeña materialmente la actividad considerada función pública pudiera estar incurso en el delito de usurpación de funciones públicas art. 402 CP.

ejercicio del cargo<sup>171</sup>. En consonancia con lo anterior, en lo que tiene que ver art. 428 CP, creo que es claro que el sujeto activo -autoridad o funcionario público- debe realizar la conducta precisamente en el ejercicio del cargo, de la Función Pública, lo cual como se analizará en su momento, está, a su vez, estrechamente ligado a la idea de que la conducta se realice con prevalimiento. No obstante y como se indicará también en su momento, resulta dudoso que en los casos en los que el funcionario actúa prevalido de relaciones personales, pueda decirse que su actuación en el ejercicio del cargo sea un requisito de la autoría.

Así mismo considero importante destacar que esta noción propia de Funcionario público que se emplea en el Derecho penal se justifica por la necesidad de dispensar una adecuada protección a bienes jurídicos como la objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la Función Pública que, de adoptarse un concepto como el de Derecho Administrativo, resultaría insuficiente debido a que en muchos casos la participación en el ejercicio de funciones públicas no precisa de los requisitos previstos en el Derecho Administrativo relacionados con el sistema de elección para el ingreso, o provisión del cargo o el régimen de remuneración, ni tampoco del estatuto legal aplicable quien ejerce tales funciones, ni al carácter permanente o temporal del desempeño de las mismas. Podría decirse que se trata de un concepto que atiende, no en forma exclusiva pero sí preponderante, a la materialidad de la actividad que se desempeña y a su finalidad.

Respecto de la expresión Ley, comparto la interpretación que entiende que la Ley es, de acuerdo con el tenor del art. 24 CP, un título autónomo y que además debe entenderse en sentido estricto. En relación con lo primero, creo que el CP no da lugar a ambigüedades pues en el art. 24 se utiliza la conjunción disyuntiva *o* (disposición inmediata de la Ley *o* por elección *o* por nombramiento). Desde esta perspectiva, si el legislador separó de esa forma la expresión Ley de las demás formas de acceso a la función ello obedece, en mi opinión, a

---

<sup>171</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, p.139, afirma: “no tendría sentido que se entendiera el concepto de funcionario público a efectos penales como un concepto más amplio que el concepto administrativo (...) y se limitase la posibilidad de cometer los delitos del título VII CP 1944/1973 (traspasable al título XIX CP 1995) a los que ejercieran un cargo en sentido administrativo, ya que ello llevaría a que sólo los funcionarios en sentido administrativo, es decir, aquellos que ejercen un cargo estricto, pudiesen ser autores de los delitos tipificados en el título VII (...) el legislador sancionará sólo aquellas conductas delictivas cometidas por funcionarios públicos cuando al realicen en el ejercicio de su función, porque además solo en estos casos se atenta contra el bien jurídico protegido en este título (...) En este sentido aquí se puede considerar sinónimo el ejercicio del cargo y la participación en la función, entendiendo cargo en sentido amplio y no en sentido administrativo estricto”.

la necesidad de darle un sentido específico y autónomo a cada una de estas formas de acceso al ejercicio de Función Pública.

En conexión con lo anterior, y en ese contexto, adquiere sentido la interpretación de la expresión Ley en sentido estricto, que, por tanto, excluye las normas de inferior jerarquía (decretos, órdenes, etc.). Así las cosas, este título habilitador cobija los casos en los cuales la ley prevea directamente la creación de una plaza. En efecto, si el sustantivo *disposición* viene acompañado del adjetivo *inmediata*, ello quiere decir que el CP está reconociendo, al menos implícitamente, que la disposición de la ley también podría serlo en forma *mediata*<sup>172</sup>, y precisamente esas *formas mediatas* a través de las cuales se habilita a un sujeto en el ejercicio de funciones públicas serían aquellas que a continuación el CP enuncia en forma taxativa, a saber, *elección o nombramiento de autoridad competente*.

Por lo dicho, en contra de lo que opina un sector de la doctrina que sostiene que no tiene especial trascendencia la discusión de si Ley debe ser entendida en sentido estricto, o si, por el contrario, cabría considerar normas de inferior rango, me parece que si tiene relevancia. Sobre este particular, considero que tienen razón quienes afirman que esa interpretación implicaría una ampliación del ámbito de los sujetos activos que desborda la expresa previsión del art. 24 CP.

Es decir, se debe evitar que, por ejemplo, un decreto o una orden ministerial puedan servir de fundamento autónomo para habilitar el ejercicio de funciones públicas<sup>173</sup>. Así, podría suceder que un decreto en el que se hace un nombramiento sin que se tenga competencia para ello, pueda dar lugar a que se diga que se está frente a una especie de funcionario de hecho, y que por tanto, para todo lo atinente a responsabilidad penal se podría considerar Funcionario público. Adviértase que este caso es distinto al que menciona

---

<sup>172</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 153.

<sup>173</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: LUZÓN PEÑA (Coord.), *EPB*, 2002, 179, opina que de acogerse la interpretación restrictiva, cabría en todo caso, “decir que la incorporación por decreto u orden ministerial constituye una forma de nombramiento por la autoridad competente”.

OLAIZOLA NOGALES<sup>174</sup> de aquel que es nombrado sin cumplir los requisitos, pues en este evento quien hace el nombramiento si tiene la calidad de autoridad competente.

Por último, me parece que esa interpretación restrictiva es la que de mejor manera respeta el principio de legalidad y evita una ampliación del círculo de sujetos activos, en perjuicio del reo. Y ello no implica una infraprotección del bien jurídico puesto que, precisamente, la adecuada delimitación del círculo de sujetos que “desde adentro” pueden afectar el correcto funcionamiento de la Administración pública es un requisito para que la incriminación penal se ajuste entre otros al principio de proporcionalidad<sup>175</sup>.

## B.2. La conducta

El verbo rector en el tipo penal del art. 428 CP debe ser realizada por funcionario o autoridad y consiste en *influir* prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación que se derive de la relación jerárquica o personal con el funcionario o autoridad, sobre el que se pretende influir o también de la relación con otro funcionario o autoridad. En el tipo penal del artículo 429 CP la conducta típica es la misma, esto es, *influir*, pero en este caso la influencia es realizada por un particular que actúa prevaliéndose de su relación personal con el funcionario influido o con la autoridad pública, o bien con otro funcionario o autoridad. En uno y en otro caso (arts. 428 y 429 CP), lo que se pretende obtener por parte del sujeto activo de delito, es una decisión favorable a sus intereses económicos o a los de un tercero.

### a. El verbo rector influir

Como ya se ha dicho, la conducta prohibida está presidida por el verbo influir, que en la descripción típica aparece conjugado en el futuro simple del modo subjuntivo, esto es, *influyere*, lo que de entrada permite inferir que la tipicidad está condicionada, entre otros factores, a que la conducta desplegada por el sujeto activo tenga al menos la potencialidad

---

<sup>174</sup> OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 167. JAVATO MARTIN, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 23-2011, 166 señala que junto a las elecciones directas, se incluyen las secundarias y terciarias y advierte que sobre este punto existe una opinión unánime en la doctrina española moderna.

<sup>175</sup> Sobre este principio véase LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006, ss.

real de incidir en el funcionario a quien se dirige la influencia, que es en ese caso, es el sujeto pasivo de la conducta. Se trata, así lo admiten de forma amplia la doctrina y la jurisprudencia, de un influjo moral capaz de afectar el proceso de deliberación de funcionario público respecto a la resolución que en ejercicio de su cargo debe dictar y que puede hacer inclinar la decisión que allí se plasme, en el sentido de favorecer el interés económico privado de quien influye sobre él o también el de un tercero.

Lo que se acaba de decir permite destacar desde ahora un elemento que se analizará en este mismo apartado, esto es, el *prevalimiento*<sup>176</sup>, respecto del cual puede anticiparse, que como complemento del verbo rector, cumple una importante función en tanto que sirve de criterio para delimitar las conductas propias del delito de tráfico de influencias, respecto de aquellas actuaciones, que a lo mejor puedan ser reprochables, incluso en el ámbito penal o bien por el Derecho administrativo disciplinario, en tanto que, en cierta medida, también podrían estar motivadas por el interés de influir en la decisión que corresponde al funcionario público o a la autoridad, pero que por no ser realizadas por ese medio especialmente desvalorado que es el prevalimiento, no quedarían cubiertas por el delito de tráfico de influencias<sup>177</sup>.

En ese sentido se trata de un elemento que al no estar presente en otros delitos resulta también útil como criterio para dotar de un ámbito de aplicación específico al tráfico de influencias, pese a la afinidad que a veces comparte con otros delitos y que en no pocos casos plantea dudas sobre la necesidad de su consagración como figura autónoma<sup>178</sup>. Todo lo

---

<sup>176</sup> Con expresa referencia a este requisito OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1518, recordando que es a MUÑOZ CONDE a quien corresponde “el mérito de haber destacado esta importante componente de las conductas típicas de <<tráfico de influencias>>”.

<sup>177</sup> En este sentido CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 195, afirma: “En consecuencia, por un lado el ámbito típico se reduce a los supuestos más graves en que la inducción se realiza a través del prevalimiento y con fin de lucro (...) Por otro lado, la mayor gravedad de la conducta respecto de la simple inducción, justifica la extensión de las formas ejecutivas a conductas sin el resultado del beneficio económico, que se recogen en el tipo básico. (...) Asimismo, (...), se posibilita la sanción de conductas de participación en aquella que de otro modo serían impunes, en base al principio de la impunidad de la **participación en la participación** y posibilita la inducción <<indirecta>> o tráfico de influencias en cadena (...) lleva a la ampliación de los supuestos de influencia típica (...) también posibilita una interpretación del elemento típico de la resolución diversa a la sostenida para el delito de prevaricación. Por ello, como se fundamentará, a través del delito de tráfico de influencias, no sólo se podrán perseguir las influencias a resoluciones positivas injustas, sino también a resoluciones por omisión y meramente desviadas”.

<sup>178</sup> CUGAT MAURI, *RECPC* 16-2014, 6 ss, se ha mostrado especialmente crítica, tras reconocer que en un principio “quizás desde la ingenuidad o el voluntarismo”, se había esforzado por subrayar un espacio aplicativo específico y propio para el delito de tráfico de influencias, hoy en día, en su opinión, y transcurridos

anterior, sin perjuicio, claro está, de que la influencia pudiera configurar una conducta de participación en un delito como podría ser el de prevaricación, o el medio para cometer otro delito como por ejemplo los de amenazas (arts. 169 a 711 C) o los de coacciones (arts. 172 a 172 ter.)<sup>179</sup>.

Así mismo, se ha dicho que los actos dirigidos a obtener la resolución generadora de beneficio económico deberán tener la capacidad o idoneidad suficientes para condicionar la voluntad del Funcionario público. Es esta la manera como pueden distinguirse las influencias típicas de las meras recomendaciones, cuya ilicitud, en caso de existir, estaría reservada, en algunos casos, al otras ramas del ordenamiento jurídico en especial el Derecho administrativo<sup>180</sup>.

De acuerdo con lo que se viene diciendo, es claro que no se trata de desvalorar penalmente cualquier acto que interfiera en la Función pública, como lo dice expresivamente algún autor, de forma improcedente, indiscreta o inoportuna<sup>181</sup>, pues se requiere que la interferencia implique desvalor de acto más elevado que se fundamentaría en que se realiza en condiciones o relaciones especialmente desvaliosas, aludiendo con ello a que el sujeto actué prevaliéndose de su cargo o de las relaciones jerárquicas o personales con el funcionario o autoridad sobre el que ejerce la influencia<sup>182</sup>.

---

ya más de 20 años de haberse incorporado esta modalidad delictiva en el CP español, se puede advertir la escasa capacidad material de este delito para sancionar conductas que vayan más allá de la inducción a la prevaricación, o los supuestos de influencia en cadena, o aquellos en los que el sujeto activo pretende una resolución omisiva. La conclusión a la que llega es que el mantenimiento de estas figuras en el CP puede resultar contraproducente desde la perspectiva de la prevención general por el mensaje que se transmite de que esas conductas no son castigadas y por ello afirma que “quizás fuera mejor fiar la protección de la imparcialidad en la función pública al control de las prohibiciones e incompatibilidades administrativas, dejando para el derecho penal sólo los casos más graves de desviación de la función pública”.

<sup>179</sup> MARTÍNEZ ARRIETA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coord.) *Comentarios PE*, 2007, 3133 s, sostiene: “Habrá que analizar, desde la perspectiva de la adecuación social, cada acto y comprobar si en cada caso concreto se ha producido una influencia antijurídica subsumible en el tipo penal de tráfico de influencias. En general, en los términos antes señalados, existirá influencia en función de la capacidad que una persona tiene para conseguir que otra persona haga su voluntad, no bastando con tener acceso, ni la posibilidad de la mera indicación, sino que tenga la entidad suficiente para entender que ha conformado la voluntad del funcionario por la influencia recibida”.

<sup>180</sup> OLAIZOLA NOGALES, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, 384 s.

<sup>181</sup> POLAINO NAVARRETE, en: POLAINO NAVARRETE (Dir.), *Lecciones PE*, 2011, 336.

<sup>182</sup> POLAINO NAVARRETE, en: POLAINO NAVARRETE (Dir.), *Lecciones PE*, 2011, 336, sobre el verbo típico, concluye el mismo autor afirmando que “el acto de **influir** sobre una autoridad o funcionario representa el **núcleo** de la conducta incriminada por la gravedad de las formas específicas en que se lleva a cabo el ejercicio de influencia sobre la actividad funcional”. (negritas en el original)

Hay quienes además llaman la atención en cuanto a la necesidad de que la prohibición penal no se extienda a la influencia en el ámbito de la actividad política “con la que se trata de recomendar un proyecto o apoyarlo hasta donde la legalidad lo permita”, ni tampoco los supuestos en los que la influencia se ejerce sobre un funcionario que, previamente, ya ha tomado una “pre-resolución”<sup>183</sup>.

Sin embargo y a ello referiré en la toma de postura, en este último caso, esto es, el referido a la “pre-resolución” resulta muy discutible la tesis de una pretendida atipicidad de esta conducta, puesto que precisamente lo que la prohibición quiere evitar es la interferencia indebida en la decisión que aún no se ha tomado. En cambio, y sobre eso también se volverá al analizar el problema de la influencia política, es muy importante que no se pierda de vista que la actividad política supone a defensa de cierto tipo de plataformas programáticas que exigen a quienes las han presentado ante sus electores defenderlas y promoverlas ante la Administración y ello hace parte del libre juego democrático y es por ello que debe tenerse especial cuidado en no *judicializar la política*, y menos, acudiendo al mecanismo extremo del control social como lo es el Derecho penal.

En la delimitación de la conducta típica que se viene haciendo, es oportuno destacar que no obstante los diversos matices, se advierte consenso en la doctrina en cuanto a que la influencia típica de los arts. 428 y 429 CP, trasciende la mera solicitud, comunicación de una información, preferencia o deseo, y por tanto, debe estar acompañada de un influjo o presión moral sobre el funcionario o la autoridad que debe decidir el asunto respecto del cual se pretende influir, aunque sin sobrepasar los límites de las coacciones o las amenazas. Es por ello que se afirma que la influencia típica se sitúa entre ambos extremos, a la cabeza de los puede citarse a MUÑOZ CONDE, que expresamente señala que los tipos penales previstos en los arts. 428 y 429, son delitos de estructura parecida a las coacciones o amenazas, que no obstante no llegan a grado de constreñimiento físico o psíquico que estos delitos exigen<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> RODRÍGUEZ MORO, “Análisis normativo y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias” en: PUENTE DE ABA, Luz María (Dir.)/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.) *Corrupción y fraudes a consumidores. Perspectivas y casos actuales*, 2016, 181 s (cursiva en el original); además, JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, 2011, p.81.

<sup>184</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, 884; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ASUA BATARRITA (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 172; CUGAT MAURI, *RDPCr*, 16- 2014, 13 s; CUGAT MAURI, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Compendio PE*, 2016, 420 “Mayoritariamente, se entiende que la influencia debe

En relación con lo que se acaba de señalar, a continuación se destacarán las opiniones de algunos autores que sobre el asunto hacen algunas consideraciones especiales. Entre ellos se encuentra CUGAT MAURI, para quien la circunstancia de que la realización del delito presuponga que se deba establecer una relación entre dos sujetos, uno de los cuales pretende del otro la realización de un hecho –una resolución que le favorezca-, unido a que la Ley utilice el término <<influyere>>, permite deducir que de lo que se trata es de utilizar el influjo psíquico para incidir en el comportamiento de otro, lo cual, según sus palabras, “nos coloca en la **estructura de la inducción** en el supuesto del tipo cualificado, y en el de la **provocación** en el tipo básico”<sup>185</sup>. No obstante, aclara que en el tipo de tráfico del art. 428

---

tener un nivel de intensidad superior a la inducción, pero inferior a las amenazas.” En el mismo sentido SÁNCHEZ LÁZARO, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *PE*, 2016 711, con diversas referencias a la doctrina y la jurisprudencia: “En cuanto a los verbos típicos, el ejercer influencia se entiende <<como una presión moral eficiente sobre la acción o decisión de otra persona, derivada de la posición o status del influyente>> (...) se entiende por tal <<la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta (...), lo que un sector de la doctrina científica ha llamado un ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar (...) introduciendo en su motivación intereses ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión>> (...), resultarían atípicas las meras solicitudes de información, aceleración u otras gestiones que no pretendan alterar el proceso decisor imparcial de la autoridad en cuestión; NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), *Nociones PE*, 2015, 467-468; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO (Dir.)/ SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO (Coords.), *Mediación: Un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, 2010, 236-237; RODRÍGUEZ MORO, en: PUENTE DE ABA, Luz María (Dir.)/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.) *Corrupción y fraudes a consumidores. Perspectivas y casos actuales*, 2016, 181-182; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones PE*. 5ª ed., 2018, 382; JUANES PECES (Coord.), *Código penal comentado* 2014, 2434; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios PE*, 2016, 7ª, 1762-1764; GARCÍAS PLANAS, *PJ*, 29-1993, 30, refiriéndose al CP de 1944, explica: “La conducta típica nos viene indicada en el tipo por el verbo <<influyere>>, que según el Diccionario de la Real Academia, consiste en <<ejercer predominio o fuerza moral en el ánimo de otro>>; o si se quiere, empleando palabras de PEDRAZI <<poner en disposición favorable de una persona hacia otra>>; MUÑOZ LORENTE, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 4-2013, 87 : “En otros términos, la influencia no es más que una presión psicológica o fuerza moral hacia el funcionario amparada en alguna de las relaciones que se tienen con él; presión psicológica o “chantaje moral” que no existiría si no se tuviesen esas relaciones a que alude el tipo penal; esto es, esa presión psicológica o “chantaje moral” no existiría si quien lleva a cabo el intento de influir es un ciudadano común sin vinculación alguna con el funcionario porque aquella presión o intento de influencia carece de la idoneidad suficiente como para que pueda ser efectiva y afecte al proceso motivacional del funcionario.”; SERRANO TÁRRAGA, en: LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS (Coords.), *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, 2015, 280: “El término *influyere* exige que el funcionario público a quien se dirige la influencia haya incorporado a su proceso de deliberación, como un serio factor a tener en cuenta, la pretensión acompañada de prevalimiento del sujeto activo; con numerosas referencias a la doctrina, PÉREZ MACHÍO, en: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios CP*, , t.V., 2015, 322-326; LUZÓN CUESTA, *Compendio PE*, 19ª ed., 2015, 371; v. además, con comentarios al art. 404 bis del CP anterior a 1995, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: ORTS BERENGUER (Dir.), *CGPJ, Delitos de funcionarios públicos*, 1994, 206-207; MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código Penal*, 2016, 1359, advierte que en algunos casos resultará difícil distinguir entre la influencia típica y las conductas que no pasarían de ser recomendaciones socialmente admitidas.

<sup>185</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 191 ss, agrega que: “Avalan esta impresión varias líneas argumentales: de entrada, la imparcialidad de la Administración –el

CP se utiliza una técnica legislativa mediante la cual se posibilita la sanción de una conducta autónoma con una estructura que dadas sus particularidades puede distinguirse de las tradicionales formas de participación<sup>186</sup>.

No ignora, sin embargo, que a partir la redacción legal, en principio, no se puede descartar que se presenten casos en los que el *extraneus* influya sobre el funcionario o autoridad valiéndose de amenazas, a tal punto de que se pueda presentar un dominio total de la voluntad, evento en el cual, estaríamos ante la estructura propia de la autoría mediata<sup>187</sup>.

No obstante, considera que desde la perspectiva del bien jurídico esta última posibilidad interpretativa resulta desaconsejable, ya que, según su opinión, el Funcionario público que realiza las indebidas influencias lo debe hacer en el ejercicio de sus funciones, y que ello sea así, obedece a que es la única forma de que este sujeto puede afectar la Función pública. Con fundamento en la premisa anterior, concluye que “no se puede concebir un delito contra la Administración Pública que quede en la antesala del ejercicio de funciones públicas”, puesto que en su criterio, para que pueda afectarse el bien jurídico, es necesario que la conducta de quien ejerce la ilícita influencia esté conectada con la de aquel -en este

---

bien jurídico- se ve lesionada o puesta en peligro, por alguien que pretende su desviación desde fuera, puesto que aquél que se amenaza por parte de una persona distinta de la que se encuentra en la situación típica está sujeta la imparcialidad. Es decir, en la medida en que lo que se persigue es inmiscuirse en el funcionamiento de la Administración, condicionando sus decisiones, podemos pensar que se dan las características básicas de la participación, consumada o intentada, en el hecho de otro.” Concluye: “Creo que la **asimilación de la influencia a las formas de participación** es lo que permite incluir esta conducta entre los delitos contra la Administración pública, puesto que en su trasfondo puede aparecer una conducta delictiva del funcionario influido que es quien puede lesionar la imparcialidad en la función pública”. (negritas en el original)

<sup>186</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 191-196, Agrega que esta técnica de regulación es utilizada con relativa frecuencia pero que no obedece siempre a los mismos motivos y pone como ejemplos: “a) supuestos en los que se castiga la inducción a un hecho que en sí mismo no es perseguible penalmente, como ocurre (...) en la inducción al suicidio (...); b) supuestos de inducción o promoción de comportamientos punibles, en los que se pretende tratar de manera diferente la conducta del promotor y de los promovidos o inducidos, individualizando a la primera con una responsabilidad generalmente más grave, lo que tampoco sería posible dejando jugar simplemente a la categoría genérica de la inducción: tal ocurre con el <<promover>> manifestaciones ante la Cortes cuando estuvieran reunidas del 494 CP, promover reuniones o manifestaciones ilegales del art. 514 CP, promover bandas armadas u organizaciones terroristas del art. 516 CP, o promover la sedición del art. 545 CP”.

<sup>187</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 198: “Por ello podría argüirse que, dado que en el caso de tráfico de influencias es el mismo Código el que prevé la posibilidad de que el extraneus (respecto de las competencias codiciadas) influya con recurso a amenazas, etc. sobre el funcionario, nada impide que en tales supuestos sí que se admita la estructura de dominio total de la voluntad, propia de la autoría mediata”.

caso el Funcionario público o Autoridad-, que sí que tiene posibilidad de afectar el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Tal conexión, según entiendo, estaría fundamentada en que el sujeto activo tiene capacidad para afectar la Función Pública, lo cual permite, a su vez, descartar la posibilidad de que en el tipo tráfico de influencias queden también comprendidos actos de coacción sobre el servidor público que le impidieran decidir sobre la afectación de la Función pública<sup>188</sup>, pues esto nos situaría en el ámbito de otras conductas delictivas como las amenazas o las coacciones.

Respecto a lo que se viene diciendo, se pronuncia también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, al afirmar que los tipos penales previstos en los arts. 428 y 429 CP, se sitúan en un punto intermedio entre la proposición y la inducción. Al respecto explica que ello se debe a la mayor intensidad que requiere la conducta de influir con prevalimiento respecto de las de proponer o invitar: “Estas (como acabo de indicar) han de ser potencialmente eficaces, pero no implican ser atendidas para que se afirme la existencia del acto pre-ejecutivo”<sup>189</sup>, mientras que la influencia con prevalimiento “demanda la real captación de la voluntad del funcionario sobre el que se ejerce, de manera que quepa afirmar –por decirlo de algún modo- que ha de resultar <<influido>>, esto es, que ha quedado realmente *predispuesto* (anticipadamente dispuesto su ánimo para lograr el fin que pretende el sujeto activo). Si tal no ocurre, estaremos de nuevo ante una recomendación o una presión carentes de relevancia penal”<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 199, explica: “(...) consideramos que **la estructura de la influencia no se puede equiparar a la de la autoría mediata**. De modo que la influencia no se puede equiparar a **coacción o amenaza** y por tanto difiere de las posibilidades de constreñimiento de la voluntad que presenta la concusión, que en el CP español puede aparecer bajo la forma de exacciones ilegales, en las que el intraneus ejerce su influencia sobre el extraneus. En este segundo supuesto, nada impide que la influencia del funcionario llegue al grado de coacciones, puesto que de existir no varía la naturaleza de la conducta contra la Administración pública, antes bien supone un supuesto especialmente grave de abuso de ésta. Precisamente en el elemento de la imposición de la voluntad se ha hallado la diferencia en la doctrina italiana entre la concusión y el cohecho”. (negritas en el original)

<sup>189</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1518.

<sup>190</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1518: “Todo lo cual conduce, en definitiva, a la conclusión de que los tipos básicos de los arts. 428 y 429 del Código Penal abarcan conductas que van desde la proposición atendida de que se procure una prevaricación, hasta la inducción a ésta, siempre que tal prevaricación quede en fase imperfecta de ejecución y sea capaz, caso de llegar a la consumación (lo que no se requiere para que, a su vez, se consumen los tipos de <<resultado cortado>> que son dichos tipos básicos), de generar el beneficio económico”.

Así pues, el verbo rector único *influyere*, implica la sugestión, inclinación, invitación o instigación que se ejerce sobre una autoridad o Funcionario público, punto de vista que algunos sostienen apoyados además en la jurisprudencia del TS<sup>191</sup>. No obstante, cabe advertir que si bien las expresiones mencionadas pueden ser utilizadas como sinónimas de influir, no debe perderse de vista de acuerdo con lo ya explicado, que esa sugestión debe tener potencialidad de atacar la libre voluntad del Funcionario público. Y en cuanto a la expresión instigación, también utilizada por la doctrina, es preciso aclarar que en tanto sinónima de influir, no debe confundirse con la instigación con la inducción a ejecutar un delito prevista en el art. 28 a) CP.

La acción de influir requiere, para que se ponga en conocimiento o se haga hacer saber a Funcionario público que se pretende obtener una resolución en determinado sentido,

---

<sup>191</sup> MORILLAS CUEVA, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema PE*, 2016, 1163; ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *PE*, 5ª, 2016, dice: “La noción de “**influencia**” ha sido definida por el Tribunal Supremo como ejercicio de <<predominio o fuerza moral>> <<idónea y con entidad para alterar el proceso de valoración y ponderación de intereses>> (STS 657/2013, ponente Granados Pérez), no bastando con <<meras sugerencias y expresiones de deseos>>, para lo que habrá que analizar, desde la perspectiva de la adecuación social, cada acto y comprobar si en cada caso concreto se ha 2010, ponente Martínez Arrieta). De forma discutible, el ATS de 16 junio (ponente Saavedra Ruiz) considera que no se da este elemento del tipo en el caso producido una influencia antijurídica subsumible en el tipo penal /ATS de 17 de febrero de una consejera de economía y vicepresidenta de una comunidad autónoma que intercede en favor de un concreto contribuyente para que se le dé un <<mejor trato>>. Dada la redacción típica, no cabe la **omisión** (SSTS 300/2012), ponente Conde-Pumpido Tourón, y 480/2004, ponente Martínez Arrieta, que entendió que supone <<influencia>> omitir informar sobre la condición de familiar del solicitante de la contrata)”; MUÑOZ LORENTE, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 4-2013, 87-88, con fundamento en la jurisprudencia del TS y referencias a la doctrina: “En idéntico sentido, se ha venido pronunciando la jurisprudencia al referirse al concepto de <<influencia>>, en cuanto elemento típico del delito de tráfico de influencias, señalando que la influencia es 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 (Sentencia 1312/1994, de 24 de junio, del Tribunal Supremo [RJ 1994, 5031]; de 29 de octubre de 2001 [RJ 2001 9758]; Sentencia 537/2002, de 5 de abril [RJ] 2002, 4267] y de 7 de abril de 2004 [RJ 2004, 2818]”; SÁNCHEZ MELGAR, en SÁNCHEZ MELGAR (Coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 4ª, 2016, 2953-2954, afirma: “Este es el concepto que se deduce de nuestra jurisprudencia, pues, por ejemplo, la sentencia 480/2004, de 7 de abril, nos dice que el acto de influir debe ser equiparado a la utilización de procedimientos capaces de conseguir que otro realice la voluntad de quien influye. Y la Sentencia 537/2002, de 5 de abril, que la influencia consiste en ejercer predominio o fuerza moral. Por lo general la Jurisprudencia de esta sala ha declarado que, entre los requisitos del tráfico de influencias, ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida (SST 29 de octubre de 2001 y de 5 de abril de 2002, citadas y reiteradas en la de 7 de abril de 2004). (...); ZÁRATE CONDE, en: ZÁRATE CONDE (Coord.), *PE*, Madrid, 2016, 770: “El ejercer influencia es entendido por la jurisprudencia como una presión moral eficiente sobre la acción o decisión de otra persona derivada de la posición o estatus del influyente e idónea para conseguir que otro realice la voluntad de quien influye (STS 3-6-2015 y 3-5-2012), se deberá excluir la influencia de contenido económico que podrá dar lugar al cohecho y la mera recomendación o solicitudes de información que, en principio, resultará atípica según las circunstancias que existan en el caso”.

de la cual a su vez, el sujeto activo del delito pretende derivar beneficio económico para sí o para un tercero<sup>192</sup>. Este aspecto puede resultar discutible, pues podría plantarse que el sujeto que ejerce la influencia lo podría hacer de tal manera que lleva al Funcionario público al convencimiento de que debe decidir de determinada forma, sin que este sea consciente de que se está influyendo sobre él.

En realidad, creo que la posibilidad de admitir como típica de tráfico de influencias la conducta de quien, de forma sinuosa, engañosa, disimulada, incida en la decisión sin que el Funcionario público se percate de ello, debe descartarse. Si bien es cierto el Funcionario público podría dictar una resolución desviada o ser proclive a dictarla como producto de las maniobras sinuosas o disimuladas de quien despliega la conducta, lo cierto es que la exigencia de *prevalerse* de cierto tipo de relaciones, lleva a concluir que el legislador ha querido cualificar el ejercicio de la influencia con un medio que supone atacar la libertad del funcionario y por tanto es necesario que este sea consciente de que se están realizando maniobras dirigidas a coartar su libertad para obtener una resolución, cuando menos, desviada. Así las cosas, la influencia típica es aquella que de cierta forma ataca la libertad de la autoridad o funcionario<sup>193</sup>, cuya proceso interno de deliberación, su ánimo, se ve perturbado por la intromisión de circunstancias que no se corresponden con los intereses generales, lo que implica un claro riesgo para la Función Pública<sup>194</sup>.

Por último, la circunstancia de que la influencia se pueda realizar desplegando cualquier conducta idónea para incidir en la voluntad del Funcionario público sobre el que se pretende influir, prevaliéndose de cualesquiera de las tres situaciones previstas en el tipo, a saber, el cargo, la relación jerárquica o bien aquellas derivadas de la relación persona, hace necesario una precisión, en cuanto que el Funcionario público que actúa prevaliéndose la relación personal con el influido o con otro Funcionario en realidad, para hacerlo, no requiere

---

<sup>192</sup> SERRANO TÁRRAGA, en: LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS (Coords.), *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, 2015, 279-280, según esta autora: “El verbo nuclear de la acción es el de influir, conducta que se realizará cuando suponga una presión psicológica desde un funcionario a otro, desechando de su comprensión las meras sugerencias y expresión de deseos, de manera que entre la influencia y la resolución que dicte el funcionario o autoridad presionado exista una relación de causalidad, siendo ésta consecuencia de la influencia”.

<sup>193</sup> MORILLAS CUEVA, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema PE*, 2016, 1163. En este sentido, véase también, MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, p. 884.

<sup>194</sup> MORILLAS CUEVA, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema PE*, 2016, 1163.

estar en ejercicio de su cargo, asunto que en mi opinión, requiere un análisis específico del que también se ocupará más adelante este trabajo.

b. El prevalimiento como criterio delimitador de la conducta típica y como factor de incremento de la desviación de la Función pública<sup>195</sup>.

No cualquier forma de interferir en la decisión del Funcionario público o de la Autoridad puede ser considerada típica, sino solamente aquella que implica una presión capaz de incidir en la voluntad del sujeto pasivo de la conducta su libre esfera de determinación, siempre y cuando la misma haya estado acompañada de *prevalimiento* de las situaciones descritas en los art.428 y 429 CP. La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado de manera amplia sobre este aspecto, y puede decirse que existe un importante consenso en cuanto al alcance que se le ha dado a este elemento típico, el cual, como también se advirtió más atrás, complementa la descripción típica y sirve como criterio fundamental para delimitar el ámbito de lo prohibido penalmente.

De hecho, el que el tipo penal incorpore como complemento del verbo rector la exigencia de que el sujeto activo de la influencia actúe prevaliéndose de determinadas situaciones es lo que explica, en gran parte, que las recomendaciones, sugerencias, solicitudes, expresión de deseos queden por fuera del ámbito de aplicación de los delitos consagrados en los arts. 428 y 429 CP, según se explicó en el apartado referido al verbo rector. De la forma como la doctrina y la jurisprudencia han entendido este elemento del delito paso a ocuparme a continuación.

Ha señalado MUÑOZ CONDE que el prevalimiento significa *abusar* de una situación de superioridad originada en cualquier causa<sup>196</sup>. En lo que atañe específicamente al tráfico de influencias ha señalado el mismo autor que en los casos en los que el sujeto activo de la

---

<sup>195</sup> La idea original del prevalimiento como factor de incremento de riesgo de desviación de la Función pública es de MUÑOZ CONDE, *PE*, 1986, 882, y retomada y reconocida así expresamente por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1518.

<sup>196</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 1986, 882.

influencia sea un Funcionario público que abusa de su cargo, debe concluirse que el prevalimiento se deriva de la superioridad de orden jerárquico o político, mientras que en el otro caso del abuso de las relaciones de amistad -de parte del Funcionario público o de un particular-, el prevalimiento derivará -ampliando significativamente el tipo- de relaciones de carácter familiar, afectivo o simplemente amistosas<sup>197</sup>.

De su lado OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO cuyos puntos de vista introducen diversos matices a las opiniones dominantes, ha afirmado que la conducta típica no consiste tan solo en <<influir>> “sino en hacerlo (u ofrecer o aceptar hacerlo) mediante la explotación de una cierta posición o relación” que se tiene con el Funcionario público. Precisa que vocablo *explotación* lo usa en un sentido propio que significa, citando para ello la definición del DRAE: “la acción de <<utilizar en provecho propio (o ajeno, añade el Código), por lo general de modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera>>”<sup>198</sup>.

Pero advierte, que, en contra de la opinión de la doctrina y la jurisprudencia dominantes, el significado del verbo pronominal “prevalecer” no equivale al verbo intransitivo “prevalerse”, aunque reconoce la proximidad de ambos. Considera que el verbo “prevalerse” y por consiguiente la conjugación “prevaleándose” tiene un significado más neutro, que equivale a “valerse o servirse de algo”, y, por tanto, se aproxima al significado de las expresiones “mediante” o “a través de algo”.

Con fundamento en estas consideraciones, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, sostiene que la conducta típica -a la que se refiere también como la “dimensión objetiva completa de la conducta”- consiste en “influir valiéndose de una cierta situación previa”, con la finalidad de alcanzar con esa acción -la de influir- y a través de esa forma específica -el prevalimiento- un beneficio económico. Afirma además que todo ello supone “una <<explotación>> del funcionario público que interviene en el procedimiento resolutor”, lo que en última instancia

---

<sup>197</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 1986, 882.

<sup>198</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1518. Apunta el autor que se acaba de citar que corresponde a MUÑOZ CONDE el mérito de haber destacado el prevalimiento como elemento determinante de las conductas típicas de tráfico de influencias, del cual se extraen importantes consecuencias limitadoras en la interpretación del tipo. Sin embargo, advierte que se aparta de la idea, aunque reconoce que solo puede ser una cuestión de matiz, que las consecuencias limitadoras a las que se llega se deriven de una determinada forma de interpretar la locución “prevaleándose”.

llevaría a entender que los comportamientos mencionados son una combinación “entre el <<abuso>> (de la posición o relación establecida respecto al funcionario que ha de intervenir en la resolución) y el <<interés privado>> en provecho del que uno de los sujetos ejerce la influencia sobre el otro y del que éste último se dispone a actuar”<sup>199</sup>.

Concluye diciendo que, la tipicidad de los actos de influencia requiere que los mismos tengan suficiente capacidad de subordinación y en todo caso impliquen un condicionamiento significativo de la voluntad del Funcionario público que debe dictar la resolución, puesto de no ser así, “no satisfarán las exigencias típicas de influir con prevalimiento de las posiciones o situaciones mencionadas, de modo tal que pueda llegar a afectarse el objeto de protección antes determinado”<sup>200</sup>. Agrega que por ello no quedan incluidas, las “simples usuales y desde luego, rechazables <<recomendaciones>>, sino de algo más. Ni siquiera de presiones, sino – en esta clave léxica- de presiones eficientes”<sup>201</sup>.

Dice también que su interpretación resulta corroborada por el propio CP, “al expresar de bien distinta –y a este respecto expresiva- manera la conducta de quien <<influyere>>, de sus arts. 428 y 429, y el comportamiento de quien <<intentaré influir>>, de su art. 464.1: la diferencia entre la una y el otro evidentemente reside en la exigencia de que la primera produzca efectivamente la predisposición del ánimo de aquel sobre quien recae hacia un determinado fin, en tanto que el segundo no requiere, para ser apreciado como típico, la generación de tal efecto”<sup>202</sup>.

Al analizar diversos aspectos del elemento típico consistente en prevalerse de cierta posición o de determinado tipo de relaciones que es lo que se exige en el tipo penal CUGAT MAURI advierte que el prevalimiento es un elemento *indisociable* del ejercicio de influencias (arts. 428 y 429), al punto de que se ha llegado a considerar que es *adjetivo* a esta y que

---

<sup>199</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1518.

<sup>200</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1518.

<sup>201</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1518, añade: “Esta comprensión, por lo demás, es –en mi opinión- la que mejor parece corresponderse con el significado usual y normativo del verbo <<influir>>, que incluye la producción de efectos y, cuando de la acción de una persona sobre otra se trata, implica predominio o fuerza moral (DRAE)”.

<sup>202</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1519. El art. 464.1 citado prescribe: “1. El que con violencia o intimidación intentará influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses. Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se le impondrá la pena en su mitad superior”.

vendría entonces a complementar el verbo rector, cualificando el tipo penal. Es decir, el legislador ha decidido dejar por fuera del ámbito de aplicación del tráfico de influencias no solo las meras recomendaciones, consejos, insinuaciones, sino incluso, también aquellas presiones que no estén acompañadas del prevalimiento, que como se verá en este mismo apartado, deben obedecer a la específica posición que se ocupa –el ejercicio cargo o de otras situaciones derivadas de relación jerárquica o personal- con el influido<sup>203</sup>.

Al igual que muchos otros en la doctrina, considera que el ejercicio de influencia con prevalimiento supone cierto grado de restricción de la libertad del Funcionario público o la Autoridad, que tenga la idoneidad suficiente para procurar la obtención de la resolución que habrá de reportarle el beneficio económico pretendido. En forma atinada, hace notar que la expresión *tráfico* sugiere la relación entre dos sujetos que sería, según entiendo, lo que permitiría establecer una frontera en relación con las coacciones<sup>204</sup>.

Dice además que el funcionario debe mantener un cierto dominio del hecho, puesto que eso es lo que permite catalogarlo como un delito contra la Administración Pública. En efecto, según se infiere de sus planteamientos, solamente el funcionario –y no el *extraneus*- tiene en sus manos la posibilidad de lesionar el bien jurídico<sup>205</sup>. En ese orden de ideas, explica también CUGAT MAURI, se podrá afirmar la responsabilidad penal del Funcionario público influido en los actos típicos que emprenda bajo influencia. Así las cosas, puntualiza, la única

---

<sup>203</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 197 ss, en otros de sus trabajos la autora se pronuncia en el mismo sentido, CUGAT MAURI, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Compendio PE*, 2016, 420 y CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2040 s, MUÑOZ LORENTE, *Eunomia, Revista en cultura de la legalidad*, 4-2013, 87 s, acoge expresamente lo dicho por CUGAT: “De no existir el prevalimiento de las relaciones o situaciones especificadas en el tipo, se entiende que la influencia no tiene ninguna posibilidad de afectar al proceso motivador del funcionario. Como ya señalase CUGAT MAURI (1997: 197), el legislador *no ha querido incriminar el mero ejercicio de la presión psicológica sobre el funcionario por parte de cualquier ciudadano anónimo*, sino sólo aquella presión psicológica que proviene, se ampara, aprovecha o abusa de la especial relación que se tiene con el funcionario porque esas relaciones son las que suponen un incremento del riesgo de que el funcionario acceda a la petición del influyente dado que éste se encuentra mediatizado por tales relaciones”; SERRANO TÁRRAGA, en: LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS (Coords.), *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, 2015, 279 s, opina la citada autora que el prevalimiento es “el elemento determinante de la conducta”; VÁZQUEZ IRUZUBIETA *Código penal comentado*, 2015, 659, afirma que “lo esencial del tráfico de influencias es el prevalimiento del cargo público...”; en igual sentido RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, en: RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.), *Código penal: concordado y comentado*, 5ª, 2015, 2040; ZÁRATE CONDE, En ZÁRATE CONDE (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, 770.

<sup>204</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 198, al respecto señala: “Considero que, este delito no ha sido pensado para sancionar menos a quienes actúan bajo influencia, sino para sancionar más a quienes abusan de ella”.

<sup>205</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 200.

razón por la que se excluye la imputación por su intervención en el delito de tráfico de influencias es debido a “la imposibilidad conceptual de que éste colabore en el ejercicio del prevalimiento”, sin perjuicio de la responsabilidad que quepa atribuirle en los eventos en los que la resolución resulte prevaricadora, lo cual supone que la misma deje de ser meramente ilegal o desviada y pueda ser calificada como una resolución injusta y arbitraria<sup>206</sup>.

Respecto a la afirmación de CUGAT MAURI según la cual el Funcionario público influido actúa con un cierto margen de libertad, cabe anotar que ello no se refiere tanto a la posibilidad de dictar la resolución, pues con independencia de la influencia el Funcionario en todo caso está en el deber de dictarla, sino al contenido mismo de la decisión. Y esto es así porque lo que el influenciador pretende es nazca a la vida jurídica una resolución que lo favorezca económicamente, lo cual, como es obvio, implica que efectivamente se produzca una resolución, argumento también aplicable a las llamadas “resoluciones omisivas”.

Por su lado DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ha puntualizado que el prevalimiento a que se refieren los arts. 428 y 429 CP, conlleva necesariamente la realización de comportamiento que va más allá de la simple recomendación o consejo, y por tanto requiere una “mayor presión sobre la voluntad del funcionario o autoridad” de tal forma que se afecta en cierto grado su libertad, en relación con la forma como ha de decidir el asunto de su competencia, advirtiendo que no es necesario que se anule la voluntad, ni que la presión llegue a ser tan fuerte como la coacción<sup>207</sup>, con lo cual, el mencionado autor lo que hace es relievar,

---

<sup>206</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 200 s, consideraciones similares a la anterior hace esta misma autora en casos de engaño en los que se pudiera apreciar un comportamiento propio de la estructura de la autoría mediata: “existen razones para pensar que el engaño también supone el ejercicio de influencia típica sobre la conducta del funcionario competente, en tanto que la puede dirigir. Sin embargo, consideramos de mayor peso las razones que se oponen a la equiparación de la influencia con el engaño. En primer lugar, cabe decir que, si se tiene en cuenta la regulación del CP en relación con otros delitos que afectan a la libertad, se puede concluir fácilmente, que para el CP los conceptos de influencia con prevalimiento y engaño hacen referencia a supuestos de hecho diversos.” Agrega que la regulación de los abusos sexuales trata de modo distinto el hurto que se realiza abusando de las condiciones personales de la víctima, “que puede referirse a supuestos de prevalimiento, del supuesto de fraude por excelencia que prevé la figura de la estafa del art. 248”.

<sup>207</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *Huarte de San Juan, Derecho/Zuzenbidea*, 3-4, (1996-1997), 124-125, citando algunos planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia; SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁSQUEZ GONZÁLEZ, *Curso PE*, 4, 201 685, anota este autor que si el prevalimiento llegare al nivel de las coacciones o amenazas, entonces “podríamos estar ante uno de estos delitos que sería de aplicación preferente por el principio de especialidad”; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2015, 1228: “La relación debe ser manifestada por el sujeto activo, de modo que el funcionario receptor de las gestiones las perciba como real **prevalimiento**, no como gestión de buena voluntad, de compañerismo o similar. No puede ser de otro modo, si lo que se trata es de torcer la recta marcha de la función administrativa.

implícitamente, que el prevalimiento, entendido como abuso de una posición de superioridad, es el elemento a través del cual se ejerce esa mayor presión. En ese sentido su postura acerca a MUÑOZ CONDE en cuanto a que el prevalimiento es elemento diferenciador entre la influencia atípica y aquella constitutiva de delito, por suponer aquel, un verdadero ataque a la libertad del funcionario que actúa como factor de incremento del riesgo para el correcto ejercicio de la Función pública.

MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, se ocupan de caracterizar las diferentes modalidades de prevalimiento. Indican que son varias las acciones típicas descritas en el artículo 428 CP las cuales no son equiparables entre sí. Explican que no obstante que el núcleo fundamental del delito está delimitado por el verbo *influir*, debe tenerse en cuenta que solo puede ser típica aquella influencia que se ejerce con *prevalimiento* de situaciones derivadas (i) de las facultades propias del cargo, (ii) de la relación jerárquica sobre el Funcionario público que debe decidir o sobre un tercer funcionario (tráfico de influencias en cadena); y (iii) la que proviene de relación personal que se mantiene con el Funcionario que puede adoptar la resolución o con otro que a su vez, está en relación con el que tiene en su

---

Paradigmáticamente STSJcat 30-3-2015 (Caso Bustos-Montcada)”; POLAINO NAVARRETE, en: POLAINO NAVARRETE (Dir.), *Lecciones PE*, 2011, 336: “El sujeto activo ha de actuar **con prevalimiento de las facultades** inherentes a su cargo público, o bien en virtud de cualquier otra **relación personal o jerárquica** directa o indirectamente ejercitativa sobre el funcionario sometido a la presión de una autoridad o de otro funcionario. La **acción influir** en esas condiciones cualificadas ha de efectuarse con una **finalidad subjetiva específica**, perseguida intencionalmente por el autor, cual es la de conseguir una resolución” (negritas en el original); DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO (Dir.)/ SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO (Coords.), *Mediación: Un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, 2010, 236 s; RODRÍGUEZ MORO, “Análisis normativo y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias” en: PUENTE DE ABA, Luz María (Dir.)/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.) *Corrupción y fraudes a consumidores. Perspectivas y casos actuales*, 2016, 181 s: “La utilización conjunta de los términos influir -prevalimiento, nos indica, pues que no basta la mera sugerencia sino que ésta ha de ser realizada por quien ostenta una determinada situación de ascendencia y que el influjo tenga entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye. (...); “Pero además, esa influencia debe venir acompañada de un prevalimiento de alguna de las tres situaciones que los tipos indican (...);” ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/RAGUÉS I VALLÉS (coord.), *Lecciones PE 5ª*, 387 s; JUANES PECES (Coord.), *Código penal comentado 2014*, 2434, dice este autor que el término <<influir>> resulta excesivamente amplio (...), por tanto, “el <<prevalimiento>> es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica”; GARCÍAS PLANAS, *PJ*, 29-1993, 30, refiriéndose al artículo 404 bis a), de la anterior codificación; SÁNCHEZ MELGAR, en SÁNCHEZ MELGAR (Coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 4ª, 2016, 2953 s; MARTÍNEZ ARRIETA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coord.) *Comentarios PE*, 2007, 3133 s; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, t.II, 2005, 497; CARDONA TORRES, *PE*, 2010, 513; FERRÉ OLIVÉ, en: ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVA/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO (Dir.) /NIETO MARTÍN/. PÉREZ CEPEDA (Coords.), *Comentarios al código penal*, 2007, 904; LANDECHO VELASCO/CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ, *PE 2ª* 1996, 427; ORTOS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC/MATALLÍN EVANGELIO/ROIG TORRES. *Esquemas PE t.V*, 2ª, 2010, 330; MORILLAS CUEVA, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), *PE*, 2ª, 2005, 908 s.

manos la posibilidad de afectar el bien jurídico. Anotan que el prevalimiento de las relaciones jerárquicas que se tienen con el Funcionario público no se diferencia sustancialmente de la que consiste en abusar de las facultades del cargo<sup>208</sup>.

Ponen de presente que las especiales condiciones de la influencia con abuso del cargo, exige, necesariamente, que el sujeto activo sea servidor público pues solo de esta manera se puede abusar de las funciones del cargo<sup>209</sup>. Respecto de la influencia derivada de la relación jerárquica, consideran estos autores que la acción de influir puede consistir en una dar una orden en caso de que se trate del superior jerárquico del Funcionario que debe resolver, o bien en hacer uso de su superior rango para incidir en la resolución de quien no es inferior jerárquico.

Por último, en relación con la influencia que se ejerce prevaliéndose de relaciones personales, opinan que es un supuesto no equiparable a los anteriores, debido a que, por un lado, para abusar de este tipo de relaciones (parentesco, amistad, amorosas, pertenencia a un mismo partido) “no se requiere la condición de funcionario, a diferencia del resto de las acciones tipificadas en el artículo 428 CP.” De otro lado, porque “el ejercicio de influencias prevaliéndose de esta clase de relaciones, reportará al Funcionario público que se deja influir una ventaja subjetiva e inmaterial –la satisfacción de relaciones de amistad o parentesco, o incluso la posibilidad de ascenso en la carrera política”<sup>210</sup>.

Siguiendo una línea similar a la que se acaba de exponer, SERRANO TÁRRAGA se pronuncia sobre las fuentes de las emana el prevalimiento, indicando que son tres, las que

---

<sup>208</sup> MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios PE*, 2016, 7ª, 1762: “No será suficiente con comprobar que entre los funcionarios existe una relación jerárquica sino que es necesario probar que se usaron o se abusó de las mismas. Esta es la interpretación sostenida por el STS en STS de 5 de abril de 2002 (RJ, 2002, 4267)”.

<sup>209</sup> MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios PE*, 2016, 7ª 1762 s, al respecto, citan el siguiente ejemplo: “Así, podrá cometer este delito el funcionario competente, cuanto menos genéricamente, para informar sobre determinados extremos de importancia en orden a la adopción de una resolución que deba ser emitida por otro funcionario. Por ejemplo, el primer funcionario influye sobre esa decisión aportando datos falsos sobre los hechos que fundamentan la resolución o abusando de las competencias derivadas de sus funciones en la Administración. Por consiguiente, el elemento fundamental que el tipo requiere, en la modalidad delictiva analizada, reside en el *uso indebido* de facultades por parte del funcionario, con la precisa finalidad de obtener una resolución que le beneficie a él o a un tercero”.

<sup>210</sup> MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES, (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios PE*, 2016, 7ª, 1764.

consagra el tipo penal: uno, abuso de facultades del cargo, dos, relación personal y tres, relación jerárquica. En cuanto a la primera, dice que consiste en que el funcionario abusa de su posición preponderante que tiene respecto del Funcionario público sobre el que ejerce la influencia. Añade que dada su amplitud, esta fuente del prevalimiento recoge la tercera, esto es la relación jerárquica y, por tanto, ésta también supone el abuso de esa posición preponderante que en el caso concreto es la relación jerárquica. En cuanto a la tercera, esto es la relación personal, basándose en la STS 537/2002, de 5 de abril, explica que son aquellas son las derivadas del parentesco, la amistad, las relaciones amorosas, y aquellas que se basan en la pertenencia a un mismo partido político<sup>211</sup>.

MANZANARES SAMANIEGO hace notar que en relación con el prevalimiento del cargo las opiniones se dividen en torno a si es suficiente la condición misma de Autoridad o Funcionario o si además deben ponerse en consideración “las competencias del cargo y su importancia para conjugar el verbo nuclear”.<sup>212</sup> En relación con este aspecto, opina que lo decisivo es que a partir del cargo, exista efectivamente la posibilidad de influir<sup>213</sup>.

De otra parte, si bien se ha dicho que el prevalimiento como elemento integrante del tipo tiene la ventaja de restringir el ámbito de lo punible a una serie de supuestos que podrían considerarse como los de mayor gravedad, hay quien opina que ello, sin embargo, no parece que esa hubiese sido la intención del legislador, debido precisamente a la inclusión de relaciones personales -parentesco o amistad- entre las formas de prevalimiento, “las cuales solo de manera excepcional podrían afectar la libertad del funcionario”. Ello sería indicativo, según se infiere de lo expresado por el autor que hace esta observación, del propósito del legislador de dar un mayor ámbito de cobertura al tipo penal<sup>214</sup>.

Sobre la opinión anterior, su mismo autor agrega que conforme a una interpretación teleológica, “el peligro para el bien jurídico protegido puede provenir no solo de <<presiones>> que limiten la libertad del agente (...) sino también del convencimiento o la inclinación

---

<sup>211</sup> SERRANO TÁRRAGA, en: LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS (Coords.), *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, 2015, 279 s. Cabe agregar que la relación jerárquica, en muchos casos, implica al mismo tiempo subordinación, con lo cual los límites entre la coacción y el prevalimiento se acercan aún más.

<sup>212</sup> MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código Penal*, 2016, 1359.

<sup>213</sup> MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código Penal*, 2016, 1359.

<sup>214</sup> CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 158.

suscitados por lazos de parentesco o amistad, por la pertenencia a un mismo partido político, etc. En estos últimos supuestos, aunque la libertad del funcionario no resulte menoscabada, la conducta es de todos modos idónea para alterar el criterio autónomo del funcionario decisor”<sup>215</sup>.

No obstante, las observaciones que se acaban de reseñar sobre la ampliación del espectro de aplicación del tipo que se deriva de la inclusión de las relaciones de parentesco o de amistad dentro de situaciones de las que se puede prevaler el sujeto activo, también se deja claro que la función del prevalimiento consiste en delimitar el ámbito típico de la figura, de modo que las influencias “sólo resulten típicas cuando el autor se aproveche de su posición o sus relaciones. En definitiva, es el elemento que confiere potencialidad lesiva a la acción de influir, puesto que incrementa el riesgo de que la resolución perseguida efectivamente tenga lugar. Por consiguiente, quedan fuera del tipo las simples recomendaciones, que, aunque puedan considerarse inmorales, no representan un ataque grave contra la objetividad; así como aquellas presiones que no tengan capacidad de subordinación necesaria”<sup>216</sup>.

Por último, se señala que pueden identificarse dos posturas en la doctrina en relación con lo que significa prevalimiento. Por un lado, los que sostienen que este elemento equivale al abuso de una situación de superioridad originada por cualquier causa, que representa la opinión mayoritaria. Por el otro, la posición minoritaria que entiende el prevalimiento en un sentido más neutro como sinónimo de “valerse o servirse” en correspondencia con su significado gramatical<sup>217</sup>.

POZUELO PÉREZ, sigue la misma línea de los autores ya citados sobre el alcance que debe tener el prevalimiento como modalidad específica del ejercicio ilícito de influencias, pero añade que es necesario que la resolución sea objetivamente imputable a la presión ejercida sobre el Funcionario y cita algunas decisiones del TS para respaldar sus

---

<sup>215</sup> CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 158.

<sup>216</sup> CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 159.

<sup>217</sup> CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 159.

afirmaciones<sup>218</sup>. En sentido similar, otro autor anota que el prevalimiento debe ser lo suficientemente fuerte como para que la resolución, de adoptarse, sea más obra de la persona que influye que del Funcionario público influido, de tal forma que sin esta presión no se hubiese adoptado la resolución<sup>219</sup>.

En mi opinión, el punto de vista de POZUELO PÉREZ debe ser matizado en el sentido de dejar claro que, si bien la resolución debe ser imputable a la presión ejercida sobre el Funcionario público, ello no implica necesariamente que para estimar consumado el delito se requiera la efectiva producción de la resolución, aspecto este último sobre el que se volverá más adelante.

ORTS BERENGUER destaca que en todo caso la influencia no puede concretarse en la promesa o entrega de una dádiva pues, pues de ser ello así, estaríamos ante un delito de cohecho. Por tal razón, hace énfasis en la necesidad a efectos de la tipicidad del delito de que la influencia sea ejercida a partir de una situación que favorezca la posibilidad de que el Funcionario público se prevalega de ella para influir sobre otro<sup>220</sup>. Creo que este apunte pone de relieve, nuevamente, el prevalimiento como elemento diferenciador del tráfico de influencias en el que lo característico, es el abuso de una posición de superioridad que sirve para condicionar la libertad de obrar del Funcionario público, lo que en principio, queda desvirtuado en los casos en los que se ofrece dinero o dádivas. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de apreciar tráfico de influencias y no cohecho, en los casos en los que la oferta de dinero o dádivas sea posterior al ejercicio de la influencia con prevalimiento

---

<sup>218</sup> POZUELO PÉREZ, en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Práctico*, 2016, 1681, fija su posición con apoyo en la jurisprudencia: “el ejercicio de influencia de este tipo de infracciones requiere la concurrencia de prevalimiento, ya que no basta la mera sugerencia, sino que ésta ha de ser realizada por quien ostenta una determinada **situación de ascendencia** y que el influjo tenga entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye (TS 7-4-04, EDJ 44631). Es necesario que la resolución o actuación sea debida a la **presión** ejercida, que sea objetivamente imputable a esa presión (TS 5-4-02. EDJ 6946; TSJ Valenciana, auto 27-11-07, EDJ 337983), la cual debe ser definida como una influencia consistente en una **presión moral eficiente** sobre la acción o decisión de otra persona, derivada de la posición o status del influyente (TS 3-5-12, EDJ 88265). La influencia y el prevalimiento no deben confundirse con la mera **recomendación, insinuación o sugerencia**, sutil o difusa (AP Madrid 8—4-08, EDJ 60453; TS auto 17-2-10, EDJ 5781; 3-5-12 EDJ 88265)”.

<sup>219</sup> NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), *Nociones PE*, 2015, 467-468, sostiene que al momento de interpretar el término prevalerse “resulta necesario tener en cuenta un factor muy llamativo en la configuración típica del tráfico de influencias y es que no se prevé, en este delito, pena alguna para el funcionario público <<influido>> en una situación difícil, en el que se sienta atacada la libertad de decisión.

<sup>220</sup> ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *PE*, 5ª, 2016, 665 s.

de la posición de superioridad, pero en un momento anterior a aquel en el que el Funcionario deba disponerse a dictar la resolución. Ejemplo de ello sería el caso en el Ministro llame a su subalterno y le haga saber su interés en que se adjudique a un amigo suyo un determinado contrato de obra pública cuya adjudicación depende de ese subalterno. Al día siguiente el Ministro llama de nuevo a su subalterno y le hace saber que si dicta la resolución en el sentido que el día anterior le pidió el podrá intervenir para lograr que le concedan un ascenso. Creo que en este caso el delito de tráfico de influencias se habrá consumado con la primera llamada, sin perjuicio de que la segunda pudiera configurar para el Ministro un nuevo delito.

Un autor que se ha mostrado especialmente crítico sobre la forma restrictiva como la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han entendido el alcance del tipo, en el sentido de excluir las meras recomendaciones o sugerencias de ámbito de la tipicidad del tráfico de influencias es MUÑOZ LORENTE, su opinión se destaca en este apartado, porque como se verá, creo que pierde de vista que precisamente el prevalimiento de determinadas circunstancias es elemento que cualifica las influencias típicas, respecto de aquellas que no lo son.

Advierte este autor que tanto la jurisprudencia, de la cual cita las SSTS de 10 de marzo de 1998 y 480/2004, de 7 de abril, como la doctrina –cita en este punto a DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO- excluyen expresamente del ámbito típico del tráfico de influencias las “recomendaciones” por muy inmorales y rechazables que sean<sup>221</sup>.

En su opinión “*no cabe excluir tan a la ligera esta clase de conductas del ámbito típico de los delitos de tráfico de influencias salvo que se quiera ser enormemente condescendiente con este tipo de corruptelas, por lo demás, muy habituales*”<sup>222</sup>. Agrega que, aunque no se diga expresamente, la razón principal por la que se excluyen tales recomendaciones del ámbito de la tipicidad del tráfico de influencias, obedecería, según su opinión, a la habitualidad de tales conductas y el consecuente arraigo y aceptación que respecto de las mismas se puede advertir en la sociedad<sup>223</sup>.

Para defender su punto de vista pone como ejemplo un caso de la que denomina una “sutil recomendación” de un Ministro “que hace saber o informa a otro funcionario de su

---

<sup>221</sup> MUÑOZ LORENTE, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 4-2013, 88.

<sup>222</sup> MUÑOZ LORENTE, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 4-201, 88. (cursivas en el original)

<sup>223</sup> MUÑOZ LORENTE, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 4-2013, 88.

Ministerio –de quien depende la decisión- que una de sus hijas se ha presentado a un determinado puesto, sin decirle, ni siquiera insinuarle, nada más”. Se pregunta este autor si no es ese un caso de prevalimiento de cargo, incardinable en el art. 428 CP, a lo que él mismo responde afirmativamente diciendo que la insinuación del Ministro cumple con los requisitos para ser típica de tráfico de influencias, “incluido el requisito de generar un beneficio económico, en este caso, para un tercero: la hija”<sup>224</sup>.

Creo que la crítica de MUÑOZ LORENTE resulta en realidad infundada. En el ejemplo que se cita justamente lo que a mi modo de ver se advierte es que el Ministro se prevale abusivamente de su cargo y su conducta va más allá de lo que se podría considerar, en ese preciso contexto, una mera recomendación. En mi opinión, en el caso planteado, que el Ministro, prevaliéndose abusivamente de su relación jerárquica con el Funcionario público que debe decidir acerca cuál será el candidato llamado a ocupar el cargo, le hace saber que su hija participa en la convocatoria. El solo hecho de que él en su condición de Ministro le exprese directamente al Funcionario que su hija está concursando refleja su interés en el asunto y dada la posición que ocupa constituye una forma de abusar del cargo.

En consecuencia, esa manifestación tiene la idoneidad para condicionar o limitar el margen de actuación del Funcionario público, de manera que si en el caso pudiera decirse que no hay delito de tráfico de influencias no creo que se deba a que se trate de una simple recomendación, que en el caso, está precedida del prevalimiento de la posición de superioridad jerárquica del Ministro. Podría, eso sí, obedecer a otros motivos, por ejemplo, si se probará si el Ministro no está insinuando que se dicte una resolución desviada, sino que estuviese interesado en “presionar” a su subordinado para actúe con imparcialidad y apego estricto a los criterios de selección legalmente establecidos, a sabiendas de que si ello es así, debido a su hija cumple a cabalidad con los requisitos para el cargo, muy seguramente será ella la seleccionada.

La anterior hipótesis nos situaría en otro problema distinto que consiste en establecer si en los casos en los que se pretende una resolución no desviada y menos aún injusta, la conducta podría enmarcarse en el delito de tráfico de influencias, aspecto que será tratado

---

<sup>224</sup> MUÑOZ LORENTE, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 4-2013, 88.

más adelante y sobre el cual se puede anticipar que hay buenas razones que aconsejarían dejar por fuera del ámbito del tipo aquellos comportamientos dirigidos a buscar resoluciones ajustadas a Derecho.

Sin embargo, subsiste otra duda, y es si una resolución ajustada formalmente a Derecho podría, no obstante, haber sido dictada con desviación de poder. En el caso de la hija del Ministro pudiera suceder que el Funcionario público, que teniendo legalmente un cierto margen de discrecionalidad en la selección, se decide por favorecer a la hija del Ministro, pero también a sabiendas de ella está en la baraja de los que cumplen en su totalidad los requisitos de elegibilidad. Este último que remite a otra discusión que más adelante también se abordará y es relacionado con los actos discrecionales de la Administración.

### c. Toma de postura

#### c.1. La conducta típica el verbo influir

La forma como aparece conjugado el verbo rector, esto es, *influyere*, en mi opinión, implica que para la configuración del tipo es indispensable que la conducta del sujeto activo del delito tenga capacidad para producir efecto psicológico en el servidor público hacia quien se dirige la influencia en el sentido de que éste llegue a ser consciente de que se está pretendiendo de él una resolución desviada del interés general y por tanto orientada a privilegiar un interés privado. En este orden de ideas, no basta que se intente influir<sup>225</sup> sino que efectivamente se interfiera en la libertad de obrar del servidor público que lo lleve a sentirse compelido, presionado, a satisfacer el ilícito interés del sujeto activo de la influencia.

Un vez se haya ejercido ese influjo psicológico y cumplidos los demás requisitos previstos en el tipo, el delito se entenderá consumado, sin que sea necesario constatar que la resolución se haya proferido en el sentido pretendido por el influenciador, y menos aún, que se hubiere obtenido el beneficio económico, evento este último que solo tendrá relevancia si

---

<sup>225</sup> Al respecto es ilustrativa la comparación, ya reseñada, propuesta OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO con respecto al art. 464.1 CP en el que la conducta típica consiste en “intentar influir”.

se trata de dar aplicación al tipo cualificado. Lo anterior, habida cuenta de que es perfectamente posible que el Funcionario público a pesar de la presión haya finalmente decidido apartarse de la pretensión ilícita del sujeto activo.

Más todavía, si la decisión que se dicta es plenamente ajustada a derecho pero se ha demostrado que el Funcionario público o el particular -según se trate de art. 428 o 429 CP- interfirieron en la libertad de obrar del Funcionario público, no creo que haya inconveniente alguno en admitir que se cumple uno de los requisitos para que la conducta pueda encajar en el tipo penal correspondiente. Lo debe quedar demostrado para la adecuación típica correspondiente, es la efectiva realización de un comportamiento capaz de condicionar o limitar la libertad de actuación de quien tiene en sus manos la competencia funcional para dictar la resolución.

De acuerdo con lo dicho, la exigencia planteada por algunos en el sentido de que la resolución debe ser imputable a la influencia ejercida puede dar lugar a equívocos que es necesario aclarar. Primero porque como ya se ha dicho, no es necesario que se produzca una resolución y en consecuencia, la exigencia en este punto resultaría innecesaria. En segundo lugar, en el caso del tipo cualificado esa exigencia tiene sentido si se vincula con el propósito del sujeto activo del delito de derivar de la misma un beneficio económico.

Siendo así las cosas, parece lógico exigir que la resolución se dicte de tal forma que pueda derivarse de ella el ilícito beneficio económico pretendido. No obstante la forma y contenido concreto de la resolución, no necesariamente tiene que coincidir con aquella que imaginaba el influenciador, siempre que se pueda establecer que la resolución dictada se corresponde con el asunto concreto sobre el que el sujeto pretendía influir y que quien la dictó.

De otro lado, también debe considerarse correcta la idea, ampliamente defendida en la doctrina, de acuerdo con la cual el influjo psíquico o la presión moral sobre el Funcionario público tienen como límite máximo la coacción o la amenaza. Por ello, en caso de concurrir las coacción o la amenaza, si se presentan en un contexto en el que se pretendan utilizar como un medio para obtener una resolución de la cual derivar un provecho económico, en tal caso, esta situación podría ser tenida en cuenta como eventual circunstancia

de agravación <sup>226</sup> aplicable a los tipos penales de coacciones (art. 172 CP) o amenazas (art. 169.1 CP)<sup>227</sup>.

Por lo dicho no creo que en estos casos pueda admitirse que el sujeto activo pudiera ser considera autor mediato del tráfico de influencias. Y ello ni siquiera en los supuestos en los que la decisión desviada sea producto del engaño, evento en el cual resultaría dudoso que se pueda considerar que el sujeto actuó prevalido de su relación de superioridad jerárquica o de sus relaciones de amistad, pues en realidad a lo sumo podría decirse que se prevaleció del engaño.

Si bien el límite máximo de la presión ejercida estaría dado por las coacciones o amenazas, resulta correcto al mismo tiempo, admitir que en todo caso la conducta típica debe ir más allá de una mera recomendación o consejo. En ese sentido estoy de acuerdo con la opinión de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO cuando afirma que los tipos penales previstos en los arts. 428 y 429 CP, se sitúan en un punto intermedio entre la proposición y la inducción, dada la mayor intensidad que demanda la influencia con prevalimiento, que supera una mera invitación o proposición en la cual el Funcionario público no se siente compelido, en palabras del citado autor, no ha quedado realmente *predispuesto* a satisfacer el fin que pretende el sujeto activo.

En cuanto a cierta clase de influencias, han de quedar por fuera del ámbito de aplicación de este delito de aquellas formas de interferencia que son socialmente toleradas y además deben considerarse tolerables. En mi opinión ello se debe, en gran medida a que pueden enmarcarse dentro de la libertad de expresar deseos ideas, aspiraciones, en decir, en tanto son el reflejo genuino de la libertad de expresión como un bien que merece también especial protección por parte del ordenamiento jurídico.

---

<sup>226</sup> Arts. 22.3: “Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa”. Art: 22.5 CP.: “Prevalerse del carácter público que tenga el culpable”.

<sup>227</sup> Art.172.1 CP: El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto será castigado (...); Art. 169.1 CP: “El que amenazare u otro con causarle a él o a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado (...)”.

Explico: la posibilidad de que un Funcionario público o un particular hagan manifiesto su interés en que un asunto se decida de tal o cual manera, incluso de una forma desviada con respecto a lo que debe ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública puede ser considerado un ejercicio de la libertad de expresión en tanto esas manifestaciones en el concreto ámbito en el que se hacen no sean idóneas para condicionar la libertad de actuación del receptor de las mismas.

Lo anterior no implica, sin embargo, que en algunos casos esa manifestación por parte de un Funcionario público pudiera suponer una falta contra el decoro, la dignidad, la disciplina que deba observar en el ejercicio de sus funciones, caso en el cual será un asunto propio del Derecho disciplinario y no del Derecho penal, que como se sabe debe interferir como *extrema ratio* del control social.

Aún más, incluir la meras sugerencias o recomendaciones en el tipo penal supondría que los funcionarios públicos prácticamente tendrían que aislarse del contacto social, vivir en una suerte de “torre de marfil”, puesto que la interacción social los expone, en forma inevitable, a recibir este tipo de mensajes, cuya prohibición, al menos por la vía penal, haría realmente asfíxante la vida social.

Por todo lo dicho es criticable la opinión de MUÑOZ LORENTE quien considera que el rechazo –por cierto ampliamente admitido en la doctrina y en la jurisprudencia- de la inclusión de las meras recomendaciones o sugerencias del ámbito de la tipicidad del tráfico de influencias podría adolecer de cierta ligereza.

Tampoco resulta admisible, la idea de que serían atípicas las influencias que recaigan sobre un asunto en el cual el Funcionario público ya ha avanzado en la decisión y tiene proyectada la forma como decidirá, lo que RODRÍGUEZ MORO ha denominado una “pre resolución”. Admitir la atipicidad en estos casos significa desconocer que lo que se desvalora es la incidencia que se pueda tener el proceso de toma de la decisión y mientras la misma no se haya tomado, será siempre posible que se interfiera ilícitamente en la libertad del Funcionario público. En efecto, desde la perspectiva del bien jurídico -la imparcialidad-, poco importa que el Funcionario público en el momento anterior a la influencia que se ejerce sobre él haya estado inclinado a tomar la decisión en un determinado sentido. La averiguación por

la antijuridicidad del comportamiento debe situarse en el momento previo a la decisión y es obvio que si lo que existe es una “pre-resolución”, todavía es posible afectar ilícitamente el correcto ejercicio de la Función pública.

Según se dejó explicado más arriba, verbo rector único, *influyere*, puede ser considerado sinónimo de sugestión, inclinación, invitación o instigación, a condición de se entienda que se trata de una conducta que en todo caso tiene potencialidad de atacar la libre voluntad del Funcionario público en la situación concreta y de manera específica que la instigación a la que aluden algunos nada tiene que ver con la inducción a que se refiere el art. 29 CP.

#### c.2. En relación con el prevalimiento

En primer término es importante reiterar que no cualquier forma de interferir en la decisión del Funcionario público o de la Autoridad puede ser considerada típica, sino solamente aquella que implica una presión capaz de incidir en la voluntad del sujeto pasivo de la conducta, esto es, en su libre esfera de determinación, siempre y cuando la misma haya estado acompañada de *prevalimiento* de las situaciones descritas en los art.428 y 429 CP.

La conjugación verbal *prevalerse* contenida en la descripción típica sirve para cualificar la forma como se ejerce la influencia, y como ya se dijo, es lo que permite que las recomendaciones, sugerencias, solicitudes, expresión de deseos se excluyan del alcance de los delitos consagrados en los arts. 428 y 429 CP. En razón de ello, resulta afortunada la expresión según la cual la “dimensión objetiva completa de la conducta”<sup>228</sup> solo puede apreciarse al relacionar la acción de influir con el modo de hacerlo: el prevalimiento.

El sentido del verbo prevalece debe entenderse como sinónimo de valerse de algo, en este caso de una posición de superioridad, por ello, en realidad creo que las observaciones que sobre este aspecto ha planeado OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, en el sentido de un pretendido significado más neutro de la expresión en nada modifican la idea básica de acuerdo con la cual el prevalimiento supone indiscutiblemente un acto abusivo de una condición de la cual se saca una ventaja indebida que para el caso del tráfico de influencias

---

<sup>228</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1518.

proviene del abuso del cargo, la posición jerárquica o de la relaciones de personales. En cambio, si resulta muy atinada la expresión que utiliza el autor que se viene de citar cuándo señala que el prevalimiento entraña de algún modo una forma de *explotar* -indebidamente se podría agregar- la relación que se tiene con el Funcionario público, pues a mi modo de ver, ello permite ver con más claridad uno de los fundamentos de lo injusto en el delito de tráfico de influencias.

Sobre las fuente de la que proviene el prevalimiento es importante hacer distinciones teniendo en cuenta que son típicas las influencias que se derivan del ejercicio de las facultades propias del cargo o de la relación jerárquica sobre el Funcionario público o la que se deriva de la relación personal que se mantiene con este, quien es el que puede adoptar la resolución, o con otro. Sobre esta última fuente de prevalimiento considero atinada la observación que se hace por parte de algunos en el sentido de que amplía el ámbito de aplicación del delito de una forma que no resulta del todo compatible con el principio de legalidad si se tiene en cuenta que la alusión a relaciones personales incluye un amplio espectro de formas de relación social que no siempre tienen el mismo significado, ni generan entre los sujetos los mismos vínculos de confianza y afinidad, lo cual hace problemático delimitar, que tipo y que grado de relaciones personales caben dentro del tipo penal.

El prevalimiento que se deriva del ejercicio del cargo o el que tiene como trasfondo una relación jerárquica, está más orientado a generar temor lo que también se conoce como el *metus publicae potestatis*<sup>229</sup> y con ello incidir el proceso de deliberación respecto de la decisión que debe tomar el Funcionario público. En el supuesto del prevalimiento basado en las relaciones personales, no será el temor, sino más bien, esa consideración personal hacia el sujeto influyente lo que puede alterar o interferir en la libertad de actuación del funcionario llamado a dictar la resolución.

En ambos casos la imparcialidad como bien jurídico objeto de protección penal se pone, cuando menos, en peligro. No obstante, el abuso del cargo o de la relación jerárquica supone desde una perspectiva *ex ante* un ataque más peligroso al bien jurídico en la medida en que prevalerse del cargo o a relación de jerarquía puede provocar un efecto de mayor

---

<sup>229</sup> *Metus publicae potestatis*, el miedo o temor al poder de la autoridad que está en posibilidad de abusar de la misma y causar perjuicio a quien no se pliega a sus intereses.

temor en el Funcionario público sobre el que se influye dada la indudable relación de subordinación que en la mayoría de estos casos se presenta entre ambos sujetos.

Si bien el prevalerse de relaciones personales es también es una manera idónea para influir y con ello condicionar la libertad de obrar del Funcionario público, es posible afirmar, de igual forma también desde una perspectiva *ex ante*, y por comparación con el prevalimiento que proviene de la relación jerárquica, que en la mayoría de los casos, esta forma de ejercer la influencia implica una menor intensidad en el ataque el bien jurídico. Frente a la tesis que estoy planteando podría objetarse que aprovecharse de las relaciones de amistad implica una forma de interferir en la Función pública más sinuosa, más disimulada o que precisamente la amistad puede obrar como motor más poderoso para desviar la Función pública, y que, precisamente por ello, puede ser más eficaz para afectar la imparcialidad.

A la objeción que se acaba de plantear puede replicarse diciendo que el mayor desvalor de la acción del Funcionario público que abusa de su cargo o de su jerarquía, respecto de aquel que abusa de sus relaciones de amistad –más exactamente, se prevale de ellas- , consiste en que el abuso del cargo la jerarquía lleva implícita una forma de coacción que puede provocar temor, miedo, a que si no se accede a lo las pretensiones del influenciado ello pueda generar un perjuicio para el Funcionario público (por ejemplo el miedo a perder el empleo a ver desmejoradas sus condiciones de trabajo etc.) y en esa medida puede decirse que resulta una forma más frontal de ataque al bien jurídico que la que se deriva de la utilización de las relaciones de amistad en las que en todo caso, no es el miedo el instrumento para interferir en el proceso de deliberación del Funcionario público, sino la motivación de “ayudar” a aquel con quien se tiene esa relación de amistad.

Incluso, puede decirse que es posible que en un cálculo de costo beneficio el Funcionario público considere que es menor el riesgo de no complacer al amigo que el de acceder a su pretensiones y con ello la posibilidad de que efectivamente desvíe la Función pública, resulte aminorada. En otras palabras, es dable sostener que cuando lo que mueve al Funcionario público es idea ayudar al amigo, los cálculos frente a las consecuencias pueden generar una menor propensión a actuar en forma parcializada, que en aquellos casos en los que es el miedo a perder su empleo o a ver desmejorada su situación laboral lo que mueve su voluntad.

Sobre este asunto del prevalimiento de las relaciones personales para ejercer la influencia, cabe anotar algo adicional, que ya he dejado planteado más arriba y que considero que merece ser destacado. Me refiero a que existe un amplio consenso en cuanto a que la calidad de Funcionario público o Autoridad que exige el artículo 428 CP implica entender que es el abuso de tal condición es lo que en última instancia fundamenta lo específico del tipo de tráfico de influencias allí previsto y ello es en mi opinión correcto.

Sin embargo y precisamente debido a que es el abuso de la función o del cargo lo que le confiere carta de naturaleza a la modalidad de tráfico de influencias prevista 428 CP, me parece que en los casos en los que el Funcionario público -sujeto activo de la conducta- actúa prevalido de su relación personal con el destinatario de la influencia o con otro Funcionario cercano a él, estamos en una situación muy distinta, que viene a sumarse, como razón adicional a las explicadas en los párrafos inmediatamente precedentes, para fundamentar la tesis sobre la que quiero insistir y que había ya enunciado más arriba: en los supuestos en los que el Funcionario público influye sobre otro prevaliéndose de sus relaciones personales, está en realidad actuando como un *extraneus* a la Función Pública en ese caso específico, pues no es su autoridad, jerarquía dentro de la Administración, ni su cargo, si no su relación personal -por ejemplo de íntima amistad- de lo que se aprovecha, si se quiere, de lo que abusa, para lograr su cometido.

Es por ello que mientras la regulación actual se mantenga, lo que desde una perspectiva de *lege lata* se debería considerar es que en la determinación concreta de la pena se tenga en cuenta la menor gravedad que, al menos en abstracto, puede predicarse del prevalimiento cuando este se fundamente en las mencionadas relaciones personales. Y de *lege ferenda* creo que debe abogarse por una reforma legal en la que se excluya estas de relaciones del artículo 428 CP, pues las mismas pueden ser recogidas por el tipo del art. 429 CP que para esos efectos no requeriría ninguna modificación, salvo que se quisiera como creo que sería correcto, prever una circunstancia de agravación específica para los casos en los que quien ejerza la influencia sea un Funcionario público.

## B.3. La resolución

### a. Concepto

Existe un extendido consenso en cuanto a que el elemento típico *resolución* perteneciente a los tipos penales previstos en los arts. 428 y 429 CP no coincide con el concepto que el que se utiliza en el Derecho administrativo. Bajo esa premisa se ha dicho que la resolución a efectos penales consiste en aquella declaración de voluntad con carácter decisorio que afecta derechos de los ciudadanos. Así mismo, se ha planteado que no importa si esa resolución se profiere en forma escrita u oral, en forma expresa o tácita, con tal que haya sido expedida por un procedimiento formal y por un Funcionario público en ejercicio de su cargo o de sus funciones<sup>230</sup>.

---

<sup>230</sup> CUGAT MAURI, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) *Compendio PE*, 2016, 420: “Las características de la resolución *coinciden esencialmente con las del delito de prevaricación aunque con matices*: a) a diferencia de la prevaricación, consistente en <<dictar>> una resolución injusta (artículos 404 y 406 CP), aquí basta con influir para <<conseguirla>>, lo que abre la puerta a la admisión de las resoluciones por *omisión*; b) a diferencia también de la prevaricación, que castiga la adopción de resoluciones <<injustas>>, nada se dice aquí acerca de que deban tener tal naturaleza, lo que abre la posibilidad de incluir tanto las *justas como las injustas*, como también se admite en el cohecho; c) es preciso que la resolución sea *idónea para generar directa o indirectamente beneficio económico* para el autor o un tercero. Hay acuerdo acerca de que, por ejemplo, la obtención de una licencia urbanística entra dentro del tipo. Más discutido es si el beneficio económico, del que depende la aplicación del tipo agravado, se alcanza con la mera obtención de la licencia o su posterior explotación”; más ampliamente, CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 209, siguiendo los planteamientos de MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA; acoge también expresamente esta idea CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 161 s: “En orden al término <<resolución>>, en el mismo sentido que para el delito de prevaricación, se entiende por tal <<cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral>>, agrega que se incluyen acá decisiones judiciales de acuerdo con STS 11-5-1994”; SÁNCHEZ LÁZARO, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *PE*, 711, exige contenido decisorio y agrega: “De este modo, quedan fuera de este delito aquellas otras gestiones que aun cuando supongan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes o consultas, sin que sea preciso su injusticia o arbitrariedad, y el eventual concurso con el delito de prevaricación (STS 657/2013, de 15 de julio)”; ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Lecciones PE*, ... 170; NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), *Nociones PE*, 2015, 470; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/RAGUÉS I VALLÉS (coord.), *Lecciones PE* 5ª.381; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, en: RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.), *Código penal: concordado y comentado*, 5ª, 2015, 2040 s, “por resolución habrá que entender un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados”; debe ser una resolución, “en sentido técnico”, dice VALEJE ÁLVAREZ en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) GORRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2ª, 1197, explica: “...la influencia ha de dirigirse a obtener una resolución de carácter decisorio, en los términos que se indicó en el delito de prevaricación (STS 11 mayo 1994 [RJ 1994, 3687]”; MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *PE* 2016, 7ª, 1764; POZUELO PÉREZ, en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.),

El concepto de resolución aplicable en el Derecho penal, incluye también los acuerdos y decisiones de órganos colegiados que cumplan con las características comunes enunciadas en el párrafo anterior. Por el contrario, se dice que no hacen parte del concepto jurídico penal de resolución, los informes y dictámenes, no obstante que estos en el Derecho administrativo pueden tener el carácter de resoluciones<sup>231</sup>.

También se ha dicho que en el concepto de resolución deben incluirse las resoluciones administrativas, así como aquellas decisiones que directa o indirectamente merecen la consideración de generales<sup>232</sup>. Importa destacar que en relación con el concepto normativo resolución, la jurisprudencia del TS coincide, en esencia, con el que se ha elaborado en la doctrina, y ha si lo ha dicho explícitamente el TS<sup>233</sup>.

---

*Memento Práctico*, 2016, 1681; MORILLAS CUEVA, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), *PE*, 2ª, 2005: “En cualquier caso, las actuaciones administrativas que queden fuera del ámbito de la resolución están excluidas del delito”; MARTÍNEZ ARRIETA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coord.) *Comentarios PE*, 2007, 3134: Critica la impunidad de algunos supuestos: “El Código exige que se trate de una resolución, esto es, una decisión del funcionario público dictada por la influencia. Esa exigencia excluye de la tipicidad la realización de gestiones, de indagaciones sobre el estado de un determinado asunto o de actuaciones no resolutivas para aligerar la tramitación en el órgano público en el que desarrolla su función el influenciado. Esta restricción del ámbito de lo punible carece de base razonable, pues el adelantamiento a la resolución de un expediente, que no es resolución propiamente dicha, integra la antijuridicidad y sin embargo es atípica”; CRESPO BARQUERO, en DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia.*, t. II, 3ª, 2002, 2384 ss; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.) /SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO (Coord.), *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, 2010, 238: “Resolución acto administrativo de contenido decisorio y del que se derivan efectos de trascendencia económica.”; MUÑOZ LORENTE, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 4-2013: “Se excluyen, por tanto, del concepto de resolución los actos de trámite sin contenido decisorio, los informes, consultas, circulares y dictámenes, aunque se incluyen las órdenes verbales.”; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, en: RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.), *Código penal: concordado y comentado*, 5ª, 2015, 2040-2041: “Quedan pues, fuera del delito aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, o se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información o conocimiento de datos, etc.”; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: DEMETRIO CRESPO/GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO (Dirs.) / ORTIZ PRADILLO (Coord.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, 2015, 289 ss; NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), *Nociones PE*, 2015, 470; ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *DP (PG y PE)*, 2004, 767: “Por resolución debe entenderse una decisión, en virtud de la cual se hace o se hará algo, o se hace o hará de determinada manera.”; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, en: ORTS BERENGUER (Dir.), *CGPJ, Delitos de funcionarios públicos*, 1994p. 207: “La influencia desarrollada debe llevar a obtener una resolución, entendida, como recuerda ORTS, <<como aquellas decisiones que afectan a intereses que directa o indirectamente merecen la consideración de generales>>. Esta no correspondencia con los intereses generales aparece reforzada por el segundo requisito del resultado.”; CATALÁN SENDER, *Los delitos cometidos por autoridades*, 1999, 232, afirma que la resolución puede ser de naturaleza privada o laboral.

<sup>231</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 209.

<sup>232</sup> ORTS BERENGUER/VALEJE ALVAREZ en: VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios PE*, 1996, 1846.

<sup>233</sup> STS 300/2012 de 03-05 (RJ 2012/5980): “Como ya se ha expresado la jurisprudencia y la doctrina entienden por “resolución” todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de

Más recientemente, ORTS BERENGUER, al analizar el delito de tráfico de influencias ha precisado que la resolución se ha de entender, al igual que en el delito de prevaricación,

---

los derechos e intereses de los administrados o a la colectividad en general, y que resuelve sobre un asunto con eficacia ejecutiva, quedando por tanto excluidos, de una parte, los actos políticos, y, de otra, los denominados actos de trámite (v.gr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva, (SSTS de 28 enero 1.998 , 12 febrero 1.999 , 27 junio 2.003 , 14 noviembre 2.003 , 9 abril 2007 , 1 diciembre 2.008 (RJ 2008, 7135), 1 julio 2.009 (RJ 2009, 4352) , 2 febrero 2.011 , entre otras). “En la reciente sentencia, con remisión explícita a la de 27 de junio de 2.003 (RJ 2003, 4366), se dice textualmente que: “Según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es "tomar determinación fija y decisiva". Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión”. “La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutorio es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedido de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el "thema decidendi". Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como "actos de trámite", lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto. “Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, impone a la Administración la obligación de "dictar resolución expresa en todos los procedimientos" (art. 42,1). Y en su art. 82,1, afirma que "a efectos de resolución del procedimiento, se solicitarán (...) informes". Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de "la resolución" como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al "contenido" de las resoluciones administrativas, dice que la resolución "decidirá todas las cuestiones planteadas" y que la decisión "será motivada". “A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal "resolución" del art. 404 Código Penal ( RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de "autoridades o funcionarios públicos", que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito especial propio de que se trata. STS 48/2011, de 2 de febrero (RJ 2011, 2372).” En el mismo sentido la sentencia núm. 38/1998, de 23 de enero (RJ 1998, 50), concreta el concepto de resolución, a efectos penales, en **"el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados"**, estimando que "lo esencial es que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración". Es claro que la interpretación del término **resolución** en el art 428 del Código Penal no puede ser diferente de la que se efectúa por la jurisprudencia para la misma expresión en el art 404 del mismo texto legal, por elementales razones de seguridad jurídica. En consecuencia, la suspensión por los agentes de las actuaciones que estaban practicando en un expediente por supuesta infracción de tráfico no constituye propiamente una resolución sino una actuación o diligencia preparatoria, un acto de trámite y de investigación que precede en un procedimiento formalizado a la actuación resolutoria propiamente dicha, destinado a proporcionar el conocimiento necesario sobre el tema decidendi, es decir una actuación preparatoria de la decisión final”. “Si nos encontrásemos ante un delito de cohecho, la conducta omisiva de dejar de realizar un acto inherente a las funciones del cargo, que fue la conducta solicitada por el acusado a los agentes al pedirles que suspendiesen las pruebas de alcoholemia y dejasen marchar a los conductores retenidos, tendría perfecto encaje en el art 419 del Código Penal. Pero a pesar de que la conducta enjuiciada es impropia de figurar entre las prácticas institucionales de un Estado de Derecho, no puede forzarse el principio de legalidad para sancionarla como delito de tráfico de influencias, pues constituye un principio aún más determinante del Estado de Derecho el escrupuloso respeto de los límites punitivos establecidos por el Legislador. Y, en el art 428 del Código Penal, el Legislador exige que la influencia sobre los funcionarios vaya específicamente dirigida a conseguir una resolución, supuesto que no concurre en el caso actual pues la conducta solicitada a los agentes no constituye una resolución”. (negritas en el original)

como toda declaración de voluntad, decisoria, que afecta a los derechos o intereses de los administrados, advirtiendo que en algunos casos, por ejemplo los informes, aunque no resuelvan de fondo un asunto, pueden ser decisivos para el sentido de la resolución<sup>234</sup>. A diferencia de lo que sucede con este elemento del tipo en el delito prevaricación, respecto del tráfico de influencias debe añadirse que dadas las exigencias de los arts. 428 y 429 CP, la resolución debe tener trascendencia económica<sup>235</sup>.

El entendimiento de la noción de resolución en el sentido indicado ha llevado a QUERALT JIMÉNEZ a afirmar que esta consiste, en última instancia, en la aplicación del Derecho objetivo o en la expedición de un reglamento. Sin embargo, según su opinión, podría ampliarse en el tipo de tráfico de influencias, incluso para los casos en los que se dicta una Ley, si aquel sobre quien se influye es miembro de una de las cámaras legislativas, incluso, puede comprender también, un mero acto de trámite en la gestión de un expediente<sup>236</sup>.

Citando una decisión del TS (S-29-1-1997 caso Pujana), QUERALT JIMÉNEZ advierte que la resolución no puede referirse en ningún caso a una actividad o gestión no regulada por el Derecho, no obstante que la misma sea lícita. Critica el hecho de que ello sea de esa manera, puesto que, en su opinión, esa situación conlleva una limitación del ámbito de lo punible, carente de justificación<sup>237</sup>.

Contrario a la idea dominante acerca la naturaleza de la resolución entendida como decisión de fondo sobre un asunto se muestra otro autor, que plantea que aunque la Ley no delimita rigurosamente, la expresión resolución ha sido interpretada en el sentido de que solo cobija decisiones que resuelva de fondo el asunto sometido a consideración del Funcionario público. En su opinión ello no debería ser de esa manera. Sustenta su afirmación diciendo que los informes previos de control, o la misma concatenación de trámites, pueden dar lugar a la conducta delictiva, y cita el ejemplo de quien pretende únicamente retrasar en anuncio

---

<sup>234</sup> ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *PE*, 5ª, 2016, 666, este autor llama la atención en el siguiente sentido: “No obstante, lo que no está claro es si determinados actos de la administración, los informes en concreto tienen cabida en las resoluciones, y, consiguientemente, si cuando se influye en quienes han de realizarlos se incurre en el delito del art. 428. En verdad, los informes no son resoluciones y, sin embargo, pueden ser decisivos para fijar el contenido y sentido de éstas”.

<sup>235</sup> Así, entre mucho otros, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.)/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO (Coord.), *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, 2010, 289.

<sup>236</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2015, 1228.

<sup>237</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2015, 1228.

de un concurso público con el propósito que el solicitante a quien pretende beneficiar, cumpla para ese momento las condiciones legales necesarias para acceder al mismo. Añade al respecto que “no existe propiamente resolución y el acto será atípico, pero tan reprochable como la propia búsqueda de una resolución favorable para este tercero”<sup>238</sup>.

Pese a que existe un criterio prácticamente unánime en relación a lo que se debe entender por resolución en el sentido de una declaración de voluntad, de carácter decisorio y con efectos sobre de derechos de terceros, hay algunos casos que merecen consideraciones particulares, como se verá a continuación.

### b. La resolución: ¿un resultado del delito?

Las opinión muy ampliamente mayoritaria considera que la efectiva expedición de la resolución no es un resultado exigible en el tipo básico y solo será necesaria en el tipo cualificado en el que se sanciona con mayor severidad la obtención del beneficio económico<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> SÁNCHEZ MELGAR (Coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 4ª, 2016, 2961.

<sup>239</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2045; MUÑOZ CONDE, *DPE*, 21ª, 2017, 882; MORILLAS CUEVA, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *Sistema PE*, 2016, 1164; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en: SUÁREZ LÓPEZ/BARQUÍN SANZ/BENÍTEZ ORTÚZAR/JIMÉNEZ DÍAZ/SAINZ CANTERO CAPARROS (Dirs.), *LH-Morillas Cueva*, 2018, 1054: “Sin embargo, más allá de que no se menciona el término “dictar” incluir dichas omisiones implicaría ampliar el término resolución hasta límites que no permite el principio de legalidad”; MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, 2000, 258: dice este autor que según la doctrina dominante, la resolución efectivamente dictada y el beneficio económico obtenido “no constituyen *condiciones objetivas de punibilidad*, sino verdaderos *resultados típicos*, porque, se afirma, si se pretende proteger la imparcialidad de la administración, no tiene sentido establecer una condición objetiva de punibilidad, que impida castigar como tentativa aquellos supuestos en los que se intenta influir sobre ella pero no se consigue.”; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/RAGUÉS I VALLÉS (coord.), *Lecciones PE* 5ª, 381, para quien basta que se pretenda la resolución; en el mismo sentido VALEIJE ÁLVAREZ en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) GORRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2ª, 1197; RIVERA HERNÁNDEZ, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11-1997, 420 para quien la acción queda definida como influencia para que el funcionario dicte una resolución; PÉREZ MACHÍO, en: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios CP*, t.V., 2015, 326 s: “El actual art. 428 CP se configura como un tipo que adelanta la consumación, siendo únicamente preciso para ello el mero hecho de <<influir>>, sin que sea necesaria, la consecución de resolución alguna”; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.)/SANZ HERMIDA/ORTÍZ PRADILLO (Coord.), *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, 2010, 238: “La resolución beneficiosa aparece así como el ánimo tendencial no como resultado tipificado”; POLAINO NAVARRETE, en: POLAINO NAVARRETE (Dir.), *Lecciones PE*, 2011, 338: “El tipo es **subjétivamente configurado**. Requiere la **intención finalista** de conseguir una resolución funcional susceptible de generar un beneficio económico. Tal elemento subjetivo

Al respecto resulta muy ilustrativo lo que ha recordado GARCÍA ARAN sobre los antecedentes legislativos de los delitos de tráfico de influencias, señalando que “el debate parlamentario ha permitido dotar a estos preceptos de mayor operatividad al dejar claro que no es requisito de la punibilidad la obtención del beneficio económico: siendo necesario el ánimo de obtener beneficio, su realización determina una agravación de la pena, respecto del tipo básico constituido por el ejercicio de influencia con el fin de obtener una resolución que pueda resultar beneficiosa económicamente”<sup>240</sup>.

Continuando con su argumentación, advierte que “si se observa la redacción de los vigentes arts. 428 y 429, basta influir sobre un Funcionario público o Autoridad, prevaleciendo de superioridad, *con la finalidad* de obtener una resolución *que pueda* generar beneficios económicos”<sup>241</sup>, a partir de lo cual concluye que si antaño resultaba dudoso si era exigible para la consumación del delito, es claro que hoy en día “ni siquiera se requiere para la consumación que llegue a pronunciarse la resolución requerida, con lo que se configura un tipo de simple actividad, presidido por el elemento subjetivo de la finalidad dirigida a la resolución administrativa”<sup>242</sup>.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, también se ha pronunciado ampliamente sobre este aspecto, recordando que en los arts. 404 bis a y 404 bis b CP 1944/1973, que antecedieron a los actuales arts. 428 y 429 CP, “era necesario que se consiguiera del funcionario o autoridad

---

del injusto presupone la presencia del dolo, pero va más allá del alcance objetivo propio del mismo, y configura un **delito intencional de resultado cortado.**” (negritas en el original); LANDECHO VELASCO/ MOLINA BLÁZQUEZ, *PE* 2ª 1996, 429; POZUELO PÉREZ, en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Práctico*, 2016, 1681; ORTS BERENGUER/MATALLÍN EVANGELIO/GONZÁLEZ CUSSAC/ROIG TORRES, *Esquemas PE*, 2ª ed., Valencia, 2010, 330; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, t.II, 2005, 497: “Es delito de actividad que se consume con el despliegue de la conducta de prevalimiento”; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, en ROMA VALDÉS (Dir.), *Código penal comentado*, 2015, 684; CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 161 s, dice que son delitos (arts. 428 y 429) de mera actividad y de peligro; MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código Penal*, 2016, 1359; MARTÍNEZ ARRIETA, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN (Dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Coord.) *Comentarios PE*, 2007, 3135: “En orden a la penalidad, el Código diferencia dos supuestos. El primero, se impone una pena en función de la realización de la conducta de influir con la intención de alcanzar el beneficio que se persigue, delito de resultado cortado. La pena es aumentada (...) si se consigue el beneficio que se persigue.”; SERRANO TÁRRAGA, en: LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS (Coords.), *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, 2015, 282; PIÑOL RODRÍGUEZ, *Tráfico de influencias*, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *PE*, t.II, 6ª, 666-669.

<sup>240</sup> GARCÍA ARAN, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11-1997, 366.

<sup>241</sup> GARCÍA ARAN, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11-1997, 366

<sup>242</sup> GARCÍA ARAN, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11-1997, 366.

una resolución generadora directa o indirectamente de un beneficio económico para quien ejercía la influencia o para un tercero” y por tanto se debía entender que la obtención de la resolución “era el resultado del delito y no una mera condición objetiva de punibilidad, como alguna vez se pretendió (en el sentido correcto, SAB 28-7-1995)”. Añadiendo que no importaba si la resolución era justa o injusta, pero que en todo caso debía generar efectivamente beneficio económico. Así mismo, precisa el citado autor que se debía acreditar una doble relación, por un lado, de causalidad entre el ejercicio de la influencia y la resolución emitida, es decir, “que la segunda fuera efecto de la primera o, expresado a la inversa, que la primera fuera causa de la segunda”, y por el otro, “de imputación objetiva (que también desde un punto de vista valorativo jurídico-penal tuviera sentido afirmar que el resultado era obra de la acción), que si faltaban impedían la apreciación de la consumación del delito”<sup>243</sup>.

A diferencia de lo que sucedía antes de la entrada en vigencia del CP de 1995, y el cambio de redacción en los tipos de tráfico de influencias, según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en la actualidad la consumación del delito no precisa de la efectiva consecución de la resolución, sino que depende que se ejerza una influencia capaz de conseguirla. Advierte que este requisito podría ser entendido “de manera puramente subjetiva” sin embargo, estima que debe exigirse además “que el ejercicio de influencia posea capacidad objetiva de mover al funcionario a dictar la resolución (lo consiga efectivamente o no); así se limita algo la extensión de los preceptos (mayor que en sus antecesores)”<sup>244</sup>.

Así las cosas, manifiesta que la efectiva obtención del beneficio económico y no es otro no resultado del delito y por tanto, no exigible para su consumación, “como sucedía en los tipos prácticamente idénticos a los que analizamos de los arts. 404 bis a) y 404 bis b) del derogado CP 1944/1973”<sup>245</sup>. En la actual regulación se trata de un elemento que en el evento en el que concurra, da lugar a una cualificación del delito y en consecuencia a una agravación de la pena. En su opinión el que no se exija la obtención del beneficio económico para estimar consumado el delito da lugar “a una ampliación de tipo respecto de la situación anterior, pero

---

<sup>243</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ASUA BATARRITA (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 172.

<sup>244</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ASUA BATARRITA (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 172.

<sup>245</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ASUA BATARRITA (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 172.

parece lógica (si se cree que el tipo debe existir) por no parecer esencial, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, la efectiva producción del beneficio”<sup>246</sup>.

Concluye diciendo que debido a que la consumación del delito no requiere de la obtención de la resolución, “se hace difícil imaginar supuestos de tentativa (si acaso, de tentativa inidónea, figura ésta de discutido aunque en mi opinión posible encaje en el art. 16.1 CP 1995), que era posible en el CP 1944/1973 cuando se ejercía la influencia sin conseguir la resolución, o cuando esta no tenía su causa en la influencia o no era objetivamente imputable a ella”<sup>247</sup>.

Resulta pertinente destacar también la postura de MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en la que constata la dificultad de configurar el delito debido a las exigencias probatorias que en la práctica judicial se requieren -las cuales, por lo demás, en mi opinión, si son las necesarias para garantizar el debido proceso, no deben causar alarma-. Al respecto anota que la creación del delito de tráfico de influencias, en principio, respondía “a la idea de construir una figura delictiva descargada de exigencias típicas cifradas en la emisión de la resolución, por parte del funcionario, que fuera beneficiosa para quien ejerció la influencia o para un tercero”<sup>248</sup>.

Añade que se pretendía crear una figura delictiva “ajena a estos elementos típicos (resolución emitida y beneficio propio o para u tercero), ya fueran considerados como resultado del delito o como condiciones objetivas de punibilidad”. Sin embargo, expresivamente, señala que en la práctica de los tribunales, “<<lo que salió por la puerta de la tipicidad, ha retornado por la ventana de las exigencias probatorias>>”<sup>249</sup>. Y ello por cuanto en la deducción de la prueba indiciaria “será necesaria la comprobación tales circunstancias para construir el relato acusatorio con una base sólida, porque el tipo demanda un robusto

---

<sup>246</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ASUA BATARRITA (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 172.

<sup>247</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ASUA BATARRITA (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 172 ss. .

<sup>248</sup> MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) /MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios PE*, 2016,7ª, 1407.

<sup>249</sup> MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) /MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios PE*, 2016,7ª, 1407.

elemento subjetivo del injusto que reclamará su comprobación a través de un juicio de inferencias lógico que solo puede apoyarse en datos o indicios objetivos”<sup>250</sup>.

### c. Casos especiales

#### c.1. Los actos discrecionales<sup>251</sup>

Se afirma que no existe ninguna razón para considerar que los actos discrecionales no deban ser incluidos dentro del concepto jurídico-penal de resolución. CUGAT MAURI se ha pronunciado sobre este punto explicando que en este tipo de actos, aunque no sea posible “apreciar una contradicción formal con la *ley*”, al menos en algunos casos, si podrá decirse que con la decisión se ha “afectado el Derecho (art. 103) y los fines que justifican la actuación pública (art. 106 CE).”<sup>252</sup> Esta tesis ha tenido eco también en la jurisprudencia del TS que al respecto ha dicho que la discrecionalidad no puede ser jamás arbitrariedad y de la actuación, ni que el ejercicio se la misma carezca de controles y límites<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) /MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios PE*, 2016, 7ª, 1407.

<sup>251</sup> Sobre concepto y naturaleza jurídica de los actos discrecionales, véase, BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2006, 57 s: “En los actos administrativos discrecionales, la Administración decide, por razones de interés público, en el marco de los principios generales del Derecho Administrativo, y teniendo en cuenta el fin de la norma habilitante, tanto, si ante una determinada situación, procede dictar un acto administrativo como, tomada la decisión de hacerlo, cuál sea el contenido del acto discrecional, optando entre las diversas opciones posibles, todas ellas igualmente válidas, que pueden presentarse (...) Con la habilitación de potestades discrecionales, el Ordenamiento reconoce una margen de libertad de actuación a la Administración, que puede explicarse, según las tesis más tradicionales, como un ámbito propio de decisión a la hora de establecer la consecuencia jurídica aplicable a un supuesto de hecho (ya sea en la opción misma de actuar o no actuar o en la determinación del sentido de esa actuación, según la clásica división entre discrecionalidad en el *an*, el *quando* y el *quo modo*), o bien, (...) como la capacidad de la Administración de completar el supuesto de hecho de la norma reguladora de su conducta, tesis esta última que, siendo prácticamente indiferente en cuanto al alcance del control judicial de la discrecionalidad, la explica, no obstante, de un modo más conforme con el principio del Estado de Derecho, al obligar a la Administración a fijar siempre una norma jurídica general como criterio objetivo de su actuación, aunque sea ella misma la que contribuya a cerrarla”.

<sup>252</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2050.

<sup>253</sup> Al respecto, CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2050.

En lo referente a los actos políticos y de gobierno también se ha dicho que quedan por fuera del ámbito de la prohibición penal<sup>254</sup>, lo cual no significa, en todo caso, que los mismos estén exentos de cualquier otro tipo de control jurisdiccional<sup>255</sup>.

### c.2. Acuerdos y decisiones

Este aspecto tiene que ver con la decisiones de órganos colegidos, las cuales, aunque en el derecho administrativo no se consideran resoluciones, si pueden serlo para efectos penales<sup>256</sup>. En lo referente a decisiones políticas no parecen tener cabida dentro del término resolución y en esa medida están por fuera de ámbito del tipo de tráfico de influencias. Se mencionan como ejemplos de este tipo de decisiones, la presentación de un proyecto de ley o la emisión de un voto<sup>257</sup>.

### c.3. Los informes y dictámenes

Si se acepta aquella manifestación de voluntad que tiene efectos que decide de sobre un asunto y afecta derechos de terceros, hay quienes consideran que ello implica excluir los informes y dictámenes que, si bien suelen servir para fundamentar la decisión de la Administración, en todo caso no deben confundirse con aquella<sup>258</sup>. Se anota que en los casos

---

<sup>254</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.) /SANZ HERMIDA/ORTÍZ PRADILLO (Coord.), *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, 2010, 238, apoyado en la jurisprudencia del TS destaca la exclusión de dichos actos de la noción de resolución a efectos penales.

<sup>255</sup> Al respecto véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2016, en especial el cap. IV.

<sup>256</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2046.

<sup>257</sup> NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), *Nociones PE*, 2015, 471.

<sup>258</sup> En este sentido CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2047, quien al respecto cita una decisión judicial: “En este sentido, la SAP de La Coruña de 24 de febrero de 1994 no considera resolución al informe municipal favorable a la realización de unas obras. En el mismo sentido, la SAP de Sevilla de 9 de julio de 1993 excluye del concepto de resolución el informe del arquitecto municipal, favorable a la recalificación injusta de unos terrenos: FD 4º: *el delito de prevaricación administrativa sólo puede cometerlo el funcionario público que tenga poder de decisión y excluye expresamente a aquellos que asesoran, por lo cual tampoco es posible su condena*”.

en los cuales el informe es el soporte o fundamento a la decisión prevaricadora, ello podría dar lugar a la responsabilidad penal de quien elaboró el informe, a título de cómplice<sup>259</sup>.

#### c.4. Los actos de ejecución de la resolución

También quedan excluidos los actos tendientes simplemente a ejecutar una orden o decisión de la Administración<sup>260</sup>. Tampoco quedarían incluidas aquellas actuaciones que no tengan como propósito la obtención de una verdadera resolución, sino a acelerar o retrasar una decisión o a conocer determinados datos, etc.

#### c.5. Resolución que no finaliza el procedimiento administrativo

Con tal de que la resolución resuelva de sobre un asunto no es indispensable para que sea considerada tal a efectos penales que la misma ponga fin a la actuación administrativa, bastando con que se pronuncie de fondo sobre el mismo.

#### c.6. Las resoluciones judiciales

Un aspecto importante también destacado por CUGAT MAURI se refiere a las resoluciones judiciales respecto de las cuales explica que no hay ninguna razón que permita pensar que pudieran quedar por fuera del objeto material del delito de tráfico de influencias. Sin embargo, advierte que la vinculación entre ilegalidad e injusticia es mucho menos estricta en el ámbito administrativo que en el judicial<sup>261</sup>. En consideración a lo anterior, sostiene los

---

<sup>259</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2047, destaca la postura del TS: “En este sentido, la STS de 26 de enero de 1994, admite la posibilidad genérica de participar en la conducta típica de la prevaricación. Asimismo, la STS de 24 de junio 1994 –en contra de la AP se Sevilla de 9 de julio de 1993- considera que el informe del arquitecto municipal contribuye de modo decisivo a la aprobación de la resolución injusta y, por lo tanto, condena a su autor en calidad de cooperador necesario del delito de prevaricación. En la misma línea podría plantearse la posibilidad de cometer el delito de tráfico de influencias cuando se influye para obtener un informe que necesariamente llevará a una resolución favorable.

<sup>260</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2047: “En este sentido, por ejemplo, según la STS de 28 de diciembre de 1995, no puede considerarse resolución un mandamiento de pago que ejecuta lo dispuesto por la resolución previa que aprueba el gasto. Asimismo, la STS de 28 de enero 1994”.

<sup>261</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 213 s; incluye algunos comentarios específicos sobre actos (resoluciones) judiciales. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.)/SANZ HERMIDA/ORTÍZ PRADILLO (Coord.), *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, 2010, 239.

criterios para valorar y determinar la eventual desviación de la resolución judicial, son mucho más exigentes<sup>262</sup>.

#### c.7. Las resoluciones omisivas

Sobre la posibilidad de admitir las resoluciones omisivas en el delito de tráfico de influencias, se ha advertido que la exclusión de estas del delito de prevaricación que en opinión de CUGAT es una idea generalizada en la doctrina y que también es admitida por la jurisprudencia<sup>263</sup>, no son, sin embargo, extrapolables al delito de tráfico de influencias, puesto que en la prevaricación es necesario que la resolución se dicte, en el delito de tráfico de influencias no se encuentra presente este requisito, puesto que el tipo penal se refiere al ejercicio de influencias con el propósito de *conseguir*<sup>264</sup>, lo cual permite entender que lo injusto se agota en el ejercicio de la influencia sin que sea menester que efectivamente se consiga.

En este sentido se admite por algunos la posibilidad de que las influencias se ejerzan con el propósito de provocar la pasividad de la Administración<sup>265</sup>. CUGAT MAURI expresamente señala que estando “ausente en el tráfico de influencias el término <<dictar>> resolución” debe entenderse que desaparece el principal obstáculo para apreciar la resolución omisiva<sup>266</sup>.

#### d. La naturaleza de la resolución: ¿injusta o meramente desviada?

---

<sup>262</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 249, al respecto puntualiza: “Téngase en cuenta que, según el art. 117 de la Constitución, *La justicia (...) se administra (...) por Jueces y Magistrados sometidos únicamente al imperio de la ley*. Concepto éste más estricto de que se parte respecto de la Administración pública, que, según el art. 103, actúa con *sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

<sup>263</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2048, destaca, “las últimas resoluciones del Tribunal Supremo en las que se admite la prevaricación omisiva, STS de 2 de julio de 1997, por lo que se condena al Alcalde que no convoca el Pleno municipal extraordinario para resolver la moción de censura; STS de 16 de abril de 2002, por lo que se condena al Alcalde que no hace efectiva una retribución debida al funcionario; STS de 17 de julio de 2002, por la que se condena a la Alcaldesa por negarse a convocar las comisión de investigación acordada por el Pleno; asimismo, en supuestos análogos, SSTS de 21 de febrero y 12 de marzo de 2003”.

<sup>264</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2047 s.

<sup>265</sup> Así, CUGAT MAURI, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) *PE*, 2016, 420.

<sup>266</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 210.

Se ha planteado el interrogante acerca de si la tipicidad de la conducta depende de que lo pretendido por quien ejerce la influencia consiste en una resolución prevaricadora o si por el contrario, la influencia típica también puede ser aquella orientada a obtener una resolución justa o no desviada. Al respecto, se advierte una opinión que podría considerarse dominante en el sentido de que la resolución no tiene que ser injusta y arbitraria -en el sentido del delito de prevaricación- pero que en todo caso debe ser, eso sí, al menos desviada, con lo cual, quedan por fuera del tipo los actos dirigidos a buscar resoluciones que no comporten un desvío de poder, en últimas, decisiones que podrían ser catalogadas, genéricamente, como justas.

En efecto se advierte un amplio consenso entre los comentaristas del CP en cuanto a que el texto legal no califica la resolución en el sentido de si la misma debe ser justa o injusta, no obstante lo cual, se admite que la resolución debe ser al menos desviada, ello incluso a pesar de que en algunos casos, la influencia dirigida a obtener una resolución justa, le pudiera reportar beneficio económico al sujeto activo de la conducta. En este caso, el elemento beneficio económico estaría presente -como uno de los que conforman los tipos penales de los arts. 428 y 429 CP. No obstante ello, por no provenir tal beneficio de una resolución desviada la conducta no será típica del delito de tráfico de influencias<sup>267</sup>.

Hay quienes afirman que la influencia debe estar orientada a obtener una resolución desviada, que además podría ser injusta, dando lugar con ello a otros delitos como podrían ser el de prevaricación o malversación o eventualmente otros, caso en el cual se podría apreciar, al menos en algunos casos, un concurso medial entre los mencionados delitos y el delito de tráfico de influencias<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> Véase, SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁSQUEZ GONZÁLEZ, *PE*, 2016, 685.

<sup>268</sup> Al respecto véase, ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/RAGUÉS I VALLÉS (coord.), *Lecciones PE* 5ª, 381, p.381; POZUELO PÉREZ, en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Práctico*, 2016, 1681: “Por otro lado, tampoco se exige que se trate de una **resolución injusta**, de serlo, se daría además un delito de prevaricación, o en su caso, de cohecho (TS 5-4-02, EDJ 6946; AP Madrid 29-10-07, EDJ 319977)” (negritas en el original); RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, en: RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.), *Código penal: concordado y comentado*, 5ª, 2015, 2040 s: “No se exige que la resolución que se pretende sea injusta o arbitraria y el tipo básico tampoco exige que se hubiere dictado.”; CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 248, acota al respecto: “Mayores problemas planteaba la decisión acerca de si el comportamiento del órgano sobre el que se pretende influir debía o no ser contrario a derecho. En la línea de exigir su carácter ilícito podrían situarse las opiniones de MUÑOZ CONDE y ORTS y VALEJE, recogidas más arriba, acerca del parentesco de este delito con una suerte de actos preparatorios del cohecho y/o la

En la misma dirección se dice que si la influencia se ejerce con el fin de que el funcionario “atienda a la legalidad o cumpla con un fin público” ello no será una influencia ilícita. Se puntualiza que para que se configure el delito se requiere que la influencia tenga un contenido espurio<sup>269</sup>. GARCÍA ARÁN acota que en principio la resolución pretendida puede ser justa o injusta, pues el texto legal no hace distinción. No obstante, afirma que no tendría sentido, desde la perspectiva del bien jurídico, que sea punible aquella influencia dirigida a obtener resolución justa y en todo caso no desviada. Así las cosas, opina que las conductas prohibidas en los arts. 428 y 429 CP, son aquellas que están dirigidas a obtener resoluciones desviadas<sup>270</sup>.

En una dirección contraria a la doctrina dominante se expresa COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA. Estima que no es preciso que la resolución pretendida sea injusta o arbitraria. Afirma incluso que sería sancionable la conducta de quien influye en relación con una decisión discrecional “para que quien decide lo haga a favor de una de las opciones, en principio tan válida como las demás”<sup>271</sup>. Por su parte, LUZÓN CUESTA, afirma que “la resolución, puede ser objetivamente irreprochable sin que por ello deje de sancionarse la conducta”<sup>272</sup>. Este apunte de LUZÓN CUESTA merece una precisión, en el sentido de que si la

---

prevaricación, en contra de lo cual se manifestaba SUÁREZ MONTES (...) Entendemos que respecto al texto derogado existían algunos argumentos en favor de restringir la tipicidad a aquellos casos en que la actuación pretendida fuera contraria a derecho. El primero de ellos apela al bien jurídico que se ha mantenido aquí: si estamos ante delitos contra el correcto ejercicio de la función pública, éste sólo resulta afectado cuando se pretende una desviación de la misma, con lo que llegamos a una conclusión similar a la mantenida respecto a los arts. 429 y 429. Desde este punto de vista también la interpretación sistemática abonaba la conclusión, ya que si en los artículos anteriores la <<influencia>> se dirigía a obtener una resolución injusta, parece que el ofrecimiento de la influencia que ahora analizamos debía proyectarse también sobre un comportamiento desviado. Precisamente por ello, no resultaba extraño que la irrelevancia de la licitud o ilicitud de la actuación pretendida se mantuviera por quienes parten de un bien jurídico distinto como es el prestigio o el buen nombre de la Administración, puesto que éste podría considerarse afectado por la mera pretensión que resulta influenciante y parcial, aunque no se pretenda de ella una actuación torcida”.

<sup>269</sup> NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), *Nociones PE*, 2015, 467 s, con referencias a la jurisprudencia del TS sobre el mismo asunto.

<sup>270</sup> GARCÍA ARÁN, *Revista Aragonesa de Administración pública*, 11-1997, 366; una opinión muy similar relacionada con la exclusión de las resoluciones justas con fundamento en el bien jurídico la sostiene CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 161 s, de acuerdo con este autor, la resolución no necesariamente tiene que ser injusta, pero si al menos desviada o incorrecta: “En consecuencia, ha de excluirse la imputación objetiva de las resoluciones que fuesen justas, puesto que esta clase de decisiones no supone la realización del riesgo creado por la acción típica, ya que responden a los intereses generales a los que debe orientarse la objetividad de la Administración (art. 103.1 de la CE)”.

<sup>271</sup> COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, en: CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.)/DÍAZ MARTÍNEZ (Coord.), *Código Penal Comentado*, t.II; 3ª, 2012, 1520.

<sup>272</sup> LUZÓN CUESTA, *Compendio PE*, 19ª, 2015, 371.

irreprochabilidad de la resolución se origina en que el Funcionario público fue objeto de influencia y pese a ello se mantuvo imparcial, no hay duda que por las razones ya explicadas se configura el delito de tráfico de influencias. Este es pues, el sentido correcto en el que se debe entender la afirmación de LUZÓN CUESTA. Otra cosa distinta sería que la influencia desde un comienzo se hubiese orientado a obtener una resolución justa y no desviada, pues en tal caso la conducta del influyente sería sin duda, atípica.

Tomando como referencia casos de la jurisprudencia y extendiendo el concepto de resolución incluso a las Leyes, QUERALT JIMÉNEZ también parece adoptar la idea de que la influencia para conseguir resolución “legítima”, también sería delictiva. Al respecto ha señalado: “El objeto-medio que persigue la acción del sujeto activo es la obtención de una **resolución**, que puede ser legítima (S 16-10-2009), caso Privatización Funespaña. De todos modos, la exigencia típica de una resolución constituye una limitación, puesto que, como ya se ha expresado con anterioridad al hablar de la prevaricación administrativa (...), **resolución** comprende la aplicación del Derecho objetivo o la adopción de un reglamento, noción que aquí podría ampliarse hasta la adopción de una Ley, si el presionado fuere un miembro de una de las cámaras legisladoras, o un mero acto de trámite en la gestión de un expediente (retrasarlo, instar la aportación de documentación complementaria)”<sup>273</sup>.

Por su lado, y con una postura que se aleja de la mayoritaria, OLAIZOLA NOGALES se ha mostrado crítica frente a admisión de resoluciones solamente desviadas, y no exige que sean en todo caso, injustas. Basada en la opinión de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, autor que considera que incluirlas de la tipicidad es la única forma de dotar de contenido material a los preceptos de tráfico de influencias<sup>274</sup>. A partir de esta premisa se declara partidaria de un entendimiento del tipo en el sentido indicado y lo sustenta diciendo “creo que tiene razón este autor, sobre todo si se compara el tráfico de influencias con los delitos de cohecho (en los que hemos dicho que no se castiga como cohecho activo los casos en los que se requiere al funcionario para la obtención de un acto justo), y de la prevaricación (art. 404 CP), que se castiga con pena de inhabilitación”<sup>275</sup>. Concluye su planteamiento afirmando que no tiene

---

<sup>273</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2015, 1228.

<sup>274</sup> OLAIZOLA NOGALES, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, 384.

<sup>275</sup> OLAIZOLA NOGALES, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, 384.

sentido que se sancione al Funcionario que dicta la resolución arbitraria con pena de inhabilitación y en cambio se castigue al que influye en un funcionario para conseguir una resolución justa -que ni siquiera es necesario que se dicte con pena de prisión y de inhabilitación<sup>276</sup>.

### e. Toma de postura

#### La resolución

Comparto la tesis mayoritaria de acuerdo con la cual el concepto de resolución como elemento normativo del delito de tráfico de influencias tiene un alcance propio y específico en el Derecho Penal, de acuerdo con la cual se trata de una declaración de voluntad proveniente de un Funcionario público en el ejercicio de su cargo y en relación con un asunto sometido a su consideración y mediante la cual se decide sobre uno o varios aspectos que comprometen derechos de terceros. La resolución puede ser verbal, escrita y también es posible que se incluyan las resoluciones omisivas que son producto del silencio administrativo.

De otra parte también considero en el concepto de resolución deben quedar incluidas las decisiones de órganos de la Administración pública pluripersonales y en atención a ello caben dentro de esta noción los acuerdos emitidos por órganos colegiados aun en aquellos casos en los que para efectos del Derecho Administrativo tales acuerdos no constituyan resoluciones en sentido estricto. Por el contrario, creo que deben excluirse de plano del concepto jurídico penal de resolución los conceptos, informes y dictámenes los cuales por su naturaleza sirven de insumos para que le Funcionario público tome la decisión, pero ellos en sí mismos no deciden de fondo sobre un asunto sometido al conocimiento de la Administración.

La resolución no es un resultado del delito

---

<sup>276</sup> OLAIZOLA NOGALES, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, 384.

No creo que existan argumentos realmente sólidos que permitan admitir a tenor de lo actualmente dispuesto en los arts. 428 y 429 CP que la efectiva producción de la resolución pueda ser considerada un resultado requerido para la consumación del tipo básico. En ese sentido, la expresión utilizada por el legislador “para conseguir una resolución” es a mi modo de ver bastante clara y no permite mayores elucubraciones en cuanto a que la consumación del delito se produce en el momento en el que se ejerce ilícitamente la influencia con el propósito ya indicado sin que se requiera la comprobación de un ulterior resultado. Esta consideración me permite estar de acuerdo con quienes consideran que ello dificulta en la práctica judicial la prueba del delito, pero al mismo tiempo me parece que ese no es un problema, como parece que algunos lo entienden, que en verdad pueda solucionarse con la exigencia de la resolución como resultado del delito. Creo que los problemas en estos casos obedecen más bien a la dinámica propia de los fenómenos de corrupción una de cuyas características es el secretismo y el disimulo que se ve fortalecido por las camarillas que se forman en los entornos de corrupción que tienden a “cuidarse mutuamente las espaldas”, generando enormes dificultades en la identificación de las conductas y sus posibles responsables.

En cuanto a los casos especiales, a los que se hizo referencia más atrás, considero que los actos discrecionales pueden quedar cobijados en el concepto jurídico penal de resolución, en tanto que discrecionalidad no significa que el acto pueda realizarse contrariando la ley o apartándose del interés general. En consecuencia, los actos discrecionales que sean producto de influencias orientadas a provocar un acto que suponga una clara desviación de poder podrían encajar en el tipo penal correspondiente de tráfico de influencias. No así los actos políticos, que si bien pueden estar sujetos a controles jurisdiccionales, deberían quedar por fuera del ámbito del tráfico de influencias para evitar una inconveniente judicialización de la política, al menos en lo que se refiere a un mecanismo de *extrema ratio* como lo es el Derecho penal. En lo atinente a las resoluciones judiciales creo que no caben dudas de que están abarcadas por el concepto de resolución a que se refieren los tipos penales de tráfico de influencias.

De otro lado, creo que también puede sostenerse como lo hace la mayoría de la doctrina en España, que la resolución pretendida no tiene que ser injusta y arbitraria y por

tanto basta que sea desviada. Eso sí, no deben incluirse aquellas resoluciones producto de influencias dirigidas a que el Funcionario realice una actuación que no implique al menos una desviación de la Función pública en la que se pueda comprometer la imparcialidad.

### C. Tipo subjetivo

Los tipos de los arts. 428 y 429 son delitos que solo pueden ser realizados con dolo. Ello obedece por una parte, a que en el CP no está prevista la modalidad imprudente, por la otra, a que la exigencia del modo especial de realizar la conducta que consiste en prevalerse de determinadas circunstancias, hace incompatible este delito con la modalidad imprudente, Pero además, la exigencia de un elemento subjetivo especial distinto del dolo, también lleva a considerar la incompatibilidad con la posibilidad fáctica de realizar el delito en forma imprudente, incluso, con la modalidad de dolo eventual.

#### C.1. El contenido del dolo

El dolo debe abarcar el *conocimiento* de los elementos del tipo objetivo, en este caso, el sujeto debe conocer que se está *prevaliendo* de alguna de las circunstancias descritas en el tipo *-derivadas del cargo o de la relación jerárquica o de relaciones personales-* ; que está influyendo en un *Funcionario público* -o que lo está haciendo a través de otro en el caso de la influencia en cadena-, y que ese funcionario tiene en sus manos la facultad de dictar una *resolución*; además, tiene la *voluntad* de ejercer esa influencia prevalido de cualquiera de las circunstancias mencionadas.

Además, los tipos penales en referencia, llevan incorporado un *elemento subjetivo especial*, distinto del dolo que consiste en la *finalidad* perseguida por el sujeto activo del delito, *de obtener una resolución que pueda reportar un beneficio económico para sí o para un tercero*.

Se ha planteado por algunos que la determinación de la pena de multa deberá tener en cuenta el monto del beneficio perseguido u obtenido, aspecto este que puede implicar algunos problemas no solo probatorios, sino incluso dar lugar a situaciones de desigualdad

precisamente porque pueden existir diferencias entre el beneficio perseguido y el que realmente se llegue a obtener, de manera que se podría presentar la paradójica situación de que tenga una pena de multa más alta un sujeto que pretendía un beneficio económico menor respecto de otro que, habiendo pretendido tener un beneficio mayor, hubiese obtenido uno menor que el pretendido por el primer sujeto.

Una revisión de la doctrina penal sobre el tipo subjetivo permite afirmar que en relación con el mismo no se han planteado especiales problemas, salvo algunos asuntos puntuales como se verá a continuación.

En cuanto al carácter estrictamente doloso de las conductas previstas en los citados artículos, se han pronunciado distintos autores, señalando que el prevalimiento que exige el tipo hace incompatible estos delitos con la modalidad dolosa. Otros piensan que además el verbo rector *influyere* lleva a descartar de plano la posibilidad de que tal conducta se realice de forma imprudente, y otros más, consideran que la exigencia de un elemento subjetivo especial también impide la posibilidad de concebir un tipo en la modalidad imprudente<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> Así expresamente, CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 233 s: “El delito de tráfico de influencias sólo se ha previsto la forma dolosa por el requisito de la influencia con prevalimiento, además del móvil de lucro, que se desprende de la exigencia de la persecución del beneficio. La interpretación de este elemento típico no había planteado duda alguna a la doctrina, que unánimemente había afirmado este carácter, que además queda corroborado en el nuevo código penal, que no se prevé, acertadamente, la modalidad imprudente Y por lo tanto no es punible, art.12 NCP; Doc. 57, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 173: “Los tipos estudiados requieren dolo (no se prevé la comisión imprudente, y además, en cualquier caso parece difícil compatibilizarla con las exigencias de ejercicio de influencia y prevalimiento -así, en la jurisprudencia, la SAB 28-7-1995- y la pretensión de consecución de beneficio económico)”. (Ibid., en *Huarte San Juan*); MUÑOZ CONDE, *PE*, 21<sup>a</sup>, 2017, 882.: “El delito requiere dolo (ya que la imprudencia es incompatible con las expresiones “<<influir>>” y “<<prevalimiento>>” y el ánimo de conseguir del funcionario o autoridad una resolución que le pueda generar directa o indirectamente “<<beneficio económico>>”, para sí o para un tercero.”; en sentido muy similar ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, t. III, 2016, 203 afirma que estos delitos están “cargados de intencionalidad”; MORILLAS CUEVA, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), *PE*, 2<sup>a</sup>, 2005, 909, puntualiza que se trata de conductas intrínsecamente dolosas: “La exigencia de la utilización del prevalimiento para condicionar la voluntad del otro funcionario con el ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, excluye cualquier otra posibilidad que no sea la del dolo directo.”; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.) /SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO (Coord.), *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, 2010, 238, apoyado en sentencia del TS, sostiene: “<<siendo un delito eminentemente doloso, no solamente porque el legislador no ha tipificado expresamente la conducta culposa, sino porque la misma estructura del delito -influir prevaliéndose- así lo reclama.”>> (STS 2<sup>a</sup> 5.4.0 RJ 2002/4267.”); RODRÍGUEZ MORO, “Análisis normativo y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias” en: PUENTE DE ABA, Luz María (Dir.)/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.) *Corrupción y fraudes a consumidores. Perspectivas y casos actuales*, 2016, 178, señala que las finalidades exigidas por el tipo solo son compatibles con el dolo directo y acota: “de ser otros los fines inspiradores de las conductas, aún a pesar de la existencia del prevalimiento e influjo, la conducta devendrá atípica o constitutiva de otro delito...”; MESTRE DELGADO,

En cuanto a la posibilidad de que el delito admita dolo eventual, algunos niegan expresamente esta opción, y otros, aun cuando no lo expresan, implícitamente dejan ver que se trata de una alternativa que debe ser descartada, conclusión esta última a la que se puede llegar al analizar los planteamientos reseñados en la nota de pie de página inmediatamente anterior<sup>278</sup>. Hay quien sin embargo, y de manera por lo visto completamente insular, contempla como viable la admisibilidad de realización de la conducta típica en la modalidad de dolo eventual<sup>279</sup>.

---

Esteban, en: LAMARCA PÉREZ, (Coord.) *Delitos. PE*, 3ª, 2018, 877: “Los delitos de tráfico de influencias se sancionan sólo en la modalidad dolosa siendo imposible la punición de la forma imprudente por la inexistencia de un tipo específico que así lo prevea, conforme a la exigencia del art. 12 del Código. Además, los tipos de los arts. 428 y 429 contienen expresas referencias a las finalidades específicas que se persiguen con la realización de la conducta típica, lo que excluye también la comisión del delito con dolo eventual”; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, t.II, 2005, 497: “dicha finalidad constituye un elemento subjetivo del tipo, que solo puede cometerse por dolo directo”; CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 163: “La estructura de este delito solo admite la forma dolosa. La conducta de <<“influir prevaleándose”>> y el elemento subjetivo del tipo, que consiste en la finalidad de conseguir una resolución beneficiosa, no permite otra interpretación”; SÁNCHEZ MELGAR, en SÁNCHEZ MELGAR (Coord.), *Código penal: comentarios y jurisprudencia*, 4ª, 2016, 2961: “Nos encontramos ante un delito doloso, (...) porque la misma estructura del delito -influir prevaleándose- así lo reclama”; VÁZQUEZ IRUZUBIETA *Código penal comentado*, 2015, 659, lo califica como un *dolo especial* “que lo expresa la ley así: *para conseguir una resolución...*”; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en: SUÁREZ LÓPEZ/BARQUÍN SANZ/BENÍTEZ ORTÚZAR/JIMÉNEZ DÍAZ/SAINZ CANTERO CAPARROS (Dir.), *LH-Morillas Cueva*, 2018, 1055: “La orientación de la conducta a la consecución de una resolución en beneficio propio o ajeno constituye un elemento subjetivo del injusto que conlleva que la figura requiera dolo directo y en la modalidad básica -configurada como un delito de resultado cortado- determina la consumación cuando se ha producido la influencia típica.; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, en ROMA VALDÉS (Dir.), *Código penal comentado*, 2015, 684: “Solo admite la forma dolosa (STS 480/2004, de 7 de abril)”; SERRANO TÁRRAGA, en: LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS (Coords.), *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, 2015, 280: “El tipo subjetivo está integrado, además de por el dolo, por un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo: la finalidad de conseguir una resolución, que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para el sujeto activo o para un tercero”.

<sup>278</sup> Negando expresamente la admisión del dolo eventual se pronuncian: MORILLAS CUEVA, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), *PE*, 2ª, 2005, 909; ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, t.III, 2016, CUGAT MAURI, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSHEL (Coords.), *PE*, 2013, 457 s; MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código Penal*, 2016, 1359; la misma, con más amplitud, CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 233 ss, manifiesta, entre otras cosas, que “la indamisibilidad de la imprudencia, además derivarse de la propia estructura de la conducta, se fundamenta en una opción legislativa de más amplio calado, cuál es la de restar relevancia penal a las conductas imprudentes contra la administración pública, Dejando su persecución a la esfera administrativa”.

<sup>279</sup> Así, CARTOLANO en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 163: “La figura admite el dolo eventual, que tendrá lugar cuando el sujeto consienta que su actitud puede estar influyendo sobre un funcionario en orden a la obtención de una resolución beneficiosa. Para el examen de este supuesto resultan de gran ayuda las fórmulas de “tomar en serio” o “contar con” la posibilidad del resultado, para determinar la conciencia de la peligrosidad

En lo que respecta al contenido del dolo una revisión de la doctrina permite advertir algunas particularidades. Así por ejemplo, según CUGAT MAURI el conocimiento y voluntad con las que actúa el sujeto deben abarcar la influencia, el prevalimiento, la resolución y el contenido económico de misma<sup>280</sup>. Sin embargo, esta misma autora parece haber aclarado su punto de vista en cuanto a que el contenido económico de la resolución ya no debe estar abarcado por el dolo. Esta variación de su postura, que considero correcta, se infiere del siguiente planteamiento: “La conducta debe dirigirse a la obtención de una resolución, así como del lucro que ella se deriva. Puesto que para la consumación del tipo básico no se requiere su consecución, nos encontramos ante un elemento subjetivo del injusto. Actualmente puede considerarse zanjada la polémica acerca de si el beneficio económico forma parte del resultado constituye una condición objetiva de punibilidad”<sup>281</sup>.

En apoyo a su punto de vista CUGAT MAURI, explica: “A diferencia del Código anterior en el que la pena de multa debía calcularse necesariamente sobre el *importe del beneficio obtenido*, en la actualidad ésta puede calcularse tanto partir del *beneficio perseguido u obtenido*. Por consiguiente, la obtención del beneficio no puede considerarse ya una condición objetiva de la que dependa la punibilidad de la conducta, sino tan sólo la nota que distingue el tipo cualificado del básico”<sup>282</sup>.

La presencia de una finalidad distinta a la de obtener una resolución de la cual se derive el beneficio económico y en todo caso la ausencia de la que específicamente prevé el tipo, obviamente impide el encaje de la conducta en el tipo penal correspondiente<sup>283</sup>.

---

de la acción; así como la fórmula “conformarse con” dicha posibilidad, para determinar la voluntad de realizar el hecho.”

<sup>280</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 234.

<sup>281</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2045.

<sup>282</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 2045 (cursivas en el original). la misma en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSHEL (Coords.), *PE*, 2013, 457 s: “La obtención de uno y otro elemento se considera mayoritariamente, resultado del tipo cualificado, aunque algún autor, a la luz de la regulación anterior, había calificado la obtención del lucro como condición objetiva de punibilidad, en la medida en que sin él no podía imponerse la multa”.

<sup>283</sup> En sentido similar, PÉREZ MACHÍO, en: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios CP*, t.V., 2015, 327, “Por lo que respecta a los elementos subjetivos del injusto, junto al dolo, que debe abarcar el conocimiento por el autor de uso del prevalimiento para la consecución de una resolución que le favorece y la voluntad de ejercer tal predominio; ORTS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ en: VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios PE*, 1996, 1846: “El dolo aquí abarca el conocimiento por el autor del uso del prevalimiento para la consecución de la resolución que le favorece y la voluntad de ejercer tal predominio”.

Cabe destacar la opinión de MORILLAS CUEVA, para quien el dolo requiere el conocimiento por el autor del uso del prevalimiento y la voluntad de ejercer tal predominio, que dado el carácter intencional del delito, en su opinión, resultan obvios. Añade que le parece difícil “imaginar un supuesto en el que el funcionario sin querer influir en otro funcionario, utilice el poder que le confiere su situación y consiga, como consecuencia de ello un beneficio”<sup>284</sup>. Concluye afirmando que “(...) difícil no es que influya sin desearlo expresamente, que se puede dar y de hecho se da con cierta frecuencia, sino que se prevalga de su situación, sin querer hacerlo, para obtener una determinada resolución”<sup>285</sup>.

Se ha dicho, con razón, que la presencia del mencionado elemento subjetivo especial en el injusto -estos es, la finalidad de obtener un beneficio económico- “presupone presencia del dolo, pero va más allá del alcance objetivo del mismo” por ello puede decirse que se trata de un delito de resultado cortado<sup>286</sup>.

## C.2. La prueba del dolo

CUGAT MAURI, ha puesto de manifiesto un aspecto puntual, pero importante, respecto de la cual, sin embargo, el resto de la doctrina no se ha ocupado en relación con el contenido de la resolución y con el monto del beneficio económico. Al respecto ha señalado que al no depender por entero de la voluntad de quien influye, la una y el otro, pueden tener una entidad distinta de la querida, por lo cual, se hace necesario establecer los criterios que permitan imputar objetiva y subjetivamente la resolución y el beneficio a la conducta del autor. Sobre ello explica que la resolución podría ser distinta de la que se representaba y quería el sujeto activo de delito. Al respecto se ha planteado que “aun tratándose de una resolución distinta de la que se proyectaba se podrá considerar abarcada por el dolo, en la medida en que el elemento subjetivo cumpla con los criterios de imputación subjetiva, es decir, se conozca y

---

<sup>284</sup> MORILLAS CUEVA, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), *PE*, 2ª, 2005, p. 909.

<sup>285</sup> MORILLAS CUEVA, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), *PE*, 2ª, 2005, p. 909.

<sup>286</sup> Así, POLAINO NAVARRETE, en: POLAINO NAVARRETE (Dir.), *Lecciones PE*, 2011, 338; *tb*, se explicado que es un delito de resultado cortado SERRANO TÁRRAGA, en: LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS (Coords.), *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, 2015, 280.

quiera realizar una acción idónea para la consecución de una resolución; se conozca quiera realizar esta acción que incrementa el riesgo de producción del resultado”<sup>287</sup>.

En ese orden de ideas, se concluye que el sujeto activo del delito “conocía y quería obtener una resolución desviada a través de la influencia, la que se obtenga estará marcada por el dolo en lo esencial, aunque no se corresponda exactamente con los detalles de la que se imaginaba”<sup>288</sup>. Considero que es acertada la posición a la que se acaba de hacer referencia y a ello volveré en la toma de postura.

De otro lado, en relación con el monto del beneficio económico se ha planteado la discusión sobre el tratamiento que debe darse a los supuestos en los que el beneficio obtenido sea uno distinto mayor o menor al que el sujeto pretendía<sup>289</sup>. Al respecto CUGAT MAURI ha recordado que la jurisprudencia ha admitido en algún caso referido a un delito patrimonial que el beneficio obtenido podría exceder lo abarcado por el dolo si se llegaba a demostrar, por ejemplo, la devolución del monto que excedía lo pretendido por el sujeto<sup>290</sup>.

Teniendo en cuenta que en este caso la pena de multa se impone en función del beneficio perseguido u obtenido, creo que el problema cobra relevancia solo en los casos en los que el beneficio es mayor al perseguido u obtenido, siempre y cuando se pueda acreditar que dicho beneficio adicional no lo quería el sujeto, incluso, no era previsible para él que se pudiera incrementar, caso en el cual la solución debería ser el cálculo de la pena de multa con base en el beneficio perseguido y no en el que efectivamente hubiere obtenido el sujeto.

### C.3. Toma de postura

Comparto la idea ampliamente acogida por la doctrina en el sentido de que los delitos de tráfico de influencias (art. 429 y 429CP) solo admiten la modalidad dolosa y específicamente, el dolo directo. Dos tipos de razones, de naturaleza diversa fundamentan esta opinión. La primera, referida al fundamento político criminal por el que el legislador se

---

<sup>287</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 233.

<sup>288</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 233.

<sup>289</sup> En su momento CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 233, planteó esta discusión, sobre la base de que el beneficio económico era un resultado del delito que debía estar abarcado por el dolo.

<sup>290</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 233 ss.

ha abstenido de consagrar una modalidad imprudente en estos casos. En efecto, siendo el derecho penal un mecanismo de control social de *extrema ratio* y existiendo en el ámbito del Derecho administrativo sancionatorio, herramientas suficientes y en muchos casos bastante eficaces y persuasivas para disciplinar la conducta de los Funcionarios públicos, es aconsejable que solo comportamientos de extrema gravedad y que supongan un ataque intolerable para el bien jurídico, en este caso la imparcialidad, deben quedar cobijados por el derecho penal y en lo que se refiere a los particulares que desde afuera interfieran en el correcto funcionamiento de la administración, la sanción penal deberá quedar reservada, con mayor razón a los ataques más directos y graves al bien jurídico. Ello debido a que los particulares no tienen, por regla general, como si ocurre con los funcionarios, un especial deber de protección de bien jurídico.

Por otro lado, y este es ya una razón asociada a la estructura de los tipos penales previstos en los arts. 428 y 429 CP, también comparto la idea de que la exigencia de un modo comisivo el delito como lo es el prevalimiento, conduce a que la posibilidad de realizar el delito en forma imprudente deba considerarse inadmisibles, pues realmente no cabe imaginar un supuesto en el que el sujeto se prevalga de su posición de superioridad y que ello se pueda atribuir a un comportamiento descuidado o negligente.

No obstante, no estoy de acuerdo con quienes consideran que el verbo *influyere*, que es en la forma como aparece conjugado en el tipo, no pueda realizarse en forma imprudente. Pienso que es posible concebir supuestos en los que un sujeto -particular o Funcionario público- sin pretender directamente incidir en el proceso motivador del Funcionario público, realice comportamientos que hagan pensar a este último que se le está insinuando o sugiriendo que debe decidir en una forma o en tora, cuando en realidad se trata más bien de la conducta poco discreta, imprudente, ligera del primero, que genera una equivocada percepción en el receptor de su comportamiento.

Por último, la finalidad de obtener beneficio económico derivado de la resolución en la que se quiere incidir, como elemento subjetivo el injusto, resulta a mi modo de ver también incompatible con la posibilidad de la realización imprudente.

Ahora, la estructura del tipo, por razones similares a las explicadas para la imprudencia, hacen difícil también, como lo reconoce ampliamente la doctrina, admitir el dolo eventual en los tipos de los arts. 428 y 429 CP, en especial el elemento prevalimiento el cual, como se ha dicho, requiere una voluntad inequívoca de obtener provecho de la posición de predominio en la que se encuentra el sujeto.

En relación con ser el contenido del dolo creo que es necesario una primera distinción. El dolo, entendido como el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo puede separarse de aquellos elementos subjetivos especiales que si bien hacen parte tipo subjetivo del injusto, pueden diferenciarse de aquel.

A partir de la premisa anterior, desde mi punto de vista considero que el contenido del dolo en los delitos de tráfico de influencias de los art. 428 y 429 CP, se agota en el conocimiento de los siguientes elementos: i) de la calidad de *Funcionario público* del sujeto sobre el que se influye, ii) de que se está *influyendo* sobre ese funcionario de manera directa o a través de otro funcionario; iii) de que se está realizando esa influencia *prevaliéndose* del cargo, la relación jerárquica o la relación personal, iv) del carácter de *resolución* del acto sobre el que pretende influir, y además, debe actuar con la *voluntad* dirigida a que se realicen los elementos del tipo sobre los cuales tiene conocimiento<sup>291</sup>.

Dicho lo anterior, es claro también que se trata de un delito en el que el tipo subjetivo además del dolo en el sentido ya delimitado, requiere de un elemento subjetivo especial consistente en que el sujeto actúe con el propósito de obtener *beneficio económico, para sí o para un tercero*, derivado de la resolución, propósito cuya incorporación al tipo penal ha sido objeto de razonables críticas en sentido de que su inclusión en el tipo está justificada desde la perspectiva del bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro no depende en realidad de la motivación especial con la que el sujeto actúe. Es fácil imaginar supuestos en los que un sujeto actúe con prevalimiento en procura de una resolución desviada pero no con un móvil económico, si no otro distinto, por ejemplo, un móvil político como forma de desprestigiar al adversario. Curiosamente en ese caso la conducta no sería típica de tráfico de influencias.

---

<sup>291</sup> Respecto elemento cognoscitivo del dolo, por todos, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 16/36-39, explica que el sujeto debe conocer “los presupuestos materiales de la prohibición penal, <<la materia de la prohibición>>”.

Sin embargo, creo que es evidente que en ese caso la afectación de la imparcialidad no ofrece duda.

En cuanto a la naturaleza del beneficio *económico* debe entenderse que es aquel que pueda ser susceptible de valoración en dinero. Lo que se debe entender por beneficio puede decirse que es bastante amplio cabría tanto la obtención de un lucro económico que se añade al patrimonio acrecentándolo, pero también el lucro que entendido como la no disminución del patrimonio (por ejemplo la reducción del monto de un impuesto o su exoneración total) caso en el cual si bien no hay incremento en el patrimonio tampoco se produce la disminución que sería esperable sin desviación de la Función Pública

Para terminar, en lo relacionado la posibilidad de que la resolución no coincida exactamente con la pretendida por el sujeto, como ya lo he expresado, me parece es acertado admitir que si el sujeto realiza una acción idónea dirigida a que se produzca una resolución, que sabe perfectamente lo que es, no importa para efectos del dolo, que la que se dicte no coincida con la que el imaginaba o pretendía, siempre que se pueda establecer que la resolución dictada se corresponde con el asunto concreto sobre el que el sujeto pretendía influir y que quien la dictó.

Y en lo que respecta al problema que se advierte en los casos en los que el beneficio obtenido excede del querido por el sujeto, desde mi punto de vista, creo que debe tenerse como criterio el *beneficio perseguido* pues es la única manera de evitar situaciones desiguales, Sí por ejemplo, dos sujetos realizan por separado el delito de tráfico de influencias del art. 428 CP y cada uno busca un beneficio económico idéntico en su cuantía, podría ocurrir que en un caso el beneficio realmente obtenido supere el pretendido por el autor y en el otro, el beneficio obtenido sea el esperado o inferior al perseguido.

Pues bien, si el criterio que se utilizara fuese el beneficio obtenido, sin detenerse a analizar si ese beneficio adicional estaba incorporado en el móvil del autor, llegaríamos por esta vía a la admisión de lo sería un delito cualificado por el resultado. Admitir esta posibilidad en el caso del ejemplo que venimos analizando, implicaría que los dos sujetos, cuyo móvil económico era el mismo en términos cuantitativos, resulten castigados de manera diferenciada, con base en una circunstancia que puede ser perfectamente producto del azar,

esto es, que uno de ellos obtuvo un mayor beneficio del que pretendía. Para evitar esa inconveniente consecuencia, que a mi modo de ver implicaría una violación el principio de igualdad el criterio que se debe tomar como punto de referencia para la determinación de la pena de multa, deberá ser el beneficio pretendido.

## 2. Tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 CP y concurso de leyes y concurso de delitos

### A. Aspectos teóricos generales sobre concurso de leyes y concurso de delitos

En relación con el delito de tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 CP y otros delitos, entre ellos los de prevaricación, cohecho, negociaciones prohibidas de funcionarios públicos, malversación, entre otros, se presentan situaciones que dan lugar a un concurso de leyes o bien a concurso de delitos. De los diversos supuestos los que más han ocupado la atención de la doctrina son los relacionados con la posible concurrencia, en relación con un mismo supuesto de hecho<sup>292</sup> de un delito de tráfico de influencias (art. 428 o 429 CP, según que el sujeto activo sea un funcionario público o un particular) y el delito de prevaricación o de aquel y el de cohecho, o incluso, en algunos supuestos, en los eventos en los que se configuran las tres modalidades delictivas respecto de ese mismo supuesto de hecho.

Importa señalar que me ocuparé solo de aquellos que por su importancia son precisamente los más analizados por la doctrina, esto es, los que vinculan los delitos de tráfico de influencias, prevaricación y cohecho, sin perjuicio de algunas referencias marginales al concurso -de leyes o delitos con respecto a otras figuras delictivas-. Así mismo, antes de abordar los problemas indicados es importante hacer unas breves precisiones de carácter conceptual sobre el asunto del concurso de leyes y del concurso de delitos y su regulación en el CP de 1995.

---

<sup>292</sup> La expresión supuesto de hecho se emplea en un sentido amplio para indicar la existencia de una o varias conductas en las que interviene al menos dos sujetos, uno en calidad de sujeto activo y el otro en calidad de sujeto pasivo de las respectivas conductas punibles que en relación con ese acontecer fáctico.

## A.1. El concurso de leyes<sup>293</sup>

Se utiliza en forma mayoritaria esta expresión para referirse a aquellos casos en los que un supuesto de hecho parece estar abarcado distintos tipos penales de los cuales solo uno de ellos es aplicable al caso concreto<sup>294</sup>. Lo que caracteriza el concurso de leyes y al mismo tiempo, lo diferencia del concurso de delitos, es que el precepto en el cual se subsume la conducta y es el que en últimas se aplica, recoge en su totalidad el desvalor de la conducta realizada por el sujeto<sup>295</sup>. Para establecer el tipo aplicable se acude a los principios interpretativos<sup>296</sup> de especialidad, subsidiariedad consunción y alternatividad, los cuales sirven como pautas o criterios hermenéuticos para establecer la conexión existente entre los tipos que concurren y decidir, por tanto, cual es la calificación jurídica, o más precisamente, la adecuación típica que se corresponde supuesto de hecho analizado.

De acuerdo con el principio de especialidad, la ley especial prevalece sobre la general. Lo característico en estos casos es que hay un tipo que contiene una mayor riqueza descriptiva y en consecuencia abarca los elementos de otro u otros tipos que concurren en el caso concreto. En palabras de SANZ MORAN: “Basta con la confrontación abstracta de los tipos

---

<sup>293</sup> Sobre el tratamiento que la doctrina suele dar a este tema, en el sentido de vincularlo con el concurso de delitos me parece importante destacar que comparto la idea de que el llamado concurso de leyes es un problema que atañe a la interpretación y aplicación de la ley penal. En este sentido comparto la opinión de SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 119 quien sobre este particular explica: “...pese a que la doctrina alemana y gran parte de la italiana tratan éstas hipótesis a propósito del concurso de delitos, dada la semejanza estructural entre ambos fenómenos, el problema que ahora nos ocupa pertenece, sin embargo, *sistemáticamente*, a la *teoría de la interpretación y aplicación de la ley penal* y sólo indirectamente tiene algo que ver con el concurso de delitos, en cuanto a que previa afirmación del carácter simplemente aparente de la concurrencia y, en consecuencia, la suficiencia de uno de los tipos para la regulación del supuesto de hecho correspondiente...” Añade que existe una <<confusión babilónica>> en torno al concurso de leyes, comentando por que se discute la terminología, “prefiriéndose en Italia y España la expresión <<concurso aparente de normas o leyes penales>>, mientras que en Alemania prevalece el término <<unidad de ley>> (p.119-120).

<sup>294</sup> Así lo señala expresamente SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 119: “es la interpretación entre los tipos formalmente concurrentes la que lleva como resultado a la aceptación de una unidad delictiva”. Más adelante a explica el mismo autor: “Como final de tal proceso interpretativo se concluirá la aplicación de uno solo de los tipos que formalmente vienen en consideración, pudiendo hablarse así de tipo <<prevalente>> y tipo o tipos <<preteridos>>. Basta con tomar en consideración de aquel para colmar el contenido desvalorativo del supuesto concreto, por lo cual, la aplicación, junto a este tipo prioritario, de algún otro de los formal y aparentemente concurrentes, violaría la prohibición de la doble punición, incurriéndose así en <<bis in ídem>>”.

<sup>295</sup> En el sentido expuesto lo explica ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, 2002, 65.

<sup>296</sup> Según expresión utilizada por SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 122.

concurrentes para dilucidar la existencia de una relación de género a especie entre ellos, pues el principio de especialidad se corresponde con la categoría lógica de la inclusión o subordinación, de forma que, en nuestro caso, uno de los tipos contiene en sí todos los elementos o características del otro y, además, algún elemento o característica adicional, que opera en sentido especializante”<sup>297</sup>.

El principio de especialidad que goza de aceptación unánime en la doctrina como herramienta de interpretación en los supuestos de concurso de leyes o de normas<sup>298</sup>, aparece recogido en el art. 8.1 CP en la siguiente forma: “El precepto especial se aplicará con preferencia al general”

Al igual que en el caso anterior, el principio interpretativo de subsidiariedad da cuenta de la relación entre tipos según la cual concurren -al menos- un tipo principal y uno subsidiario, a este último también se le conoce como “tipo de recogida”, y solo entra en juego cuando resulte inaplicable el tipo principal<sup>299</sup>.

La subsidiariedad puede ser expresa o tácita. En la primera es la propia ley la que indica cual es el tipo principal o prevalente para lo cual remite expresamente a un tipo concreto o utiliza expresiones tales como “<<si el hecho no constituye un delito más grave>>” o similares<sup>300</sup>. En la subsidiariedad tácita la relación existente entre los tipos es resultado de una interpretación teleológica y no exclusivamente lógica, como ocurre, según SANZ MORAN, en el principio de especialidad, y que por regla general se corresponde con eventos de pluralidad de acción<sup>301</sup>.

El autor en cita destaca entre las hipótesis más importantes de subsidiariedad las siguientes: las modalidades imperfectas de realización del delito las cuales son subsidiarias respecto a la consumación, las formas de participación en relación con las de la autoría en

---

<sup>297</sup> SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 122.

<sup>298</sup> SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 122.

<sup>299</sup> Así, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 123, quien explica que al principio de subsidiariedad subyace una relación lógica de interferencia, con lo cual se quiere indicar que las figuras delictivas se comportan como círculos secantes.

<sup>300</sup> SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 123; ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, 2002, 172 ss.

<sup>301</sup> SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 124.

sentido estricto<sup>302</sup>, delito de peligro concreto frente al de lesión. Cita además como fenómeno paralelo a los anteriores, el llamado <<hecho anterior impune (o copenado)>>, y menciona como ejemplo la falsificación de expediente de matrimonio previa la comisión del delito de bigamia<sup>303</sup>.

Tanto la subsidiariedad expresa como la tácita aparecen consagradas en el art. 8.2 CP, a cuyo tenor se lee: “El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.”

El relación con otro de los principios enunciados, esto es, el principio de consunción, se ha dicho que refiere a aquellas hipótesis en las que atendiendo al modo concreto como se ha desarrollado el suceso típico y con fundamento en criterios valorativos, se puede concluir, frente a la concurrencia de tipos, que el desvalor captado por uno de ellos aparece incluido en el desvalor tenido en cuenta por el otro.

Como forma de diferenciarlo del principio de especialidad se puede decir que el principio de consunción atiende más a la forma concreta en que se ha desarrollado el hecho típico, de tal manera que se puede llegar a la conclusión de que uno de los preceptos es suficiente para valorarlo en forma exhaustiva y completa, mientras que en el de especialidad, la escogencia del precepto aplicable obedece más a una comparación que se hace *ex ante* y

---

<sup>302</sup> Sobre el concepto de autoría véase, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 1991 y sobre autoría y participación DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, 10-2008, 13-61.

<sup>303</sup> SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 124; ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, 2002, 175 s, identifica también distintos supuestos de subsidiariedad, advirtiendo que algunos autores no están de acuerdo con esta clasificación: “a) *Subsidiariedad de fases delictivas anteriores frente a otras posteriores*. En este grupo se incluyen los distintos niveles o estadios de realización del delito (actos preparatorios-tentativa-consumación) (...) b) *Subsidiariedad de los delitos de peligro frente a los de lesión* (...) La subsidiariedad del delito de peligro frente al de lesión presupone que el peligro es sólo un estadio previo a la lesión, pero no la sobrepasa. En cambio cuando se trata de un delito de peligro abstracto no se admite la relación de subsidiariedad respecto al delito de lesión, al entender que estos delitos afectan a bienes jurídicos de la generalidad y, por tanto, tienen un significado propio (...) c) *La relación entre las distintas formas de participación* (...) Se entiende aquí que las formas de participación menos graves quedan desplazadas frente a las más graves: inducción, cooperación necesaria y complicidad son subsidiarias respecto a la autoría y, así mismo, la complicidad es subsidiaria respecto a la cooperación necesaria y la inducción. (...) d) *Otros supuestos*. Por último, se considera subsidiario el delito imprudente frente al delito doloso: el delito de omisión con respecto a la acción y el delito de omisión propio en relación con el delito impropio de omisión”.

que permite concluir que uno de los preceptos recoge los elementos del que resulta desplazado<sup>304</sup>.

Explica SANZ MORAN que el principio de consunción tiene operatividad en casos de unidad o pluralidad de acción. En los de unidad de acción, afirma, su aplicación trae como consecuencia que ciertos hechos o circunstancias se consideren como “hecho acompañante típico” y cita como ejemplo el de los daños causados en el traje de la víctima en algunos casos de homicidio. Y en los eventos de pluralidad de acción, la aplicación del principio de consunción da lugar a que se consideren incluidos en el mismo y único tipo, ciertos actos que normalmente se cometen con posterioridad a un hecho delictivo “para llevarlo a completo término, utilizarlo o protegerse de la persecución, siempre que de esta forma no se incremente el daño causado por el hecho precedente”<sup>305</sup>.

El principio de consunción aparece recogido en el art. 8.3 CP en los siguientes términos: “El precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel”.

Refiriéndose al art. 8.3 CP, ESCUCHURI AISA pone de presente que MIR PUIG se ha pronunciado con respecto a esta redacción, advirtiendo que el precepto no puede entenderse en forma literal “–ya que parece sugerir que la ley más general desplaza a la especial (lo que sería contradictorio con la regla primera del artículo 8) o que el precepto <<más amplio>> se está refiriendo al que suponga un desvalor más completo del hecho y precepto <<más complejo>> será el que suela ir acompañado de la realización de otros sin que exista una vinculación lógica entre ellos”<sup>306</sup>.

Por último, respecto al principio de alternatividad, puede decirse que aunque se discute bastante su utilidad y ámbito de aplicación, lo cierto es que aparece hoy consagrado en el art. 8.4 CP, estableciendo que en caso de que no sean aplicables los principios de

---

<sup>304</sup> Al respecto ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, 2002, 180 s, hace notar que la doctrina que admite el principio de consunción como uno distinto del de especialidad, considera que las diferencias entre uno y otro deben buscarse teniendo en cuenta la forma concreta como se ha producido el hecho.

<sup>305</sup> SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 125 s.

<sup>306</sup> ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, 2002, 180

especialidad, subsidiariedad o consunción, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor<sup>307</sup>.

En la base de la regulación legal que se acaba de citar, subyace la idea de que la relación de alternatividad se presenta en los supuestos en los que el legislador ha previsto el mismo delito en dos tipos distintos<sup>308</sup> y que ello puede obedecer, quizás, a las razones que en su momento se expusieron en la doctrina alemana citada por SANZ MORAN. Señala este autor que según lo expuesto por BINDING, existe una relación de alternatividad en aquellos eventos en los que «una misma relación antijurídica es vista por el legislador desde diversas perspectivas criminales y tipificada por diversos preceptos». Sostiene que en sentido análogo, la anterior opinión se correspondería con la expresada por HONIG, para quien dicha relación de alternatividad se presenta «entre aquellos preceptos jurídicos que se comportan, en relación a la protección del mismo bien jurídico, como medios diferentes para la consecución del mismo fin».

En conclusión, y de conformidad con lo expuesto hasta este punto, es claro que en la legislación española se han consagrado expresamente como criterios interpretativos para resolver los supuestos de concurrencia de leyes o de normas los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y especialidad, y que más allá de las discusiones sobre su aplicación a los casos concretos, todos ellos conducen al mismo resultado, esto es, la aplicación de una sola de las normas concurrentes. Teniendo en cuenta esta idea básica y considerando en todo caso los criterios arriba explicados para caracterizar y diferenciar aquellos principios interpretativos, se abordará en este trabajo el análisis de los problemas concursales del tráfico de influencias, lo cual presupone también hacer algunas precisiones y anotaciones sobre el concurso de delitos tal como se anunció al comienzo de este apartado.

---

<sup>307</sup> Así, ESCUCHURI AISA, Estrella, *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, 2002, 189.

<sup>308</sup> Lo que según algunos es producto de errores o imprevisiones del legislador y por ello es por lo que se critica su validez como criterio interpretativo, especialmente crítico SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 127.

## A.2. El concurso de delitos: ideal o real

Cuando una o varias personas realizan una o varias acciones que implican la realización de dos o más delitos estamos en presencia de lo que se denomina concurso de delitos<sup>309</sup>, el cual como se verá luego, puede ser ideal o real y en ambos casos, también, homogéneo o heterogéneo. Lo que caracteriza el concurso de delitos es que los mismos pueden ser imputados a un mismo autor<sup>310</sup>, por supuesto y por lo dicho hace un momento, ello no obsta para que es múltiple imputación recaiga también sobre un número plural de personas<sup>311</sup>.

La idea de unidad o pluralidad de acción cobra relevancia en lo atinente al concurso de delitos, debido a que la diferencia entre concurso ideal y concurso real depende de que se esté en presencia de una o de varias acciones. Si es lo primero, será un concurso ideal y si es lo segundo, un concurso real, que a su vez puede ser homogéneo si se infringe la misma disposición penal o heterogéneo si se infringen distintas -heterogéneas- disposiciones de la ley penal, o lo que es lo mismo, si lesiona o pone en peligro varias veces el mismo bien jurídico -concurso homogéneo o diversos bienes jurídicos -concurso heterogéneo-<sup>312</sup>.

---

<sup>309</sup> Así, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 2015, 465.

<sup>310</sup> SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 142.

<sup>311</sup> Cabe reiterar lo dicho más atrás en cuanto a que la diferencia entre el concurso de delitos y el concurso de leyes es que en el primero son aplicables, pasibles de ser imputados a un sujeto determinado, todos los delitos concurrentes, mientras que en el concurso de leyes tal concurrencia delictiva resulta a la hora de la verdad, aparente, porque luego de aplicados los principios hermenéuticos analizados más arriba, se deduce que solo uno de los delitos resulta aplicable. Ello sin perjuicio, como lo anotan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN de las limitaciones respecto a la pena total aplicable establecidas en la legislación penal.

<sup>312</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 2015, 466, refiriéndose al problema relativo a la distinción entre unidad/pluralidad de acción, sostienen: “De entrada, hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y entre acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales (por ej. agresión sexual intimidatoria, robo con fractura exterior) o dar ocasión a que se produzcan varios resultados (hacer explosionar una bomba causando la muerte de varias personas). Son, pues, otros los factores que contribuyen a fijar el concepto de unidad de acción. El primero de ellos es el factor final, es decir, la voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados (en el asesinato, la voluntad de matar unifica y da sentido a una serie de actos, como comprar y cargar la pistola, acechar a la víctima, apuntar y disparar; o, en el hurto, la voluntad de apropiarse de la cosa unifica y da sentido a los distintos actos de registrar los bolsillos de un abrigo). El segundo factor es el normativo, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso particular. Así, aunque el factor final que rige un proceso causal sea el mismo (matar a alguien), alguno de los actos particulares realizados puede tener, aisladamente, relevancia para distintos tipos delictivos (así, por ej., la tenencia ilícita de un arma de fuego para el delito de tenencia ilícita de armas). Y, a la inversa, actos aislados, cada uno regido por un factor final distinto, pueden tener relevancia típica cuando se dan conjuntamente (así, para el robo con fuerza en las cosas es relevante, por ejemplo, la entrada a la casa por la ventana y el apoderamiento de las cosas que allí se encuentran)”.

## a. El concurso ideal

Según se anticipó, el concurso ideal de delitos se presenta en aquellos casos en los que con una sola acción se realizan varios tipos penales, con la peculiaridad de que para abarcar por completo el desvalor de la conducta realizada deben aplicarse todos los tipos concurrentes derivados de dicha acción<sup>313</sup>.

Dentro de esta categoría -esto es, la del concurso ideal- es posible aún distinguir, y por tanto hablar por un lado, de *concurso ideal propio* para los casos en los que con una sola acción se realiza varias veces el mismo delito -concurso ideal propio homogéneo- o bien, se realizan distintos delitos -concurso ideal propio heterogéneo- y por el otro, de *concurso ideal impropio o concurso medial* que es el que se presenta cuando uno de los delitos concurrentes es el medio, necesario, utilizado para realizar otro delito<sup>314</sup>.

### a.1. Concurso ideal propio

Elemento común en el concurso *ideal propio* de delitos, sea éste homogéneo o heterogéneo, es la unidad de acción o de hecho como la denominan algunos. Es decir, se trata de hipótesis en las que una sola acción infringe varias disposiciones de la ley penal y por tanto, como ya se dijo, se hace indispensable, a efectos de poder abarcar en su totalidad en desvalor de todas las infracciones, imputarlas todas al sujeto activo de la conducta.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN advierten que el “problema básico para la aplicación de este precepto es establecer lo que se entiende por «un solo hecho». La unidad de hecho equivale a la unidad de acción antes citada. Por tanto, habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Sin embargo, esta unidad de hecho, para integrar el presupuesto de concurso ideal, tiene que dar lugar a la realización de varios tipos delictivos («dos o más delitos»), por lo que el hecho voluntario único debe abarcar una pluralidad de fines (matar a varias personas

---

<sup>313</sup> SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 143, quien al respecto advierte que en estos casos: “No es posible hacer justicia al contenido del hecho de cuyo enjuiciamiento se trata exclusivamente mediante su subsunción en uno u otro tipo penal”; en idéntico sentido MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 2015, 468.

<sup>314</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 2015, 467 s.

con una sola bomba), de ahí que no haya tantos medios como fines, sino que el medio puede seguir siendo único, aunque los fines sean diversos”<sup>315</sup>.

Este concurso está regulado el art. 77.1 del CP y se configura en los eventos en los que según el citado precepto, un solo hecho constituye dos o más delitos<sup>316</sup>. La determinación de la pena para estos casos se deberá hacer conforme al art. 77.2 CP.

#### a.2. Concurso ideal-medial o impropio

Se habla de concurso medial de delitos para referirse a los supuestos en los cuales concurre una pluralidad de conductas típicas, entre las cuales, una de ellas es medio necesario para realizar otro delito. En relación con esta hipótesis se discute si en realidad puede hablarse de unidad de acción, requisito que caracteriza esta modalidad concursal, o si lo que verdaderamente se puede apreciar es la existencia de dos acciones diferenciables espacio-temporalmente.

Al respecto MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, opinan que en estos casos estamos en presencia de hechos completamente diferenciables. Sin embargo, habida cuenta de la estrecha conexión en entre los delitos que se cometen, vinculados por una relación medio a fin, el legislador los equipara, y en consecuencia, les da el mismo tratamiento que a las hipótesis de concurso ideal<sup>317</sup>.

---

<sup>315</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 2015, 468.

<sup>316</sup> Así, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 2015, 468 que al efecto citan como ejemplo: “funcionario de correos que se apodera del contenido de un sobre (dos delitos: infidelidad en la custodia de documentos y hurto); el puñetazo en la cara a una autoridad cuando se halle ejecutando las funciones de su cargo (lesiones y atentado)”; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, 149, afirma que por delito se entiende para estos casos como “lesión o puesta en peligro de bienes legalmente tipificada, tipo legal abstracto (e incompleto, es decir, la simple tentativa punible ya es delito en este sentido)”.

<sup>317</sup>MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 2015, 469, citan como ejemplo la falsificación de documento oficial para cometer estafa. Ello supondría, según el ejemplo, que la falsificación del documento es medio necesario para realizar la estafa. Es claro, y en ello tiene razón los autores al considerar que se trata de hechos diferenciables, que la realización de la conducta consistente en falsificar el documento oficial puede separarse en el tiempo y en el espacio de las posteriores acciones típicas de la estafa dentro de las cuales el documento falsificado será un instrumento indispensable. Ahora bien, los mismos autores ponen de presente que esa relación necesaria entre uno y otro delito (delito medio-delito fin) ha sido entendida por la doctrina y la jurisprudencia en un sentido “concreto, real y restrictivo” y por tanto no basta, para que se pueda predicar la existencia del concurso medial, que subjetivamente el autor de los delitos considere que exista dicha necesidad;

Esta modalidad de concurso medial está prevista en el art. 77.1 CP: “o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”. Para la determinación de la pena en los eventos de concurso ideal se deberá atender a las previsiones del art. 77.3 CP.

## b. Concurso real

Se presenta en eventos en los que concurren varias acciones<sup>318</sup> que implican a su vez la infracción de distintas disposiciones de la ley penal. Es decir, realizando diversos delitos, pudiéndose tratar como ya se indicó más arriba, de la plural lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico -concurso homogéneo- o de distintos bienes jurídicos -concurso heterogéneo-.

La pluralidad de acciones mediante la cuales se cometen diversos delitos implica que cada acción típica es autónoma y no existen intersecciones entre las mismas. En este sentido, al delimitar el concurso ideal, al mismo tiempo, por vía negativa “queda trazado, también, el de la pluralidad de acción”. Es debido a lo anterior que, en mi opinión, con razón se ha dicho que el concurso real no plantea ningún problema teórico importante. A cada delito le corresponderá la pena prevista para el mismo y el tratamiento penal será el de acumulación del art. 73 CP, sin perjuicio de las restricciones y límites que la misma ley penal establece a fin de salvaguardar, entre otros, el principio de proporcionalidad de las sanciones penales<sup>319</sup>.

## B. Tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 CP y el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP<sup>320</sup>.

---

SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, por su parte expresa refiriéndose al artículo 71.2 (del CP 1944/1973): “Hay que afirmar rotundamente (ya lo hemos anticipado) que la hipótesis del segundo inciso del art. 71 CP (delito medio para cometer otro) lo es de concurso real, por más que a efectos punitivos se equiparen tales supuestos a los del concurso ideal en sentido propio).

<sup>318</sup> SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, advierte que en algunas legislaciones se exige que se trate de <<acciones independientes>>”.

<sup>319</sup> MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, 2015, 470 s.

<sup>320</sup> Un completo estudio sobre el delito de prevaricación puede verse en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, 1ª, 1980, y en GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de funcionario público*, 2ª, 1997. Importa aclarar, al hilo de lo explicado por MUÑOZ CONDE, PE, 21ª, 2017, 844, que en el art. 404 CP se recoge “el tipo básico de otros delitos de prevaricación que se remiten

## B.1. Consideraciones preliminares

Como se anunció al comienzo, los problemas concursales que se presentan entre los delitos de tráfico de influencias (arts. 428 y 429 CP) y el de prevaricación figuran entre los que mayor atención han despertado en la doctrina. Lo anterior se debe a que existe la posibilidad de que un Funcionario público sobre el cual se han ejercido previamente influencia, dicte una resolución injusta y arbitraria<sup>321</sup> que sea objetivamente imputable a la influencia ejercida sobre él, caso en el cual, quien ejerce la influencia -el Funcionario público para el caso del art. 428 CP y el particular si se trata del art. 429 CP-, podría ser considerado inductor del delito de prevaricación y es precisamente en este evento en el que surge la pregunta acerca cual debe ser el tratamiento jurídico que debe aplicarse a efecto de establecer la responsabilidad penal de la calificación jurídica de su conducta.

Ciertamente, los delitos de tráfico de influencias y de inducción a la prevaricación comparten al menos dos elementos comunes. En cuanto al tipo objetivo el elemento

---

a este art. 404, pero que castigan además con la pena de prisión y/o la de multa la prevaricación cometida por el funcionario en determinados ámbitos, como, por ejemplo, la ordenación del territorio (art. 320), la conservación del patrimonio histórico (art. 322) y la protección del medio ambiente (art. 329). La redacción de estos preceptos no coincide literalmente con la del art. 404 (por ej., se utiliza en ellos la expresión «contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística» o «manifiestamente ilegales», y se incluye un mayor número de supuestos, como el emitir informes o el omitir inspecciones, mientras que en el art. 404 se emplea la de «resolución arbitraria»), pero, salvo en el marco penal, constituyen el mismo delito, aunque habrá que tener en cuenta las particularidades típicas en cada caso. No sucede lo mismo con la prevaricación judicial que, como delito contra la Administración de Justicia, se tipifica en el Título XX con una regulación mucho más amplia.” Así pues para el análisis de los problemas concursales aludidos se tomará en consideración el tipo básico, sin perjuicio de algunas consideraciones adicionales en relación con las restantes modalidades de prevaricación a las que se acaba de aludir.

<sup>321</sup> Sobre el significado de la expresión arbitrariedad e injusticia contenidas en el tipo básico de prevaricación del art. 404 CP véase MUÑOZ CONDE, *PE*, 21ª, 846, considera este autor que se trata de expresiones equiparables en tanto que “la arbitrariedad no es más que una forma de injusticia; MORILLAS CUEVA, *REDS*, 9-2016, 29, también considera que son términos equivalentes y cita la postura del TS contenida en la sentencia STS 225/2015 de 22 de abril, advirtiendo que en términos generales, la comparte: “pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la STS 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución <<a sabiendas>>, se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1 de julio)”. De otro lado y refiriéndose a la regulación anterior a 1995 MARTÍNEZ BUJÁN, *ADP*, 2-1991, 383, sostiene: “En nuestro Código Penal el requisito de la injusticia debe ser determinado con arreglo a pautas objetivas: la resolución citada ha de ser objetivamente injusta”.

*resolución*, -que en ambos casos puede ser definida en los mismos términos expuestos en el capítulo anterior- con la salvedad de las resoluciones judiciales, las cuales están excluidas de la prevaricación administrativa por existir un tipo especial que las abarca, esto es, el de la prevaricación judicial del art. 446 CP. El otro elemento común en ambos delitos, referido al aspecto subjetivo, es la incidencia o influjo moral que se ejerce sobre la voluntad del funcionario que ha de dictar la resolución<sup>322</sup>.

No obstante, al mismo tiempo, existen notables diferencias entre el tráfico de influencias y la prevaricación. Así, en la inducción a la prevaricación, la resolución es un resultado del tipo que además debe reunir las notas de arbitrariedad e injusticia<sup>323</sup>, mientras que en el tráfico de influencias, como ya se explicó al tomar postura sobre este punto, la expedición efectiva de la resolución no es un resultado que se requiera en el tipo básico. Además, tampoco es necesario que la resolución pretendida reúna las características de arbitrariedad e injusticia propias de la prevaricación.

Por otra parte, para la configuración del delito tráfico de influencias se requiere que el sujeto actúe con la finalidad de obtener un beneficio económico derivado o derivable de la resolución, mientras que en la prevaricación no se requiere ningún elemento subjetivo adicional, distinto del dolo, para que se configure el delito<sup>324</sup>. Otra diferencia consiste en que, si bien en ambos delitos se incide en la voluntad del Funcionario público a quien corresponde dictar la resolución, en el tráfico de influencias se realiza de una especial forma, esto es, prevaliéndose de cierta posición de predominio derivado del cargo la función o de relaciones

---

<sup>322</sup> En este sentido CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 254. Para una síntesis de los elementos comunes entre prevaricación y tráfico de influencias, en la que se incluye también la comparación con la prevaricación judicial CUGAT MAURI, *RECPC* 16-2014, 4 ss i) La influencia “entendida como influjo moral de inferior entidad a las coacciones o amenazas”, ii) la “unidireccionalidad” que implica que solo es autor el que influye sobre la voluntad del otro y no el influido; iii) la posibilidad de que se admita responsabilidad al participe *extraneus* a la función pública y iv) en ambos delitos apunta a obtener una resolución judicial o administrativa.

<sup>323</sup> CUGAT MAURI, *RECPC* 16-2014,7 señala que son ajenos a la inducción a la prevaricación y no así al tráfico de influencias, las resoluciones ineficaces, la posibilidad de admitir la influencia en cadena, las resoluciones ineficaces, las omisivas y las “no radicalmente injustas”.

<sup>324</sup> CUGAT MAURI, *RECPC* 16-2014, 6, hace referencia al “contenido económico” de la resolución como una de las diferencias. No obstante, aunque quizás sea solo un asunto de matiz, más que el contenido económico de la resolución la diferencia descansa en la finalidad de obtener beneficio económico de la misma.

de amistad<sup>325</sup>, mientras que en la inducción a la prevaricación el prevalimiento no está previsto como un medio especial de comisión del delito.

Con este contexto previo sobre los puntos comunes y también sobre las diferencias entre los delitos de tráfico de influencias (arts. 429 y 429 CP) y el delito de prevaricación (art. 404 CP), es oportuno señalar que en la doctrina y la jurisprudencia han planteado diversas posturas sobre la relación entre los mencionados tipos penales. Así, para algunos se trata de un concurso de delitos, mientras que para otros, lo que se presenta es un concurso de leyes. Entre esos dos extremos se encuentran diversos matices según lo veremos a continuación.

## B.2. Postura que opta por apreciar un concurso de delitos

Dentro de esta línea se ubican los que consideran que en los eventos en los que el funcionario influenciado dicta una resolución arbitraria e injusta, el influenciador deberá responder por delito de tráfico de influencias en concurso ideal heterogéneo con el de inducción a la prevaricación. De este último delito el autor será, por supuesto, y si se cumplen todos los demás elementos del delito, el Funcionario público que bajo influencia dictó la resolución injusta y cuyo comportamiento en lo atinente al delito de tráfico de influencias, es respecto de él, una conducta impune.

MUÑOZ CONDE afirma que en los eventos en los que “a través de estos delitos de tráfico de influencias se cometan otros contra bienes jurídicos diferentes (prevaricación, violación de secretos etc.) se dará el correspondiente *concurso de delitos*, normalmente en una relación medio-fin (art. 77.3)”<sup>326</sup>. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES,

---

<sup>325</sup> CUGAT MAURI, *RECPC* 16-2014,7, destaca esta diferencia diciendo que en el tráfico de influencias la conducta típica se realiza “desde una posición de poder.”

<sup>326</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 21<sup>a</sup>, 884; ORTS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ en: VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios PE* v. II, 1846; MORILLAS CUEVA, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *PE*, 2016,1165. Aunque no lo dicen expresamente, ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *DP (PG y PE)*, 2004, 767, dan a entender que se trata de un concurso de delitos. En efecto al referirse al supuesto en el que se entrega una dádiva para obtener la resolución plantean un concurso de leyes en favor del cohecho: “Si el funcionario influido llega a resolver, y lo hace de forma arbitraria, a sabiendas de la injusticia de su resolución, incurrirá en prevaricación (de la que quien influye será inductor); QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2015, 1229 s, se decanta también por la idea del concurso medial en el caso del art. 428 CP: “En concurso medial estarán los eventuales delitos que se produzcan.” Y respecto del art. 429 CP: “Aunque no se excluye la prevaricación del funcionario (...), con lo cual el delito sería otro y la intervención del particular, también otra...”. En favor del concurso medial también se pronuncian

refiriéndose a los arts. 404 bis a) y 404 bis b) introducidos al CP mediante a la LO 9/1991, de 22 de marzo, han dicho que en aquellos casos en los que el autor ejerce la influencia sobre el funcionario para que dicte una resolución injusta podría ser sancionado conforme al art. 14.2 CP<sup>327</sup> como inductor del delito de prevaricación<sup>328</sup>. En opinión de estos dos autores, “la solución dogmática más correcta es quizá (por tratarse de única acción y no comprender y no sólo de los tipos, insistimos -con los elementos con que se configura el derecho vigente-, el total del desvalor del hecho) la del concurso ideal delitos”<sup>329</sup>.

Con esta conclusión se muestran contrarios a la opinión de SUÁREZ MONTES que considera que aunque la solución del concurso medial es “dogmáticamente rigurosa, (...) no hay fe en un bien jurídico configurado al margen del desvalor del acto administrativo. No se comprende que por el hecho de que esa resolución prevaricadora genere un beneficio económico, deba surgir un delito más”<sup>330</sup>.

Por su lado, CUGAT MAURI , admite la posibilidad de concurso de delitos a partir de la idea de que en el tráfico de influencias la resolución no necesariamente tiene que ser injusta: “Si se admite -conforme a la línea interpretativa expuesta- que la injusticia de la resolución no constituye una característica del tráfico de influencias, queda abierta la posibilidad de admitir el concurso entre este y la eventual prevaricación (SSTS 24 de junio de 1994 y 5 de abril de 2002) cuando concurra este factor añadido”<sup>331</sup>. No obstante lo anterior,

---

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: DEMETRIO CRESPO/GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO (Dir.) /ORTIZ PRADILLO (Coord.), *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, 2015, 290; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, t. II, 2005, 497: “Si la resolución fuera injusta se produciría un concurso ideal de delitos del artículo 77 (STS 29 de enero 1997)”.

<sup>327</sup> El art. 14.2º del CP de 1973, establecía: “14. Se consideran autores: (...) 2º Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo.”; MARTÍNEZ ARRIETA, A, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir.)/ LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Tomo IV*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 3115, sin especificar los supuestos en los que esto sucedería afirma que “si como consecuencia de la conducta se realizaren otros delitos, concurrirán según las reglas del concurso ideal.”; CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, t. II, 2005, citando sentencia del TS afirma que se trata de concurso ideal: “Si la resolución fuera injusta se produciría un concurso ideal de delitos del artículo 77 (STS 29 de enero 1997)”.

<sup>328</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *AJA*, 223, 1995, 3 advierten que esta posibilidad depende de si sé que se acepta que el particular, *extraneus* a la función pública, puede ser partícipe en un delito especial, respecto de lo cual afirma que tal posibilidad se debe admitir sin lugar a dudas. Manteniendo la posición ya expresada en 1995, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ASUA BATARRITA (Ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 174.

<sup>329</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *AJA*, 223, 1995, 3.

<sup>330</sup> SUÁREZ MONTES, *LM- Del Rosal*, 1993, 1099.

<sup>331</sup> CUGAT MAURI, en: CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios PE*, t. II, 2004, 249; CUGAT MAURI, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSHEL (Coords.), *PE*, 2013, 488,

en el apartado siguiente se señalará que esta misma autora plantea la posibilidad de concurso de leyes en supuestos en los que el delito de tráfico de influencias pueda ser considerado como tipo especial.

Más recientemente se ha criticado la regulación del tráfico de influencias afirmando que este delito, a diferencia del cohecho, no tiene una estructura bilateral lo cual implica que el influido que en virtud de tal influencia realiza una conducta delictiva, por ejemplo, la prevaricación, solo responderá por tal delito, pero no por el tráfico de influencias a pesar de que su conducta afecta el principio de imparcialidad<sup>332</sup>.

A partir de esa crítica y advirtiendo que se trata de una deficiente regulación que dificulta un adecuado tratamiento de la problemática concursal del delito de tráfico de influencias se plantea que se debe optar por un tratamiento similar “que el que se propugna para el autor del cohecho activo, esto es, que deberá responder por el delito de tráfico de influencias en concurso de delitos, si se dan los demás requisitos, en concurso con el delito que se cometa con la resolución dictada<sup>333</sup>.

Cabe anotar, que la jurisprudencia del TS no ha sido unánime, por lo menos si nos atenemos lo expuesto en las sentencias STS 537/2002, de 2 de abril en la cual considera que la concurrencia de los delitos de tráfico de influencias y prevaricación es un concurso de normas, a sancionar por el que establezca la pena más grave según el principio de alternatividad. Posición esta que difiere de las consideraciones planteadas en STS 1026/2009, de 16 de octubre en la que también se castiga al autor del tráfico de influencias como partícipe

---

indica: “Si, además, se llegara a ejercer, podría quedar absorbido por el tipo más grave de los arts. 428 a 429 CP, agravados por la circunstancia de precio. Además, siendo la resolución injusta, estos podrían concurrir con la inducción a la prevaricación. Según algunos, se trataría de un concurso de leyes (RODRÍGUEZ LÓPEZ/SOBRINO MARTÍNEZ), según otros, de delitos (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO)”.

<sup>332</sup>DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en: SUÁREZ LÓPEZ/BARQUÍN SANZ/BENÍTEZ ORTÚZAR/JIMÉNEZ DÍAZ/SAINZ CANTERO CAPARROS (Dir.), *LH-Morillas Cueva*, 2018, 1065.

<sup>333</sup> DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, en: SUÁREZ LÓPEZ/BARQUÍN SANZ/BENÍTEZ ORTÚZAR/JIMÉNEZ DÍAZ/SAINZ CANTERO CAPARROS (Dir.), *LH-Morillas Cueva*, 2018, 1065; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, en: RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.), *Código penal: concordado y comentado*, 5ª, 2015, 2043, sin especificar la solución al problema concursal. No obstante, apoyado en la STS1026/2009 de 16 octubre, RJ\2009\5994, hace consideraciones que permiten deducir su inclinación por la idea del concurso ideal que es la respuesta que se adopta en la sentencia señalada. Una postura similar podría deducirse de lo dicho por MUÑOZ LORENTE, *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, 4-2013, 78: “Por encima de los delitos de tráfico de influencias se encuentran otros más graves como el cohecho y la prevaricación –con los que algunos, de forma incorrecta, señalan que se solapan- y, por debajo, lo meramente inmoral que, aunque digno de reproche social, no ha de ser objeto de persecución penal”.

del delito de prevaricación por haber inducido al dictado de una resolución injusta<sup>334</sup>. Pese a ello, hay quien afirma que la línea jurisprudencial mayoritaria entiende que en este supuesto no es aplicable el concurso de delitos<sup>335</sup>.

### B.3. Postura que opta por apreciar un concurso de leyes

Otra línea argumentativa en la doctrina se ha inclinado por la solución del concurso de normas o de leyes en los eventos en los que la resolución que se expide es injusta y esta es imputable objetivamente a la influencia ejercida sobre el funcionario que profiere la resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia.

GARCÍA ARÁN pone de presente que los delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 CP permiten la sanción de las influencias dirigidas a obtener resoluciones desviadas, es decir, no necesariamente injustas o arbitrarias. Con base en esa consideración, advierte que en caso de que se influya para obtener una resolución injusta en el sentido de la prevaricación, “la identidad de bienes jurídicos entre los delitos de prevaricación y tráfico de influencias aconseja resolver la situación como un concurso de leyes a favor del tráfico de influencias”<sup>336</sup>.

SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, señalan que respecto del tráfico de influencias para el que se deja influir, la conducta es atípica. Sin embargo, consideran que podría ser

---

<sup>334</sup> Al respecto, citando estas sentencias y poniendo en evidencia las posturas divergentes del TS, DOLZ LAGO, *El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (Una visión jurisprudencial crítica)*, 2014, 421 ss.

<sup>335</sup> Así, ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, t.III, 2016, 204: “La línea jurisprudencial mayoritaria entiende que quien induce a otro a dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, si el funcionario público o autoridad termina dictándola a sabiendas de su injusticia, será autor de tráfico de influencias, sin que se pueda recurrir al concurso de delitos (entre otras, véanse la SAP de Barcelona, sec. 3ª, de 2 de marzo de 1998; SSTS, Sala de lo Penal, de 29 de octubre de 2001, y de 15 de febrero de 2000)”.

<sup>336</sup> GARCÍA ARÁN, *Revista Aragonesa de Administración pública*, 11, 1997, 366; CRESPO BARQUERO, en: DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia.*, t. II, 3ª, 2002, 2387; una opinión muy similar relacionada con la exclusión de las resoluciones justas con fundamento en el bien jurídico la sostiene CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORRÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 161 s, de acuerdo con este autor, la resolución no necesariamente tiene que ser injusta, pero si al menos desviada o incorrecta: “En consecuencia, ha de excluirse la imputación objetiva de las resoluciones que fuesen justas, puesto que esta clase de decisiones no supone la realización del riesgo creado por la acción típica, ya que responden a los intereses generales a los que debe orientarse la objetividad de la Administración (art. 103.1 de la CE)”.

autor de la prevaricación del art. 404 CP y frente a tal evento advierten que “en este caso podría plantearse un problema de concurso de normas, siendo de aplicación el art. 404, también para la persona que influye, aunque aquí actuaría no como autor directo sino como autor por inducción”<sup>337</sup>.

Cabe anotar que no explican estos autores las razones por las cuales el delito de prevaricación desplaza al tráfico de influencias, teniendo en cuenta que la solución que proponen implica una sanción menor -la que corresponde a la prevaricación del art. 404 CP- que la prevista para el tráfico de influencias. Dejan de lado que admitir que la prevaricación absorbe los comportamientos propios de los arts. 428 y 429 CP, supone un tratamiento desigual respecto de quien induce a otro a dictar una resolución desviada pero no arbitraria e injusta en el sentido de la prevaricación. En relación con este aspecto, considero que tiene razón OLAIZOLA NOGALES cuando señala que al menos en principio, “pareciera que los actos del 428 y 429 serían inducciones a la prevaricación, y que si ésta se produce, aquellos quedarían consumidos por esta”, sin embargo descarta esta solución debido a la diferencia de pena”<sup>338</sup>.

Se pronuncian también, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, defendiendo la tesis del concurso de leyes en favor de la prevaricación, pues según su criterio, “de no mantenerse que los delitos de tráfico de influencias de los artículos 428 429 desplazan la inducción al delito de prevaricación, se llegaría a la absurda conclusión de que el que influye prevaliéndose de estas situaciones, si lo hace con la finalidad de obtener una resolución arbitraria, merecería una sanción penal inferior que en aquellos casos en los que el objetivo perseguido es obtener una resolución meramente ilegal o incluso incidir en el proceso de motivación del funcionario cuando se trata de un acto discrecional”<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁSQUEZ GONZÁLEZ, *PE*, 2016, 2017, 695.

<sup>338</sup> OLAIZOLA NOGALES, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, 385.

<sup>339</sup> MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios PE*, 2016, 7<sup>a</sup>, 1412. Consideran estos autores que una regulación distinta del delito de tráfico de influencias permitiría resolver de forma más adecuada los problemas concursales planteados si se adoptara una estructura típica pluripersonal similar a la del delito de cohecho, “pues en esos casos podría apreciarse un concurso de delitos del tráfico de influencias y la prevaricación, de optarse por su mantenimiento en el código penal.”; en este mismo sentido se pronuncia PÉREZ MACHÍO, en: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios CP*, t.V., 2015,

MESTRE DELGADO se muestra también partidario del concurso de normas entre tráfico de influencias y prevaricación, añadiendo que el mismo es resoluble conforme al principio de alternatividad y por tanto, dando aplicación al art. 8.4 CP<sup>340</sup>. Así las cosas, el tipo aplicable sería el delito de tráfico de influencias de los arts. 428 o 429 CP, según el caso<sup>341</sup>.

Según se anunció más arriba, resulta oportuno destacar que CUGAT MAURI en su exhaustivo trabajo monográfico sobre el delito de tráfico de influencias, luego de hacer un análisis de los elementos que a su juicio hacen del delito de tráfico de influencias un tipo especial frente a la prevaricación, concluye que en relación con aquellos casos en los cuales “el delito de tráfico de influencias no supone sino una especificación de la conducta típica de inducción a la prevaricación”<sup>342</sup>, la solución que debe darse tendrá como premisa la existencia de un concurso de leyes. En su opinión el prevalimiento en la influencia y la capacidad de la resolución para generar beneficios económicos, son elementos que

---

327 ss; CARDONA TORRES, *PE*, 2010, 513, refiriéndose al art. 429 CP, aunque no señala expresamente su adhesión a la idea del concurso de leyes, parece adoptarla al calificar como una situación paradójica el hecho de que al particular -en el contexto se deduce que se refiere al *extraneus* en el delito especial- se le impongan las penas superiores a las previstas para el delito prevaricación –esto es, las que corresponden al tráfico de influencias- mientras que al funcionario que se deja influir y prevarica se le aplica la pena de este último delito que es menor que la que le correspondería si tuviese que responder por tráfico de influencias; ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, t.III, 2016, 204, destaca que a diferencia del cohecho activo propio en el que se sanciona al particular por el delito de cohecho y por la inducción a otro eventual delito cometido por el funcionario en razón de la dádiva, ello no es claro en el tráfico de influencias lo que da lugar a una doble interpretación, siendo mayoritaria la línea jurisprudencial que considera que quien induce a otro a dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo, siempre y cuando el funcionario público o autoridad la dicte sabiendas de su injusticia, será autor de tráfico de influencias, sin que se pueda recurrir al concurso de delitos (entre otras, véanse la SAP de Barcelona, sec. 3ª, de marzo de 1998; SSTS, Sala de lo Penal, de 29 de octubre de 2001, y de 15 de febrero de 2000)”.

<sup>340</sup> MESTRE DELGADO, en: LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.) *Delitos. PE*, 3ª, 2018, 879. Citan sentencia STS de 5 de abril de 2002 en la que se expone este punto de vista: “en un caso en que un alcalde influyó en el primer teniente de alcalde y en el gerente de una sociedad municipal para suscribir, en nombre del ayuntamiento, diversos contratos de sponsorship con el club de fútbol del que aquel alcalde era presidente y con otros clubes, contratos que fueron retribuidos con fondos municipales, sin consulta ni autorización alguna de los órganos competentes, ni conocimiento del pleno, ni intervención del secretario del ayuntamiento y sin que hubiera control fiscal de las operaciones”.

<sup>341</sup> También adopta la solución del concurso de leyes en favor del tráfico de influencias SERRANO TÁRRAGA, en: LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS (Coords.), *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, 2015, 282: “La adopción de la resolución por el funcionario público influido, y de la que se deriva el beneficio económico obtenido por el sujeto activo o un tercero, puede ser constitutiva de un delito de prevaricación. En este caso, el funcionario que ha dictado la resolución será autor de un delito de prevaricación. En nuestra opinión, entre ambos existe un concurso de leyes que debe resolverse a favor del tráfico de influencias”.

<sup>342</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 255.

particularizan el tráfico de influencias frente a la prevaricación, y por tanto, aportan argumentos para dar aplicación en estos casos, al art. 8.1 del CP<sup>343</sup>.

Por su lado, CRESPO BARQUERO trae a colación la STS de 24 de junio de 1994, de acuerdo con la cual en los supuestos en los que el delito tráfico de influencias sea medio para cometer la prevaricación, se deberá apreciar, por regla general, un concurso de delitos que se sanciona conforme a “una relación de medio a fin por el artículo 71 hoy 77 del código penal”<sup>344</sup>. Al respecto, dice que no le parece tan clara -en muchos casos- la solución por la vía del concurso medial y afirma que es posible que ese sea el motivo por el cual la misma Sala segunda del TS haya utilizado el adverbio *generalmente*. El fundamento principal para descartar el concurso de delitos, desde su punto de vista, es la identidad del bien jurídico protegido en ambos tipos penales, debido a que “la conducta del primer funcionario puede ser única y la misma la tarea de presión psicológica eficaz sobre el otro”<sup>345</sup>.

Luego de hacer las consideraciones antes indicadas, plantea la posibilidad de que se admita un concurso de leyes, a resolverse en favor del delito tráfico de influencias. Según su punto de vista, “el *dolo propio* del delito de tráfico de influencias, en la medida en que se proyecta sobre la ulterior consecución del beneficio económico, abarca eventual e indiferentemente *cualquier* clase de resolución que pueda adoptar el funcionario influido siempre que sirva a ese propósito como incluso la que sea constitutiva de delito”<sup>346</sup>.

---

<sup>343</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 255.

<sup>344</sup> CRESPO BARQUERO, Pedro, en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio /SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coords.), *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II, 3ª, 2001, p.2389-2390.

<sup>345</sup> CRESPO BARQUERO, en DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia.*, t. II, 3ª, 200, 2389-2390, añade: “Precisamente esa unicidad de la acción es lo que lleva a LUZÓN CÁNOVAS a decantarse por el *concurso ideal* propiamente dicho, frente al concurso medial, solución que -apunta-permite cubrir todos los aspectos del *desvalor del hecho*, ya que la prevaricación por sí sola no incluye el beneficio económico y el tráfico de influencias no permite apreciar el plus de antijuridicidad que aparece cuando la resolución es *injusta* como frente a los supuestos en que no lo es. Quizá en lo que la Sala Segunda pretende poner el acento es en la exclusión del concurso de leyes, tal vez por entender que el ámbito típico de ambos delitos (...) no coinciden, ya que ni el primero incorpora *per se* el propósito de alcanzar un beneficio económico ni el segundo adopción de una resolución de naturaleza delictiva (ya que ese dato, incluso la acción misma de la resolución, es irrelevante a efectos de agravación o atenuación de la pena); y tampoco podría acudirse a las figuras de la consunción puesto que por idénticas razones ninguna de las dos conductas típicas puede realmente entenderse *incluida* en la otra”.

<sup>346</sup> CRESPO BARQUERO, en DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia.*, t. II, 3ª, 2002, 2389-2390.

La consecuencia lógica de lo anterior es que se debe considerar que el resultado intermedio de la prevaricación queda subsumido en el tráfico de influencias teniendo en cuenta el *desvalor de la acción*, sobre todo en los casos en los que se anticipe la consumación del delito a tan solo el ejercicio de las influencias sin que importe que el resultado no se produzca<sup>347</sup>.

PÉREZ MACHÍO, también se pronuncia sobre el problema concursal que se viene analizando y para ello toma como referencia una sentencia de la AP de Málaga, en la que se alude la posibilidad de apreciar un concurso medial o un concurso de normas en los casos en los que se influye para obtener el dictado de una decisión o resolución materializada como una inducción a la prevaricación. Este concurso, en virtud del principio de especialidad, debería resolverse, de acuerdo con su criterio, en favor del tráfico de influencias<sup>348</sup>.

Sobre la base de que no existen diferencias sustanciales respecto al bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de influencias y el de prevaricación, CARTOLANO se manifiesta en contra de la aplicación del concurso ideal de delitos, debido a que, de acuerdo con su opinión, al hacerlo podría incurrirse en la vulneración del *ne bis in idem*, que prohíbe reiterar idéntico juicio de desvalor sobre un único hecho<sup>349</sup>.

### C. Toma de postura

La solución que opta por un concurso de leyes no me parece convincente, y por el contrario, teniendo en cuenta la forma como están tipificados en el CP vigente los delitos de prevaricación y tráfico de influencias, creo que la solución por la vía del concurso ideal (medial) de delitos es la que mejor recoge el desvalor del comportamiento realizado por el

---

<sup>347</sup> CRESPO BARQUERO, en DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, t. II, 3ª, 2002, 2389-2390.

<sup>348</sup> PÉREZ MACHÍO, en: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios CP*, t.V., 2015, 327 ss., expresa con base en la sentencia 113/2000 de la Audiencia Provincial de Málaga que la solución del concurso de leyes es la postura mayoritaria, según su punto de vista, debido a que, “una parte del tráfico de influencias contempla todo el desvalor del hecho y, de otra parte atribuye una mayor penalidad”.

<sup>349</sup> CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 164 ss., añade que “los elementos privativos del ejercicio de influencias respecto de la prevaricación responden meramente a razones de política criminal, dirigidas a sancionar una conducta especialmente peligrosa para un mismo bien jurídico. En definitiva, tanto una como otra figura penal se interesan por la protección de las decisiones públicas, sólo que el ejercicio de influencias apunta al proceso de toma de la decisión mientras que la prevaricación atiende al resultado del mismo, al exigir el dictado de una resolución arbitraria”.

Funcionario público o el particular, según se trate del art. 428 o 429 CP, respectivamente, consistente en influir sobre un Funcionario público o autoridad, prevaleándose de las circunstancias o condiciones previstas en el correspondiente tipo penal, con el fin de que dicte una resolución injusta de la cual espera derivar un beneficio económico. Es decir, la influencia implica al mismo tiempo inducir al funcionario público a cometer el delito de prevaricación.

En ambos casos, si se optara por la solución del concurso de leyes, el delito que se aplicaría sería el de tráfico de influencias bien porque se considere tipo especial respecto de la prevaricación o que se aplique el principio de alternatividad por consagrar el tráfico de influencias una pena más grave.

En primer lugar, creo que se plantea un problema que compromete el principio de igualdad en la aplicación de la ley penal y de proporcionalidad en cuanto a las sanciones, en la medida en que el desvalor de delito de prevaricación, al inducir a que se dicte una resolución injusta y arbitraria, no queda recogido en el delito de tráfico de influencias. Considero que la igualdad de trato frente a la aplicación de la ley penal, se ve comprometida si se admite la solución del concurso de leyes, porque eso implica que se sancione de la misma manera a quien ejerce influencias con el propósito de obtener una resolución injusta que le reporte beneficio económico y aquel que ejerce influencia para obtener una resolución desviada, pero en ningún caso injusta en el sentido de la prevaricación y que también le reporte beneficio económico.

En ambas hipótesis, se afecta la imparcialidad de la Función Pública, pero creo que la lesión al correcto funcionamiento de la misma se intensifica al inducir a una resolución injusta en tanto que ello comporta una flagrante contradicción entre esta y el ordenamiento jurídico, y por tanto, un desvalor adicional que no está presente en aquella resolución típica de tráfico de influencias que, siendo desviada, no es necesariamente injusta y arbitraria y por tanto no es susceptible ser calificada como prevaricadora.

Así las cosas, el principio de igualdad, que obliga a dispensar un trato igual a situaciones iguales y un trato desigual a situaciones desiguales, se ve lesionado si la solución jurídica que se ofrece frente a dos situaciones en las que la lesión al correcto funcionamiento

de la Administración pública es diferenciable, en tanto que el ataque al bien jurídico se manifiesta de otra manera, atacando de manera directa la legalidad, cuando la influencia dirigida a la obtención de una resolución injusta, al tiempo que afecta la imparcialidad, lesiona también la legalidad, lo que no sucede, se insiste, en la resolución desviada que afecta la imparcialidad pero que por no alcanzar el grado de injusticia que configura la prevaricación.

Pero en este caso, no es solo la igualdad de trato la que resultaría conculcada sino también el principio de proporcionalidad de la pena, puesto que, de mantenerse la solución del concurso de leyes, la sanción de dos hechos de diversa gravedad tendrá como referencia el mismo marco punitivo. En ese sentido, por lo menos en términos comparativos, tendría que admitirse una desproporción si se acepta que uno de los hechos reviste mayor gravedad que el otro, y en consecuencia, el marco punitivo abstracto, a partir del cual se determina la pena concreta la cual debe tener como punto de partida un marco punitivo abstracto en el que se refleje el mayor desvalor que supone una de las hipótesis, esto es, aquella en la que el tráfico de influencias es el medio para inducir a una resolución prevaricadora.

### *Breve excursio sobre la influencia política*

Sobre el problema de la influencia política es muy importante tener en cuenta el papel que juegan los partidos políticos en los sistemas políticos democráticos. Prueba de ello es que tanto la CE como la CPco en España la CE confieren a estas agrupaciones un destacado papel en el funcionamiento del sistema. En efecto, estas agrupaciones políticas representan las distintas concepciones sobre lo que debe ser la organización de la vida social en los aspectos económicos, sociales, culturales, jurídicos, etc. Sin duda los partidos políticos en los sistemas democráticos y pluralistas están llamados representar y a ser voceros de las más disímiles tendencias políticas e ideológicas que coexisten en el seno de la sociedad y por ello, es apenas lógico que en su actividad pretendan influir de manera directa en la configuración y dirección de un componente tan importante de la vida social como lo es la administración de los asuntos públicos.

En España en el preámbulo de la LO 6/2001, de 27 de junio, de partidos políticos, se reconoce: “Por otra parte, aunque los partidos políticos no son órganos constitucionales sino entes privados de base asociativa, forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución”.

“Si ello es así para toda asociación, con más motivo ha de serlo para las asociaciones políticas, cuya finalidad es la de aunar convicciones y esfuerzos para incidir en la dirección democrática de los asuntos públicos, contribuir al funcionamiento institucional y provocar cambios y mejoras desde el ejercicio del poder político”.

En Colombia el art. 2, inciso 1º de la ley 130 de 1994 establece: “Los partidos son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación”.

De conformidad con lo anterior, es claro que los partidos políticos tienen como propósito influir directamente en las decisiones en distintos ámbitos de actividad social, en aras de garantizar que las plurales formas de concebir la organización social puedan tener cabida dentro de un sistema democrático. Es en este contexto dentro del cual debe tenerse muy en cuenta que la actividad de los partidos políticos y de manera concreta, de sus representantes, debe contar con un margen de actuación suficiente que permita garantizar el pluralismo y por ende el correcto funcionamiento de un sistema democrático en su más genuina expresión.

Así las cosas, las actuaciones que en muchos casos realizan los representantes de los partidos políticos dirigidas a obtener decisiones de la Administración Pública en determinado sentido, deben quedar por fuera de la prohibición penal del tráfico de influencias, siempre y cuando las mismas se desarrollen dentro del marco constitucional y legal de actuación de los partidos políticos. Es innegable que el ejercicio de la actividad política partidista, por su misma naturaleza, tiene la vocación de incidir en el manejo de los asuntos públicos, y no

solamente en el plano abstracto de acceder al poder y por tanto al manejo de la Administración, sino a participar en los asuntos cotidianos de la gestión pública con el propósito de representar y promover su plataforma política y programática.

Por ello es necesario que se establezca una regulación extrapenal sobre la manera como los partidos políticos, a través de sus representantes, pueden concurrir a la gestión de los asuntos de la Administración Pública, dentro de unas reglas de juego que les permitan incidir en las decisiones de esta, en procura de defender los intereses y las aspiraciones y demandas legítimas de sus electores o de las comunidades o sectores sociales de los que son voceros.

Por ello se requiere una regulación de lobby o cabildeo que permita hacer visible y controlar un sinnúmero de actividades que podrían ser vistas como “tráfico de influencias” y que precisamente por ausencia de una adecuada regulación que las canalice y establezca criterios y pautas claras para su ejercicio, terminan realizándose “por debajo de la mesa”. Creo que esta sería una buena manera, de garantizar la transparencia, la imparcialidad y la igualdad en el acceso a la Administración Pública. La regulación de lobby tiene la ventaja añadida de permitir que las legítimas aspiraciones de los partidos políticos y en general de grupos de presión puedan ser ventiladas en el escenario público lo cual podría tener un efecto preventivo frente a ciertas modalidades de corrupción como la que se manifiesta en el tráfico de influencias, en la medida en que haría innecesarias alguna prácticas que hoy se hacen a escondidas y que por esa circunstancia aparentan una ilicitud de la cual en realidad carecen.

## CAPÍTULO TERCERO

### EL TIPO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS DEL ARTÍCULO 430 CP

#### 1. Consideraciones previas

El artículo 430 CP tipifica lo que según se ha dicho es el *genuino* tráfico de influencias o venta de influencias<sup>350</sup>. Su incorporación al CP ha sido objeto de críticas en forma amplia por la doctrina e incluso, aunque de forma mucho más matizada en algunas decisiones del TS<sup>351</sup>. Las críticas se refieren principalmente a la dificultad de precisar el bien jurídico, debido a que las conductas prohibidas en el art. 430 CP están lejos de afectarlo, salvo que se pretenda proteger el prestigio y la buena imagen de la Administración. De igual forma se plantean distintos argumentos para indicar que quizás la incriminación de la llamada venta de influencias resulte innecesaria por estar ya recogidas en otros delitos según se expondrá más adelante.

Es útil a efectos de tenerlo como referencia para el estudio del bien jurídico transcribir el artículo vigente de delito de ofrecimiento de influencias:

---

<sup>350</sup>ORTS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ en: VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios PE* v. II, 1843, explican: “El genuino tráfico de influencias, como su propio nombre indica, es venta de influencias y, aunque es una figura delictiva que carece de contornos claros y precisos en la mayoría de los ordenamientos donde se recoge (el francés o el italiano), apunta a la conducta de quien aparentando crédito, influencias o relaciones cerca de otros funcionarios con competencia decisoria en la Administración recibe o se hace prometer dinero o alguna ventaja patrimonial como recompensa de su mediación en la resolución favorable de un asunto que de aquellos dependa. El tráfico de influencias mira a la compraventa de una capacidad de influencia (política, civil, profesional, afectiva... etc.) realmente existente.”; CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 241 s, destaca: “La segunda nota no desdeñable, es la del **enriquecimiento** que el sujeto obtiene o aspira obtener mediante el ofrecimiento de la influencia. Obsérvese que, como dice MUÑOZ CONDE este es un delito con cierto **matiz de profesionalidad**, conferido por los dos últimos párrafos del artículo, en los que se dispone la posibilidad de <<imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público>>, aunque se ha retirado en el vigente CP la criticada referencia anterior a la inhabilitación especial para le profesional titulado” (...) “Estas notas de enriquecimiento e intercambio (contraprestación por influencia) son las que llevan a SUÁREZ MONTES a afirmar que esta es la figura que, con propiedad, lleva el nombre de <<tráfico de influencias>>. Estas afirmaciones pueden considerarse especialmente acertadas, si se acepta que con la regulación de este supuesto se está pensando en el <<intermediario>> que se enriquece a base de ejercer sus <<buenos oficios>> cerca de la Administración, obteniendo comisiones que muchas veces no hacen sino encarecer el producto y que pueden ir a parar a su bolsillo o al de su partido político. Todo ello genera o expresa un clima de corrupción en el que el funcionamiento correcto de la Administración puede llegar a verse afectado seriamente o se afecta de manera específica”. (negritas en el original)

<sup>351</sup> En STS 335/2006 de 24-03 (RJ 2006/2319), se califica de “inusitado rigor del legislador”, para aludir a que en el delito de anticipa la barrera de protección del bien jurídico.

“Artículo 430. Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año. Si el delito fuere cometido por autoridad o funcionario público se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cuatro años.”

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

“Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”<sup>352</sup>.

---

<sup>352</sup> Art. 428 modificado por el art. único 130 LO 5/2010, de 22-6 (BOE 23-6) y por el art. único 217 LO 1/2015. Para un recuento de la evolución legislativa de este delito véanse, por todos DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *AJA*, 223, 1995, 1 ss y CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 237 ss, quien explica ampliamente: “El artículo 430 del CP introduce un nuevo delito, del que se puede avanzar ya el adelantamiento de las barreras de la punibilidad que representa: se incrimina a quienes, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los art. 428 y 429, es decir, ejercer influencia cerca de autoridades o funcionarios públicos, soliciten dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o acepten ofrecimiento o promesa. Como ha subrayado ya ORTS Y VALEIJE, este tipo recogería la esencia del tráfico de influencias caracterizado por la inserción de las influencias públicas en las leyes del mercado”. (...) “Posteriormente, se recoge en el PCP 1980 y en la PANCP 1983, que contiene una redacción muy similar a la ahora vigente, aunque ubicándola entre las modalidades de cohecho, de la que se elimina la referencia a la <<apariciencia>>: “Art. 407 PCP 1980: Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de los funcionarios o encargados de servicios públicos, solicitaren a terceros dádivas o presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa (...) sin perjuicio de las penas en que pudieran incurrir si alegaren falsamente que el provecho era en todo o en parte para el funcionario. Si este delito fuere cometido por funcionario público que se ofrezca a influir sobre otro u otros funcionarios se impondrá...” “La PANCP 1983 (art. 407) reproducía esta regulación de manera prácticamente coincidente (incluyendo la innecesaria referencia a la autoridad). Por último, el PCP 1992 y el de 1994, ya con posterioridad a la reforma del tráfico de influencias, reproducían el texto que perdura en la actualidad, con algunos cambios, como la sustitución de la expresión: <<Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de los funcionarios o encargados de servicios públicos>> por la de: <<Los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores>>, así como la exclusión del tipo cualificado por razón del sujeto activo funcionario.” “Los cierto es que, tanto 1980 como en 1993, la propuesta de tipificación de estos hechos no suscitó especiales comentarios, quizá porque quedaban diluidos entre los tipos de cohecho y quizá también porque en aquellos momentos el tema del tráfico de influencias no reclamaba la atención general. Ello no obsta para que sean hoy trasladables a aquellos textos, las críticas oponibles frente a la regulación vigente, con una salvedad, referida a la mención, hoy excluida, al funcionario como sujeto activo del delito, que efectivamente se podía considerar merecedora del desvalor propio del cohecho, puesto que permite acoger los casos en que el funcionario se enriquece, no con el ofrecimiento de

## 2. Bien jurídico en el artículo 430 CP

Según se anticipó, el ofrecimiento de influencias ha sido criticado por diversas razones y una de las principales se debe a que para muchos no es posible identificar claramente un objeto de protección en este delito. Muchos incluso plantean que no hay bien jurídico y abogan por su exclusión de este delito del CP y son los mismos que en general -matizaciones al margen- consideran que estamos un delito mediante el que el legislador quiere sancionar “el ejercicio, profesional o cuasiprofesional del tráfico de influencias”, erigiendo como delito autónomo una conducta “que sólo constituye un acto preparatorio, pues el tipo ni exige que las influencias lleguen a usarse, ni siquiera que llegara a aceptarse el ofrecimiento de influir”<sup>353</sup>. En esta línea QUERALT JIMÉNEZ dice que “en puridad es la infracción que realmente responde al epígrafe de estos delitos, vista, además, la pena específica. Se castiga, claramente, la actividad de los llamados *conseguidores* que, en la práctica, están profesionalmente organizados”<sup>354</sup>.

### A. Las opiniones de quienes consideran que no es posible identificar un bien jurídico

Se presentan acá las opiniones doctrinales que, en general, se identifican por la consideración de que se trata de conductas cuya incriminación supone una excesiva anticipación de la protección penal que se aleja demasiado de la Administración pública como objeto genérico de protección, se diferencian en algunos matices según se verá a continuación<sup>355</sup>.

---

actuar en el ejercicio de su función –que exigen los clásicos tipos de cohecho-, sino con el aprovechamiento de sus especiales relaciones con otros funcionarios”.

<sup>353</sup>CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, t.II, 2005, 498.

<sup>354</sup>QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2015, 1231.

<sup>355</sup>CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 239 s, pone de presente: “Todos los autores que hasta el momento se han ocupado del tema coinciden en destacar la absoluta vaguedad e imprecisión del bien jurídico recogido en este tipo. MUÑOZ CONDE, afirma incluso que se trata de un tipo residual en el que no se afecta directamente a bien jurídico alguno. ORTS BERENGUER entiende que, a lo sumo, cabe estimar una cierta puesta en peligro remoto del bien jurídico protegido genéricamente en

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, ya desde 1995 pusieron de manifiesto que en el art. 430 CP no era para nada claro acerca de cuál era el bien jurídico protegido y que si lo que se pretendía proteger era el buen nombre y prestigio de la Administración, tal concepto resultaba demasiado vago y en consecuencia un objeto respecto del cual resultaba difícil establecer la necesidad de su protección penal<sup>356</sup>. Los mismos autores, recogiendo la opinión de MUÑOZ CONDE respecto del art. 402 bis c, destacaron que el comportamiento allí tipificado está lejos de lesionar o poner en peligro la Función Pública<sup>357</sup>.

MUÑOZ CONDE mantiene respecto del nuevo delito, la opinión que sostuvo durante la vigencia del art. 404 bis c, a la que se hizo alusión en el párrafo anterior. En efecto este autor considera que a diferencia de lo que sucede con los art. 428 y 429 CP, la conducta prohibida en el art. 430 CP nada tiene que ver directamente con el ejercicio de la Función Pública. Afirma que el ámbito en el que se puede configurar este delito es completamente privado y que la única relación con la Función Pública es la referencia a la misma como objeto de influencia, todo lo cual le permite concluir que lo único que se pretende proteger es su prestigio y el buen nombre. Tras analizar otras posibles opciones de justificar el precepto, concluye que el art. 430 CP queda, “como un tipo residual que no afecta directamente bien jurídico alguno”<sup>358</sup>.

En dirección muy similar MORILLAS CUEVA descarta en forma tajante la posibilidad de encontrar un bien jurídico merecedor de tutela penal en un delito en el que lo único que

---

el Título XIX, y critica que no se haya procedido antes a la regulación de la actuación de los grupos de interés o lobbies etc. Finalmente, SUÁREZ MONTES se decanta por el prestigio y buen nombre de la Administración, común a todos los tipos de tráfico de influencias”.

<sup>356</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *AJA*, 223, 1995, 3.

<sup>357</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *AJA*, 223, 1995, 3.

<sup>358</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 887; también opina que las conductas descritas no tienen directa relación con la función pública, FERRÉ OLIVÉ, en: ARROYO/BERDUGO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/ SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO, *Comentarios al CP*, 2007, 906. Parecen adherir a la postura de MUÑOZ CONDE, aunque no lo dicen expresamente: CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, t.II, 2005,498; PIÑOL RODRÍGUEZ, *II.*, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *PE*, t.II, 6ª, 525; MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios PE*, 2016, 1768 s.

se sanciona es, si acaso, la puesta en peligro en abstracto de la objetividad, y en ese orden de ideas, aboga por la descriminalización de las conductas tipificadas en el artículo 430 CP<sup>359</sup>.

ORTS BERENGUER, afirma que es difícil encontrar el bien jurídico protegido en el delito del art. 430 CP ya que no se exige calidad especial ni del sujeto al que ofrece influencias, ni de aquel a quien se le ofrecen<sup>360</sup> y a que, además, para la consumación del delito basta con la oferta de influir, aun cuando luego el funcionario sobre quien se ejercerían las eventuales influencias, ni siquiera se llegue a enterar de la pretensión de influir sobre él. La consecuencia de que ello sea de esa manera, lo lleva a concluir que la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública no habrán sido comprometidas en modo alguno<sup>361</sup>.

También se pronuncia ACALE SÁNCHEZ afirmando que en este delito la afectación al principio de imparcialidad “brilla por su ausencia” y advierte que esa es la razón por la que se recurre al buen nombre de la Administración y a los delitos de peligro abstracto, como fórmula para tratar de salvar el principio de ofensividad<sup>362</sup>.

---

<sup>359</sup> MORILLAS CUEVA, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *PE*, 2016, 1166 s, afirma: “En definitiva, con la convicción de que nos encontramos ante la punición de un acto preparatorio de los delitos anteriores, de que no existe una lesión o puesta en peligro relevante de un bien jurídico, y de que los medios probatorios para concretar la existencia de estas conductas son extremadamente complicados, no dudo en criticar la existencia del tipo contenido en el art. 430”.

<sup>360</sup> Debe en todo caso tenerse en cuenta que la LO 1/2010 añadió al primer párrafo del artículo 430 CP un subtipo agravado para los eventos en los cuales el delito sea cometido por funcionario o autoridad. No obstante, también debe advertirse que no exige el nuevo texto legal que el hecho sea cometido en el ejercicio del cargo, sobre este aspecto MUÑOZ CONDE se pronuncia expresamente: “En la reforma de 2015 se añadió la posibilidad de que el sujeto activo del mismo sea también autoridad o funcionario público, pero siempre que no actúe prevaliéndose de su cargo o de cualquier situación derivada de su relación particular con otro funcionario, sino a título particular. La única diferencia que hay con el particular es que en este caso a la autoridad o funcionario se les aplica, además, la pena de inhabilitación”.

<sup>361</sup> ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), *PE*, 5ª, 2016, 667, no obstante, concluye sus apreciaciones sobre el bien jurídico afirmando que el ofrecimiento de influencias es un delito de peligro “para el bien jurídico categorial de los delitos contra la Administración Pública.” (667). Esta idea es coincidente con lo dicho con lo dicho por ORTS BERENGUER y por GONZÁLEZ CUSSAC años atrás cuando afirmaban: “estamos ante un delito muy próximo a un acto preparatorio y a los delitos de peligro: se castiga lo que no pasa de ser una proposición, en tanto encierra un riesgo para el recto proceder de la Administración, v., ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, *DP (PG y PE)*, 2004, 768.

<sup>362</sup> ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, t.III, 2016, 206.

Recogiendo las opiniones que niegan la posibilidad de encontrar un concreto objeto de protección penal en el art. 430 CP aparecen CRESPO BARQUERO<sup>363</sup>, SÁNCHEZ LÁZARO<sup>364</sup> y PIÑOL RODRÍGUEZ<sup>365</sup> y abogando expresamente por su descriminalización, bajo la idea de que no se puede identificar claramente un objeto jurídico de protección se pronuncia DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO<sup>366</sup>.

## B. Las opiniones de quienes consideran que es posible identificar un bien jurídico

Los puntos de vista que acá se reseñarán, tienen en común el esfuerzo de encontrar un bien jurídico que permita justificar la existencia de este delito. Dentro de estas posturas hay diversos matices a los cuales paso a referirme.

### B.1. El prestigio y bien nombre de la administración

---

<sup>363</sup> CRESPO BARQUERO, en DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia.*, t. II, 3ª, 2002, 2392: “Pero la crítica doctrinal (BERDUGO, ORTS, LÓPEZ GARRIDO, RAMOS GIL) gira sobre todo en torno al eje de la considerable *inconsistencia* del tipo penal en relación con el que se considera el bien jurídico protegido *común* a los delitos contra la Administración Pública (ver comentario al art. 404); y es que la *eficacia imparcial* de dicha Administración en su vocación *prestacional* no se ve directamente comprometida –ni aún puesta en riesgo– por el mero hecho de que un determinado particular <<alardee>> (Queralt) de su capacidad de torcer la voluntad de los que la sirven, llegando a solicitar o a obtener una retribución a cambio de poner en acción tan preciada potencialidad. En ese punto, podría entenderse que el legislador alcanza el extremo de proteger en sede penal no ya la integridad real de la función pública, sino incluso el <<prestigio>> o el <<*buen nombre*>> de una Administración poco o nada perturbada (MUÑOZ CONDE) en su adecuado funcionamiento por tales conductas. No en vano se ha dicho (ORTS) que se trata de un delito de *peligro abstracto*, o incluso *remoto*. Más contundente, LUZÓN CÁNOVAS sugiere que este tipo penal <<no parece proteger bien jurídico alguno>>”.

<sup>364</sup> SÁNCHEZ LÁZARO, en ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *PE*, 710-711, quien además destaca la distinta opinión que este respecto tiene el TS: “En un sentido distinto, la STS 335 /2006, de 24 de marzo, sugiere como bien jurídico, también para estos delitos, <<la objetividad e imparcialidad de las decisiones administrativas, exigencia primordial para un correcto funcionamiento de las Administraciones públicas>> entendiendo esta figura como un delito de mera actividad que criminaliza, mostrando un <<rigor inusitado>>”.

<sup>365</sup> PIÑOL RODRÍGUEZ, en: SUAREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal*, 525: “Lo pretendido es castigar a todos los que manifiesten ser capaces de conseguir favores de las administraciones. Por ello, es difícil encontrar el bien jurídico protegido”.

<sup>366</sup> DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.)/SANZ HERMIDA/ORTÍZ PRADILLO (Coord.), *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, 2010, 241-242.

SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁSQUEZ GONZÁLEZ, opinan que el bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de la Administración Pública, con la particularidad de que en este caso el legislador ha decidido adelantar las barras de la protección penal con el objetivo de salvaguardar el prestigio de la Administración Pública<sup>367</sup>. NIETO MARTIN deja entrever que lo protegido es el buen nombre de la Administración. En efecto, luego de descartar el objeto de tutela penal sea la imparcialidad, con el argumento de que ello exigiría que se demuestre que el autor del delito tiene real capacidad de influencia, afirma que “al tutelarse el buen nombre de la Administración también puede sancionarse a quien simula una influencia falsa”<sup>368</sup>.

POLAINO NAVARRETE considera que lo protegido es, principalmente, la incorruptibilidad de la función pública, bien jurídico caracterizado desde una perspectiva que el citado autor denomina pluridimensional, la cual comprendería “la **incolumidad** de la función pública junto al **prestigio y buen nombre** de la misma”<sup>369</sup>.

También se pronuncia MUÑOZ LORENTE para quien el bien jurídico protegido no es más que la imagen o el buen nombre de la Administración, que puede verse lesionado debido a que la oferta de vender influencias o la aceptación de la dádiva generan la percepción de que en el seno de la Administración hay funcionarios influenciados que no actúan conforme a los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad<sup>370</sup>.

## B.2. La objetividad y la imparcialidad

En esta línea de opinión se ubica CARTOLANO. Considera que el bien jurídico coincide con el de los arts. 428 y 429 CP, “en definitiva el bien jurídico protegido por la figura del

---

<sup>367</sup> SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁSQUEZ GONZÁLEZ, *PE*, 2016, 2017, 687.

<sup>368</sup> NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), *Nociones PE*, 2015, 467, también parece entenderlo de esa forma PÉREZ MACHÍO, en: GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios CP*, t.V., 2015, 336. En contra CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 247, según su opinión la redacción del tipo no es admisible admitir que sean el prestigio y el buen nombre de la Administración el objeto de la protección penal.

<sup>369</sup> POLAINO NAVARRETE, en: POLAINO NAVARRETE (Dir.), *Lecciones PE*, 2011, 340. (negritas en el original)

<sup>370</sup> MUÑOZ LORENTE, en *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, núm. 4 marzo-agosto 2013, 81.

artículo 430 es la objetividad de las actuaciones administrativas (art. 103 de la CE). Al tiempo que su finalidad político criminal es impedir la comercialización o el <<mercadeo>> de influencias, que va seguido de la comisión de comportamientos tipificados en los artículos 428 y 429<sup>371</sup>. Por ello, también entiende que la “venta de humo” o influencia simulada es atípica dado que estas conductas no tendrían potencialidad de lesionar el bien jurídico (objetividad)<sup>372</sup>.

### B.3. El correcto funcionamiento de la Administración Pública o más genéricamente la Función Pública.

Pese que CUGAT MAURI ha dicho que a falta de bien jurídico merecedor de protección debe prescindirse de la incriminación de esta modalidad de tráfico de influencias, finalmente se inclina por la idea de que se protege la Función Pública en un sentido general, al afirmar que “a falta de mayor apoyatura, el punto de partida sigue siendo el ejercicio de la **función pública** como bien jurídico genéricamente protegido en el Título XIX del Lib. II del CP<sup>373</sup>”.

---

<sup>371</sup> CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 161 s.

<sup>372</sup> CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 161-162; también se refieren a la imparcialidad MANZANARES SAMANIEGO, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Wolters Kluwer (La Ley), 1359; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, en: RODRÍGUEZ RAMOS (Dir.), *Código penal: concordado y comentado*, 5ª, 2015, 2045.

<sup>373</sup> Al respecto, CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 239, precisa: “Puede intentarse encontrar una relación con la protección de la función pública en ese ofrecimiento de ejercer influencias cerca de funcionarios, pero la relación es ciertamente lejana. En efecto, no se exige que realmente se llegue a utilizar la influencia ni siquiera que realmente se posea, de modo que –con independencia de la interpretación que posteriormente se mantendrá– la tipicidad permite abarcar, en principio, incluso los supuestos en los que se alardea de influencias para obtener beneficios”. (negritas en el original); en esta línea es posible ubicar la opinión de ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/RAGUÉS I VALLÉS (coord.), *Lecciones PE 5ª*, 357 s, al considerar que las conductas incriminadas, cuando son realizadas por los particulares, suponen un peligro objetivo para ese bien jurídico; también VALEJE ÁLVAREZ en: GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.) GORRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2ª, 2015, 1198 s, en su opinión, “la cercanía con el bien jurídico Función Pública parece por tanto más defendible en el contexto de organizaciones con fuerte vinculación con el poder público en el que la línea entre lo público y lo privado es difusa”. Añade: “Sin embargo esta no es la situación actual, partamos de que nos encontramos entre los delitos contra la función pública y, por tanto, de que en principio, este tipo penal pretende proteger algunos de sus aspectos. El primer obstáculo con el que se tropieza es, precisamente, que los sujetos intervinientes son particulares y, por tanto, la actuación incriminada se desenvuelve totalmente en el **ámbito**

Descarta la posibilidad de admitir que lo protegido pueda ser el prestigio o el buen nombre de la Administración y sostiene que “son las funciones de la Administración, objetivamente consideradas lo que cabe esperar aspire a proteger un tipo como éste”<sup>374</sup>. En la misma línea se puede inscribir la opinión de GARCÍA ARÁN, autora que a este respecto opina que el tipo penal busca proteger del peligro que para el bien jurídico, “genéricamente identificado con el ejercicio de la función pública”, representa la conducta de ofrecimiento de influencias, peligro que solo será posible considerar existente en tanto se trate de una posibilidad real de influencia, pues de lo contrario, si es falsa, esta no tendría idoneidad para afectar el bien jurídico<sup>375</sup>.

Mención aparte merece la posición asumida por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO dado que, como se verá luego, al analizar la naturaleza del delito, se aparta de aquel sector de la doctrina que opina que desde el punto de vista de los sujetos, el art. 430 CP consagra un tipo *común*. Luego de explicar las razones que lo llevan a entender el tipo de esa manera concluye que “el art. 430 queda reducido a la *esfera privada*, en la que también se incluyen los comportamientos de ofrecimiento de influencias por los funcionarios públicos cuando realizan la oferta para actuar como particulares; esto es, valiéndose de la situación que les dan sus relaciones personales con otros funcionarios”<sup>376</sup>.

A partir de lo anterior reconoce que la débil conexión que existe entre los comportamientos tipificados en el art. 430 CP y el bien jurídico protegido de la Función

---

**privado**, con lo que la lesión de la función pública que se castiga en este título no se aprecia con claridad. Así, el tipo permitiría incluir supuestos como los siguientes: el familiar de un Ministro que ofrece a una empresa influir sobre el primero para que otorgue una concesión, solicitando una comisión a cambio; o el mismo familiar que se ofrece para acelerar la tramitación de un expediente perfectamente adecuado a derecho, solicitando una contraprestación por sus buenos oficios”. (negritas en el original)

<sup>374</sup> CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 241 ss, advierte además: “Por ello, la primera nota que conviene destacar es la de la **potencialidad de la oferta para llegar a afectar al ejercicio de las funciones públicas**, sea mediante la corrupción de los funcionarios, sea mediante el torcimiento de sus decisiones. Y en tal potencialidad cabe situar la aptitud para poner en peligro la actividad de la Administración.” (...). A lo que añade: “En base a la nueva redacción del tipo y las consideraciones expuestas, cabe afirmar que actualmente el art. 430 **no puede proteger**, como había defendido la doctrina en relación con el anterior 404 bis c), **el prestigio y buen nombre de la Administración**. Esta conclusión tiene consecuencias en la interpretación de concepto de influencia que aborda en el siguiente apartado”. (negritas en el original)

<sup>375</sup> GARCÍA ARÁN, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, 478.

<sup>376</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1523.

Pública que, en su criterio, en lo que atañe a los tipos de tráfico de influencias se concreta en la legalidad, no arbitrariedad, objetividad, imparcialidad, independencia e igualdad.

### C. Bien jurídico en el tipo penal del art. 430 según la jurisprudencia del TS.

Pese a que el TS reconoce que la lejanía respecto al objeto de protección es bastante amplia, lo que le ha permitido incluso calificar de “inusitado” el rigor del legislador, ello no ha sido óbice para que el mismo diga que el bien jurídico se corresponde con el que se protege en los art. 428 y 429 CP, esto es, la imparcialidad y objetividad de la Administración Pública. Así lo ilustran las sentencias previamente relacionadas en este mismo trabajo: STS 1335/2001, de 19-07; STS 335/2006 de 24-03.

### D. Toma de postura

Comparto la tesis de un amplio sector de la doctrina que considera que el tipo penal del art. 430 de CP tipifica unas conductas que están lejos de afectar el correcto funcionamiento de la Administración pública. En efecto, la oferta de ejercer influencias, sean reales o simuladas, que a su vez debe estar acompañada de la solicitud de dádivas, presentes o cualquier otra remuneración y que debe ser realizada por un particular o una Autoridad o Funcionario público -que en ese caso no actúan en ejercicio de su cargo- y dirigida a otro particular -el destinatario de la oferta-, permite, de entrada, apreciar que el ámbito en el cual se realiza la oferta de influencias es un ámbito privado cuya conexión con la Función Pública resulta bastante difícil de identificar.

Que la oferta de influencias o “venta de humo” como la denominan algunos, se desarrolla en una esfera esencialmente privada -por oposición a la que pudiera ser una actuación en el marco de la Función Pública- es también predicable en el supuesto cualificado incorporado por la LO 1/2015, en el cual el sujeto activo de la conducta es una Autoridad o Funcionario público, pues como lo sostendré más adelante, en ese evento, estos no actúan como agentes de la Administración pública y por tanto no están, desde esa perspectiva, en capacidad de lesionar el correcto funcionamiento de la misma, y concretamente, no tienen

posibilidad de afectar la objetividad, imparcialidad, que es lo que según la jurisprudencia del TS y una parte de doctrina consideran que se vería afectado<sup>377</sup>.

Por ello tampoco estoy de acuerdo con quienes consideran que lo que se protege es el prestigio y buen nombre de la Administración, no solo porque es un concepto demasiado vago como lo sostienen DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES<sup>378</sup>, sino porque en el fondo lo que subyace es la presunción de que las autoridades y funcionarios son corruptibles. Sin embargo, incluso pese a que tal presunción puede tener asidero en algunos ámbitos de las Administración pública, ello no es suficiente y por tanto no resulta razonable que a partir de la misma se justifique una anticipación barrera de protección penal, en contravía del carácter de *ultima ratio*<sup>379</sup> del derecho penal<sup>380</sup>.

Además, si de lo que se trata de prevenir estas conductas, muchas de ellas perfectamente pueden ser objeto de reproche en el ámbito del Derecho administrativo sancionatorio y en otros casos pueden quedar cobijadas por tipos penales ya existentes, por ejemplo, en el mismo art. 429 CP en los supuestos en los que esas influencias se ejerzan por

---

<sup>377</sup> Al respecto CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 243 “...si alguien se enriquece (...) a base de traficar influencias, sin que sean aplicables ni el cohecho ni la prevaricación ni la malversación, lo que parece realmente difícil, las respuestas se reducen prácticamente a dos: “a) en el terreno jurídico, la tipificación de esa situación en la que todavía no se ha llegado a afectar a la función pública, pero se crea un clima que la pone en peligro. b) en el terreno político, las demandas de responsabilidades de esta naturaleza. Desde luego, que exista la posibilidad de enriquecerse a costa de interceder ante la administración conlleva ya un clima de corrupción, aunque no lleguen a cometerse delitos, pero en este caso, lo verdaderamente preocupante es que tal clima se permita o incluso se propicie con la falta de transparencia, el amiguismo y la ausencia de controles, que llevan incluso a considerar adecuado e inevitable el pago de comisiones”.

<sup>378</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *AJA*, 223, 1995, 3.

<sup>379</sup> Sobre los alcances de este principio límite al *ius puniendi*, por todos, LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 2/14-16, donde además advierte y explica los rasgos de una “**tendencia contrapuesta** a la de la *ultima ratio* y la intervención mínima” en la que cabe “el **riesgo de exceso**, del que aparecen síntomas crecientes en tiempos recientes”. (negritas en el original)

<sup>380</sup> Al respecto comparto la siguiente idea de CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 243: “Cuestión distinta es que dicho ámbito tenga la suficiente entidad como para merecer intervención penal, por lo que sigue siendo pertinente la **crítica político criminal**. En efecto, admitida la posibilidad de apreciar aquí un delito de peligro para la función pública, no solo es rechazable una redacción que incluye hechos no peligrosos y que obligará a una **interpretación restrictiva** un tanto forzada, sino la propia oportunidad de semejante adelantamiento de la intervención penal. Piénsese que los límites del cohecho ya contienen el ofrecimiento o la solicitud de actuaciones torcidas, sin necesidad de que éstas lleguen a producirse. El delito que ahora analizamos supone alejarse todavía más de la posibilidad de desviar la actuación administrativa, situándose en la oferta de utilización de unas influencias que el tenor legal ni siquiera exige que sean reales. Sólo resta, por tanto, recordar que el principio de intervención mínima debería también esta vez, haber presidido la decisión del legislador”.

el particular en las condiciones previstas en el tipo, o por el delito de cohecho o inducción a la prevaricación, malversación de caudales públicos etc.<sup>381</sup>.

En síntesis, en mi opinión la posibilidad –por lo demás siempre latente- de que un particular tenga intención e incluso la haga explícita su voluntad y se ofrezca a ejercer influencias frente a una autoridad o servidor público para interferir en el correcto funcionamiento de la Administración no es razón suficiente para justificar una incriminación penal, máxime que como ya se dijo en el párrafo anterior, en muchos de los casos esa conducta podría quedar recogida, dependiendo de las concretas circunstancias en la que se realice, en los delitos mencionados u otros según las circunstancias.

La idea expresada según la cual el delito se desarrolla en una esfera eminentemente privada es un elemento que no debe perderse de vista y debe ser considerado en todos los casos en los que la incriminación se dirija a proteger el correcto funcionamiento de la Administración pública. Si bien los particulares pueden realizar desde afuera conductas que afecten el bien jurídico, también es cierto que para ello deben contar con la intervención de quienes desde adentro, tienen en sus manos la real y efectiva posibilidad de lesionarlo o ponerlo en peligro y para ello, en mi opinión, es indispensable que efectivamente se estén realizando funciones públicas.

En efecto, no hay que olvidar que el correcto funcionamiento de la Administración pública como bien jurídico genérico que se concreta en la objetividad, imparcialidad, legalidad, etc., que debe orientar la actuación de los servidores públicos, es un bien jurídico institucional cuya suerte está en manos de los funcionarios públicos a quienes se les ha

---

<sup>381</sup> Al respecto véase CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 242: “El problema es que en los casos en que esta actividad alcanza al propio ejercicio de la función pública están prácticamente todos cubiertos por otros tipos penales: si existe intercambio u ofrecimiento de dádivas a un funcionario público, será de aplicación el cohecho; si se obtiene una resolución injusta, la prevaricación. Incluso, en algunos casos de contratación con la Administración, si los caudales públicos que se utilizan en ella terminan beneficiando a sujetos privados porque se incrementa el gasto de la Administración con el pago de comisiones, pueden resultar aplicables los tipos de malversación.” (...) “Desde luego, ante este fenómeno, se ha dicho más de una vez que lo que se encuentra detrás son las prácticas de **financiación ilegal de los partidos políticos**. Pero obsérvese que no se ha querido dar el paso de convertir en delito las irregularidades de la normativa que regula dicha financiación, fuera de los casos de falsedad expuestos en la segunda parte del trabajo. De modo que se ha preferido limitar la intervención penal a aquellos atentados a la función pública que pueden cometerse, desde luego, con la finalidad última de financiar irregularmente a un partido, pero también con la de autoenriquecerse (el beneficio económico puede ser <<para sí o para un tercero>>). Es cierto que estos otros tipos (el cohecho, la prevaricación, la malversación e incluso las falsedades documentales) pueden presentar resquicios en caso de participación y problemas de prueba. Pero tampoco este tipo se destina a solucionarlos sino, como se ve, a crear un ámbito previo a los mismos”. (negritas en el original)

investido del poder, la autoridad o las facultades para determinar el rumbo de la Administración pública y por tanto son ellos, y no los particulares, los que tienen adecuar su conducta para garantizar el estricto cumplimiento de esos principios rectores de la Función pública.

### 3. Los elementos del tipo

#### A. Tipo objetivo

##### A.1. Sujeto activo del delito

El sujeto activo de este delito no requiere calidad especial alguna y por tanto puede serlo cualquier persona. No obstante, la LO 1/2015 introdujo una modificación en el sentido de prever que en el caso de que el delito fuera realizado por autoridad o Funcionario público, además de la pena de prisión, se le impondrá la de inhabilitación especial para ejercicio cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por un tiempo de uno a cuatro años.

Cabe anotar, de una vez, que el art. 430 no exige que el funcionario actúe prevaliéndose del ejercicio de su cargo. Por lo cual, habrá de entenderse que, para los efectos del delito aquí estudiado, actúa como particular<sup>382</sup>. Por ello, la inclusión de la pena de

---

<sup>382</sup> MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, 21ª, p. 883 s: “En la reforma se ha añadido la posibilidad de que el sujeto activo del mismo sea también autoridad o funcionario público, pero siempre que no actúe prevaliéndose de su cargo o de cualquier situación derivada de su relación particular con otro funcionario, sino a título particular.” Sobre el sujeto activo como particular también se pronuncian: QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2015, 1231, cuya opinión no recoge el cambio operado a partir de la LO1/2015, al menos eso se desprende de la siguiente afirmación, según la cual autor del delito: “Puede serlo cualquiera, aunque la ley no lo haya previsto expresamente con una penalidad privativa de derechos, aunque se de suspensión de la actividad profesional privada; pero lo cierto es que un funcionario o autoridad puede incurrir en este delito por ser más amplio que el previsto en el art. 420. En efecto, es éste se requiere la solicitud de gratificación para la realización de un acto justo que la lleve a cabo un funcionario en el ejercicio de su cargo; aquí ciertamente, la solicitud que se efectúa no es para realizar un cometido propio del ejercicio del cargo del solicitante”; ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, t.III, 2016, 206, opina que se trata de un delito en el que la autoridad o funcionario no actúa en ejercicio de su cargo en la medida en que “se trata de conductas preparatorias de las de tráfico castigadas con anterioridad, que además –aunque el que se ofrezca sea un funcionario o autoridad o otro funcionario- se realizan en la esfera privada o, si se quiere, sin que dicho comportamiento haya tenido trascendencia alguna –positiva o negativa- en la esfera de lo público...” GARCÍA VALDÉS/MESTRE DELGADO/FIGUEROA NAVARRO, *Lecciones PE*, 2015, 256: “Y el último es el ofrecimiento de influencias (que puede hacer un particular o funcionario público que no actúa en el ejercicio de su cargo”.

inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio incorporada en la reforma de 2015, no parece tener una justificación tan clara, ello si se admite por supuesto, que en esos casos la calidad de Funcionario público no tiene una incidencia concreta en la realización del delito, en tanto que para los efectos del art. 430 CP este realmente actúa como un *extraneus* a la Función pública.

CUGAT MAURI afirma que el delito contiene una modalidad común y otra especial y cualificada, esta última aplicable a los funcionarios, no obstante no explica, si en su opinión ello implicaría que el Funcionario público actúe en ejercicio de sus funciones<sup>383</sup>. En relación este aspecto, MUÑOZ CONDE advierte que la reforma introducida por la LO 1/2015 se orientó a establecer una sanción adicional a la pena de prisión para aquellos eventos en los que el autor del delito tenga la calidad de Autoridad o Funcionario público, pero aclara que esta sanción es aplicable para los casos en los que la autoridad o funcionario no actúa prevaliéndose de su cargo o de cualquier situación derivada de su relación con otro funcionario, sino a que lo hace a título particular<sup>384</sup>.

POLAINO NAVARRETE, antes de la adición realizada por la LO 1/2015, planteaba que no obstante que el tipo parecía no incluir a los funcionarios entre los sujetos activos del delito, ello no impedía admitir la posibilidad de considerar que estos fuesen también autores en aquellos eventos en los cuales se limitan a ofrecer influencias. Desde su perspectiva, cuando el que se ofrece a ejercer influencias es un Funcionario público, se debería tener en cuenta la circunstancia de agravación prevista en el art. 22.7 CP<sup>385</sup>.

Cabe anotar que respecto de la redacción del tipo penal del art. 430 CP, anterior a la LO 1/2015, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO planteaba, en contra de la que piensa buena parte de la doctrina, que las previstas en el art. 430 CP, no son modalidades delictivas comunes. A partir de las razones que expone para sustentar su punto de vista, surgen otros problemas de

---

<sup>383</sup>CUGAT MAURI, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) *PE*, 2016, 421; SÁNCHEZ LÁZARO, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *PE*, 710-711, dice que castiga el ofrecimiento a realizar las conductas de los art. 428 y 429: “Se trata de un delito común (...), al que se añade un tipo cualificado especial, que prevé la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, cuando la conducta es realizada por autoridad o funcionario público”.

<sup>384</sup>MUÑOZ CONDE, *PE*, 2017, 21ª, p. 883 s.

<sup>385</sup>POLAINO NAVARRETE, en: POLAINO NAVARRETE (Dir.), *Lecciones PE*, 2011, 340.

índole concursal a los cuales se hará referencia en este mismo apartado por estar vinculados directamente a la calidad de los sujetos que intervienen en la conducta.

En efecto según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, debido a que la conducta consiste en que el sujeto activo se ofrece a realizar las conductas descritas en lo art. 428 y 429 CP., ello supone que quien se ofrezca a realizarlas “lógicamente tiene que ostentar alguna de estas dos cualidades o <<características de la autoría>> propias de los delitos a los que incumbe la referencia normativa”<sup>386</sup>. Afirma que aunque la ley omitiera especificar los sujetos activos de las modalidades de tráfico de influencias contenidas en los artículos 428 y 429 CP, una tal omisión, según sus palabras, “se subvendería fácilmente con la sola contemplación de los actos típicos a realizar por estos sujetos”<sup>387</sup>.

Explica que si por ejemplo, “el art. 428 en lugar de hablar del <<funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad” dijese en cambio, <<el que influyere en un funcionario público>> y a continuación añadiera, como ahora hace, <<prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su relación jerárquica con éste o con otro funcionario>>, entonces no habría inconveniente en admitir que ese sujeto al que el CP se refiere como “el que” es precisamente un Funcionario público. Y ello se debe, según su propia opinión, a que solo quien tenga la condición de Funcionario público puede ejercer las facultades propias de esa investidura, o bien, tener una vinculación con un funcionario a través de una relación personal. Precisa que de la descripción de la acción se deducen las características que deben reunir aquellos que la ejecutan para que puedan ser considerados “sujetos activos idóneos de los tipos correspondientes”.<sup>388</sup>

---

<sup>386</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1522, añade en apoyo a su posición: “En efecto, por una parte, tan componente de las <<conductas descritas en los artículos anteriores>> es la acción (de influir con prevalimiento de posición o situación), como los sujetos (cuya caracterización acabo de recordar) que, como exigencia típica tienen que realizarla. Con la remisión del art. 430, no se alude a comportamientos prefigurados respecto a los típicos o que puedan considerarse género respecto de éstos (que, así, serían especies), sino exclusivamente a los comportamientos típicos en sentido estricto. Y a éstos pertenece, como uno de sus elementos, el sujeto activo señalado por la ley”.

<sup>387</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1522.

<sup>388</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1522 s, a continuación, añade: “...solo en función de que el sujeto activo al que se refiere el art. 430 posea las cualidades legalmente requeridas para serlo también de los tipos contenidos en los art. 428 o 429, la conducta típica de *ofrecerse* a realizar las conductas descritas en alguna de estas dos normas cobra sentido desde la perspectiva del bien jurídico protegido. Una interpretación distinta, por más amplia, conduciría a dilatar todavía más las ya muy relajadas (y por ello criticadas)

Con fundamento en las premisas anteriores, sostiene que el sujeto activo de las modalidades típicas previstas en el art. 430 CP, sólo puede ser aquel que a su vez pueda también serlo de los tipos previstos en arts. 428 y 429 CP<sup>389</sup>. De los anteriores planteamientos de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO se desprende su conclusión en el sentido de que al menos en lo atinente al art. 428 CP, el que se ofrezca a realizar la conducta descrita en el mismo artículo, solicitando dádiva o cualquier otra remuneración o aceptando ofrecimiento o promesa deberá ser Funcionario público, y esa es la razón por la que, al menos en este caso, puede hablarse de un tipo con sujeto activo calificado y no de un tipo común.

De su particular interpretación del delito se deriva otro problema que el mismo autor identifica diciendo que implicará la disyuntiva de calificar como delito de tráfico de influencias -art. 430 CP- o delito de cohecho -art. 419 CP-, la conducta del Funcionario público que se ofrezca a realizar algunas de las conductas previstas en el art. 428 CP.

Lo anterior teniendo en cuenta que el tipo penal de cohecho hace referencia al Funcionario público que solicite dádiva o presente o acepte ofrecimiento o promesa para realizar en el desempeño de su cargo un comportamiento constitutivo de delito. Puntualiza afirmando que desde luego, el hecho de que el Funcionario público que influya en otro Funcionario público prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su relación jerárquica con éste o con otro funcionario según lo previsto en el art. 428 del Código Penal, estaría realizando, en el ejercicio de su cargo, una acción constitutiva de delito<sup>390</sup>.

Advierte que la situación descrita en el párrafo anterior, solo deja de producirse en los eventos en los cuales “el funcionario al que se refieren los arts. 428 y 430 se prevalga de

---

posibilidades de llegar a afectar la objetividad, imparcialidad, independencia e igualdad que deben observarse en las actividades administrativas y judiciales”.

<sup>389</sup>OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998,1523, la consideración sobre el sujeto activo lo lleva a otra conclusión adicional que es la siguiente: “Consecuencia de lo dicho es que, en contra de lo que opina cierto sector doctrinal, el sujeto activo a que se refiere el art. 430 del Código Penal ha de poseer, realmente, la capacidad de influir que ofrece. O, dicho de otra manera, la oferta vana de influir no puede estimarse típica a los efectos del art. 430. Sí, en cambio, podría (de concurrir el resto de los elementos del delito, su ordenación y su interrelación) estimarse típica a los efectos del delito de estafa (incluso agravada: art. 250.1.7.<sup>a</sup> último inciso del Código Penal)”.

<sup>390</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1523.

la situación derivada de relaciones personales y cuando el funcionario oferente solicite <<cualquier otra remuneración>> que no sea una <<dáviva>> o un <<presente>>”<sup>391</sup>.

A partir de las anteriores consideraciones asevera que en vez de averiguar qué clase de concurso se presenta esos casos, o de poner de manifiesto, de nuevo, “la improcedencia y problemas que crea la previsión en el art. 428 de la modalidad típica referida a las relaciones personales (e intentar dar con la clave para solucionar esos problemas) y mejor que procurar determinar en qué puedan consistir esas otras remuneraciones, es concluir algo más tajante”<sup>392</sup>. Y esa conclusión consiste en entender que la remisión literal, y aparentemente incondicionada, “que hace el art. 430 a los <<los artículos anteriores>> debe entenderse limitada a una parte de los arts. 428 y 429. De manera tal que, como consecuencia, los supuestos de hipotético concurso antes señalados, quedan directa y únicamente sujetos a la previsión del cohecho que hace el art. 419 del Código Penal; en tanto que los supuestos concernientes al ofrecimiento de influir sobre la base de relaciones personales, quedan comprendidos en el art. 430, sea o no el sujeto activo un funcionario público (en quien, acaso, quepa apreciar la agravante 7.<sup>a</sup> del art. 22 del Código Penal)”<sup>393</sup>.

En definitiva, la conclusión de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO es que el ámbito de aplicación de art. 430 CP queda circunscrito a las conductas que se desarrollan en la esfera privada, incluyendo allí los comportamientos de funcionarios públicos que cuando realizan oferta para actuar como particulares, esto es, que para los efectos son verdaderos *extraneus* respecto de la Administración pública<sup>394</sup>.

---

<sup>391</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1523.

<sup>392</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1523.

<sup>393</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1523, añade: “Estas últimas conductas, en efecto, no encuentran correspondencia con las previstas como cohecho para los funcionarios: ni en el art. 419, que exige el propósito de cometer delito <<en el ejercicio del cargo>>, lo que no es el caso cuando de lo que se trata es de valerse de relaciones personales; ni en el art. 420, referido a la ejecución de un acto injusto, no delictivo, <<relativo al ejercicio del cargo>>, lo que, por similar razón a la anterior, tampoco es el caso de que tratamos; ni el art. 421, que atañe a una abstención del funcionario, cuando en el caso se ofrece ejecutar una acción positiva (de influir); ni el art. 425.1, relativo a realizar <<un acto propio del cargo>> o a uno de la misma índole ya realizado, cuando en nuestro caso ni es acto del cargo, ni un acto anterior, sino posterior, algo, esto último, que también puede aplicarse al art. 425.2; ni, finalmente, en el art. 426, porque las remuneraciones, ofrecimientos o promesas no se aceptan o se piden, en el supuesto del que hablamos, bien, simplemente, <<en consideración de la función>>, sino para hacer algo (el ejercicio de la influencia), o bien para conseguir <<un acto no prohibido legalmente>>, puesto que el art. 428 prohíbe dicho ejercicio de influencias”.

<sup>394</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley*, 5-1998, 1523.

Así las cosas, como lo expondré más ampliamente en la recapitulación y toma de postura correspondiente a este apartado, la afirmación inicial de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO en el sentido de que no se trata de un delito común, contrario a lo que sostiene un amplio sector de la doctrina, al final de cuentas no tiene mayores consecuencias prácticas. Sobre todo si se observa que llega a la conclusión de que el art. 430 CP es un delito que se desarrolla en el ámbito privado y esa idea es la que al momento de analizar el bien jurídico, ese amplio sector de la doctrina al que me he referido, pone ya de presente.

Creo que la modificación introducida por la LO 1/2015 es una prueba de que en realidad el tipo penal del art. 430 CP desde antes de la mencionada reforma, había sido concebido por el legislador con la idea de que se trataba de un delito común. De lo contrario, no tendría mucho sentido que ahora el legislador hubiese establecido la previsión especial de agravar la sanción para quien realice la conducta siendo autoridad o Funcionario público, es decir, si el tipo exigiera para fundamentar la autoría la calidad antes mencionada, no se entiende porque se habría omitido una previsión tan importante en materia punitiva como la incorporada en la reforma de 2015. Además, o quizás, sobre todo, porque el Funcionario público que efectivamente influyere –en cumplimiento de la oferta que hizo- estaría incurriendo ya directamente en el tipo del art.428 CP.

MORILLAS CUEVA precisa que el sujeto al que se dirige la solicitud o que ofrece o promete, tiene una doble dimensión: “Si es sólo beneficiario no tiene responsabilidad. Si ofrece o promete o da, habrá que estar a la posterior actitud del sujeto activo para incluirlo como inductor o cooperador del nuevo delito realizado, que, por otra parte, de producirse entrará en concurso con el del art. 430 CP”<sup>395</sup>.

## A.2. La conducta típica

Se sanciona a quien se ofrece para ejercer las influencias típicas de los art. 428 y 429 CP, solicitando una contraprestación de carácter económico o bien, aceptando a cambio un ofrecimiento o promesa. En palabras de GARCÍA ARÁN este debe ser considerado el genuino tráfico de influencias que precisamente consiste en la intermediación entre particulares con

---

<sup>395</sup> MORILLAS CUEVA, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *PE*, 2016, 1167 s.

el propósito de influir sobre la Administración Pública a cambio de algún tipo de contraprestación, por lo general, económica<sup>396</sup>.

En idéntico sentido ACALE SÁNCHEZ, dice que el art. 430 CP tipifica el delito de tráfico de influencias en sentido estricto, en el que un sujeto ofrece a realizar las conductas de los arts. 428 y 429 CP solicitando a cambio dádiva, presente o cualquier otra remuneración. Añade que se castiga también al particular o Funcionario público o Autoridad, que acepte el ofrecimiento o promesa de dádivas por realizar dichas conductas. Concluye afirmando que lo que se recoge en este delito es la esencia de tráfico de influencias, que según sus propias palabras, puede ser caracterizado por la inserción de las influencias públicas en las leyes de mercado<sup>397</sup>.

Acertadamente MUÑOZ CONDE advierte que lo decisivo a efectos de la tipicidad no es tanto el ofrecer hacer uso de la influencia, sino el solicitar a cambio de ello una contraprestación económica u otra remuneración, destacando que la actividad delictiva se realiza en el ámbito privado<sup>398</sup>. En la misma línea MORILLAS CUEVA expresa que la conducta

---

<sup>396</sup> GARCÍA ARAN, en: ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, 478. “El delito del art. 430 recoge el auténtico <<tráfico>> de influencias, si se entiende por tal la actividad de intercambio de influencias y contraprestaciones por su utilización. En todo caso, se trata de un considerable adelanto de la intervención penal a conductas que pueden llegar a afectar la función pública, pero que se encuentran en estadios propios de la preparación del delito: se trata del ofrecimiento de cometer los delitos anteriores, esto es, de influir –como particular o como funcionario– sobre otros funcionarios o autoridades. Si con los tipos de los arts. 428 y 429 ya se establecía una consumación muy adelantada al bastar con el ejercicio de influencia sin necesidad de que se alcanzara la resolución pretendida ni el beneficio económico, el art. 430 adelanta aún más la protección penal, al incriminar el mero ofrecimiento de ejercicio de influencia.” (...) “De este modo, se configura un delito de peligro abstracto que, como todos los de su naturaleza, debe ser interpretado de manera que la conducta aparezca como peligrosa en el momento de su realización aunque no llegue a provocar un concreto peligro. Por ello, es exigible aquí que la influencia que se ofrece ejercer sea realmente poseída por el autor del delito, puesto que de ser falsa, además, resultará inculparable como tentativa de estafa.” DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *AJA*, 223, 1995, 3, refiriéndose al anterior art. 404 bis c, explicaba que la conducta típica consistía en “solicitar dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o en aceptar ofrecimiento o promesa, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades”.

<sup>397</sup> ORTS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ en: VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios PE*, v. II, ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, t.III, 2016, 1848 s.

<sup>398</sup> MUÑOZ CONDE, 2015. 887; siguen esta línea v. CALDERÓN CEREZO, en: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *PE*, t.II, 2005, 498; ACALE SÁNCHEZ, en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Lecciones PE*, t.III, 2016, 206 para quien la configuración típica exige que se solicite o admitan las dádivas <<ofreciéndose>> a cambio de un precio.”; CRESPO BARQUERO, en: DEL MORAL GARCÍA/SERRANO BUTRAGUENO, *Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, t. II, 3ª, 2002, 2392, se muestra crítico de la forma como está regulada la conducta: “La indefinición que aparece como nota común a los tipos penales de tráfico de influencias se agudiza en este caso en la medida en que la conducta típica tiene como referente precisamente el ofrecimiento de *realizar las conductas descritas en los artículos anteriores*”. Sobre la acción típica dice que esta “se construye *mutatis mutandi* como la del cohecho: consiste en *solicitar* dádivas, presentes o *cualquier*

delictiva se concreta en solicitar o aceptar algún tipo de remuneración, “actual o futura para sí o un tercero, por ofrecer influencias que se dicen tener con determinados funcionarios o autoridades”<sup>399</sup>.

De la idea de que se trata del genuino tráfico de influencias se aparta expresamente FERRÉ OLIVÉ, pues en su opinión, la conducta típica descrita en el art. 430 “no es propiamente un tráfico de influencias”<sup>400</sup>. De lo que se trata, según su opinión, es de darle la categoría de delito a la conducta de los sujetos a los que actúan como verdaderos *conseguidores de influencias*<sup>401</sup>.

Esta manera de concebir el delito permitiría podría conducir, en mi opinión, a que se pudiera justificar su incriminación bajo la idea de que el derecho penal debe intervenir anticipadamente y en consecuencia, sancionar la conducta de aquellos sujetos que se dedican de manera profesional a interferir en las decisiones de la Administración pública, para lo cual, solicitan algún tipo de dádiva, remuneración o en general algún beneficio para sí o para un tercero, a cambio de interceder ante los funcionarios públicos en favor de aquel a quien solicitan o de quien aceptan ese beneficio. Como se verá más adelante, si ello es lo que se quiere evitar, para eso están previstas las distintas modalidades de cohecho y para los casos en los que la oferta de influir sea falsa, la posibilidad de que se sancione por el delito de estafa.

Por su lado, OLAIZOLA NOGALES ha manifestado que el art. 430 CP, permite advertir una mejora respecto al anterior 404 bis c), el que según sus palabras era el ejemplo de claro de una “pésima legislación” dada la vaguedad e indeterminación de las conductas allí

---

*otra remuneración* (aquí se hace de todo punto indiscutible, si alguna duda queda, la dimensión económica de la dádiva –ver comentario al art. 419- ) o *aceptar* el ofrecimiento o promesa *ofreciéndose* a realizar las referidas conductas”. (cursivas en el original); DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (Dir.)/SANZ HERMIDA/ORTÍZ PRADILLO (Coord.), *Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, 2010, 244, afirma que la conducta típica se configura como un tipo mixto alternativo de los verbos solicitar o aceptar.

<sup>399</sup> MORILLAS CUEVA, en: MORILLAS CUEVA (Dir.), *PE*, 2016, 1166 s, critica la inclusión junto a dádivas y presentes, de elemento del tipo *cualquier otra remuneración*, puesto que, a su juicio, ello que le da un innecesario margen de amplitud al delito.

<sup>400</sup> FERRÉ OLIVÉ, en ARROYO/BERDUGO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/ SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO, *Comentarios CP*, 2007, 3141.

<sup>401</sup> FERRÉ OLIVÉ, en ARROYO/BERDUGO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/ SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO, *Comentarios CP*, 2007, 3141.

previstas<sup>402</sup>. Que se pueda afirmar que se trata de una mejor redacción típica obedece a que hoy en día, la conducta típica se concreta en *ofrecerse* a realizar las conductas de tráfico de influencias precisamente de los arts. 428 y 429 CP. No obstante, recuerda también que las críticas al tipo penal subsisten en el sentido de que el art. 430 CP tipifica lo que serían actos preparatorios de los delitos previstos en los dos artículos inmediatamente anteriores<sup>403</sup>.

Nótese que a diferencia de lo expresado por MUÑOZ CONDE, y en su momento— respecto de art. 404 bis C-, por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que entienden que el núcleo de la conducta típica estaría en solicitar o aceptar, OLAIZOLA NOGALES pone el acento en verbo *ofrecer*.

En relación con lo anterior, cabe señalar que la conducta típica consiste en *solicitar o aceptar*. El primero de los verbos equivale a pedir o requerir<sup>404</sup>, en este caso, dádivas, y el segundo, equivale a recibir voluntariamente<sup>405</sup>. En ambos casos, esto es, la solicitud o la aceptación, se hacen bajo la oferta de realizar las conductas de tráfico de influencias contempladas en los arts. 428 y 429 CP. La solicitud de dádivas y la aceptación de ofrecimiento o promesa, acompañados de la oferta de ejercer influencias, configuran en su conjunto, el núcleo de la prohibición.

Partiendo de premisa de que la conducta típica se realiza en diferentes momentos, y por tanto, considerando que son tres verbos los que necesariamente el sujeto debe realizar, POLAINO NAVARRETE afirma que se trata de un delito plurisubsistente, que por su estructura requiere “la realización de varios momentos diferentes de acción cuyo conjunto unitario constituye el comportamiento típico, en este caso integrado por los **actos de ofrecer y de solicitar o aceptar**”<sup>406</sup>.

---

<sup>402</sup> OLAIZOLA NOGALES, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, 385 s.

<sup>403</sup> OLAIZOLA NOGALES, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, 385 s.

<sup>404</sup> El diccionario de la Lengua española, entre otras, utiliza como sinónimas lastres expresiones: solicitar, pedir, requerir, <http://www.rae.es>.

<sup>405</sup> Así una de las acepciones que le atribuye el diccionario de Lengua española, <http://www.rae.es>.

<sup>406</sup> POLAINO NAVARRETE, en: POLAINO NAVARRETE (Dir.), *Lecciones PE*, 2011, 340 *Acción*; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2015, 1231: “La acción es doble: solicitar o aceptar de terceros contraprestaciones económicas o su promesa para ejercer influencias sobre funcionarios o autoridades que hayan de resolver asuntos”. (negritas en el original)

Considero admisible y razonable el planteamiento que se acaba de citar, pues a mi modo de ver, la promesa de ejercer influencias que no esté acompañada de la solicitud de dádivas o de la aceptación de ofrecimiento o promesa, sería atípica. De la misma manera, sería atípica la mera solicitud o aceptación que no esté condicionada por la oferta de ejercer influencias. Por ello, creo que en este caso se puede plantear que estamos ante un caso en el que la tipicidad del delito está supeditada a que como mínimo, el sujeto activo se ofrezca y además acepté o solicite aquella contraprestación a la que hace referencia el tipo penal.

En la misma línea, y con razón, CUGAT MAURI destaca que el comportamiento típico se realiza en dos momentos. Por un lado, ofreciéndose a realizar las conductas descritas y por el otro, solicitando o aceptando contraprestación por la hipotética utilización de tales influencias, agregando que se trata de un delito de simple actividad que se consuma con la solicitud o con la aceptación<sup>407</sup>. Que la consumación se produzca en el momento en que se hace la solicitud o se produce la aceptación se debe, según se infiere de lo dicho por la mencionada autora, a que el ofrecimiento precede necesariamente a la aceptación, y ello

---

<sup>407</sup> CUGAT MAURI; *La desviación general y el tráfico de influencias*, 1997, 245: “En todo caso se trata de un delito de **simple actividad**, que se consuma con la solicitud o la aceptación. Teniendo en cuenta esta clasificación, cabe remitirse a la cuestión de si en tal clase de delitos son posibles las **formas imperfectas de ejecución** (...). Sin embargo, parece difícil imaginar supuestos de tentativa acabada, a no ser que se acepte la regla de la tentativa inidónea en casos de realización (inidónea) de todos los actos típicos, lo que, desde luego, dificulta –por no decir, impide– la ausencia de regulación legal de esta figura en el CP vigente.” Explica por qué considera que es delito de mera actividad: “en primer lugar, la propia estructura de la conducta, similar a la del cohecho, empuja en esta dirección desde el momento en que **basta la solicitud o aceptación de la contraprestación para la perfección típica**, sin necesidad de que el acuerdo que (sic) se perfeccione con la entrega efectiva de la cosa o la realización de la promesa. En segundo lugar de las precisiones formuladas más arriba sobre el bien jurídico se desprendía que nos encontramos ante un **delito de peligro contra el ejercicio de funciones públicas**; en este punto conviene precisar que se trata, además, de un delito de peligro **abstracto**, que no precisa de la producción de un resultado de peligro concreto, puesto que no siquiera es necesario que la influencia ofrecida sea aceptada, ni mucho menos, iniciado su ejercicio sobre el funcionario o autoridad influenciado. La lejanía respecto de una posible creación de peligro concreto se confirma, además, porque como ya se ha dicho, el texto no exige tampoco que la influencia sea real ni que su objeto sea la consecución de un acto injusto.” (negritas en el original. En un trabajo posterior, CUGAT MAURI, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.) *PE*, 2016, 421: “Para buena parte de la doctrina se trata de un delito con estructura de acto preparatorio, pues se sitúa en la fase previa al ejercicio de la influencia que tipifican los artículos precedentes” y además ha reiterado que “para la consumación de delito no es preciso que se llegue a ejercer la influencia prometida, ni que se obtenga la resolución o se cobre la contraprestación. En su caso, entrarían en aplicación lo tipos antecedentes.” (negritas en el original); SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAILLO/SERRANO TÁRRAGA/VÁSQUEZ GONZÁLEZ, *PE*, 3<sup>a</sup>, 2016, 687 “Para la *consumación* del delito es suficiente la oferta (MORILLAS CUEVA), no siendo necesario que se haga entrega de dádiva, presente, etc.”; POZUELO PÉREZ en: MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Práctico*, 2016, 1682, dice que el delito se consuma con el mero ofrecimiento, no se requiere efectiva influencia, ni siquiera que sea real la posibilidad de influir.

parece lógico, pues de lo contrario se cometería otro delito -por ejemplo el cohecho- y no el tráfico de influencias.

Más recientemente, esta misma autora ha dicho que, a diferencia de lo que ocurre con los tipos de cohecho, en los que “hay una simetría casi total entre el tipo especial de funcionario (cohecho pasivo) y el común de particular (cohecho activo)”, en el caso del art. 430 CP “solo se castiga a quien, teniendo la capacidad de influencia (sea particular o sea funcionario), *se ofrece* ejercerla, solicitando o aceptando *contraprestación* por ese concepto (el<<vendedor>>), no así a quien la pretende (o <<comprador>>)”<sup>408</sup>.

Partiendo de que se trata de un delito de mera conducta, ZÁRATE CONDE, citando una sentencia de TS, sostiene que el delito se consuma con el mero ofrecimiento de hacer uso de la influencia, sin importar si el ofrecimiento es aceptado o no por su destinatario, o que la influencia sea efectivamente ejercida. Consecuente con este planteamiento, llega a la conclusión según la cual la incriminación de la conducta del art. 430 CP, supone adelantamiento de la barrera punitiva, a los actos preparatorios o previos a la comisión de un delito de cohecho o de los otros de delitos de tráfico de influencias contemplados arts. 428 y 429 CP<sup>409</sup>.

En el mismo sentido de POLAINO NAVARRETE se pronuncia explicando que el delito se desarrolla en dos fases, la primera consiste en ofrecer influir sobre autoridad o funcionario y la segunda, en solicitar dádivas o aceptar ofrecimiento o promesa. Considera además que la acción de *solicitar* supone que el autor fija un precio por sus servicios, en tanto que la de *aceptar* implica prestar consentimiento respecto del precio ofrecido o prometido por la otra

---

<sup>408</sup> CUGAT MAURI, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), *PE*, 2016, 421.

<sup>409</sup> ZÁRATE CONDE, en: ZÁRATE CONDE (Coord.), *PE*, 2016, 770 s; FERRÉ OLIVÉ, en: ARROYO/BERDUGO/FERRÉ OLIVÉ/GARCÍA RIVAS/SERRANO PIEDECASAS/TERRADILLOS BASOCO, *Comentarios CP*, 2007, 907, recuerda que el TS en la sentencia STS 19.7.2001 dijo :<<Se trata también de un delito de mera actividad, que se consuma con la ejecución de la acción típica que describe el precepto, sin necesidad de que se produzca resultado alguno, ni siquiera que la solicitud del oferente sea aceptada por aquel a quien se dirige la oferta y, desde luego, sin que sea preciso que la influencia –que puede ser real o ficticia- sea ejercida efectivamente>>; POLAINO NAVARRETE, en: POLAINO NAVARRETE (Dir.), *Lecciones PE*, 2011, 340, dice que el tipo de art. 430 es un delito de mera actividad que se consuma “con la mera manifestación de la voluntad en el sentido del tipo”; ; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, 2015, 1231 : “Poco importa que el funcionario requirente o aceptante vaya a ejercer tal influencia, o, incluso, que pueda ejercerla, caso de desearlo. **Lo que se castiga no es la influencia, sino el alarde de poder ejercerla**”. (negritas en el original)

parte<sup>410</sup>. Añade que un supuesto que de acuerdo con su opinión queda abarcado por la modalidad de *aceptar*, es el de aquel un sujeto le promete a otro una retribución antes de haber recibido ofrecimiento de influencia. El que la acepta, dice, es porque también la ofrece<sup>411</sup>.

### A.3. Las dádivas, presentes o cualquier otra remuneración

La contraprestación solicitada a cambio de las influencias que se ofrecen puede consistir en dádivas, presentes o cualquier otra remuneración de conformidad con lo dispuesto en el tipo penal que se viene analizando. Se ha planteado cual ha de ser la naturaleza de la contraprestación.

Si se compara con la redacción contenida en los arts. 428 y 429 CP se observa que no se exige expresamente que la contraprestación pretendida tenga carácter económico. En este sentido CUGAT MAURI advierte que la exigencia de un contenido económico solo podría fundarse en una concepción “profesional” del delito y una tal concepción no es requisito indispensable del tipo.

## B. El tipo subjetivo

El tipo solo contempla la modalidad dolosa, y ello obedece a la naturaleza misma del delito en el que la conducta implica solicitar una contraprestación económica ofreciendo a cambio de ello ejercer influencias. Se plantea si el sujeto activo de la conducta debe tener

---

<sup>410</sup> CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 169, afirma que la primera modalidad es una oferta de contrato, que puede ser expresa o concluyente o manifestarse en forma tácita o encubierta: “se trata de una acción unilateral dirigida a un destinatario concreto, que a su vez debe recibirla (carácter recepticio), sin que sea necesario a efectos de la consumación que el o los receptores acepten la oferta.” Respecto de la segunda modalidad, la aceptación de la promesa o del ofrecimiento, dice que “constituye la adhesión a la propuesta de un tercero por medio de la cual éste se compromete a entregar o hacer algo en beneficio del sujeto activo, para que ejerza influencias en su favor.” Opina además “este supuesto exige que las partes lleguen a un acuerdo para que el delito se perfeccione. Por tanto, en estricto sentido semántico, sólo esta modalidad contempla un <<verdadero>> tráfico de influencias”.

<sup>411</sup> CARTOLANO, en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/GORJÓN BARRANCO/FERNÁNDEZ GARCÍA/DÍAZ CORTÉS, *Poder y Delito: Escándalos Financieros y Políticos*, 2011, 169, esta forma de interpretar el tipo penal, permite abarcar aquellos supuestos de lo que, en palabras de CARTOLANO, “es la <<corrupción ambiental>>, donde el conocimiento generalizado de que una persona o despacho trafica con influencias, vuelve innecesario el ofrecimiento explícito de éstos últimos”.

realmente la intención de hacer uso de la influencia y se dice que de haberlo previsto el tipo de esa manera, se configuraría un delito mutilado de dos actos<sup>412</sup>.

Si se parte de la potencialidad de la conducta para poner en peligro el correcto funcionamiento de la Administración pública, parece que el dolo del autor debe incorporar la voluntad no solo de ofrecer la influencia sino también la de ejercerla, lo cual presupone que el sujeto efectivamente posea tal influencia. Este punto de vista se relaciona también con el bien jurídico. En efecto, admitiendo que la conducta pone en peligro el correcto funcionamiento de la Administración Pública, solo aquel comportamiento que efectivamente se realice con la voluntad de interferir en la decisión del Funcionario público o Autoridad, tendrá la potencialidad de poner en peligro dicho bien jurídico. De lo contrario, es decir, cuando el sujeto solicite la contraprestación y ofrezca la influencia sin intención real ejercerla, lo que podrá estar en peligro es el patrimonio económico del destinatario de la solicitud en los eventos en los que la esta implique una contraprestación económica, pero no podría en todo caso sostenerse razonablemente que la Administración Pública haya estado siquiera en peligro.

A una conclusión diferente deberían llegar los autores que sostienen que no es necesario que el sujeto efectivamente posea la influencia pues en este caso, el dolo solo requiere que se tenga voluntad de solicitar la contraprestación y sepa que para ello debe ofrecer y efectivamente ofrezca ejercer la influencia sin que para nada importe que sea consciente de que no la posee y por tanto que no tiene ni intención ni posibilidad de hacerla efectiva.

## C. Problemas especiales vinculados con el delito

### C.1. La existencia de la influencia

Uno de los problemas relacionados con el delito de artículo 430 CP es el relativo a si el sujeto debe o no poseer las influencias que ofrece<sup>413</sup>. CUGAT MAURI ha explicado en este

---

<sup>412</sup> Al respecto CUGAT MAURI, *La desviación general y el tráfico de influencias*, 1997, 245 ss.

<sup>413</sup> CUGAT MAURI, *La desviación general y el tráfico de influencias*, 1997, 246., “Con la antigua redacción, este era el elemento típico cuya imprecisión se prestaba a mayores críticas. En el anterior art. 404

aspecto la doctrina se divide entre quienes consideran irrelevante el hecho de que el sujeto realmente tenga las influencias, como consecuencia lógica de lo cual se desprende que el delito consumará con independencia de si el sujeto activo realmente era poseedor de las influencias ofrecidas. Por el otro lado, están quienes opinan que las influencias deben poseerse, pues en caso contrario lo que procederá es aplicar el delito de estafa<sup>414</sup>.

De acuerdo con la mencionada autora, el sujeto debe poseer realmente la influencia que ofrece, pues, en su opinión, si se acepta que se trata de un delito de peligro contra el correcto funcionamiento de la de la Administración pública, ello requiere que la conducta consistente en ofrecer influencias sea objetivamente peligrosa para el bien jurídico protegido y ello solo será así en aquellos casos en los que el sujeto realmente posea la influencia. De manera que de no existir objetivamente esta influencia podría tipificarse el delito de estafa<sup>415</sup>.

## C.2. Responsabilidad del sujeto a quien se dirige la solicitud

Un asunto que también se ha planteado en relación con este delito es el relacionado con la responsabilidad del sujeto a quien se le hace la solicitud. Al respecto es necesario distinguir dos situaciones diferentes. Por un lado, en los eventos en los que de manera pasiva recibe la solicitud no parece haber dificultad en admitir que no tendría ninguna

---

bis c) no exigía que la utilización de la influencia tuviera como finalidad la consecución de un acto injusto, a lo que se podía añadir, que estrictamente, ni siquiera se exigía que la influencia pretendiera la realización de acto alguno. Asimismo, el legislador tampoco precisaba si la influencia debía poseerse por quien la ofrece o acepta por utilizarla. A todas estas cuestiones se debía responder mediante una interpretación basada en las conclusiones hasta aquí alcanzadas sobre el bien jurídico y la configuración como delito de peligro (...)

<sup>414</sup> CUGAT MAURI, *La desviación general y el tráfico de influencias*, 1997, 248 ss., “Por último, en relación a la influencia que se ofrece, se ha planteado doctrinalmente si debe poseerse realmente o si ello resulta irrelevante. En favor de la irrelevancia se manifiestan QUERALT, SUÁREZ MONTES, CASAS, MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA, CRESPO BARQUERO, mientras que MUÑOZ CONDE, ORTS, MORILLAS-PORTILLA Y GARCÍAS PLANAS, exigen que la influencia se posea realmente para integrar el tipo que nos ocupa, alegando que, en caso contrario, resultaría aplicable la estafa, y en concreto respecto de la regulación anterior, la que correspondía al tipo agravado del art. 529.6”.

<sup>415</sup> CUGAT MAURI, *La desviación general y el tráfico de influencias*, 1997, 249 s: “En consecuencia, **el límite de esta figura se encontraría en el alardeo u ofrecimiento de influencias falsas, que tradicionalmente se han recogido en el supuesto de estafa agravada** del art. 529.6 del CPA y que al no preverse como agravación en el art. 250 vigente (aunque quizá podría introducirse en el núm. 7), se incluirían simplemente en el tipo básico.” (...) “Cabe decir que tales supuestos han encontrado en el Derecho penal italiano un lugar entre los delitos contra la Administración. Así, el <<millantato crédito>> del art. 436, que ha incluido la conducta de ostentación de influencias falsas, tradicionalmente conocida como <<vendita di fumo>>, actualmente es objeto de interpretaciones tendentes a encontrar un bien jurídico propio de la Administración pública”. (negritas en el original)

responsabilidad penal y ello es apenas lógico, salvo que existiera un deber de denunciar estas conductas y que el hecho no hacerlo pudiese acarrear responsabilidad penal lo cual, pero tal posibilidad no tiene asidero en el actual CP.

Distinta es la situación si el sujeto ofrece, promete o da, habrá que tener en cuenta la conducta desplegada por el sujeto activo del delito, pues podría configurarse un nuevo delito en el cual quien hizo la promesa o el ofrecimiento o hubiere dado presente, dádiva o remuneración, podría ser considerado inductor o cooperador necesario, lo que además plantea la posibilidad de un concurso de delitos con el tráfico de influencias del art. 430 CP<sup>416</sup>.

#### 4. Toma de postura

En relación con el sujeto activo, me remito a lo ya expresado en relación con los arts. 428 y 429 CP. Sin embargo, teniendo en cuenta la modificación introducida por la LO 1/2015 para el caso en el que el que realice la conducta típica del art. 430 CP sea Autoridad o Funcionario público, en el sentido de agravar la responsabilidad imponiéndole además de la de prisión la de inhabilitación especial para ejercicio cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por un tiempo de uno a cuatro años.

Al respecto como lo expresé más atrás creo que no resulta tan clara la justificación de la agravación de la responsabilidad si se tiene en cuenta que la oferta de realizar las influencias no implica prevalerse de la investidura de Funcionario público o de Autoridad. Es cierto que podría alegarse en contra de lo aquí expresado que quien ostenta alguna de las calidades señaladas podría tener mayor posibilidad de afectar el bien jurídico dada su cercanía con la Administración. Sin embargo, tal objeción se desvanece si se tiene en cuenta que la consumación del delito no requiere que las influencias que se ofrecen sean efectivamente ejercidas y por tanto, calidad de Funcionario público o Autoridad me parece que no le añade nada al injusto, al menos en la manera como está actualmente redactado el delito.

---

<sup>416</sup> Así, MORILLAS CUEVA, *Delitos contra las Administración pública (VI). Tráfico de influencias*, en: COBO DEL ROSAL (Coord.), *PE*, 2ª, 2005, 912.

La postura anterior parte además de la conclusión que también considero correcta, en el sentido de que en realidad la conducta prohibida en el tipo del art. 430 CP se desarrolla en una esfera privada en la que los sujetos que intervienen en realidad actúan como verdaderos *extraneus* a la Función Pública. Considero así mismo, que lo que se sanciona en este caso es un acto preparatorio de otros delitos, especialmente el cohecho y la prevaricación. En ese orden de ideas quizás resulte un tipo penal innecesario en el que además se anticipa de manera inconveniente la intervención penal, sacrificando el carácter *de ultima ratio* que debe tener el Derecho penal.

En relación ya con un aspecto distinto, creo que en concordancia con los arts. 428 y 429 CP en los que se requiere que el sujeto pretenda una remuneración de carácter económico, considero que debe entenderse que en relación el delito del art. 430 CP la “otra remuneración” también debe entenderse referida a una remuneración apreciable en dinero, es decir, de contenido económico. Lo anterior, si no se quiere extender aún más el ámbito de aplicación de un delito cuya justificación político-criminal resulta tan dudosa.

Por último, que el sujeto realmente sea poseedor de la influencia que ofrece es un asunto que en mi opinión no es posible deducir de la actual redacción típica. Es decir, si la conducta consiste en ofrecerse a ejercer influencias a cambio de dádivas, presente o cualquier otra remuneración, en realidad la existencia o inexistencia de las influencias resulta irrelevante. Ello no quiere decir que esté de acuerdo con que ello sea de esa manera, simplemente pretendo poner de relieve que es tal la lejanía de la conducta con respecto a la Administración y su correcto funcionamiento como objeto de protección, que la existencia de la influencia se torna innecesaria para la tipicidad, lo que lleva a concluir que el tipo penal debería ser reformado o suprimido pues supone una incriminación demasiado alejada del bien jurídico que se pretende salvaguardar

## CAPÍTULO CUARTO

### EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO ARTÍCULOS 411 Y 411A

#### 1. Antecedentes del delito de tráfico de influencias en la legislación penal colombiana.

El delito de tráfico de influencias se encuentra tipificado en los artículos 411 y 411A CPcol, los cuales hacen parte del Capítulo Quinto -Del tráfico de influencias- del Título XV -Delitos contra la Administración Pública.

El antecedente del tráfico de influencias en el CPcol se remonta al Código Penal de 1936 Ley 95 de 1936, de 24 de abril<sup>417</sup>, como parte de los delitos contra la Administración de Justicia en el artículo, Capítulo III -De la colusión y otras infracciones cometidas por los apoderados y consejeros-:

“Artículo 198. Al que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad indebida, con el fin de obtener favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto, o de un testigo, perito o intérprete, invocando las influencias reales o simuladas que ante ellos pueda desarrollar, se le impondrá arresto de quince días a un año y multa de cincuenta a tres mil pesos”<sup>418</sup>.

---

<sup>417</sup> Cabe aclarar que el artículo 435 de la Ley 95 de 1936 estableció: “Queda autorizado el Gobierno, una vez aprobado este Código, para ordenar su nomenclatura y para subsanar cualquier deficiencia de redacción o falta de armonía, que puedan encontrarse en algunas de sus disposiciones.” En virtud de ello el Gobierno Nacional, luego de hacer los ajustes correspondientes expidió el decreto número 2300 de 1936, que, en su artículo único, dispuso: “El texto definitivo de la Ley 95 del 2 de abril del presente año (Código Penal), que entrará a regir desde el 1º de enero de 1937, será el siguiente.”. Se observa que en la ley 95 de 1936 el delito de tráfico de influencias aparecía en el artículo 199. No obstante, en el texto definitivo quedó como artículo 198. Sobre los antecedentes del delito de tráfico de influencias GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 418 ss. y MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 348 y ss.; LOMBANA VILLALBA, *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en Colombia y en España*, 2014, 487 ss.

<sup>418</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 348, recuerda que el antecedente de este delito se podría ubicar en el código penal italiano de 1930, arts. 346 y 382. Según PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 209, estas dos disposiciones del Código Penal Italiano, se ubican, la una, dentro de los delitos contra la Administración pública, “con dos formas o modalidades a saber:

Este delito fue criticado por diversas razones, en especial por su ubicación dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, pese a que es una conducta susceptible de realizarse no solo en la actividad judicial, sino incluso, según PEÑA OSSA, con mayor frecuencia en los ámbitos de las ramas administrativa y legislativa<sup>419</sup>.

Posteriormente la Comisión Redactora 1974 en uno de sus informes propuso una modalidad de tráfico de influencias bajo la consideración de que se trataba de sancionar una conducta que afectaba la Administración Pública<sup>420</sup>:

“El que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero u otra utilidad con el fin de obtener favor de la autoridad que esté en conocimiento de algún asunto o de un testigo, perito o intérprete, invocando las influencias reales o simuladas que ante ella pueda desarrollar, incurrirá en prisión de 1 a 4 años”.

“Si quien realizare la conducta descrita en el inciso anterior fuere funcionario o empleado público o trabajador oficial, la pena imponible se aumentará de una tercera parte a la mitad”<sup>421</sup>.

GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, citan también como antecedente el anteproyecto de Código Penal de 1976, que en su artículo 178 contemplaba una modalidad de tráfico de influencias, del siguiente tenor:

“El que invocando las influencias reales o simuladas que pueda interponer, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o cualquier utilidad, con el fin

---

la simulación de influencias (inc. 1º) y la venta de favor de un funcionario o empleado público (inc. 2º)”, y la otra, integrante de las conductas punibles atentatorias de la Administración de Justicia, que se refiere a la simulación de influencias del apoderado o defensor”.

<sup>419</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 211, agrega este autor: “No obstante lo anterior, hay que abonarle a los miembros de la comisión redactora del Código de 1936, y más precisamente al profesor RAFAEL ESCALLÓN, el cambio introducido a la última parte del texto aprobado, del verbo transitivo “pretextar”, que significa valerse de un motivo simulado o aparente, por el verbo también transitivo “invocar”, que quiere decir, llamar a otro en su favor y auxilio, para que se hiciera más notorio que tanto las influencias simuladas o preexistentes como las reales, estaban incluidas dentro de la fórmula del artículo 198.”

<sup>420</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 349.

<sup>421</sup> Sobre esta redacción MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 349, comenta: “Se comenzaba así a perder de vista el referente histórico ubicable en el Código Penal italiano de 1930, que contemplaba dos variantes específicas para esta conducta, al tiempo que se predicaba que el bien jurídico verdaderamente afectado era el de la Administración Pública, razón por la cual debía aparecer dentro de ese tramado de delitos, y no dentro de aquellos a través de los cuáles se castigaban las ofensas a la administración de justicia”.

de obtener que otro sea postulado, elegido o nombrado como auxiliar de la justicia o para un empleo oficial o cargo público, incurrirá en prisión de 6 meses a 3 años y multa de 500 a 20.000 pesos”<sup>422</sup>.

MOLINA ARRUBLA explica que por motivos que no se conocen, la Comisión Redactora del Código Penal de 1978, llevó el tráfico de influencias a un capítulo independiente en el que se incluyeron dos artículos, del siguiente tenor:

“Artículo 181. *Tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial, testigo, o auxiliar de la justicia.* El que invocando las influencias reales o simuladas que pueda interponer, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad, con el fin de obtener favor de un empleado oficial que esté conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo o auxiliar de la justicia incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años y multa de mil a cincuenta mil pesos”.

“Artículo 182. *Tráfico de influencias en postulación, elección o nombramiento.* El que invocando las influencias reales o simuladas que pueda interponer, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o cualquiera utilidad, con el fin de obtener que otro sea postulado, elegido o nombrado como auxiliar de la justicia o para un empleo oficial o cargo público, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y multa de quinientos a veinte mil pesos”<sup>423</sup>.

El Código Penal de 1980<sup>424</sup>, en su artículo 147, acogiendo algunas de las observaciones planteadas a las anteriores redacciones del delito, según afirma PEÑA OSSA, “se acercó más a la venta de influencias encubiertas del estatuto punitivo italiano”<sup>425</sup> y por tal razón, en el artículo 147 del nuevo código penal se tipificó el tráfico de influencias, así:

“El que, invocando influencias reales o simuladas, reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que

---

<sup>422</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 419.

<sup>423</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 349.

<sup>424</sup> Decreto-Ley 100 de 23 de enero de 1980, “Por el cual se expide el nuevo Código Penal”.

<sup>425</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 210.

esté conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años y multa de 1.000 a 50.000 pesos.”

La primera modificación introducida a este artículo fue realizada por la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), quedando de la siguiente forma:

“Artículo 147. El que invocando influencias reales o simuladas reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de 4 a 6 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.”

Tal como lo explican GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU<sup>426</sup> las principales modificaciones fueron las siguientes:

1. En el texto original se hablaba de “con el fin de obtener favor”, en el texto modificado, se dijo con el fin de obtener “cualquier beneficio”.
2. El nuevo texto ya no incluye al testigo dentro de los destinatarios de la influencia.
3. La pena de prisión se aumentó quedando en un mínimo de cuatro y un máximo de seis años. También se aumentó la pena de multa quedando en un rango de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Y además se estableció la pena de interdicción de derechos y funciones públicas para el autor del delito.

El tipo penal anterior fue objeto de diversas críticas, que llevaron a quienes las plantearon a sostener que la figura legal no tenía razón de ser y propugnaban por su exclusión del Código Penal. Se criticaba, por ejemplo, que cuando se alegaba una influencia simulada la conducta podía encuadrarse en el delito de estafa. Y en el caso de que las influencias fueran reales pero el sujeto que las ofreciera finalmente no las utilizara, estaríamos ante una

---

<sup>426</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008 419 s; MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, resalta como otra modificación importante que ya no se hable de empleado sino de servidor público.

conducta contra el patrimonio económico y por tanto, también encuadrable en el delito de estafa.

Así mismo, respecto a supuesto del “vendedor de humo”, que recibía dinero y ejercía efectivamente influencias, se afirmaba que podrían apreciarse a su vez dos hipótesis: la una, que no se lograra obtener el beneficio pretendido de parte de servidor público, caso en el cual, se decía, que no se veía de qué forma esta conducta podía afectar a la Administración pública. La otra hipótesis consistía en que se obtuviera el beneficio que el traficante de influencias buscaba, caso en cual se estaría en el ámbito de aplicación del delito de cohecho<sup>427</sup>. Todas estas críticas se aducían como argumentos para propugnar por la eliminación del delito de tráfico de influencias, por lo menos en la forma como estaba consagrado.

Estas objeciones al parecer tuvieron eco, pues en el Código Penal -Ley 599 de 2000, entre otras razones, quizás porque quien como doctrinante formuló algunas de ellas, posteriormente, en su calidad de Fiscal General de la Nación, fue autor del proyecto de Código Penal presentado por la Fiscalía General de la Nación y el Gobierno Nacional ante el Congreso de la República<sup>428</sup>. El mencionado proyecto dio lugar a la aprobación de la Ley 599 de 2000, por medio de la cual se expidió el nuevo Código Penal que en su artículo 411, tipificó el delito de tráfico de influencias de la siguiente forma:

“Art. 411. *Trafico de influencias de servidor público.* El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

---

<sup>427</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 421, afirman que en los casos de <<eficacia>> de la influencia, bien podríamos estar en el terreno de la determinación.

<sup>428</sup> En efecto quien ocupaba el cargo de Fiscal General de la Nación era Alfonso Gómez Méndez que es uno de los autores citados en la nota anterior.

Las modificaciones que introdujo el nuevo Código Penal fueron las siguientes: Se convierte en un tipo penal con sujeto activo calificado, esto es, sólo puede incurrir en el mismo quien tenga la calidad de servidor público en los términos previstos en el artículo 20 del CPcol. En el tipo vigente antes de la ley 599/2000, la conducta podía ser realizada por cualquier persona<sup>429</sup>.

En relación con la conducta típica, en el Código penal de 1980, modificado por el art. 25 de la Ley 190 de 1995, la conducta consistía en *recibir, hacerse dar o prometer, invocando* para ello influencias falsas o simuladas. Mientras que en el delito de tráfico de influencias del art. 411 CPcol la conducta consiste en “*utilizar indebidamente*”.

GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU consideran que tal modificación tenía importancia para fijar el momento consumativo del delito. En efecto, de acuerdo con el tipo derogado, la conducta se consumaba por el simple hecho de hacerse dar o prometer invocando la influencia, sin que importara si era o no ejercida<sup>430</sup>. Con la nueva redacción, al suprimirse de la descripción típica la posibilidad de que las influencias pudieran ser simuladas, ello implicaba que la consumación de la conducta quedaba condicionada a que efectivamente se utilizaran las influencias<sup>431</sup>.

MOLINA ARRUBLA hace notar otro cambio importante al explicar que para la configuración del delito, en la redacción anterior a la Ley 599/2000, era necesaria la concurrencia de la menos tres sujetos: “El servidor público, que debía ser ajeno a la

---

<sup>429</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 421 s, afirman: “del antiguo delito de tráfico de influencias solo queda el nombre”; MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 352 ss, destaca que además de sujeto activo se cambia el *nomen iuris*: “El primer cambio que se observa en esta figura delictual, es el que dice alusión al *nomen iuris* de esta conducta punible, como que mientras en el VNP se denominaba <<Tráfico de Influencias *para obtener favor de* servidor público>> (art. 147), en el NCP pasa a llamarse <<Tráfico de Influencias *de* servidor público>> (art. 410): Sutil pero sustancial variación (...)” Agrega que en el nuevo delito “se sanciona, específicamente, al servidor público (tipo penal de sujeto activo calificado), que despliega un tráfico de influencias frente o respecto a otro servidor público”. De acuerdo con lo anterior, expresa que la variación es ostensible: “El cambio no se da sólo en cuanto al sujeto activo, sino, también, en cuanto al sentido de protección de la norma, como que en el VCP se tutela el buen nombre, la buena imagen de la Administración, al paso que en el NCP, más que esos valores, lo que se protege es un deber (genérico) de fidelidad, de respeto y de acatamiento, de parte de los servidores públicos, frente a sus homólogos. (...) Por esa vía, no hay ya una protección a la Administración Pública a los ataques de que es víctima <<desde afuera>>, por parte de un *extraneus*, sino, tan sólo, <<desde adentro>>, por parte de los *intraneus*”.

<sup>430</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 422.

<sup>431</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 422.

negociación (so pena de que la conducta punible derivase hacia una concusión o hacia un cohecho, según fuere el caso); el traficante (que era el que invocaba las influencias reales o simuladas) y, obviamente, el interesado (que era quien “compraba”, a través del traficante, el beneficio de parte del servidor)”<sup>432</sup>; mientras tanto en el art. 411 CPcol, basta que concurren dos sujetos: “un servidor público, que es el que tiene o tendrá a su cargo el conocimiento o solución del tema; y hay otro servidor, que es quien ejerce indebidamente sus influencias frente a aquél, sin que sea necesario que haya un <<comprador>> de tal tráfico de influencias, en la medida en que esa utilización indebida de las influencias derivadas del cargo y/o la función del agente delictual, puede ser en estricto beneficio personal”<sup>433</sup>.

También resalta MOLINA ARRUBLA que la pena de prisión se modificó, aumentando su límite máximo, y en cuanto a la multa, advierte que esta se duplicó. Por último, y en relación con la sanción, critica, por considerarla antitécnica, la forma como se reguló la pena de interdicción de derechos y funciones públicas pues en la redacción legal se dice que la misma tendrá duración “<<por el mismo término de la pena principal>>, (olvidando que la interdicción también se encontraba contemplada allí como pena principal)”<sup>434</sup>.

## 2. La exención de responsabilidad a miembros de Corporaciones Públicas y tráfico de influencias de particular en la ley 1474 de 2011.

La ley 1474 de 2011, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, introdujo una importante modificación al art. 411 CPcol y además tipificó un nuevo delito de tráfico de influencias en el que el sujeto activo es un particular.

La modificación al art. 411 CPcol consistió en incorporar un párrafo para excluir del círculo de los posibles sujetos activos del delito a los miembros de las Corporaciones

---

<sup>432</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 354.

<sup>433</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 354. (subrayado en el original)

<sup>434</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 354.

Públicas en relación con determinadas actividades en las que actúan como representantes de las comunidades o regiones. El párrafo incorporado establece: “Los miembros de las Corporaciones Públicas no incurrirán en este delito cuando intervengan ante servidor público o entidad estatal en favor de su comunidad o región”<sup>435</sup>.

No se encontró en la exposición de motivos del proyecto una justificación expresa acerca de la necesidad de esta previsión. Sin embargo, al momento de estudiar los elementos del delito se analizarán las razones que en mi opinión justifican esta exclusión, sin perjuicio de algunas observaciones críticas en cuanto a su redacción y a la limitación de la actividad de los miembros de las Corporaciones Públicas, dejando por fuera a los funcionarios que ejercen labores similares de representación política de las entidades territoriales como es el caso de los Gobernadores de Departamentos y los Alcaldes Municipales.

De otro lado, el artículo 28 de la Ley 1474 incorporó un tipo *común* de tráfico de influencias, en los siguientes términos: “La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 411A, el cual quedará así: El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

En la exposición de motivos con la que se presentó el Proyecto de Ley<sup>436</sup> ante el Congreso de la República, se dijo: “Se tipifica igualmente el delito de tráfico de influencias de particulares, que sanciona eventos muy graves de corrupción que han quedado impunes porque el sujeto activo de la conducta actualmente existente es un servidor público”<sup>437</sup>.

No se encontró ninguna otra alusión, distinta a la que se acaba de transcribir, acerca de las razones por las cuales se introdujo el tráfico de influencias de particular en el CPcol.

---

<sup>435</sup> Son corporaciones públicas para estos efectos el Senado de la República, la Cámara de Representantes -ambas integran el Congreso de la República-, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales y la Juntas Administradoras Locales,

<sup>436</sup> Proyecto de Ley 142 de 2010 Senado y Proyecto de Ley Cámara 174 de 2010.

<sup>437</sup> V. Presidencia de la República de Colombia, Secretaría de Transparencia, *Estatuto anticorrupción: ley 1474 de 2011. Avances y desafíos tras cinco años de su expedición*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, p. 42, consultada en: <http://www.anticorrupcion.gov.co/Documents/Publicaciones/estatuto-anticorrupcion-ley-1474-2011.pdf>.

En los debates parlamentarios y en los informes de ponencia sobre el tema se introdujeron algunas propuestas para regular el lobby o cabildeo que finalmente no fueron aprobadas.

Así las cosas y luego de revisada la evolución legislativa, puede observarse que el delito de tráfico de influencias en Colombia contempla dos modalidades: un tipo especial en el cual el autor debe ser un Servidor público, prevista en el art. 411 y un tipo común en el cual el autor puede ser cualquier persona que realice la conducta descrita en el art. 411A. De cada una de estas modalidades me ocuparé en los siguientes apartados.

### 3. Bien jurídico. La administración pública como bien jurídico general como sinónimo de función pública.

En la delimitación de la Administración pública como objeto general de protección de los delitos contemplados en el título XV del CP, se encuentra tanto en las opiniones de la doctrina, basados en muchos casos en los pronunciamientos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en algunos otros de la Corte Suprema de Justicia, la idea común según la cual la Administración para estos efectos puede ser asimilada la noción de Función Pública, indicando que ésta última abarca de manera más amplia y da cuenta en forma más comprensiva de las conductas incriminadas dentro del título correspondiente a los delitos contra la Administración pública.

Así, GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU consideran que desde un punto de vista funcional al hablar de Administración Pública se está haciendo referencia al concepto más general de Función pública<sup>438</sup>. Consideran que esta noción de Función Pública como objeto de protección penal tiene fundamento en la Constitución Política colombiana, la cual en su art. 113 hace referencia al término *función* para incluir allí “las actividades de los diferentes órganos-poderes del Estado y de sus órganos de control”<sup>439</sup>. También señalan como fundamento los arts. 115, 122, 123, 150 y 209 Const. Pol.

---

<sup>438</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 65.

<sup>439</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 62. El art. 113 de la Constitución Política de Colombia establece: “Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas,

Advierten que la noción de Función pública se caracteriza por estar regida por el principio de legalidad y el finalista que se refiere a que las actuaciones de los Servidores públicos deben orientarse al servicio de Estado y de la comunidad. Destacan el “amplio espectro” de la noción de Función pública al otorgar al Congreso de la República la función de expedir las leyes “<<que regirán el ejercicio de las funciones públicas>>”<sup>440</sup>. Concluyen afirmando que “son múltiples los objetos de protección, pero la jurisprudencia sin hesitación alguna señala la escala de valores y de preferencia, en cuyo pedestal se encuentra el <<correcto funcionamiento de la Administración Pública>>”<sup>441</sup>.

Estos mismos autores, hacen un amplio análisis de las diferentes nociones de lo que puede entenderse por Administración pública en el contexto del CPcol de 2000<sup>442</sup>, y destacan una noción del bien jurídico Administración pública que según su opinión es “la más acabada y mayormente virtuosa”<sup>443</sup>, que es aquella que lo delimita como correcto desempeño de la Función pública, enfatizando en el carácter instrumental de esta como actividad prestacional encaminada a satisfacer el interés general<sup>444</sup>. El correcto funcionamiento de la Administración pública se ve afectado de distintas maneras cuando se vulnera el principio de

---

pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.” Importa en todo caso señalar que la mención a las actividades administrativa, judicial y legislativa en la actualidad puede resultar incompleta toda vez que la actividad estatal se manifiesta de otras formas y a través de otros órganos que no caben la tradicional clasificación tripartita indicada. En efecto en Colombia existen organismos que cumplen funciones electorales, funciones de control disciplinario o fiscal, las cuales en sentido estricto, no pueden considerarse funciones administrativas o judiciales o legislativas con expresa regulación en el artículo 113 de la Const. Pol. Sin embargo, ello no es óbice para admitir que se trata de actividades que también quedan abarcadas dentro de la noción de Función pública y en ese sentido también hacen parte de la noción de bien jurídico a la que se hará referencia en este capítulo. Sobre la estructura del Estado colombiano y los órganos y entidades que la componen puede consultarse RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Estructura del poder público en Colombia*, 15ª, 2017; ARBOLEDA VALLEJO, /RUIZ SALAZAR, *Manual PE*, 13ª, 2016, 801, consideran que en la Constitución Política no existe una concepción integral de sobre lo debe entenderse por Administración pública, debido a que “los conceptos de administración en sentido orgánico o subjetivo y material u objetivo son divergentes”.

<sup>440</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 62.

<sup>441</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 63.

<sup>442</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 49 s, se refieren a la Función pública como equivalente a la Función de la rama ejecutiva del poder público; como expresión del interés general, “desligada de los poderes legislativo, judicial y ejecutivo; como concepto transversal a los poderes públicos; la Administración sin perjuicio de otros intereses subordinados al concepto superior de Función Pública.

<sup>443</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 61.

<sup>444</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 2008, 61 s, opinión que expresamente atribuyen a dos autores españoles, a saber, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS.

legalidad e interdicción de la arbitrariedad, o la imparcialidad, la autonomía de los servidores públicos o cuando se hace uso inapropiado de los bienes y recursos públicos<sup>445</sup>.

De otro lado, se ha dicho que el concepto de Administración pública que debe tenerse en cuenta a efectos de la protección jurídico penal tiene un significado más amplio que en el Derecho administrativo. Es la idea que defiende MOLINA ARRUBLA, siguiendo en ello a PÉREZ<sup>446</sup>, de acuerdo con la cual, la Administración pública está conformada por aquellos mecanismos encargados de realizar gestiones para atender necesidades de la comunidad, lo cual implica una concepción dinámica de la primera<sup>447</sup>.

En consonancia con lo anterior, considera este autor que desde un punto de vista estático, el concepto de Administración pública se refiere a los órganos que la integran y que la protección penal de estos está prevista en los Títulos XVII –Delitos contra la existencia y seguridad de Estado y XVIII –Delitos contra el régimen constitucional, ambos del CPcol, mientras que desde un punto de vista dinámico se protege en el Título XV –Delitos contra la Administración Pública-<sup>448</sup>.

Delimitado el concepto de Administración pública en el sentido indicado, este mismo autor enumera una serie de valores que deben reunir las actuaciones de quienes están investidos de autoridad para administrar, entre los cuales menciona la fidelidad, la legalidad, la imparcialidad, la independencia. A partir de ello, concluye que la mayor parte de los delitos previstos en el Título XV afectan esos valores y por ende “lesionan o ponen en peligro la recta Administración Pública”<sup>449</sup>.

---

<sup>445</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 67 ss, califican estas afectaciones al correcto funcionamiento de la Administración pública como deformaciones a los “institutos” funcional, personal, jurídico y real.

<sup>446</sup> PÉREZ, *DP (PG y PE)*, 1962, 247: “El bien jurídico que ampara el título tercero, es la Administración pública, es decir, el ordenado e imparcial desenvolvimiento de los servicios adscritos al Estado en favor de la sociedad y de los individuos”.

<sup>447</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 21.

<sup>448</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 23, hace notar que el art. 113 de la Const. Pol., establece que el poder público está conformado por las ramas legislativa, ejecutiva y judicial y otros órganos autónomos e independientes de éstas, para el cumplimiento de los demás fines del Estado. Sin embargo ello no impide, como en efecto sucede en el CPcol, que la protección de la Administración Pública y de la Administración de Justicia en atención a la especificidad del bien jurídico.

<sup>449</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 23 s, podría decirse que el concepto empujado por MOLINA ARRUBLA mixto en la media en que tiene en cuenta los factores objetivo, subjetivo y teleológico. En este último caso, debido a la expresa referencia que hace al cumplimiento de las tareas del Estado. Afirma que de acuerdo con el objeto material, la afectación del bien jurídico puede recaer sobre los bienes, la Función pública o la persona del servidor. No obstante esta distinción resulta reduccionista

Así las cosas vemos que MOLINA ARRUBLA también se adscribe a la corriente que considera que el bien jurídico general es la recta Administración pública, rectitud que dependerá de que los servidores públicos actúen conforme a los valores que, según el mismo autor, deben estar encarnados en quienes están investidos de autoridad, con lo cual el campo de protección jurídico-penal se amplía demasiado, en tanto que esa rectitud dependerá de que los servidores públicos actúen con honestidad, la eficiencia y lealtad<sup>450</sup>.

También se refiere al bien jurídico PEÑA OSSA afirmando que para efectos penales el concepto de Administración Pública debe ser el más amplio, que en su opinión corresponde al que acoge la doctrina italiana a la que previamente ha hecho referencia, según la cual, comprende el conjunto de actividades realizan los órganos del Estado para el cumplimiento de sus fines<sup>451</sup>.

A partir de la noción anterior estima, citando de nuevo la doctrina italiana, que el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública se concretaría en “la regularidad y eficiencia de la actividad o función pública, en toda su extensión, es decir, la comprendida en las tres funciones fundamentales del Estado, a saber: la legislativa, la judicial y la propiamente administrativa o ejecutiva”<sup>452</sup>.

Puntualiza diciendo que en su criterio la Administración Pública “es un interés jurídico funcional, en cuanto busca proteger la regularidad y la eficiencia de toda la actividad del Estado, cualquiera que sea el órgano que la produzca, lo mismo que la imagen o prestigio

---

en la medida en que al afectarse los bienes públicos o la persona del servidor, se afecta la función pública, entendida en un sentido amplio.

<sup>450</sup> La referencia a aspectos tan generales también es utilizada por la jurisprudencia de la CSJ y por otros autores, y según lo expondré en la toma de postura, ello implica ampliar excesivamente el campo de aplicación de estos delitos.

<sup>451</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 35 ss, cita sentencia de la CSJ del 19 de mayo de 1999 MP Jorge Anibal Gómez, en la cual se afirma que se trata de <<un interés funcional o institucional porque la salvaguarda apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación entre los individuos o el ejercicio de los derechos de la comunidad>> sin perjuicio, claro está, de la necesidad de precisar en cada delito un objeto específico de la tutela penal, como subespecie del bien jurídico de la administración pública, y así lo haremos al tratar cada una de las figuras punibles que atentan contra ella.” También se pronuncia negando la posibilidad de que la mera infracción de deberes funcionariales sirva por sí sola para justificar la incriminación de la conducta si de ello no se sigue una amenaza o un daño para el bien jurídico, ello como exigencia derivada, según el mismo autor, del art. 11 CPcol.

<sup>452</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 35, cabría acá de nuevo, precisar que las funciones administrativas, legislativa y judicial no abarcan en toda su extensión las múltiples funciones de Estado atribuidas por la Constitución Política.

de la administración, pues la comisión de uno cualquiera de estos delitos supone la vulneración de deberes”<sup>453</sup>.

Aclara que en todo caso, deberá atenderse a la lesividad material de la conducta, de tal manera que si aquella falta, a pesar de la infracción del deber, no habrá injusto penal. No obstante lo anterior, a renglón seguido, agrega que en algunos casos la infracción del deber es la esencia del respectivo delito<sup>454</sup>, y pone como ejemplos las diferentes modalidades de celebración indebida de contratos<sup>455</sup>, prevaricato<sup>456</sup> y tráfico de influencias<sup>457</sup>.

URIBE GARCÍA, distingue entre Función Pública y Función administrativa, al considerar que la primera hace referencia al conjunto de funciones que cumple el Estado, mientras que la segunda se refiere a la estructura del Estado dirigida a satisfacer las necesidades de los administrados. Hace notar que la Corte Constitucional considera que la función administrativa es una especie dentro del género Función pública<sup>458</sup>. A partir de lo anterior y luego de citar algunas sentencias de la CSJ concluye que el bien jurídico protegido comprende tanto la Función pública como la Función administrativa cuya lesión o puesta en peligro puede recaer sobre “los bienes, la función pública, el instituto jurídico o el servidor público”<sup>459</sup>.

Como se verá en su momento, tanto GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, como MOLINA ARRUBLA Y PEÑA OSSA entienden que el bien jurídico general se concreta en cada tipo penal en valores o principios específicos cuya puesta en peligro o lesión se trata de prevenir con la incriminación de las distintas conductas a que se refiere el título XV del CPcol. De forma expresa, PEÑA OSSA advierte sobre “la necesidad de precisar en cada delito un objeto específico de la tutela penal, como subespecie del bien jurídico Administración

---

<sup>453</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 35.

<sup>454</sup> La infracción de deber como esencia del delito no puede ser en mi opinión fundamento de la responsabilidad en materia criminal. El principio de lesividad previsto en el art. 11 CPcol establece que la conducta típica solo será punible en los casos en los que lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídicamente tutelado, lo que a mi modo de ver permitiría entender que no basta el incumplimiento de un deber o su infracción para fundamentar la responsabilidad penal la cual estará condicionada, entre otros aspectos, a la capacidad que tenga esa infracción de deber de poner en peligro concreto o de lesionar el bien jurídico.

<sup>455</sup> Delitos previstos en arts. 408, 409 y 410 del CPcol.

<sup>456</sup> Delito consagrado en el art. 413 CPcol.

<sup>457</sup> Art. 411 CPcol.

<sup>458</sup> URIBE GARCÍA, *Delitos contra la Administración Pública*, 2012, 21 ss

<sup>459</sup> URIBE GARCÍA, *Delitos contra la Administración Pública*, 2012, 52 ss.

Pública” y anuncia que así lo hará al momento de tratar cada una de las figuras que atentan contra la misma<sup>460</sup>.

SOTOMAYOR ACOSTA también se ha pronunciado sobre el bien jurídico en los delitos contra la Administración pública, advirtiendo la inconveniente formalización que del mismo se ha producido sobre todo a partir de una reiterada postura de la jurisprudencia de la CSJ, “según la cual en estos casos se protege: la <<transparencia>> y <<pulcritud>> de la administración pública; el <<deber de fidelidad>> del funcionario a la administración pública; el <<deber de lealtad>> a la administración; el <<buen nombre>>, el <<prestigio, el decoro de la administración, el deber de fidelidad, deber del cargo, disciplina>><sup>461</sup> Lo anterior, señala SOTOMAYOR ACOSTA, ha llevado a que en la práctica resulte “casi imposible distinguir las infracciones que pertenecen a la esfera del derecho penal, de aquellas que permanecen o deben permanecer en el campo del derecho administrativo sancionador.”

Anota además que en Colombia se suele admitir “sin mayor discusión la existencia de un bien jurídico común a la mayoría de los delitos recogidos en el título XV de la parte especial del Nuevo Código Penal, cual es el correcto ejercicio de la Función pública, entendida ésta en un sentido amplio, esto es, contentiva de las diferentes ramas del poder público: ejecutiva (o administrativa en sentido estricto), legislativa y judicial”<sup>462</sup>.

Enfatiza su opinión afirmando que la característica común a ese bien jurídico genérico que se pretende proteger en el Título XV CPcol está representada por el servicio que los poderes públicos deben prestar a la comunidad y que se traduce en el correcto ejercicio de la Función Pública y, por tanto, lo protegido no son los órganos administrativos en sí mismos, sino la función que estos cumplen en aras de realizar las finalidades estatales previstas en el art. 2 de la Const. Pol<sup>463</sup>.

---

<sup>460</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 35.

<sup>461</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, *NFP 65- 2003*, 128 ss.

<sup>462</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, *NFP 65- 2003*, 132 s, añade: “Conviene aclarar, no obstante, que tales rasgos comunes a los delitos arriba mencionados no pueden reducirse a la violación del deber propio del cargo, pues, como destaca un importante sector de la doctrina, tal idea es derivable sólo de una concepción autoritaria del Estado, que concibe el deber y el servicio público como un asunto interno del aparato estatal, que para nada concierne a los ciudadanos, lo cual resulta en todo caso incompatible con el modelo de Estado adoptado en la Constitución de 1991”.

<sup>463</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, *NFP 65- 2003*, 133, puntualiza: “mal podría el derecho penal plantearse como objetivo la protección de la administración pública como mera organización, pues tal consideración convertiría a ésta en un fin, dejando de ser lo que es, un medio o instrumento necesario para alcanzar los fines sociales”. El art. 2 Const. Pol, prescribe: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la

## A. La noción de Función Pública en jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

En la sentencia C-563 de 1998, la Corte Constitucional expresó:

“Debe anotarse que un particular puede desempeñar funciones públicas en aquellos casos taxativamente señalados por la Constitución y la ley, sin que por virtud del ejercicio de las funciones encomendadas ese particular deje de serlo.

Por su parte, la función administrativa aparece en el capítulo 5 del título VII de la Constitución denominado ‘De la rama ejecutiva’. Dicho capítulo, más breve, se ocupa específicamente de la función que adelanta en general la Administración Pública, término que a su vez es más amplio que el concepto de rama ejecutiva, dándose entre ellos también una relación de género-especie, es decir, la rama ejecutiva es una especie dentro del género Administración Pública.”

La función pública, implica un conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines. Se dirige a la atención de los intereses generales de la comunidad en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige que ella se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad”

En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los

---

Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que está investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento (C.P. art. 123 )”<sup>464</sup>.

La noción amplia de Función Pública que presenta la Corte Constitucional es el género dentro del cual quedan comprendidas otras especies de funciones propias de la actividad público-estatal como los son la legislativa, la judicial, electoral, entre otras. Con la característica añadida de que en algunos casos, estas funciones, por expresa disposición de la Constitución o de la Ley, pueden ser ejercidas por particulares<sup>465</sup>, los cuales, en relación con el ejercicio de dichas funciones, adquieren la calidad de servidores públicos y por tanto también eventuales sujetos de responsabilidad penal por conductas delictivas vinculadas a la función.

No obstante, la Corte Constitucional ha establecido que no en todos los casos en los que un particular está cumpliendo funciones administrativas, está por ello ejerciendo Función pública, pues para que eso ocurra, es necesario que para el desempeño de tal actividad administrativa se le hayan delegado el ejercicio de *potestades públicas*<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz. Entre muchas otras providencias, la Corte Constitucional se ha referido a la noción de Función pública en sentido amplio para distinguirla de formas o especies como se manifiesta dicha función, en la sentencia C-620 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, confirma lo expuesto: “Al parecer el demandante confunde los conceptos de función pública y función judicial. Sobre esta materia la Sala precisa que el primero, en sentido amplio, está relacionado con las actividades que realiza el Estado a través de las ramas del poder público y de los órganos autónomos e independientes (...) en este campo también pueden ser incluidos los particulares que en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política (artículos 1, 2, 116, 123, 131, 210, 221, 246, 267, 277-9, 318, 340 y 365) y por mandato legal son investidos de funciones públicas. En sentido restringido la función pública es la actividad regulada por el conjunto de valores, principios y reglas aplicable a quienes están vinculados laboralmente con los organismos del Estado, denominados genéricamente servidores públicos (...)”.

<sup>465</sup>SUÁREZ TAMAYO, *Huida o vigencia del Derecho Administrativo: El caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones, tendencias del derecho Administrativo*, 2010, 179 ss, refiriéndose al caso específico de la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

<sup>466</sup> Ver sentencia C-543 de 2001.

La noción amplia de la Función Pública entendida como conjunto de actividades de órganos, entidades y agencias del Estado orientadas a cumplir los fines de este, es asimilada por la doctrina penal al concepto de Función administrativa. Tal asimilación no parece tener mayor dificultad en lo que se refiere a la delimitación del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, siempre y cuando se tenga presente que lo que existe entre ambos conceptos es una relación de género a especie y que, por tanto, lo que habrá de precisarse al momento de analizar el bien jurídico en cada delito, en nuestro caso, el tráfico de influencias, es cual aspecto concreto de esa función general y esa función específica se afecta con la realización de la conducta descrita en el tipo penal<sup>467</sup>.

Por su lado, la Corte Suprema de Justicia, ha dicho sobre la Función Pública lo siguiente:

“La mejor doctrina elaborada durante la vigencia del Código Penal de 1936 enseñó que el contenido del concepto Administración Pública que se utiliza en la legislación penal es muy amplio. En un sentido lato, el concepto Administración Pública comprende toda la actividad del Estado; en ella quedan cobijadas las tres funciones fundamentales del Estado: la legislativa, la jurisdiccional y la denominada actividad jurídica que comprende específicamente la actividad puramente administrativa.

Actualmente <<se viene aceptando por función pública la diversa forma de manifestación de la actividad del Estado, o por mejor decir, la manifestación del poder público desde un punto de vista teleológico, finalista. Esto es: la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final, al modo que expusiera ZANOBINI, de que “el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones>>, que se proyecta en la triple dimensión legislativa, judicial y administrativa.

Para la Corte el moderno concepto de Administración Pública lleva implícito el ejercicio de aquellas actividades necesarias para el cumplimiento de los objetivos estatales trazados en las políticas, planes, programas y tareas a desarrollar, para cuya

---

<sup>467</sup> Sobre la noción de Función pública y su relación con la Función Administrativa puede consultarse SUÁREZ TAMAYO, *Huida o vigencia del Derecho Administrativo: El caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones, tendencias del derecho Administrativo*, 2010, 161 ss.

realización requiere de la utilización de recursos físicos, técnicos, financieros y humanos sobre la base de un soporte normativo que la regule y oriente”<sup>468</sup>.

Como puede observarse, existen notables coincidencias entre los conceptos formulados por los dos máximos tribunales de las jurisdicciones constitucional y ordinaria en Colombia. En efecto, en ambos casos la Función Pública se define desde una perspectiva teleológica a partir de la cual la finalidad con la cual se desarrolle una actividad será un criterio fundamental al momento de establecer si se trata de una Función Pública. No obstante, no es el único aspecto que se debe considerar y ello se advierte en la incorporación del criterio orgánico, pues en ambos casos, se alude a aquellas actividades desarrolladas por el Estado a través de sus diferentes órganos.

Lo anterior no debe llevar a pensar que la admisión del criterio orgánico excluya la posibilidad de que esas actividades dirigidas a cumplir fines propios del Estado sean realizadas por órganos no estatales, y ello es patente en el reconocimiento que hace la Corte Constitucional en el sentido de que en algunos casos el Estado transfiere el ejercicio de ciertas potestades a los particulares, precisamente para que desempeñen determinadas funciones, que en atención a la finalidad que buscan y la autoridad de que están investidos quienes las desempeñan les confieren a aquellas un indudable connotación pública.

## B. La opinión de la Corte Suprema de Justicia sobre el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública.

De acuerdo con lo dicho, la CSJ asimila los conceptos de Función Pública y Administración pública como objetos generales de la protección jurídico-penal que subyace en los delitos consagrados en el título XV del CPcol. Ahora bien, al momento de delimitar el alcance del bien jurídico “Administración Pública” se advierte que se trata de un bien jurídico institucional cuya salvaguarda apunta a facilitar las relaciones entre los individuos y el ejercicio de sus derechos en la comunidad. De acuerdo con la CSJ, lo que se protege de

---

<sup>468</sup> CSJ, Sentencia 29.206 de 2008 La misma noción de Función Pública fue sostenida por la CSJ mediante sentencia radicado 9976 del 12 de junio de 2000.

manera inmediata es el correcto o debido ejercicio de la Administración pública, pues de esta manera se asegura la efectiva protección de los derechos individuales que son en última instancia los que de manera mediata se protegen, en tanto que los bienes jurídicos institucionales –como lo es el correcto ejercicio de la Función pública- están al servicio de los bienes individuales.

Finalmente la CSJ ha entendido que ese correcto funcionamiento se concreta en un interés específico que en algunos casos puede ser la imparcialidad<sup>469</sup>.

## C. El bien jurídico en el delito de tráfico de influencias art. 411 CPcol en la doctrina colombiana

### C.1. La transparencia, rectitud, imparcialidad y objetividad

MOLINA ARRUBLA considera que el tráfico de influencias del art. 411 CPcol es un delito pluriofensivo que afecta la transparencia, rectitud, imparcialidad y objetividad que debe presidir el ejercicio de la función pública<sup>470</sup>. Considera que la prohibición penal tiene también la finalidad de proteger “la libertad de autodeterminación de los servidores públicos, a los que aspira a protegerse de las influencias, distracciones o presiones que pueden provenir, aún desde adentro de la propia Administración, torpedeando u obstaculizando el cumplimiento de sus normales y habituales labores”<sup>471</sup>.

### C.2. Correcto funcionamiento de la administración: la imparcialidad, la igualdad y el interés general.

---

<sup>469</sup> CSJ, Sentencia 13992 de 19 de 1999: “El bien jurídico protegido, de acuerdo con la prescripción legal, es la Administración Pública. Se trata de un interés funcional o institucional porque la salvaguarda apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación entre los individuos o el ejercicio de sus derechos en la comunidad (...) se protege **de manera inmediata** el ejercicio debido o correcto de la administración, con el fin de que los primeros bienes mencionados puedan ser reales y efectivos. (...) Es necesario hacer trascender la diferencia entre bienes jurídicos individuales e institucionales, porque si bien los segundos están al servicio de los primeros, como vía para su realización, la antijuridicidad material debe referirse, en principio, al interés expresamente escogido y tutelado por la ley”.

<sup>470</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 355.

<sup>471</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 356.

GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, consideran que lo que se protege es el correcto funcionamiento la Administración pública, con el propósito de evitar que los servidores públicos abusen del cargo en busca de provecho indebido para ellos mismos o para tercero, en detrimento del “tratamiento imparcial, neutro, transparente e igualitario que todos deben recibir de la Administración pública, utilizándola como medio para obtener sus protervos intereses”<sup>472</sup>.

Agregan que se busca proteger el *instituto funcional* para poder garantizar el cumplimiento en debida forma de los fines bajo la égida del interés general<sup>473</sup>. Refiriéndose a lo que denominan, afectación de correcto funcionamiento de la Administración pública por “*deformación del instituto funcional*”<sup>474</sup>, añaden que se puede afectar el correcto funcionamiento de la Administración “en cuanto a la función propiamente dicha” pues aquellos actos que, como lo sería el delito de tráfico de influencias, son especies de corrupción administrativa los cuales atentan contra la función pública y por tanto hacen que el modelo de Estado constitucional deje de funcionar en forma efectiva<sup>475</sup>.

La deformación de ese instituto funcional en el delito de tráfico de influencias se produce en la medida que la realización de la conducta prohibida por parte del servidor público, se desvía “la finalidad pública hacia intereses privados o particulares” afectado con ello los fines estatales y el interés general<sup>476</sup>.

### C.3. El correcto funcionamiento: el prestigio y dignidad de la administración.

En opinión de PEÑA OSSA lo que se protege con la incriminación del tráfico de influencias “es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto su

---

<sup>472</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 423.

<sup>473</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 423 s.

<sup>474</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 67 s.

<sup>475</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 67 s.

<sup>476</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 67 s.

prestigio y dignidad en la actuación de sus mismos representantes quienes con su conducta de invocar influencias ante otro servidor público hacen difundir la creencia de que esta se mueve a través de la presión, de intrigas y favorecimientos”<sup>477</sup>.

Las críticas a esta concepción del bien jurídico son las mismas que ya se hicieron respecto a los planteamientos de la doctrina española, sin embargo, al final de este apartado en la toma de postura se harán algunas acotaciones adicionales teniendo en cuenta las características particulares del delito de tráfico de influencias en el CPcol.

ARBOLEDA VALLEJO/RUIZ SALAZAR opinan que el objeto jurídico de este delito está representado en “el interés del Estado en impedir que los funcionarios públicos, movidos por la codicia y transformados en vulgares especuladores, hagan servir los actos de la administración pública para su provecho personal o para fines privados, cualesquiera que sean”<sup>478</sup>.

#### C.4. La postura de la CSJ sobre el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias.

Según se verá a continuación la CSJ al precisar el aspecto concreto de la Administración pública que se protege en el tráfico de influencias menciona diferentes principios los cuales en algunos coinciden con los enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia<sup>479</sup>.

En efecto, de acuerdo con lo dicho por la CSJ el principio de transparencia<sup>480</sup> se ve seriamente comprometido con la ejecución del mencionado delito. Se refiere también la Corte

---

<sup>477</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 2012.

<sup>478</sup> ARBOLEDA VALLEJO/RUIZ SALAZAR, *Manual de Derecho Penal Especial*, 13ª, 2106, 854.

<sup>479</sup> Artículo 209: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

<sup>480</sup> CSJ, Sentencia rad. 43.474 de 30 de abril de 2014: “Lo anterior implica que el principio de transparencia en la función pública se ve seriamente comprometido con la ejecución del mencionado delito en relación con este tema, se ha pronunciado la Sala en los siguientes términos: “*Transparencia quiere decir claridad, diafanidad, nitidez, pureza y translucidez. Significa que algo debe ser visible, que puede verse, para*

a la moralidad, neutralidad e igualdad como valores principios que también se pueden ver afectados, pues estos en última instancia, en criterio, están orientados a la protección del interés general<sup>481</sup>.

Según la CSJ, la influencia susceptible de reproche penal es precisamente aquella en la que el servidor público centra su actividad en la satisfacción de su interés personal en perjuicio de la comunidad o del Estado<sup>482</sup>.

Afirma también Corte que la incriminación del tráfico de influencias se orienta también a proteger la libertad de los funcionarios públicos frente a las influencias provenientes de quienes están en una posición de superioridad respecto de otros funcionarios que en el casos concreto, son los que tienen a su cargo una decisión relativa a un asunto sometido a su competencia<sup>483</sup>.

Finalmente, también se incluyen como objeto de protección, de acuerdo con la jurisprudencia se viene de citar, la rectitud, la probidad, la honestidad como valores que deben orientar la actuación de los servidores públicos<sup>484</sup>.

#### D. Toma de postura sobre el bien jurídico en el título XV del CP y en los delitos de tráfico de influencias

Comparto la idea expuesta por algunos autores colombianos y también, en algunos casos por la CSJ en el sentido de que el bien jurídico común a todos los delitos previstos en el Título XV del CPcol, es el correcto funcionamiento de la Administración pública en tanto la misma es el instrumento a través del cual el Estado cumple sus finalidades esenciales en favor de los individuos y de la comunidad. Este bien jurídico debe precisarse

---

*evitar la oscuridad, la opacidad, lo turbio y lo nebuloso. Así, la actuación administrativa, específicamente la relación contractual, debe ser perspicua, tersa y cristalina".* (cursivas en el original)

<sup>481</sup> CSJ Sentencia 34282 de 27 de octubre de 2014, reiterada en CSJ Sentencia 36943 de 30 de noviembre de 2017.

<sup>482</sup> CSJ, Sentencia 21.678 de 2005, reiterado en CSJ sentencia 31.982 del 28 de agosto de 2014.

<sup>483</sup> CSJ, Sentencia 36943 de 30 de noviembre de 2017: «las influencias se configuran en relaciones de superioridad o preeminencia entre el sujeto activo y pasivo, conexión derivada del orden jerárquico que ocupen las dos personas a que alude el tipo penal en la entidad del Estado. Lo lógico es que sean utilizadas por el que ostenta el privilegio o ventaja sobre el inferior o viceversa».

<sup>484</sup> CSJ Sentencia 28141 de 2013.

en cada delito de manera que se determine el aspecto concreto que la lesionarse o ponerse, afecta el correcto funcionamiento de la Administración pública.

En cuanto a la asimilación que se hace entre Función pública y Administración pública, considero que es correcto, y que puede admitirse sin mayor discusión que se trata de un asunto de matiz en tanto la primera es el género y la segunda una especie aquella. Sin embargo, la utilización de la noción de Función Pública quizás tenga la ventaja, desde el punto de vista comunicativo, de realzar que lo protegido es una relación dinámica que consiste en ese conjunto de actividades, instituciones, instrumentos y procedimientos creados y organizados para que el Estado cumpla con su fin último de asegurar el bien común y por tanto, de hacer prevalecer el interés general<sup>485</sup>.

En lo que tiene que ver específicamente con el delito de tráfico de influencias considero que al igual que ocurre con el caso español, lo que se protege en este delito es la objetividad e imparcialidad que debe orientar la conducta de los servidores públicos. De ello se deriva que el correcto funcionamiento de la Administración pública dependa de que los funcionarios o servidores públicos puedan actuar y tomar las decisiones en los asuntos de su competencia con plena libertad, ciñéndose a los parámetros establecidos en la Constitución Política, la Ley y los reglamentos.

De manera que, así concebido el bien jurídico<sup>486</sup>, resultan criticables las alusiones a valores y principios como la honestidad, probidad, pulcritud, rectitud de los funcionarios o a la buena imagen de la Administración pública como objetos de la tutela penal en el caso concreto del delito de tráfico de influencias.

---

<sup>485</sup> La prevalencia del interés general en el Estado social y democrático de derecho no debe entenderse en todo caso como una colectivización de la vida social que conlleve el desconocimiento de las libertades y derechos individuales. Lo anterior implica hacer compatible ese interés general con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad cuya consagración supone una apuesta por el respeto a la autonomía moral de los individuos, que obliga a que la limitación de las libertades individuales en todos los ámbitos deban ser las mínimas necesarias para asegurar la prevalencia de bienes supraindividuales ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Libertad personal y seguridad ciudadana: estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, 1993.

<sup>486</sup> Respecto de cual lo dicho en el capítulo relativo al bien jurídico en los delitos de tráfico de influencias del CP español (arts. 428 y 429) es aplicable, con muy pocas matizaciones, al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias del CPcol (arts. 411 y 411A).

Aunque sin duda estos valores y principios son importantes -a excepción quizás de la buena imagen-<sup>487</sup> como pautas orientadoras de la conducta de los funcionarios públicos e incluso también de los ciudadanos, su inclusión como objetos específicos de la protección penal hace que en la práctica resulte imposible distinguir, al menos desde la perspectiva del bien jurídico unas figuras delictivas de otras<sup>488</sup>. Pero además, sobre todo, porque una concepción del bien jurídico tan amplia y general conduce a una “formalización” del bien jurídico en el sentido anotado por SOTOMAYOR ACOSTA, al punto que se hace “casi imposible” distinguir infracciones administrativas de las infracciones penales<sup>489</sup>.

## 4. Los elementos del delito

### A. El tipo objetivo

#### A.1. El sujeto activo de la conducta

De conformidad con el artículo 20 del CPcol para todos los efectos de la ley penal se reputan servidores públicos: “Los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.” Agrega el citado artículo que, para los mismos efectos, “se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional de Lucha contra la Corrupción y las personas que administren recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”

---

<sup>487</sup> En realidad lo que se deba entender por la buena imagen de la Administración resulta difícil de delimitar, sobre todo porque se trata de medir percepciones de los ciudadanos que no siempre ven con buenos ojos la Administración pública -aunque esta funcione en general de forma correcta- y ello en parte obedece a sesgos políticos, ideológicos o de índole similar que hacen que en todo caso la buena imagen resulte un parámetro bastante inseguro para medir el buen desempeño de la gestión administrativa, más allá de que pueda decirse, no sin razón, que una administración que funciona correctamente debería gozar del respaldo popular.

<sup>488</sup> Recuérdese que una de las funciones del bien jurídico es servir como criterio orientador en la interpretación de los tipos penales.

<sup>489</sup> SOTOMAYOR ACOSTA, *NFP* 65- 2003, 132.

La noción de Servidor público del artículo 20 del CPcol no coincide con la que se formula en el Derecho administrativo, siendo en el ámbito jurídico penal un concepto más amplio en el sentido de que no es indispensable una vinculación contractual o reglamentaria con la Administración. De la enunciación que se hace en el artículo 20 no existen mayores dificultades en la delimitación de los sujetos que de acuerdo con el CPcol se reputan servidores públicos desde el punto de vista jurídico-penal. No obstante, dentro de enumeración que hace el CPcol figuran “los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria” y como se verá más adelante, no en todos los casos resulta tan sencillo, ni está tan claro, determinar cuándo un particular está ejerciendo funciones públicas. A continuación, paso a ocuparme de cada uno de los supuestos indicados en el artículo 20 CPcol.

#### a. Miembros de las Corporaciones Públicas

Se refiere el Código Penal a las Corporaciones Públicas<sup>490</sup> que en este caso tienen su origen directamente en normas constitucionales. En la actualidad son las siguientes: el Congreso de la República (art. 114 CPco)<sup>491</sup>; las Asambleas Departamentales (art. 299 CPco)<sup>492</sup>; los Concejos Municipales (art. 312 CPco.)<sup>493</sup> y las Juntas Administradoras Locales (art. 318, inciso 2° CPco)<sup>494</sup>.

---

<sup>490</sup> No obstante, GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 81, advierten que en este aspecto el CPcol es impreciso al no haber especificado que se trata de corporaciones públicas *de elección popular*, crítica con la que estoy de acuerdo, teniendo en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-647 de 2002, MP Álvaro Tafur Galvis, en la cual explicó, al referirse al texto original de artículo 261 de la Constitución Política de 1991: “En efecto, la expresión <<corporaciones públicas>> contenida en dicha norma la utiliza el constituyente sin distinción, para referirse a aquellos órganos colegiados compuestos por miembros elegidos por votación popular”.

<sup>491</sup> Art. 114 de la Const. Pol., inciso 2°: “El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes”.

<sup>492</sup> Art. 299: “En cada departamento habrá una corporación político-administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental, la cual estará integrada por no menos de 11 miembros ni más de 31. Dicha corporación gozará de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la administración departamental”.

<sup>493</sup> Art. 312: “En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para periodos de cuatro (4) años que se denominará Concejo Municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal”.

<sup>494</sup> Art. 318: “Con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos de carácter local, los concejos podrán dividir sus municipios en comunas cuando se trate de áreas urbanas, y en corregimientos en el caso de las zonas rurales. En cada una de las comunas o corregimientos habrá una junta administradora local de elección popular, integrada por el número de miembros que determine la ley”.

De acuerdo con el art. 114 inciso 2º de la CPco el Congreso de la República está integrado por el Senado y la Cámara de Representantes. En consecuencia, para efectos de la ley penal, son servidores públicos los Senadores de la República y los Representantes a la Cámara.

Las Asambleas Departamentales las conforman los diputados, los Concejos Municipales por los concejales y Juntas Administradoras Locales por los ediles. Todos los anteriores son servidores públicos a efectos penales, lo cual, es congruente con la importante función que cumplen, una auténtica función pública en el sentido ya estudiado, dentro de la estructura del Estado colombiano<sup>495</sup>.

#### b. Empleados y trabajadores del Estado<sup>496</sup>

A esta categoría pertenecen todos aquellos que tienen vinculación legal o contractual con los órganos y entidades que integran la estructura del poder público en Colombia a los que se refieren los artículos 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119 y 120 de la CPco. Por su parte el art. 125 CPco establece, de manera general, que entre otros, los empleados y trabajadores del Estado tiene el carácter de servidores públicos<sup>497</sup>.

---

<sup>495</sup> Al respecto véase GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 81.

<sup>496</sup> RODRÍGUEZ, R., *Estructura del poder público en Colombia*, 15ª, 2017, 54 ss, explica que el poder público en Colombia está integrado de la siguiente forma: Rama legislativa, integrada por el senado de la República y la Cámara de Representantes y las distintas comisiones constitucionales, legales, especiales y accidentales y por los servicios administrativos y técnicos (de manera que los empleados de los servicios técnicos y administrativos se consideran también servidores públicos en tanto trabajadores del Estado, y los congresistas en cuanto miembros de una corporación pública); Rama ejecutiva o Administrativa (Presidencia de la República, Ministerios, Departamentos Administrativos, organismos adscritos (superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, consejos y comisiones), organismos vinculados (empresas industriales y comerciales del estado, sociedades de economía mixta, entidades descentralizadas, entidades de régimen o carácter especial (Banco de la República); Rama judicial Jurisdicción ordinaria, Jurisdicción contencioso-administrativa, Jurisdicción constitucional, Jurisdicciones especiales, Fiscalía General de la Nación, Consejo Superior de la Judicatura; Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo, Personerías municipales); Organismos de control (Contraloría General de la República; Auditoría General de la República; Contralorías departamentales, Personerías municipales); Organización electoral (Consejo nacional electoral y Registraduría Nacional del estado civil); Organización territorial (Departamentos, regiones, municipios, provincias, áreas metropolitanas, territorios indígenas, esquemas asociativos territoriales).

<sup>497</sup> Art. 123: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

Dentro de la categoría se incluyen los empleados y trabajadores de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial del poder público. Así mismo los empleados y trabajadores de los organismos de control (Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República), de la Organización Electoral (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil).

#### c. Los miembros de la Fuerza Pública

De conformidad con lo dispuesto en el art. 216 CPco, la Fuerza Pública colombiana está integrada, en forma exclusiva, por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. A su vez, el art. 217 CPco establece que las fuerzas militares la conforman el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea colombiana y el art. 218 CPco preceptúa que la Policía Nacional es un cuerpo armado de naturaleza civil a cargo de la Nación.

En ese sentido, para los efectos de la ley penal son servidores públicos todos aquellos que estén vinculados por cualquiera de los modos de incorporación legalmente establecidos a la Fuerza Pública. Cabe precisar que a los miembros de la Fuerza Pública se les aplica el Código Penal en relación con las conductas que no estén expresamente tipificadas en el Código Penal Militar, o cuando se trate de delitos que no tengan relación con el servicio<sup>498</sup>.

#### d. Particulares que ejerzan funciones públicas de forma permanente o transitoria

Algunos se refieren a esta categoría como *servidores públicos por asimilación*<sup>499</sup>, en la misma quedan incluidos todos aquellos que por disposición constitucional, legal, reglamentaria o contractual tengan asignado el cumplimiento de una *Función pública*. Como ya se había anticipado, el problema que se presenta con esta categoría de servidores públicos a efectos penales es la dificultad de establecer en algunos casos si la actividad desempeñada por el sujeto encaja dentro de la noción de Función pública, la cual, dada su amplitud permite incluir un sinnúmero de actividades que el Estado por diversas razones y a través de diferentes mecanismos delega para que sean los particulares quienes las realicen.

---

<sup>498</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 83; MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 37 s.

<sup>499</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 85.

La doctrina suele incluir los casos más claros, a modo de ejemplo, pero dejando a salvo que podría ampliarse la lista a otros supuestos<sup>500</sup>. Así, es recurrente la mención que se hace de los árbitros, los miembros de las juntas directivas y consejos directivos de las entidades descentralizadas por servicios, los auxiliares de la justicia, los notarios, las personas que ejercen labores de interventoría en los contratos estatales, quienes presten servicios públicos a cargo de Estado señalados en el art. 366 de la Constitución Política, quienes administren recursos públicos, así como los sujetos enunciados en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993.

e. Los funcionarios del Banco de la República

El Banco de la República es una entidad de derecho público (art. 371 CPco.) que teniendo como funciones básicas las de regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito, es decir, lo que podríamos denominar funciones públicas por antonomasia. De manera que los empleados y trabajadores del Banco de la República son servidores públicos por partida doble, por una parte, porque cumplen funciones eminentemente públicas, pero, además, por la otra, porque pertenecen a una entidad que por ser de derecho público, hace parte de la estructura del Estado colombiano. Así las cosas, tienen razón quienes opinan que la expresa mención que se hace en el artículo 20 CPco a los empleados y trabajadores de esta entidad, resulta redundante<sup>501</sup>.

f. Las personas que administren bienes o fondos parafiscales

El art. 20 del CPcol reputa servidores públicos a quienes administren recursos de que trata el art. 338 de la Constitución Política, es decir, a quienes administren tasas o contribuciones parafiscales. RESTREPO SALAZAR<sup>502</sup> define los recursos parafiscales como aquellos provenientes de los pagos que deben hacer los usuarios de ciertos organismos

---

<sup>500</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 8 “nos encontramos ante un catálogo abierto que debe determinarse conforme a la Constitución y la ley”.

<sup>501</sup> RODRÍGUEZ, R., *Estructura del poder público en Colombia*, 15ª, 2017, 451, incluye al Banco de la República dentro de las entidades de la Rama Ejecutiva o Administrativa del poder público, concretamente, dentro de las que denomina de carácter o régimen especial.

<sup>502</sup> RESTREPO SALAZAR, *Hacienda Pública*, 10ª, 2015. Sobre el tema se pronuncia también PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 49 respecto de lo cual afirma: “La categoría de bienes, contribuciones o fondos parafiscales, así llamados por constituir una figura intermedia entre las tasas y los impuestos, surge en Francia, a mediados del siglo pasado, cuando el Ministro Robert Shuman así los denominaba”.

públicos o semipúblicos para asegurar el financiamiento de estas entidades en forma autónoma<sup>503</sup>.

Importa anotar que la ley se refiere a las personas que los administran, es decir, que no basta que se ejerzan funciones de recaudación, sino que es menester tengan atribuida la competencia para administrar esos recursos, lo cual implica tomar las decisiones respecto a la destinación e inversión de los mismos, de conformidad con las normas legales correspondientes.

g. Integrantes de la Comisión Nacional ciudadana para la lucha contra la corrupción.

Se trata de una entidad creada por la Ley 190 de 1995, de acuerdo con la cual está integrada por 7 comisionados, designados por el Presidente de la República. Se ha puesto de presente que esta comisión, creada inicialmente por la ley 190 de 1995, fue suprimida por la Ley 1681 de 1997 y en su lugar se creó la Comisión Nacional para la Moralización<sup>504</sup>. De manera que al entrar en vigencia el código penal del año 2000 en realidad no existía la comisión a la que expresamente se refiere el artículo 20 de CPcol. Sin embargo, la ley 1474 de 2011 revivió la Comisión Nacional ciudadana para la Lucha contra la Corrupción.

Así las cosas podría decirse, *prima facie*, que al renacer a la vida jurídica, la referencia a dicha comisión a la que se refiere el art. 20 CPcol, retoma vigencia nuevamente para lo que tiene que ver con la responsabilidad penal de sus integrantes. No obstante, en mi opinión el asunto no es tan claro y puede sostenerse que esa remisión fue derogada tácitamente por la ley 1474 de 2011, pues esta, a diferencia de lo que hacía la Ley 190 de 1995, no les otorga el carácter de servidores públicos a sus integrantes, por tanto, es posible sostener

---

<sup>503</sup> Según el artículo 2º de la ley 225 de 1995: “Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable. Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que formen parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración.” Téngase en cuenta que el 12 de la Ley 179 de 1994, fue compilado por el art. 29 del Decreto 111 de 1996 y modificado por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013. Este último artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-052-15 de 12 de febrero de 2015.

<sup>504</sup> URIBE GARCÍA, *Delitos contra la Administración Pública*, 2012, 117 s.

considerar que los comisionados no son servidores públicos, a menos que se les incluya en esta categoría por la vía general de ser particulares que cumplen una Función pública, atendiendo a las especiales y sin duda importantes funciones que tiene asignadas<sup>505</sup>.

## A.2. La conducta típica

La conducta típica consiste en *utilizar indebidamente*, en provecho propio o de un tercero influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de Servidor público en asunto que se encuentre bajo su conocimiento.

Uno de los aspectos que se ha resaltado en relación con la actual regulación de tráfico de influencias de Servidor público de art. 411 CPcol es que mientras que en el Código Penal de 1980 la conducta típica consistía en *invocar* influencias, en la actualidad, para que se configure la tipicidad es necesario las mismas se *utilicen*, lo cual tiene connotaciones

---

<sup>505</sup> Art. 68. 68. Funciones. La Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción ejercerá las siguientes funciones:

- a) Velar por el cumplimiento de la aplicación de la presente ley y de la Ley 190 de 1995;
- b) Realizar un informe de seguimiento, evaluación y recomendaciones a las políticas, planes y programas que se pongan en marcha en materia de lucha contra la corrupción, el cual deberá presentarse al menos una (1) vez cada año;
- c) Impulsar campañas en las instituciones educativas para la promoción de los valores éticos y la lucha contra la corrupción;
- d) Promover la elaboración de códigos de conducta para el ejercicio ético y transparente de las actividades del sector privado y para la prevención de conflictos de intereses en el mismo;
- e) Hacer un seguimiento especial a las medidas adoptadas en esta ley para mejorar la gestión pública tales como la contratación pública, la política antitrámites, la democratización de la Administración Pública, el acceso a la información pública y la atención al ciudadano;
- f) Realizar un seguimiento especial a los casos e investigaciones de corrupción de alto impacto;
- g) Realizar un seguimiento a la implementación de las medidas contempladas en esta ley para regular el cabildeo, con el objeto de velar por la transparencia de las decisiones públicas;
- h) Promover la participación activa de los medios de comunicación social en el desarrollo de programas orientados a la lucha contra la corrupción y al rescate de la moral pública;
- i) Denunciar ante las autoridades competentes los hechos o actuaciones irregulares de los servidores públicos de los cuales tengan conocimiento, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 92 de la Constitución;
- j) Prestar su concurso en el cumplimiento de las acciones populares en cuanto hacen relación con la moralidad administrativa;
- k) Velar por que la Administración Pública mantenga actualizado el inventario y propiedad de bienes muebles e inmuebles pertenecientes a las diversas entidades, así como su adecuada utilización;
- l) Velar y proponer directrices para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 56 de la Ley 190 de 1995;
- m) Darse su propio Reglamento”.

importantes debido a que, en el primer caso, bastaba invocar esas influencias, incluso aunque no fuesen reales para que se consumara el delito, mientras que ahora, es necesario que efectivamente se utilicen. Ello a su vez presupone que, si se utilizan, es debido a que son reales, es decir, porque el sujeto efectivamente las tiene<sup>506</sup>.

El verbo rector utilizar se ha entendido como sinónimo de valimiento, de aprovechamiento o de abuso. Se dice que si la influencia que se utiliza es la derivada del cargo o de la función, “ello hace pensar que ese servidor que aparece como sujeto activo de la infracción, conjuga alguna relación de superioridad o preminencia jerárquica frente al servidor que conjuga la calidad de sujeto pasivo, pues que lo lógico es que existan influencias derivadas del cargo o de la función de parte del superior jerárquico frente a su inferior, y no al contrario”<sup>507</sup>.

GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, explican que la conducta implica utilizar indebidamente influencias derivadas del cargo o de la Función Pública por parte del sujeto activo de la conducta. Advierten que “no se trata de influencias por razones personales, profesionales, gremiales etc.”, y que por tanto las influencias punibles son aquellas que tienen relación con el cargo o la Función pública, pues ello es lo que permite afirmar que se abusa de este o aquella<sup>508</sup>.

En relación con el elemento normativo del tipo *indebidamente*, consideran que debe entenderse como todo aquello que no está conforme con los parámetros de conducta de los servidores públicos expresamente fijados por el ordenamiento jurídico (Constitución, leyes, reglamentos, etc.), o los que se deducen de los principios que orientan la Administración pública<sup>509</sup>.

---

<sup>506</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 422; de la misma opinión MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 357.

<sup>507</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 357.

<sup>508</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 424; CANCINO, en: AAVV, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2003, 134 s también opina que las influencias a las que se refiere el tipo penal son aquellas derivadas del cargo o de la función, de manera que de no ser ello así, se podría estructurar un delito distinto. Así mismo, considera que las influencias simuladas podrían tipificar el delito de estafa.

<sup>509</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 424. En idéntico sentido PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 876.

Añaden que esa manera de concebir el verbo típico es lo que permite concluir que no se requiere un resultado entendido como “el éxito de la gestión”, y que por tanto, es suficiente para que se tipifique el delito que se ejerzan abusivamente los actos de influencia, sin que tampoco sea preciso que el influenciado se comprometa a realizar el acto para el que se le requiere y del cual se pretende obtener beneficio el sujeto activo de la conducta, para sí mismo o para un tercero<sup>510</sup>.

En la misma línea se hace notar que las influencias deben tener relación con el cargo o la función pues es la única forma de abusar de uno y otra<sup>511</sup>. De acuerdo con los autores defienden esta interpretación, el verbo *utilizar* tendría el significado de valerse abusivamente del cargo o la función para incidir en una decisión que le pueda reportar un beneficio personal o para un tercero.

Expresamente PEÑA OSSA sostiene que el verbo utilizar “(...) denota la acción de aprovechamiento de la influencia, de donde ésta, para que se estructure la conducta, debe ser real”<sup>512</sup>. No obstante, agrega que para la tipicidad del delito “no es necesario que el agente que trafica con las influencias de otro servidor público obtenga la utilidad que se propone en provecho suyo de un tercero, puesto que la descripción legal contiene un ingrediente subjetivo: <<con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer>>”<sup>513</sup>.

Por ello, agrega, si la utilización de la influencia no tiene la connotación de ilegalidad, por ejemplo, “el cumplimiento de un término tal como lo exige la pertinente normatividad que de no llevarse a efecto se produce un perjuicio, o el recalcarse en el examen de un medio

---

<sup>510</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, 424; ARBOLEDA VALLEJO, MARIO/RUIZ SALAZAR, *Manual PE*, 13ª, 2016, 876 en sentido muy similar opinan: “Además de lo indebido, la conducta del influenciador adquiere relevancia penal con el simple acto de anteponer o presentar la condición de servidor público derivado del ejercicio del cargo o de la función o con ocasión del mismo, sin que importe el impacto o consecuencia en el destinatario, ubicando el delito en aquellos que denominamos de mera conducta, en tanto que no se requiere la consecución del resultado, esto es, el éxito en la gestión del influenciado o la aceptación del requerimiento por parte de este, basta que se despliega el acto de indebida influencia para consumar el delito”.

<sup>511</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª, 2008, 424.

<sup>512</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 213.

<sup>513</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 213.

de prueba, buscándose con ello evitar una decisión injusta, surgirá igualmente la no punibilidad del hecho por falta de tipicidad”<sup>514</sup>.

Otros autores que también se ocupan del tema, señalan que “utilizar significa hacer que una cosa sirva para algo” por lo cual no es suficiente que se utilice la influencia y que se requiere que sea contraria a las pautas de comportamiento que obligan a los servidores públicos en el ejercicio de su función<sup>515</sup>. De manera que la influencia típica debe ser real y tener la “entidad y potencialidad” suficientes para influir en el servidor público. En la misma línea CANCINO también opina que la influencia debe ser real<sup>516</sup>.

Cabe destacar que también se afirma que la tipicidad del delito de tráfico de influencias no requiere que la finalidad o propósito perseguido por el influenciador tenga carácter delictivo, pues de ser así, lo que podría plantearse en un concurso de delitos de llegarse a realizar esa ilícita finalidad<sup>517</sup>.

### A.3. El concepto normativo *indebidas*

En relación con elemento normativo de tipo *indebidas*, se ha dicho que indebido es aquello que no está conforme a los parámetros de conducta de los servidores públicos establecidos por la Constitución, la ley o el reglamento<sup>518</sup>.

Resulta importante destacar lo planteado por MOLINA ARRUBLA quien equipara influencia indebida con aquella que es ilícita, injusta o contraria a de equidad.<sup>519</sup> De acuerdo con su opinión, la noción de *influencias indebidas* puede entenderse en un doble sentido: como sinónimo de un móvil “protervo, esto es, perverso o mezquino” o como aquel que denota “una intención individual, parcializada o interesada en un determinado sentido o a favor de determinada persona o parte.” Añade que es “esa la tenue y muy frágil línea divisoria entre el tráfico de influencias y el “lobby” o cabildeo”<sup>520</sup>. De lo anterior se infiere

---

<sup>514</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 213.

<sup>515</sup> ARBOLEDA VALLEJO, /RUIZ SALAZAR, *Manual PE*, 13ª, 2016, 856.

<sup>516</sup> CANCINO, en: AAVV, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2003, 134.

<sup>517</sup> ARBOLEDA VALLEJO, /RUIZ SALAZAR, *Manual PE*, 13ª, 2016, 857.

<sup>518</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 424.

<sup>519</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 358.

<sup>520</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 358.

que la influencia indebida sería aquella que persigue un fin protervo, perverso o mezquino<sup>521</sup>, aspecto en mi opinión en realidad no es tan claro y así lo expondré el tomar posición en relación con este asunto.

Cabe destacar también que en forma acertada se hace notar que la exigencia de que la influencia sea *indebida*, permite deducir que en algunos casos la utilización de influencias está dentro de lo *debido* y pone como ejemplos de ello “los consejos, las directrices u orientaciones que de manera general y sin ningún interés particular o específico, le puede impartir el superior al inferior jerárquico, en torno a la forma, términos o condiciones en que debe proceder para la optimización de los recursos, el mejoramiento del servicio o la consecución de mejores réditos funcionales”<sup>522</sup>.

Al referirse al adverbio modal *indebidamente* contenido en la descripción típica, CANCINO afirma que el mismo es suficiente para que con ello se entienda que la conducta del sujeto activo se orienta a obtener algo <<en provecho propio o de un tercero>>, de manera que esta expresión resulta redundante en la descripción típica<sup>523</sup>.

La jurisprudencia de la CSJ en se ha pronunciado sobre este elemento afirmando que en lo que atañe al verbo rector *utilizar* cuyo significado es hacer que una cosa sirva para algo, al estar acompañado del adjetivo *indebidamente* tiene incidencia en el momento consumativo del delito por cuanto la conducta adquiere relevancia penal, dice la CSJ, “con el simple acto de anteponer o presentar la condición de servidor público derivado del ejercicio del cargo o de la función o con ocasión del mismo, sin que importe el impacto o consecuencias en el destinatario, ubicando el delito en aquellos denominados de mera conducta”<sup>524</sup>.

Agrega la CSJ que el término *influencia* tiene varios significados, de los cuales destaca aquel se refiere a “persona con poder o autoridad en cuya intervención se puede obtener una ventaja, favor o beneficio.”. Añade la CSJ que influir debe entenderse para los efectos penales como “la fuerza moral” que se ejerce sobre el ánimo de otra persona<sup>525</sup>. A

---

<sup>521</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 358.

<sup>522</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 357.

<sup>523</sup> CANCINO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2003, 134.

<sup>524</sup> CSJ, Auto de 27/05/09.

<sup>525</sup> CSJ, Auto de 27/05/09.

partir de las precisiones conceptuales anteriores, la CSJ, indica las que a su juicio deben ser las características de la influencia:

“(…) debe ser cierta y real su existencia, con la entidad y potencialidad suficiente para llegar a influir en el otro, que trascienda en un verdadero abuso de poder de ahí que la influencia simulada, falsa o mentirosa, no haya quedado penalizada en este tipo, obedeciendo esto a un principio lógico, pues no se puede abusar de lo que no se tiene; (…) puede obedecer, entre otras razones, a cuando se esgrimen relaciones de superioridad o jerarquía, también con ocasión de vínculos de familiaridad, amistad o afinidad entre el sujeto activo y el pasivo; (…) debe ser utilizada indebidamente. Lo indebido, como elemento normativo del tipo, es aquello que no está conforme con los parámetros de conducta de los servidores públicos precisados por la Constitución, la ley o los reglamentos a través de regulaciones concretas o los que imponen los principios que gobiernan la Administración Pública”<sup>526</sup>.

Concluye la CSJ reiterando que la conducta de quien trafica con influencias es punible -determinable y autónoma, dice la CSJ- porque supone el ejercicio indebido de su posición de superioridad y de poder. En consecuencia, no importa para efectos de la tipicidad de conducta del influenciador cual sea la reacción o el comportamiento del servidor público sobre el que se ejerce el influjo psicológico, que bien podría ser la “víctima” o bien, “dependiendo del comportamiento que despliegue a partir de ese momento, puede pasar a ser típica su conducta si el propósito u objeto de la influencia se adecua a un hecho delictivo”<sup>527</sup>.

CSJ 34282 de 2014: “En síntesis el delito de tráfico de influencias comporta la utilización indebida de la posición preponderante que el cargo le otorga al servidor público, que debido al interés privado que a nombre propio o de un tercero le asiste en un asunto que le corresponde conocer a otro funcionario, ejerce sobre él «un influjo psicológico el cual lleva al influenciado a realizar la actuación que no efectuaría de no ser por la calidad de quien se lo solicita, sin que necesariamente deba tratarse de un subalterno (…) Es el efectivo uso inadecuado de la autoridad, de la investidura que ejerce una presión psicológica en el influenciado, precisamente por esa investidura. Se trata de una sugestión, de una instigación

---

<sup>526</sup> CSJ, Auto 27/05/09.

<sup>527</sup> CSJ Auto de 27/05/09.

que altera el proceso motivador de quien conoce el asunto. Como dice la jurisprudencia española, se trata de ejercer un predominio o fuerza moral».

En sentencia CSJ 27339 de 2009, dijo la Corte “Por otra parte, la evolución de la jurisprudencia ha llevado a precisar, como señaló la Sala en oportunidad reciente<sup>528</sup>, que influenciar otros funcionarios públicos para obtener el nombramiento de determinadas personas en cargos de igual naturaleza, hipótesis abordada en las decisiones citadas por el defensor, es una conducta relacionada, no con el ejercicio de sus funciones de Congresista, sino con el de su cargo, cuya dignidad, abusivamente, se impone”.

*Derivadas del cargo o de la función:* En relación con este aspecto es importante anotar que la exigencia de que las influencias se deriven del cargo o de la función presupone una restricción en cuanto a que lo que no se trata de influencias provenientes de otro tipo de relaciones como lo serían las de amistad, parentesco, etc. Como bien lo expresa MOLINA ARRUBLA, “a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, -como sería el caso de España- en donde las influencias se pueden derivar, incluso, de situaciones enteramente extraoficiales, llegando incluso al plano de lo personal, el Código Penal vigente señala que esas influencias que utiliza el servidor-agente deben provenir o del ejercicio de su cargo o de su función (pública), lo que de paso subraya la idea anteriormente expresada, en el sentido de que esas influencias tienen que ser reales, ciertas, verídicas, pues de lo contrario se estaría en presencia de una conducta atípica”<sup>529</sup>.

## B. Parágrafo del art. 411 de la Ley 1474 de 2011

El artículo 134 de la ley 1474 de 2011 incorporó al Código Penal una causal eximente de responsabilidad, del siguiente tenor: “Los miembros de corporaciones públicas no incurrirán en este delito cuando intervengan ante servidor público o entidad estatal en favor de la comunidad o región.” Esta eximente tiene fundamento en lo dispuesto en el artículo 283 numerales 6 y 8 de la ley 5ª de 1992<sup>530</sup>, el cual excepciona el régimen de incompatibilidades de los congresistas cuando realizan las gestiones a que se refieren los citados numerales, así:

---

<sup>528</sup> CSJ Auto 27/05/09.

<sup>529</sup> MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 358.

<sup>530</sup> Ley 5 de 1992, (junio 17), "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes".

“Art. 283: Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los congresistas puedan directamente o por medio de apoderado: (...)

“6. Adelantar acciones ante el Gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales.” (...)

“8. Intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad colombiana.”

En relación con el alcance de la exención de responsabilidad penal consagrada en favor de los congresistas, la CSJ ha dicho que se trata de una “cláusula de permisión”<sup>531</sup> consagrada para los congresistas que los faculta para intervenir ante el Gobierno Nacional en procura de arbitrar recursos y otro tipo de ayudas para sus regiones. Según el criterio jurisprudencial, si la ley confiere a los congresistas la función de hacer esas gestiones ante las autoridades públicas -entre ellas las que representan el Gobierno Nacional- en procura de arbitrar recursos y diferentes ayudas para sus comunidades o regiones, ello no puede al mismo tiempo constituir una conducta delictiva.

Por su parte la Corte Constitucional declaró que los numerales 6 y 8 del art. 283 de la Ley 5 a de 1992 se encuentran ajustados a la Constitución Política y por tanto las previsiones allí contenidas no violan ningún precepto constitucional sino que por el contrario, encajan dentro del papel que en la democracia se les ha atribuido a los congresistas que en virtud de su investidura tienen a su cargo una función representativa de los intereses de la comunidad<sup>532</sup>.

Sin embargo, en relación con lo arriba expresado, la Corte Constitucional deja claro que la función de representación propia de los congresistas, no los faculta para intermediar con el propósito de servir a intereses particulares, puesto que si ello se admitiera, se dejaría

---

<sup>531</sup> CSJ Sentencia 19379 de 16 de febrero de 2005.

<sup>532</sup> Corte Constitucional, sentencia C-497 de 1994. Mediante esta sentencia la Corte se pronunció sobre la demanda presentada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad en contra de los numerales 6 y 8 del artículo 283 de la Ley 5 de 1992.

sin efecto la disposición contenida en el art. 182.2 de la Constitución Política que prohíbe a los miembros del Congreso de la República gestionar a nombre propio o de terceros, asuntos ante las entidades públicas que se dirijan a satisfacer intereses privados y no estén en consonancia con la exclusiva gestión del interés general que les compete<sup>533</sup>.

En términos similares se ha pronunciado también la Corte Suprema de Justicia en relación con la salvedad planteada por la Corte Constitucional. En efecto la CSJ ha diferenciado dos situaciones: por una parte, aquella en la que el congresista en cumplimiento de sus funciones realiza gestiones ante diferentes autoridades públicas a fin de obtener beneficios para su región o para las comunidades que lo eligieron para el cargo que desempeña, caso en el cual, esa actividad se encuentra dentro de sus funciones, y por tanto, por obvias razones, no puede ser objeto de reproche penal. Pero por otro lado, están aquellas conductas del congresista dirigidas a valerse de su investidura para lograr de forma abusiva y en contra del interés general y apartándose de sus funciones, beneficios personales.

Afirma la CSJ que “la evolución de la jurisprudencia ha llevado a precisar, como señaló la sala en oportunidad reciente, que influenciar a otros funcionarios públicos para obtener el nombramiento de determinadas personas en cargos de igual naturaleza (...) es una conducta relacionada no con el ejercicio de sus funciones de congresista, sino con el ejercicio del cargo, cuya dignidad, abusivamente se impone.” Añade la Corte que mientras que el comportamiento acabado de reseñar no está permitida los congresistas, la gestión en beneficio de la comunidad constituye una excepción a la incompatibilidad en tanto que ello responde “al ejercicio legítimo de las atribuciones de estos servidores, en especial de los Representantes a la Cámara, quienes por ser elegidos a través de circunscripciones electorales, tienen compromiso directo con la comunidad a la cual representan”<sup>534</sup>.

### C. Agravación cuando la ejercen miembros de órganos de control del Estado

La conducta se agrava con un aumento de la pena de una sexta parte a la mitad cuando la conducta se realice por parte de un Funcionario público de un organismo de control del

---

<sup>533</sup> Corte Constitucional sentencia C-497 de 1994.

<sup>534</sup> CSJ sentencia rad. 27339 del 17 de junio de 2009.

Estado. En Colombia ejercen como organismos de control son la Procuraduría General de la Nación, las personerías municipales y distritales que ejercen control disciplinario, la Contraloría General de la República y las Contralorías departamentales, distritales y municipales, que ejercen control fiscal, la Auditoría General de la República ejerce vigilancia sobre gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las Contralorías departamentales<sup>535</sup>.

Esta circunstancia de agravación tiene su razón de ser, según creo, en el hecho de que quienes ejercen control disciplinario y control fiscal, es decir, son los encargados de vigilar la conducta de otros servidores públicos, incluso están facultados por la Constitución y la ley colombianas, para imponer sanciones disciplinarias y fiscales, pueden afectar de forma más grave el bien jurídico, esto es la imparcialidad, en la medida en que el poder de control disciplinario y fiscal del que disponen puede ser utilizado para incidir en decisiones de servidores públicos bajo su tutela, los cuales quizás por el temor a las sanciones que les podrían imponer aquellos que los vigilan y controlan, pueden ser más proclives a dejarse influenciar indebidamente por estos.

En este sentido creo que la circunstancia de agravación se fundamenta en un mayor grado de injusto derivado de un mayor desvalor objetivo de la acción<sup>536</sup> que se expresa en la circunstancia específica de superioridad en la que se encuentra el servidor público que tiene precisamente como misión vigilar la disciplina de los servidores públicos (en el caso de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías distritales y municipales) o el correcto y eficiente manejo de los recursos públicos (en el caso de la Contraloría General de la República y de las Contralorías departamentales, distritales y municipales).

#### D. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso que además contiene un elemento subjetivo especial distinto de este que consiste en la finalidad de “obtener cualquier beneficio”. Ni la doctrina ni la jurisprudencia colombianas han planteado problemas específicos relacionados con este componente del delito respecto del cual parece haber unanimidad en cuanto que solo admite

---

<sup>535</sup> RODRÍGUEZ, R., *Estructura del poder público en Colombia*, 15ª, 2017, 194 ss.

<sup>536</sup> Sobre el concepto de desvalor objetivo de la acción véase LUZÓN PEÑA, *PG*, 3ª, 2016, 13/44-45.

la modalidad de dolo directo y además, dado el sistema de *numerus clausus* que rige en materia de imprudencia en la legislación penal colombiana, no admitiría esta modalidad<sup>537</sup>.

Cabe destacar que PEÑA OSSA parece entender que el dolo es un aspecto perteneciente a la culpabilidad y de hecho al pronunciarse sobre el aspecto subjetivo del delito lo titula “Culpabilidad” y en ese sentido afirma que el delito de tráfico de influencias “no admite otra forma de culpabilidad que la dolosa, la que en su fase cognoscitiva exige que el servidor público tenga conciencia que está utilizando sus influencias que tiene con otro representante de la administración pública de manera indebida o ilegal, y en su aspecto volitivo, que con ese conocimiento enderezca su conducta para obtener un beneficio”<sup>538</sup>.

FERREIRA DELGADO se refiere al aspecto subjetivo afirmando que “Su imputabilidad es a título de dolo (genérico), que consiste en la conciencia y la voluntad de interesarse indebidamente en un acto de la administración pública”<sup>539</sup>.

## E. Toma de postura

La descripción típica de acuerdo con la cual se requiere que un Servidor público utilice indebidamente influencias derivadas del cargo o de la función, implica, a mi modo de ver, la efectiva realización de un comportamiento dirigido a incidir en la motivación del funcionario –un influjo moral o psíquico- del servidor público que esté conociendo de un asunto determinado. Un primer aspecto que resulta importante destacar en la delimitación de la conducta típica es el hecho de que al emplear la ley el verbo “utilice”, con ello está dejando claro que debe tratarse de influencias reales, estos es, aquellas que efectivamente el Servidor

---

<sup>537</sup> Así GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la administración pública*, 3ª, 2008, 424, consideran que el dolo eventual no sería admisible en este delito “habida cuenta que tal modalidad de imputación se funda esencialmente en elemento cognoscitivo y si se exige más de lo volitivo se cae en el dolo directo (art. 22 C.P.) de 2000); lo segundo, por la implantación del sistema de *numerus clausus* en materia de imputación subjetiva culposa”; MOLINA ARRUBLA, *Delitos contra la administración pública*, 4ª, 2005, 359, al referirse al aspecto subjetivo no hace expresa referencia al dolo, sino al elemento subjetivo especial “fin de obtener cualquier beneficio”, respecto de ello cual afirma: “Toda la alternativa comportamental que viene de exponerse debe haberse cumplido por parte del servidor-agente con una particular intencionalidad de ánimo, a saber, la finalidad de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público requerido, en asunto que este se encuentre conociendo actualmente o haya de conocer en el futuro. Lógicamente, como elemento específico de carácter subjetivo del tipo, es menester que presida la conducta del agente delictual, sin que sea necesario que se alcance, en orden a la consumación de la conducta”.

<sup>538</sup> PEÑA OSSA, *Delitos contra la administración pública*, 2005, 214 s.

<sup>539</sup> FERREIRA DELGADO, Francisco, *PE*, 2006, 855.

público posee en virtud de su cargo o de las funciones que desempeña. De manera que no es suficiente, como ocurría en la tipificación anterior, que el sujeto activo invoque tales influencias –las cuales, por lo demás, podrían ser falsas- debido a que en la actual regulación la conjugación verbal “utilice” implica la realización de un comportamiento mediante el cual se incide en la voluntad del Servidor público que ha de tomar la decisión, procurando obtener un beneficio indebido, conducta que atenta contra la imparcialidad que es el objeto específico de protección en este delito.

La conducta consistente en utilizar influencias está acompañada del adverbio de modo *indebidamente* que cumple en este caso con la función de complementar el verbo rector en el sentido de delimitar la conducta, de modo que solo serán típicas aquellas influencias que se orienten a provocar un acto desviado de parte del Servidor público que tiene a su cargo la decisión de un asunto dentro del ámbito de sus competencias. Indebido, en mi opinión, será aquel comportamiento que tenga como propósito que la Función pública se ponga al servicio del interés privado de quien ejerce la influencia, en detrimento del interés general, y atacando de modo directo la imparcialidad que debe orientar la actuación del servidor público.

Así las cosas, no se requiere que la influencia esté dirigida a que el servidor público ejecute una conducta delictiva, siendo suficiente que la influencia procure un acto desviado o simplemente ilegal. Por tanto, en los casos en los que el sujeto activo influya para que se emita una resolución que conlleve la realización de otro delito, por ejemplo, el de prevaricato (art. 413 CPcol), podría ser además castigado como determinador de este delito.

No obstante, la influencia debe tener la entidad suficiente que permita situarla en punto intermedio entre la simple recomendación y el constreñimiento, es decir, la influencia debe tener la capacidad de incidir en la motivación del Servidor público y ello implica que el sujeto activo del delito haga prevalecer su cargo la función que desempeña ante el Servidor público sobre quien ejerce las indebidas influencias, que le haga notar un cierto predominio que es precisamente lo que utiliza para incitar una resolución desviada que favorezca sus intereses o los de un tercero. Por eso comparto la idea de que la influencia debe trascender de la mera recomendación –que por lo demás es una práctica bastante extendida tanto en el ámbito de la administración pública, como en el ámbito privado-.

Por otra parte la influencia no puede llegar al nivel de un constreñimiento pues en este caso la conducta podría encuadrarse en el delito de concusión previsto en el art. 404

CPcol, eso implica que el Servidor público abusando de su cargo o de su función induce, constriñe al servidor público o a un particular a que se comprometa a dar dinero o una utilidad indebidas o lo solicita.

En lo que tiene que ver con la exención de responsabilidad a los miembros de las Corporaciones públicas cuando realizan gestiones ante las autoridades públicas tiene, en mi opinión, un fundamento claro y justificado. No obstante, considero que la expresa consagración de tal eximente en el CPcol resulta redundante, puesto que si se admite que la labor de representación que ejercen los miembros de las Corporaciones Públicas es precisamente una de sus funciones conferidas por la Constitución Política, no sería necesario que el CPcol hiciera esa explícita salvedad, y mucho menos si se tiene en cuenta que el artículo 32 del CPcol consagra expresamente como una de las causales de ausencia de responsabilidad, el hecho de que el sujeto actúen “en cumplimiento de un deber un deber legal”.

## 5. Tráfico de influencias y concurso aparente de leyes o concurso de delitos.

### A. Tráfico de influencias y delito de concusión

El delito de tráfico de influencias opera como una especie de tipo subsidiario en relación con otros delitos contra la administración pública como es el caso del de concusión (art. 404 CPcol) y del delito de interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 CPcol). Podrían presentarse otros supuestos, pero es en relación con estos dos últimos delitos en los que se aprecia de manera más clara esa relación y quizás también la que en la práctica judicial se presente con más frecuencia, y por ello, en lo que sigue me ocupare de explicar el asunto. El delito de concusión del art. 404 CPcol es siguiente tenor:

El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor público o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) diez años (hoy noventa y seis (96) meses a ciento ochenta (180) meses, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes

(hoy sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años (hoy ochenta (80) meses a ciento cuarenta y cuatro (144) meses).

Según la descripción típica transcrita, el delito de concusión es un tipo penal de conducta alternativa, que implica que el delito se puede consumir con la realización de uno cualquiera de los tres verbos rectores, esto es, constreñir, inducir o solicitar. Pero la ejecución de la conducta debe estar acompañada del ejercicio abusivo del cargo o de la función por parte del servidor público, en otras palabras, el servidor público actúa prevaliéndose de su cargo y orienta su comportamiento a obtener un provecho económico o una utilidad indebidos. El sujeto pasivo de la conducta puede ser cualquier persona, incluso un servidor público y es en este último caso en el cual se puede presentar un concurso aparente de normas.

En efecto, como ya se dijo, por tratarse de un tipo de conducta alternativa, cualquiera de los tres verbos rectores, junto con la realización de los demás elementos del tipo, es suficiente para que se pueda adecuar la conducta al tipo de concusión. En relación con la adecuación de la conducta al tipo de concusión no hay mayor duda para estimar que este es el tipo aplicable a aquellos casos en los que un Servidor público, abusando de su cargo o de su función, *constriñe* a otro Servidor público para obtener un beneficio económico o cualquier otra utilidad que se pueda derivar de la decisión que haya de tomar el Servidor público constreñido, relacionada con un asunto que este bajo el conocimiento en razón de sus funciones.

Ejemplo de lo anterior sería el caso en que el superior jerárquico -Servidor público- le dice a su subordinado -también Servidor público-, amenazándolo con destituirlo del cargo, que en relación con la solicitud de una licencia urbanística sobre la cual quien tiene la competencia funcional para decidir es este último, debe omitir exigir al solicitante el cumplimiento de un determinado requisito y conceder la licencia sin más exigencias. De la concesión de la licencia depende que el primero obtenga un beneficio económico – que consistirá en la mayor valorización de un predio ubicado en el área de influencia de la zona en la que se construirá el nuevo proyecto urbanístico para el cual se está requiriendo la licencia.

La otra forma de realizar el delito sería mediante la inducción o la solicitud. La inducción -que no debe ser entendida en el mismo sentido de la inducción como forma de participación delictiva<sup>540</sup>- supone la utilización de medios persuasivos, sinuosos, velados, que lleven al sujeto pasivo de la conducta -para nuestro ejemplo caso a un servidor público que debe decidir sobre la solicitud de una licencia urbanística- a considerar que la actuación que en ejercicio de sus funciones debe realizar, debe orientarse a favorecer el interés económico o en todo caso a favorecer con una utilidad indebida a ese otro servidor público que lo quiere inducir a actuar de esa forma. Y en la solicitud, a diferencia de la inducción, lo que hay es una expresa petición para que el Servidor público realice la conducta pretendida por el sujeto activo del delito.

En las tres modalidades de concusión lo que está en la base de la actuación del Servidor público inducido es el llamado *metus publicae potestatis* es decir, el temor a que si no inclina su voluntad y su actuación de tal forma que pueda favorecer al concusionario, de ello se pueden derivar un perjuicio para él, que podría, ser, entre muchas otras posibilidades, perder su empleo, una desmejora en sus condiciones laborales, el bloqueo de un ascenso etc.

En un caso como el que se acaba de indicar podría en principio pensarse que se trata de una forma de utilizar las influencias derivadas del cargo o de la función y que por tanto cabría apreciar el delito de tráfico de influencias. No obstante, al analizar el caso con mayor detenimiento se puede advertir que esa forma de influenciar al otro servidor está acompañada de un medio especialmente desvalorado por la ley, que consiste en prevalerse abusivamente del cargo o de la función, poniendo por delante la investidura o el cargo para doblegar la voluntad de un servidor público, que actúa movido por ese *metus publicae potestatis*.

En mi opinión lo que en este caso se presenta es una relación de especialidad entre el delito de concusión y el delito de tráfico de influencias que se debe resolver en favor del primero, en cuanto el mismo supone ejercer la influencia utilizando un medio específico, el abuso de la posición de superioridad – que no es, necesariamente, equivalente al abuso del cargo o de la función aunque que no siempre tiene que estar presente en el tráfico de influencias pero si es indispensable para que se pueda hablar de concusión.

---

<sup>540</sup> Sobre la inducción como forma de participación, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REJ*, 10-2008, 13-61.

Lo mismo sucede en el caso de la solicitud, es decir lo que cualifica la conducta consistente es que en este caso se pide directamente al servidor, no de manera sinuosa o velada como ocurre en la inducción, para que tome una decisión en un determinado sentido, de tal manera que favorezca indebidamente al solicitante o a un tercero. Si no estuviera de por medio el *metus publicae potestatis* provocado por el abusivo ejercicio del cargo o de la función, no habría forma de diferenciar entre el delito de tráfico de influencias y el delito de concusión en supuestos como en el del ejemplo que se viene citando.

Para terminar este apartado, conviene anotar que la relación de especialidad entre el delito de concusión y el de tráfico de influencias que de acuerdo con lo expuesto da lugar a que se aplique el tipo de concusión, viene avalada por la diferenciación punitiva que se expresa en una pena mayor para el delito de concusión, lo cual guarda coherencia con la apreciación de que en este delito se desvalora de forma específica -como más grave- la forma como el sujeto activo del delito procura doblegar o influenciar al servidor público.

## B. Tráfico de influencias y delito de interés indebido en la celebración de contratos y concusión.

El delito de interés indebido en la celebración de contratos previsto en el art. 409 del CP es del siguiente tenor:

“El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.”

En supuestos como el que a continuación se describirá, resulta necesario establecer la relación que puede existir entre los delitos de tráfico de influencias (art. 411 CP), interés indebido en la celebración de contratos (art.409 CP) y concusión (art. 404): el alcalde

municipal que en virtud de su cargo actúa como presidente de del Comité de contratación del municipio, organismo que tiene dentro de sus funciones la de adjudicar los contratos de obra pública, una vez surtidos todos los trámites de la licitación correspondiente.

En cierta ocasión, el alcalde convoca a reuniones por separado en su despacho a cada uno de los miembros del Comité de contratación, que son todos empleados del municipio, y por tanto, subordinados del alcalde y les insinúa que sería muy conveniente que le asignaran un contrato de obra a determinada empresa constructora. Algunos de los miembros del Comité, deciden dar su voto favorable en el Comité a favor de la empresa contratista indicado. Se pudo comprobar que el alcalde tenía interés en favorecer económicamente a la empresa contratista debido a que uno de sus mayores accionistas era un gran amigo suyo.

En el caso planteado se podría decirse que la conducta del alcalde se puede adecuar al tipo penal de tráfico de influencias en la medida en que aprovechándose de su cargo y de su función -en este caso de su cargo de alcalde y de su función como presidente del Comité de contratación- utiliza indebidamente las influencias sobre sus subordinados quienes a su vez son miembros del Comité de contratación.

De igual forma, teniendo en cuenta que la conducta del alcalde exterioriza un claro interés en la celebración de un contrato en el que él debe intervenir en el ejercicio de sus funciones, en tanto que preside el Comité de contratación, lo cual se manifiesta en la insinuación que hace a los demás funcionarios que integran y tienen voz y voto en ese órgano administrativo. En ese orden de ideas, la conducta también podría encuadrarse en el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

Incluso también, bajo ciertas condiciones adicionales, el supuesto indicado tipificaría de nuevo un delito de concusión (art. 404) si se puede establecer que es el temor a represalias del alcalde (*metus publicae potestatis*) lo que hace inclinar la decisión de los servidores públicos en procura de satisfacer el interés indebido del alcalde.

Pero si se analiza el asunto con mayor detalle, se puede llegar a la conclusión de que en relación con el tráfico de influencias, el tipo penal de interés indebido resulta un tipo especial y por tanto es el que resulta aplicable, descartando así un concurso de delitos y constatando la existencia de un concurso aparente de leyes. En efecto, la conducta del alcalde consiste en utilizar su influencia como cabeza de la administración municipal para tratar de

incidir en la voluntad de sus subordinados a fin de que emitan su voto en el sentido pretendido por él.

El uso de esa influencia se realiza en el ámbito de una actividad específica de la administración -la relativa a la contratación estatal-, la cual goza de protección especial en el CPcol en el que se contemplan cuatro modalidades delictivas modalidades<sup>541</sup>. De esta forma, la influencia que ejerce el alcalde sobre sus subordinados es la manera de exteriorizar el interés indebido que tiene en el contrato estatal en cuya celebración debe participar en razón de sus funciones, y es justamente por esta razón por la que se afirma que en el caso propuesto se da una relación de especialidad entre ambas figuras delictivas en la que en delito de interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 CP) desplaza al tráfico de influencias (art. 411 CP).

Por otra parte, también podría suceder en el ejemplo que se viene analizando que la decisión de los funcionarios estuviese mediada por el miedo en los subordinados a las consecuencias adversas que pudieran sobrevenirles si no acceden a la ilícita pretensión de su jefe inmediato, caso en el cual, lo que estará de por medio es el *metus publica potestatis* en la medida en que el alcalde prevaliéndose de su cargo induce a sus subordinados para que voten en determinado sentido en el Comité de contratación

La insinuación del alcalde a sus subordinados, en el contexto en el que se realiza, no es otra cosa que una forma más intensa que supone aprovechar la posición de superioridad jerárquica que tiene la potencialidad de infundir temor. Es decir, la forma de utilizar la influencia en este caso contiene un elemento especial referido a la modalidad de la acción en la cual se abusa de la posición de superioridad para infundir temor en el servidor público y de esta manera influenciar su decisión. Así entendido el problema, la consecuencia que se desprende es que el tipo de tráfico de influencias resulta desplazado por uno más específico que es la concusión.

Importa finalmente anotar que en las tres modalidades delictivas, esto es la concusión, el interés indebido de celebración de contratos y el tráfico de influencias el bien jurídico

---

<sup>541</sup> Me refiero al capítulo 4 –De la celebración indebida de contratos- perteneciente al Título XV CP, - Delitos contra la Administración Pública- donde se tipifican cuatro modalidades delictivas: Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408), Interés indebido en la celebración de contratos (art.409); contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales (art. 410) y Acuerdos restrictivos de la libre competencia (art. 410<sup>a</sup>).

protegido es la imparcialidad por lo cual, también desde esta perspectiva la solución consistente en apreciar un concurso aparente de leyes tiene un refuerzo adicional pues no se podría obviamente alegar en contra de la misma que existen bienes jurídicos diversos que pudieran aconsejar admitir la posibilidad de un concurso ideal de delitos en los casos arriba analizados.

## 6. Tráfico de influencias de particular

### A. Elementos de delito

Art. 411A: “El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer con el fin de obtener beneficio económico incurrirá en prisión de 4 a 8 años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

La diferencia entre los tipos penales de tráfico de influencias previstos en los artículos 411 y 411A CP esencialmente dos, la primera consiste en que el sujeto activo del delito del artículo 411 es un servidor público mientras que en el 411A CPcol es un particular que, desde afuera, intenta interferir en el correcto funcionamiento de la Administración afectando su imparcialidad y la segunda que la finalidad del comportamiento típico debe estar orientada a obtener un beneficio económico en el caso del delito de tráfico de influencias de particular, mientras que en el tráfico de influencias de servidor público, como ya se analizó, es más amplia puesto que la ley habla de obtener cualquier beneficio.

En relación con el bien jurídico protegido nada cabe agregar a lo explicado en relación con el artículo 411 CPcol en el que se concluyó que el objeto específico de la protección penal es la imparcialidad, que en este caso se ve afectada por el comportamiento de un *extraneus* a la Función Pública que normalmente se comporta como un vendedor de influencias a cambio de dinero. Esas influencias en muchos casos provienen del haber ejercido determinados cargos públicos, circunstancia que es aprovechada para inmiscuirse en los asuntos de la administración.

Existe una diferencia en el *quantum* punitivo, tanto en lo que se refiere a la pena de prisión como a la de multa, que en ambos casos es una pena menor para el delito de tráfico de influencias de particular, lo cual indica que el legislador considera más grave el ataque a la Administración pública cuando este se hace “desde adentro” que aquel que proviene de un sujeto externo a la misma, lo cual, es sin duda correcto y acertado.

### A.1. El verbo rector

Se sanciona al particular que *ejerza* influencia sobre servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer. Como se ve la conjugación verbal utilizada, esto es presente del modo subjuntivo del verbo ejercer, implica que el particular efectivamente debe realizar una actividad o gestión idónea para incidir en la decisión que un Servidor público. No obstante no se requiere que su conducta efectivamente logre torcer la voluntad del servidor e inclinarla en favor de su interés económico, en detrimento del interés público y de la imparcialidad. Ejercer es un verbo transitivo que significa *realizar sobre alguien o algo una acción, influjo*<sup>542</sup>, por tanto, la tipicidad de la conducta se agota en la realización de una acción idónea para interferir en la motivación del Servidor público que ha de tomar una decisión en ejercicio de sus funciones.

La manera como el particular -sujeto activo- debe ejercer esa influencia no requiere de un modo especial, por tanto puede consistir en una solicitud expresa, pero también caben formas más sinuosas o indirectas para tratar de persuadir al Servidor público que el asunto respecto del cual debe tomar una decisión se oriente de determinado sentido, con tal que sean idóneas para ejercer un influjo moral sobre el Servidor público.

A diferencia de lo que sucede en el artículo 411CPcol en el que la conducta típica consiste en utilizar influencias derivadas del cargo o de la función, en el artículo 411A no se requiere que las mismas tengan origen en alguna posición especial que pudiera ostentar el particular, ni tampoco en el hecho de que en el pasado las hubiese tenido -por ejemplo haber sido Servidor público en un cargo de alto rango dentro de la estructura del poder público-, por tanto, el ejercicio de influencias de particular puede tener origen en relaciones de muy

---

<sup>542</sup> Diccionario de la real academia española disponible en versión electrónica <https://del.rae.es>.

diversa índole, como aquellas de subordinación laboral previas, parentesco, de amistad, etc., pero en todo caso lo que interesa es que el particular se valga de alguna de esas circunstancias para realizar el comportamiento prohibido.

De esta manera el tipo penal es un delito de mera conducta en el que la realización cualquier acción idónea que dirigida a alterar el proceso de decisión del Servidor público es suficiente -si concurren lo demás elementos del tipo- para consumir el delito, sin que sea necesario que esa influencia se materialice en un acto por parte del Servidor público que favorezca y reporte el beneficio económico a quien ejerce la influencia.

Sin embargo, es preciso aclarar que la idoneidad de la conducta a la que se ha venido haciendo referencia implica que una simple recomendación, un consejo, un comentario, una opinión, no cumplen con esa característica si no llevan implícita, así sea de forma indirecta o velada, una manifestación que lleve al Servidor público a considerar que el particular pretende que en la decisión sobre un asunto que aquel tenga a cargo en razón de sus funciones, debe ser tomada en un determinado sentido en beneficio de quien ejerce la influencia y que esa es precisamente la razón por la cual se acude ante él.

En este orden de ideas, lo que se quiere significar, en última instancia, es que la conducta típica debe ser de tal entidad que supere el límite de lo socialmente tolerado y adecuado y por tanto suponga un cierto grado de condicionamiento de la voluntad del servidor público, sin llegar al nivel del constreñimiento o las coacciones.

En los casos en los que la influencia esté mediada por el ofrecimiento de dinero u otro beneficio para el Servidor público, la conducta podría encuadrarse en alguna de las modalidades de cohecho -art. 405 CP -cohecho propio- o 406 CP -cohecho impropio-, debido a que este sería tipo especial con respecto al delito de tráfico de influencias.

## A.2. Objeto sobre el que recae la influencia

El ejercicio de la influencia delictiva debe recaer sobre *un asunto que esté conociendo o haya de conocer* el Servidor público. Se trata de un elemento normativo del tipo respecto

del cual hay que anotar en primer lugar que el *asunto* tiene que ver con las funciones que en ejercicio de su cargo público cumple o debe cumplir el funcionario y por tanto la decisión o trámite s su impulso dependan de él.

La pregunta que se puede plantear es si la tipicidad solo es predicable de aquellos asuntos respecto de los cuales el Servidor público tenga en sus manos una decisión que ponga fin de manera definitiva a una actuación judicial o administrativa<sup>543</sup> o si, en cambio, puede recaer respecto de actuaciones de trámite o impulso. Al respecto creo que es necesario diferenciar para establecer si el trámite es de aquellos cuya realización no puede ser modificada sin que afecte el normal desenvolvimiento de la actividad de la Administración o suponga afectar derecho de terceros.

Así por ejemplo, que se ejerza influencia con el propósito de acelerar el trámite de una solicitud de una licencia urbanística, que no implica darle prelación injustificada sobre otras solicitudes de otros ciudadanos, ni tampoco implica condicionar la voluntad del funcionario sobre el sentido en que se debe pronunciar acerca de dicha solicitud, por más que el particular pretenda obtener un beneficio económico al lograr que con su influencia se acelere el trámite, la conducta en este caso no afecta la imparcialidad.

Cosa distinta sería si acelerar el trámite supone alterar el orden de prelación de las solicitudes que de conformidad con los reglamentos y procedimientos previamente establecidos corresponda a cada una de ellas, pues en este caso, el cambio del orden de prelación que se pretende con la influencia pone en riesgo concreto el deber de imparcialidad que en este caso le corresponde al Servidor público que se debe atener a lo que dichos reglamentos y procedimientos le ordenen y en ningún caso, debería hacer prevalecer el interés privado del influenciador. Pero además existe el riesgo también que en esos casos el cambio en esa prelación pueda suponer un perjuicio para quienes correlativamente ven retrasado su trámite

---

<sup>543</sup> Este debate se ha planteado por ejemplo en relación con el de prevaricato, al respecto véase REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, 3-2003, 73-98.

## CONCLUSIONES

1. Como se dejó dicho en el capítulo primero, los delitos de tráfico de influencias de los delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 CP se orientan a la protección del correcto funcionamiento de la Administración pública al que podríamos denominar bien jurídico general o categorial y que en el caso de los delitos mencionado se concreta en la imparcialidad y objetividad.

Debido a que estas conductas delictivas pueden ser realizadas en un espectro aún más amplio que el de las Administraciones públicas en sentido estricto, esto es, la Administración General del Estado y las administraciones autonómicas y locales, y por tanto, pueden ser cometidos en el ámbito de actuación de los demás poderes públicos, a saber, el legislativo y el judicial, resulta adecuada una reformulación del bien jurídico que haga referencia al correcto ejercicio de la Función pública de manera que permita englobar tanto el desempeño de aquellas Administraciones públicas como de los demás poderes del Estado, y al mismo tiempo, pueda entenderse en un sentido dinámico en el que el núcleo del bien jurídico esté centrado en asegurar la protección de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración con el fin de que esta última cumpla a cabalidad con sus deberes prestacionales frente a los primeros, lo que en última instancia redundará mantenimiento de aquellas condiciones para que los ciudadanos puedan interactuar y desarrollarse libremente dentro de las reglas del sistema democrático proclamado en la CE.

La protección de la imparcialidad y objetividad, en este caso, se enfoca en el proceso de toma de la decisión y no en la decisión misma. Ello significa proteger la Función pública de interferencias indebidas, provenientes de intereses privados y en contra del interés público, que puedan condicionar la libertad del Funcionario público para decidir conforme al interés general.

Así pues, la prohibición tiene justificación precisamente porque esas conductas interfieren el correcto funcionamiento de la Administración Pública introduciendo elementos

ajenos al interés público la antijuridicidad del comportamiento se satisface en el momento en que se ejerce abusivamente una influencia capaz de desviar la Función pública hacia intereses particulares.

En consonancia con lo anterior considero que no es el prestigio o la imagen de la administración el objeto sobre el cual recae la protección, puesto que ello supondría justificar la incriminación penal en un concepto tan vago y etéreo que haría perder al bien jurídico una de sus más importantes funciones como lo es al de servir de límite al *ius puniendi*. Iguales razones pueden aducirse para descartar que la eficacia de la administración, al interés general, la igualdad, la incorruptibilidad de los funcionarios y la integridad de la administración pública sean el objeto de protección de estos delitos.

Tampoco creo que sea la libertad del funcionario público el bien jurídico que directamente se proteja pues el influjo moral que se ejerce sobre el mismo con las influencias indebidas. Por razones similares, tampoco la legalidad puede ser considerada como el objeto específico de protección en la actual incriminación del tráfico de influencias. El tipo no requiere para su consumación una resolución arbitraria o injusta sino meramente desviada, y por ello es difícil admitir que la legalidad sea un bien protegido de forma directa en los delitos estudiados.

2. El concepto de Funcionario público utilizado para efectos penales es concepto propio y no subordinado que respecto de otras ramas del ordenamiento jurídico español y está íntimamente ligado con la Función Pública. Esta noción propia de Funcionario público que se emplea en el Derecho penal se justifica por la necesidad de dispensar una adecuada protección a bienes jurídicos como la objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la Función Pública que, de adoptarse un concepto como el de Derecho administrativo, resultaría insuficiente debido a que en muchos casos la participación en el ejercicio de funciones públicas no precisa de los requisitos previstos en el Derecho Administrativo relacionados con el sistema de elección para el ingreso, o provisión del cargo o el régimen de remuneración, ni tampoco del estatuto legal aplicable quien ejerce tales funciones, ni al carácter permanente o temporal del desempeño de las mismas.

La definición de lo que es la Función pública debe atender a tres criterios, a saber, subjetivo, objetivo y teleológico. A partir de ello puede decirse que la Función Pública puede ser entendida como el conjunto de actividades que tienen como finalidad la satisfacción de los intereses colectivos o sociales y el bien común. La realización de dichas actividades debe ceñirse a los criterios y pautas fijadas en la Constitución y en la Ley, y su ejecución puede estar a cargo entes u órganos públicos o privados y, cuando se trate de estos últimos, bajo la tutela estatal. No obstante que el marco normativo de estas actividades por regla general será del Derecho público, ello será obstáculo para que en algunos casos sea el Derecho privado el régimen normativo que las regule, sin que por ello dejen de ser consideradas funciones públicas.

En concordancia con lo anterior, la *participación en funciones públicas* a que se refiere el art. 24.1 CP debe entenderse en un sentido funcional de manera que no es necesario que se tenga la calidad formal de Autoridad o Funcionario público o se ejerza un cargo público—según el Derecho administrativo—, sino que, lo relevante es que materialmente se realicen actividades que puedan ser consideradas ejercicio de función pública, siempre y cuando el sujeto que ejecuta la actividad esté habilitado por alguno de los títulos de incorporación señalados también en el CP.

3. La forma como aparece conjugado el verbo rector en los arts. 428 y 429 CP, esto es, *influyere* exige para la consumación del delito que la conducta del sujeto activo sea idónea para incidir en el voluntad del Funcionario público hacia quien se dirige la influencia de tal manera que esté consciente de que se está pretendiendo de él una resolución desviada del interés general, y por tanto, orientada a privilegiar un interés privado. No basta que se intente influir, sino que efectivamente se interfiera en la libertad de obrar del servidor público que lo lleve a sentirse compelido, presionado, a satisfacer el ilícito interés del sujeto activo de la influencia y ello solo es posible si la conducta desplegada por el sujeto activo es idónea para doblegar la voluntad del Funcionario público. El influjo psíquico o la presión moral sobre el Funcionario público tienen como límite máximo las coacciones o las amenazas.

El verbo rector único, *influyere*, puede ser considerado sinónimo de sugestión, inclinación, invitación o instigación, a condición de se entienda que se trata de una conducta que en todo caso tiene potencialidad de atacar la libre voluntad del Funcionario público en la

situación concreta y de manera específica que la instigación a la que aluden algunos nada tiene que ver con la inducción a que se refiere el art. 29 CP.

Los delitos previstos en los arts. 428 y 429 CP son delitos de mera conducta y por tanto para su consumación no depende de que la resolución pretendida por quien ejerce la ilícita influencia haya sido dictada o que en caso de haberse dictado lo haya sido en el sentido pretendido por el influenciador, y menos aún, que éste o un tercero hayan obtenido el beneficio económico, aspecto este último que solo entrará en juego a efectos de considerar la aplicación de tipo cualificado.

4. No cualquier forma de interferir en la decisión del Funcionario público o de la autoridad puede ser considerada típica, sino solamente aquella que haya estado acompañada de *prevalimiento* de las situaciones descritas en los art.428 y 429 CP. La conjugación verbal *prevalerse* contenida en la descripción típica sirve para cualificar la forma como se ejerce la influencia es lo que permite que las recomendaciones, sugerencias, solicitudes, expresión de deseos se excluyan del alcance de los delitos consagrados en los arts. 428 y 429 CP y por eso resulta afortunada la expresión según la cual al “dimensión objetiva completa de la conducta” solo puede apreciarse al relacionar la acción de influir con el modo de hacerlo: el prevalimiento.

Las fuentes de la que proviene el prevalimiento son aquellas que se derivan del ejercicio de las facultades propias del cargo o de la relación jerárquica o de la relación personal que se mantiene con el funcionario que puede adoptar la resolución o con otro. Sobre esta última fuente de prevalimiento resulta criticable en cuanto que amplía el ámbito de aplicación del delito de una forma que no resulta compatible con el principio de legalidad, ello si se tiene en cuenta que la alusión a relaciones personales incluye un amplio espectro de maneras de relación social que no siempre tiene el mismo significado, ni generan entre los sujetos los mismos vínculos de confianza y afinidad, lo cual hace problemático delimitar, que tipo y que grado de relaciones personales caben dentro del tipo penal.

5. El prevalimiento que se deriva del ejercicio del cargo o el que tiene como trasfondo una relación jerárquica, está más orientado a generar temor lo que también se conoce como el *metus publica potestatis* y con ello incidir el proceso de deliberación respecto de la

decisión que debe tomar el Funcionario público. En el supuesto del prevalimiento basado en las relaciones personales, no será el temor, sino más bien, esa consideración personal hacia el sujeto influyente lo que puede alterar o interferir en la libertad de actuación del funcionario llamado a dictar la resolución. La influencia que se ejerce prevaliéndose de relaciones personales no es equiparable a las que provienen del cargo o la relación jerárquica debido a que, por un lado, para abusar de este tipo de relaciones (parentesco, amistad, amorosas, pertenencia a un mismo partido) no es necesaria la condición de Funcionario público.

Desde una perspectiva *ex ante* puede decirse que existe un mayor desvalor de acción en los casos en los que el sujeto activo de delito actúa prevalido de su cargo o su relación de jerarquía en tanto que puede provocar un efecto de mayor temor en el Funcionario público sobre el que se influye, que en aquellos supuestos en los que el prevalimiento proviene de la relación personal o de amistad.

6. El concepto de resolución como elemento normativo del delito de tráfico de influencias tiene un alcance propio y específico en el Derecho Penal, de acuerdo con la cual se trata de una declaración de voluntad proveniente de un Funcionario público en el ejercicio de su cargo y en relación con un asunto sometido a su consideración y mediante la cual se decide sobre uno o varios aspectos que comprometen derechos de terceros. La resolución puede ser verbal, escrita y también es posible que se incluyan las resoluciones omisivas que son producto del silencio administrativo.

Dentro del concepto de resolución se incluyen las decisiones de órganos de la Administración pública pluripersonales y en atención a ello caben dentro de esta noción los acuerdos emitidos por órganos colegiados aun en aquellos casos en los que para efectos del Derecho administrativo tales acuerdos no constituyan resoluciones en sentido estricto. Por el contrario, se excluyen los conceptos, informes y dictámenes los cuales por su naturaleza sirven de insumos para que le Funcionario público tome la decisión, pero ellos en sí mismos no deciden de fondo sobre un asunto sometido al conocimiento de la Administración.

7. La resolución no es un resultado del delito, por tanto la consumación del delito se produce en el momento en el que se ejerce ilícitamente la influencia con el propósito de conseguir

una resolución que reporte beneficio económico sin que se requiera la comprobación de un ulterior resultado, el cual solo tendrá relevancia en el tipo cualificado.

8. Los actos discrecionales que sean producto de influencias en las orientadas a provocar un acto que suponga una clara desviación de poder podrían encajar en el tipo penal correspondiente de tráfico de influencias. No quedan comprendidos en cambio los actos políticos los cuales quedan sujetos a los controles jurisdiccionales respectivos. En lo atinente a las resoluciones judiciales no cabe duda que también están abarcadas pro el concepto de resolución a que se refiere los tipos penales de tráfico de influencias.

9. La resolución pretendida no tiene que ser necesariamente injusta y arbitraria y en caso de que así lo fuere y la misma llegare a dictarse podríamos estar en presencia de un concurso de delictivo entre inducción a la prevaricación y el tráfico de influencias.

10. Los delitos de tráfico de influencias (art. 429 y 429CP) solo pueden ser realizados en modalidad dolosa y específicamente, el dolo directo. Lo anterior teniendo en cuenta diversas razones. La primera, referida al fundamento político criminal por el que el legislador se ha abstenido de consagrar una modalidad imprudente en estos casos. En efecto, sido el derecho penal un mecanismo de control social de extrema *ratio* y existiendo en el ámbito del Derecho administrativo sancionatorio herramientas suficientes y en muchos casos bastante eficaces y persuasivas para disciplinar la conducta de los Funcionarios públicos, es aconsejable que solo comportamientos de extrema gravedad y que supongan un ataque intolerable para el bien jurídico queden incluidos en el tráfico de influencias.

Por otro lado, la exigencia de un modo comisivo el delito como lo es el prevalimiento, conduce a que la posibilidad de realizar el delito en forma imprudente deba considerarse inadmisibile, pues realmente no cabe imaginar un supuesto en el que el sujeto se prevalga de su posición de superioridad y que ello se pueda atribuir a un comportamiento descuidado o negligente.

Además, la finalidad de obtener beneficio económico derivado de la resolución en la que se quiere incidir, como elemento subjetivo el injusto, resulta claramente incompatible con la modalidad imprudente o incluso con el dolo eventual.

10. El contenido del dolo en los delitos de tráfico de influencias de los art. 428 y 429 CP, se agota en el conocimiento de los siguientes elementos: i) de la calidad de *Funcionario público* del sujeto sobre el que se influye, ii) de que se está *influyendo* sobre ese funcionario de manera directa o a través de otro funcionario; iii) de que se está realizando esa influencia *prevaliéndose* del cargo, la relación jerárquica o la relación personal, iv) del carácter de *resolución* del acto sobre el que pretende influir, y además debe actuar con la *voluntad* dirigida a que se realicen los elementos del tipo sobre los cuales tiene conocimiento.

11. además del dolo en el sentido ya delimitado, requiere de un elemento subjetivo especial consistente en que el sujeto actúe con el propósito de obtener *beneficio económico, para sí o para un tercero*, derivado de la resolución, propósito cuya incorporación al tipo penal no parece justificada teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido es la imparcialidad y objetividad, cuya lesión o puesta en peligro no depende en realidad de la motivación especial con la que el sujeto actúe.

12. El beneficio económico al que se refieren los arts. 428 y 429 CP debe entenderse como aquel que pueda ser susceptible de valorar en dinero. Se incluiría por tanto la obtención de un lucro económico que se añade al patrimonio acrecentándolo, pero también el lucro que entendido como la no disminución del patrimonio.

13. En lo que respecta al problema que se advierte en los casos en los que el beneficio obtenido excede del querido por el sujeto y para la determinación de la pena de multa debe tenerse como criterio el *beneficio perseguido* pues es la única manera de evitar situaciones desiguales.

14. Según la forma como están tipificados en el CP vigente los delitos de prevaricación (art. 404) y tráfico de influencias (arts. 428 y 429), la solución por la vía del concurso ideal (medial) de delitos es la que mejor recoge el desvalor del comportamiento realizado por el funcionario público o el particular, según se trate del art. 428 o 429 CP, respectivamente, consistente en influir sobre un funcionario público o autoridad, prevaliéndose de las circunstancias o condiciones previstas en el correspondiente tipo penal, con el fin de que dicte una resolución injusta de la cual espera derivar un beneficio económico. Es decir, la

influencia implica al mismo tiempo inducir al funcionario público a cometer el delito de prevaricación.

15. En relación con el tipo penal del art. 430 de CP puede afirmarse con la mayoría de la doctrina que allí se tipifican unas conductas que están lejos de afectar el correcto funcionamiento de la Administración pública pues se trata de comportamiento que se realizan un ámbito privado cuya conexión con la Función Pública resulta bastante difícil de identificar y pone en duda la legitimidad político criminal de este delito y hacen aconsejable su derogatoria.

16. La modificación introducida por la LO 1/2015 para el caso en el que el que realice la conducta típica del art. 430 CP sea Autoridad o Funcionario público, en el sentido de agravar la responsabilidad imponiéndole además de la de prisión la de inhabilitación especial para ejercicio cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por un tiempo de uno a cuatro años permite reforzar la idea de algún sector de la doctrina y que en este trabajo se comparte en cuanto a que el tipo del art. 430 CP se desarrolla en una esfera privada en la que los sujetos que intervienen en realidad actúan como verdaderos *extraneus* a la Función Pública.

17. En relación con el delito del art. 430 CP la *otra remuneración* a que se refiere el tipo penal también debe entenderse referida a una remuneración apreciable en dinero, es decir, de contenido económico. Lo anterior para evitar extender aún más el ámbito de aplicación de un delito cuya justificación político-criminal resulta tan dudosa.

18. Sobre el delito de tráfico de influencias en el Código Penal colombiano resulta correcta la idea expuesta por la doctrina y jurisprudencia dominantes en el sentido de que el bien jurídico común es el correcto funcionamiento de la Administración pública en tanto la misma es el instrumento a través del cual el Estado cumple sus finalidades esenciales en favor de los individuos y de la comunidad. Este bien jurídico debe precisarse en cada delito de manera que se determine el aspecto concreto que al afectarse lesiona o pone en peligro el correcto funcionamiento de la Administración pública. En lo que tiene que ver específicamente con el delito de tráfico de influencias considero que al igual que ocurre con el caso español, lo

que se protege en este delito es la objetividad e imparcialidad que debe orientar la conducta de los servidores públicos.

19. La asimilación que se hace Colombia entre Función pública y Administración Pública es correcta y no presenta dificultad a condición de que se tenga claro que primera es el género y la segunda la especie. Sin embargo la utilización de la noción de Función Pública tiene la ventaja desde el punto de vista comunicativo, de realzar que lo protegido es una relación dinámica que consiste en ese conjunto de actividades, instituciones, instrumentos y procedimientos creados y organizados para que el Estado cumpla con su fin último de asegurar el bien común y por tanto, de hacer prevalecer el interés general.

De conformidad con lo anterior, resultan criticables las alusiones a valores y principios como la honestidad, probidad, pulcritud, rectitud de los funcionarios o a la buena imagen de la Administración pública como objetos de la tutela penal pues tienden a una excesiva formalización del bien jurídico.

20. La descripción típica del art. 411 del Código penal colombiano de acuerdo con la cual se requiere que un Servidor público utilice indebidamente influencias derivadas del cargo o de la función requiere, para la consumación del delito, la efectiva realización de un comportamiento dirigido a incidir en la motivación del funcionario –un influjo moral o psíquico- del servidor público que esté conociendo de un asunto determinado. De acuerdo con lo anterior, no es suficiente, como ocurría en la legislación derogada que el sujeto activo invoque tales influencias –las cuales, por lo demás, podrían ser falsas- debido a que el art. 411 del Código penal vigente emplea conjugación verbal *utilice*, lo cual implica la realización de un comportamiento capaz de incidir en la voluntad del funcionario que ha de tomar la decisión, procurando obtener un beneficio indebido.

21. La conducta consistente en *utilizar* influencias está acompañada del adverbio de modo *indebidamente* el cual cumple con la función de complementar el verbo rector de modo que solo serán típicas aquellas influencias que se orienten a provocar un acto desviado de parte del servidor público que tiene a su cargo la decisión de un asunto dentro del ámbito de sus competencias. Indebido será por tanto aquel comportamiento que tenga como propósito

que la Función pública se ponga al servicio del interés privado de quien ejerce la influencia, en detrimento del interés general.

22. De la interpretación del art. 411 del Código penal colombiano se desprende que no se requiere que la influencia esté dirigida a que el servidor público ejecute una conducta delictiva, siendo suficiente que la misma influencia procure un acto desviado o simplemente ilegal. Por tanto, en los casos en los que el sujeto activo influya para que se emita una resolución que suponga además la realización de otro delito, por ejemplo, el de prevaricato (art. 413 CPCol), el sujeto activo podría ser sancionado por el concurso de los delitos de tráfico de influencias y prevaricato por acción.

23. La influencia típica del art. 411 del Código penal colombiano debe tener la entidad suficiente que permita situarla en punto intermedio entre la simple recomendación y el constreñimiento, es decir, la influencia debe tener la capacidad de incidir en la motivación del servidor público y ello implica que el sujeto activo del delito haga prevalecer su cargo la función que desempeña ante el servidor público ante quien ejerce las indebidas influencias, que le haga notar un cierto predominio que es precisamente lo que utiliza para incitar una resolución desviada que favorezca sus intereses o los de un tercero.

24. En lo que tiene que ver con la exención de responsabilidad a los miembros de las Corporaciones públicas prevista en el Parágrafo del art. 411 del Código penal colombiano para los casos en los que realizan gestiones ante las autoridades públicas tiene, en mi opinión, un fundamento claro y justificado. No obstante, considero que la expresa consagración de tal eximente en el CPCol resulta redundante, puesto que si se admite que la labor de representación que ejercen los miembros de las Corporaciones Públicas es precisamente una de sus funciones conferidas por la Constitución Política, no sería necesario que el CPCol hiciera esa explícita salvedad, y mucho menos si se tiene en cuenta que el artículo 32 del CPCol consagra expresamente como una de las causales de ausencia de responsabilidad, el hecho de que el sujeto actúe en *cumplimiento de un deber un deber lega*

## BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María: *Lección 25. Delitos contra la Administración Pública (II)*, en: TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, Derecho Penal Parte Especial. Volumen II, Iustel, Madrid, 2011, 200-207.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: *Introducción a los delitos contra la Administración Pública*, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/VENTURA PÜSHEL, Arturo (Coords.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, 27-54.
- ÁLVAREZ FEIJOO, Manuel: *Del tráfico de influencias*, en: GARCÍA MORALES, Oscar (Dir.): *Código Penal con Jurisprudencia*, 3ª ed. Aranzadi, 2018, 1386-1391.
- ARBOLEDA VALLEJO, Mario /RUIZ SALAZAR, José Armando: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Leyer, Bogotá, 2006.
- ASÚA BATARRITA, Adela: *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones criminales y criterios de interpretación*, en: ASÚA BATARRITA, Adela, (Coord.): *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, 13-55.
- BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto: *Delitos contra la Administración Pública*, Temis, Bogotá, 1985.
- BENAVIDES SCHILLER, Andrés: *El delito de fraude del funcionario público*, Bosch, Barcelona, 2016.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias*, en: ORTS BERENGUER, Enrique (Dir.): *Delitos de los funcionarios públicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, 203-209.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl: *Lecciones sobre el acto administrativo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- CABELLO MOHEDANO, Francisco: *Razón, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias* en: GONZÁLEZ RUS, Juan (Coord.): *Estudios Penales y Jurídicos*. LH-Casas Barquero, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, 83-101.

- CALDERÓN CEREZO, Ángel: *Delitos contra la Administración Pública (II)*, en: CALDERÓN CEREZO, Ángel, CHOCLÁN MONTALVO, José: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005, pp.489-498.
- CANCINO, Antonio: *Delitos contra la Administración Pública*, en: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Universidad Externado, Bogotá, 2003. 91-156.
- CARDONA TORRES, Juan: *Derecho Penal. Parte Especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 512-515.
- CARTOLANO, Mariano: *Los delitos de ejercicio y tráfico de influencias: estudio de las circunstancias que motivaron su criminalización y análisis dogmático* en: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura/ GORJÓN BARRANCO, Concepción/ FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio/ DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola: *Poder y Delito: escándalos financieros y políticos*, Ratio Legis, Salamanca, 2012, 145-177.
- CASTRO CUENCA, Carlos/HENAO CARDONA, Luis, *Urbanización ilegal y otros delitos relacionados con la corrupción* en: *Manual de Derecho Penal Especial, Tomo II*, Temis-Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, 407-417.
- CASTRO MORENO, Abraham: *Sobre la distinción entre los delitos de cohecho y de tráfico de influencias con dádiva: aplicación a la p.s. conocida como los <<los papeles de Bárcenas>> en el caso Gürtelen* en: MAQUEDA ABREU, María/MARTÍN LORENZO, María, VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.): *Derecho Penal para Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, 487-549.
- CATALÁN SENDER, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios en el nuevo Código Penal*, Bayer, Barcelona, 1999.
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel: *Del tráfico de influencias*, en: CONDE-PUMPIDO Ferreiro, Cándido (Dir.)/ DÍAZ MARTÍNEZ, Pilar (Coord.): *Código Penal Comentado. Con concordancias y jurisprudencia. Actualizado LO 5/2010 de 23 de junio de 2010*, Tomo II, 3ª Bosch, Barcelona, 2012, 1519-1526.
- CRESPO BARQUERO, Pedro: *Del tráfico de influencias*, en: DEL MORAL GARCÍA, Antonio /SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coords.): *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II, 3 ed., Comares, Granada, 2001, pp. 2382-2395.

CUGAT MAURI, Miriam: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona, 1997.

- *El delito de tráfico de influencias en cuatro sentencias*, en: *Jueces para la Democracia*, 28-1997, Madrid, 1997, 76-82.

- *Del tráfico de influencias*, en: CÓRDOBA RODA, Juan (Dir.)/ GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.): *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo II*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004, 2039-2054.

- *Delitos contra la Administración Pública (2). Cohecho, tráfico de influencias y malversación* en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Compendio de la parte especial del Derecho Penal. Ajustado al programa de ingreso a las carreras judicial y fiscal*, Aranzadi, Pamplona, 413-427.

- *Lección 13: Tráfico de influencias*, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/MANGÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/VENTURA PÜSHEL, Arturo (Coords.): *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, 445-491.

- *El tráfico de influencias un tipo prescindible* en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 16-07-2014, 7-23.

DE ALFONSO LASO, Daniel, /BAUTISTA SAMANIEGO, Carlos: *El Código penal español: visto e interpretado por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011, 720-721.

DÍAZ MARORTO VILLAREJO, Julio: *Los delitos de tráfico de influencias* en: MAQUEDA ABREU, María Luisa/MARTÍN LORENZO/María, VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.): *Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios Penales en Homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, pp. 965-980.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1991.

- *El delito de tráfico de influencias* en: ASÚA BATARRITA (Ed.): *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, 171-178.

- *Autoridad y funcionario a efectos penales* en: Enciclopedia Penal Básica (Dir. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel), Comares, Granada, 178-181.
- *Cohecho* en: Enciclopedia Penal Básica (Dir. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel), Comares, Granada, 2002, 256- 264.
- *Corrupción y delitos contra la administración pública, insuficiencias y límites del derecho penal en la lucha contra la corrupción: el ejemplo español* en: Revista de Derecho, Universidad Centroamericana, 7-2004, 147-194.
- *Autoría y participación* en: Revista de Estudios de Justicia, 10-2008, 13-61.
- *La responsabilidad política ni implica ni presupone ni excluye la responsabilidad penal* en: MAQUEDA ABREU, María Luisa/MARTÍN LORENZO/María, VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.): Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios Penales en Homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2016, 965-980.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias*, en: Actualidad Jurídica Aranzadi, 223-1995, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, 1-5.

- *Los Delitos de Funcionarios en el Código Penal de 1995: Aspectos generales y exposición de algunos delitos básicos*, en: Huarte de San Juan, Derecho/Zuzenbidea, 3-4, (1996-1997), Universidad Pública de Navarra, Navarra, 109-144.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: *Lobbies, intermediación y tráfico de influencias* en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (Dir.)/SANZ HERMIDA, Ágata María (Coord.)/ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos (Coord.): Mediación un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar, Colex, Madrid, 2010, 227-247.

- *Lobbies, Corrupción y tráfico de influencias*, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo/GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (Dir.)/ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos (Coord.): Halcones y Palomas: corrupción y delincuencia económica, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, 267-302.
- *Los delitos de tráfico de influencias* en: MAQUEDA ABREU, María Luisa/MARTÍN LORENZO/María/VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.): Derecho Penal para un Estado Social y Democrático de Derecho. Estudios Penales en Homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, 2016.

- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: *El delito de tráfico de influencias ante la lucha contra la corrupción política en España (Una visión jurisprudencial crítica)*, La Ley, Madrid, 2014.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María: *Aspectos controvertidos de las figuras de ejercicio ilícito de influencias sobre funcionario o autoridad* en: SUÁREZ LÓPEZ, José María/BARQUÍN SANZ, Jesús/BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, F., JIMÉNEZ DÍAZ, María José/SAINZ CANTERO CAPARROS, José Eduardo (Dirs.): *Estudios jurídicos penales y criminológicos. En homenaje al Dr. H.C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 1043-1069.
- ESCUCHURI AISA, Estrella: *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas* en: La Ley, 2-1997, Madrid, 1678-1694.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: *Del tráfico de influencias*, en: ARROYO ZAPATERO, Luis/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/ GARCÍA RIVAS, Nicolás/ SERRANO PIEDECASAS, Juan Ramón/ TERRADILLOS BASOCO, Juan (Dirs.)/NIETO MARTÍN, Adán/ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Coords.): *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, 903-907.
- FERREIRA DELGADO, Francisco José: *Derecho Penal Especial*, Tomo III, Temis, Bogotá, 2006.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José (Coord.): *Código Penal. Interpretación jurisprudencial y legislación complementaria*, 1ª, Bosch, Barcelona, 1999, 1242-1245.
- GARCÍA ARAN, Mercedes: *La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el código penal de 1995* en: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 11-1997, Diputación General de Aragón- Departamento de Presidencia y Relaciones institucionales, Zaragoza, 357-367.
- *Los delitos de tráfico de influencias*, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 476-479.

- GARCÍA ARAN, Mercedes/MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo: (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1979.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos/MESTRE DELGADO, Esteban/FIGUEROA NAVARRO, Carmen: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª, Edisofer, Madrid, 2017.
- GARCÍAS PLANAS, Gabriel: *El nuevo delito de tráfico de influencias*, en: Poder Judicial, núm. 29, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, 21-33.
- GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*, 15ª, (con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio), Vol. I, Tecnos, Madrid, 2010.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, en: LAPORTA, Francisco /ÁLVAREZ, Silvina (Eds.): *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique/ MESTRE DELGADO, Esteban/ MARTÍNEZ GALINDO, Carlos/ COTILLAS MOYA, Carlos/ ALCORTA, Pascual: *Código Penal con concordancias y jurisprudencia*, Tecnos, Madrid, 2003.
- GÓMEZ MÉNDEZ Alfonso/GÓMEZ PAVAJAEAU, Carlos Arturo: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª, actualizada conforme al código penal de 1995, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- HENAO CARDONA, Luis Felipe/CASTRO CUENCA, Carlos: *Urbanización ilegal y otros delitos relacionados con la corrupción*, en: CASTRO CUENCA, Carlos (Coord.): *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Universidad del Rosario-Temis, Bogotá, 2011, 407-417.
- JUANES PECES, Ángel: (Coord.): *Código Penal Comentado*, 5ª, Levefre- El Derecho, Madrid, 2018.
- LANDECHO VELASCO, Carlos María/MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª, Tecnos, Madrid, 1996.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Código Penal*, 16ª ed., Colex, Galicia, 2018.

- LOMBANA VILLALBA, Jaime: *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en Colombia y en España*, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2014.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia: *Principio de proporcionalidad y Ley Penal*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, Madrid, 2006.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (Dir.)/ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel/VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles (Coords): *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, 6ª, Titant Lo Blanch, Valencia, 2016, 2282-2287.
- LUZÓN CUESTA, José María: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Dykinson, Madrid, 2017.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- *El Anteproyecto de CP de 1992: observaciones de urgencia* en: *Jueces para la Democracia*, 14-1991, Madrid, 50-61.
  - *Actuación en interés propio en los <<Fraudes>> de funcionarios del artículo 401 del Código Penal. Comentario a la STS (Sala 2ª) de 29 de mayo de 1989*, en: *La Ley*, 4-1989, 16-21.
  - *Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales (A propósito de la jurisprudencia posterior a 1983 y de la STS 4-2 1987)*, en: *Poder Judicial*, 8-1987, 97-144.
- MALEM SEÑA, Jorge, LAPORTA, Francisco /ÁLVAREZ, Silvina (Eds.): *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *Código Penal. Tomo II. Comentarios y Jurisprudencia. Adaptado a la LO 5/2010 de 22 de junio*, Comares, Granada, 2010.
- *Comentarios al Código Penal*, Wolter Kluwer, España, Madrid, 2016.
- MARTÍNEZ ALTAMIRANO, Eduardo/PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María: *Sobre las diferencias entre la arbitrariedad del art. 404 y la injusticia del art. 446 del Código Penal español* en: GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZO, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO/Rafael, VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Coords.): *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, 2123-2149.

- MARTÍNEZ ARRIETA, A: *Del tráfico de influencias*, en: CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir.)/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (Coord.): *Comentarios al Código Penal*. Tomo IV, Bosch, Barcelona, 2007, 3132-3142.
- MARTÍNEZ BUJÁN, Carlos: *Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios. A propósito de la sentencia del TS sobre el <<caso Barreiro>>* en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 44-1991, 363-412.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José, *Del tráfico de influencias*, en: ROMA VALDÉS, Antonio, *Código Penal Comentado*, Bosch, Barcelona, 683-687.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José: *Régimen penal de la función pública*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2002.
- MESTRE DELGADO, Esteban: *Delitos contra la Administración Pública* en: LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.)/ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina/ MESTRE DELGADO, Esteban en LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.): *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho Penal*, 3ª, Dykinson, Madrid, 2018, 839-875.
- MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, José María Bosch Editor-Librería Bosch, Barcelona, 2000.
- MORALES PRATS, Fermín/ RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *Del tráfico de influencias* en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.)/ MORALES PRATS, Fermín (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español Tomo II. Parte Especial*, 7ª, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, 1402-1418.
- MORALES PRATS, Fermín/RODRÍGUEZ PUERTA, María José: *Del tráfico de influencias* en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.)/MORALES PRATS, Fermín (Coord.): *Comentarios a la parte especial de Derecho Penal*, 10 ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, 1757-1771.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Reflexiones acerca del delito de prevaricación: desde su interpretación extensiva a su motivación reduccionista*, en: *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 9, 2016,16-47.
- *Delitos contra la Administración Pública (VI). Tráfico de influencias* en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.): *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, 1161-1169.

- *Delitos contra la Administración Pública (VI). Tráfico de influencias* en: COBO DEL ROSAL (Coord.): *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed., Madrid, 2005, pp. 907-913.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial, 21ª*, (revisada y puesta al día con la colaboración de Carmen López Peregrín, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- MUÑOZ LORENTE, José: *Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)* en: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2013, 73-101.
- NIETO MARTÍN, Adán: *El tráfico de influencias (Arts. 428, 429 y 439 C)*, en: GÓMEZ RIVERO, María Del Carmen (Dir.): *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Vol. II, Tecnos, Madrid, 2015, 467-472.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1980.
- *Los delitos relativos al tráfico de influencias* en: *La Ley*, 5-1998, Madrid, 1514-1524.
- *Poderes públicos y corrupción (Delitos contra el correcto ejercicio de los poderes públicos y alcance de la noción jurídico-penal de corrupción)* en: MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.): *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, 1009-1032.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: *La financiación de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- *Los delitos contra la Administración Pública* en: MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dirs.)/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.): *Nuevas Tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal Español de 1995*, Montevideo- Buenos Aires, B de F, 2006, 361-403.
- *El Delito de Cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- ORTIZ DE URBINA, Ínigo: *Delitos contra la Administración Pública*, en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, (Dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (Coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª, Atelier, Barcelona, 2018, 363-387.
- ORTS BERENGUER, Enrique/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- *Delitos contra la Administración Pública (y II). Tráfico de Influencias* en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, 665-667.
- ORTS BERENGUER, Enrique, MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., ROIG TORRES, Margarita: *Esquemas de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 2010. 329-331.
- PEÑA OSSA, Erleans Jesús: *Delitos contra la Administración Pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.
- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel: *Del tráfico de influencias*, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.): *Comentarios Prácticos al Código Penal*, Tomo V, 1ª, Aranzadi, Pamplona, 2015, 319-339.
- PÉREZ, Luis Carlos: *Derecho Penal, Tomo III*, Bogotá, Temis, 1985.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel: *Lecciones de Derecho Penal, Tomo II*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.
- POSADA MAYA, Ricardo: *Delito continuado y concurso de delitos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.
- RESTREPO SALAZAR, Juan Camilo, *Hacienda Pública*, 10ª, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- REYES ALVARADO, Yesid: *Bien jurídico, prevaricato y abuso de autoridad*, en: *Derecho Penal Contemporáneo*, Bogotá, 3-2003, 73-98.
- RIVERA HERNÁNDEZ, José María, *Los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función* en: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, Diputación General de Aragón- Departamento de Presidencia y Relaciones institucionales, Zaragoza, 1997, 409-430.

ROCA AGAPITO, Luis: *Concepto de autoridad y de funcionario público a afectos penales*, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli/VENTURA PÜSHEL, Arturo (Coords.), Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, 55-90.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen: *Corrupción en la Administración pública: aspectos penales*, en: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo/RODRÍGUEZ GARCÍA/Nicolás, Corrupción y delincuencia económica, Grupo editorial Ibáñez- Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, 235-269.

RODRÍGUEZ MORO, Luis: *Análisis normativo y jurisprudencial de los delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 y 429 del Código Penal: Especial referencia a las dificultades de su prueba* en: Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales, Comares, Granada, 2016, 173-19.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo: *Estructura del poder público en Colombia*, 15ª, Temis, Bogotá, 2017.

RODRÍGUEZ MORO, Luis: *Análisis normativo y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias* en: PUENTE DE ABA, Luz María (Dir.)/SOUTO GARCÍA, Eva María (Coord.): Corrupción y fraudes a consumidores. Perspectivas y casos actuales, Comares, Granada, 2016, 173-191.

ROJAS BENÍTEZ, Olga: *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*, Ratio Legis, Salamanca, 2009.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme: *Tráfico de influencias*, en: ROMEO CASABONA, Carlos María/SOLA RECHE, Esteban/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coords): Derecho penal. Parte especial, Editorial Comares, Granada, 2016, 710-713.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Flor: *El delito de tráfico de influencias* en: GONZÁLEZ RUS (Coord.) Estudios Penales y Jurídicos. LH-Casas Barquero, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián: *Del Tráfico de influencias*, en: SÁNCHEZ MELGAR, Julián (Coord.): Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia, tomo II, 4 ed., Editorial Jurídica Sepin, Madrid, 2016, 2951-2974.

- SANZ MORÁN, Ángel: *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1986.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso: *Delitos contra la Administración Pública (II)*, en: SERRANO GÓMEZ, Alfonso/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª, Dykinson-Uned, Madrid, 2017.
- SERRANO TÁRRAGA, María Dolores: *Delitos contra la Administración pública, 1* en: LACRUZ LÓPEZ/Juan Manuel/MELENDO PARDOS, Mariano, *Tutela penal de las Administraciones Públicas*, 2ª, Dykinson, Madrid, 2015, 217-286.
- SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto: *Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos*, NFP, 65-2003, Universidad EAFIT, Medellín, 2005, 120-148.
- SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: *Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias*, en: *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editoriales de Derecho Reunidas EDESA, Madrid, 1993, 1087-1106.
- SUÁREZ TAMAYO, David: *Huida o vigencia del Derecho Administrativo: El caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones, tendencias del derecho Administrativo*, 2010, Universidad de Antioquia, Medellín, 2010.
- URIBE, Saúl: *Delitos contra la Administración Pública*, Ediciones UNAULA, Medellín, 2012.
- VALEIJE, ÁLVAREZ, Inmaculada: *Tráfico de influencias (arts. 428 y ss.)* en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, 2 ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 11193-1203.
- *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público. Función pública y <<personas que desempeñan una función pública>>*, en: *Cuadernos de Política Criminal*, 62, Edersa, Madrid, 1997, 435-498.
- VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Código Penal Comentado*, Atelier, Barcelona 2015.
- ZÁRATE CONDE, Antonio: (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª, Editorial del Centro de Estudios Ramón Areces, 2018, Madrid, 775-778.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Libertad personal y seguridad ciudadana: estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, PPU, Barcelona, 1993.