

ESTUDIO CRÍTICO SOBRE EL CARÁCTER INSTRUMENTAL EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIA

Roberto Cruz Palmera

Universidad de Valladolid

rcruz@uva.es

Recibido: 10/05/2023

Aceptado: 22/05/2023

Resumen

Este artículo pretende estudiar el fenómeno de la corrupción pública desde un ámbito concreto: la preparación delictiva. Se expone que, dentro del grupo de delitos de preparación, podemos encontrar un subgrupo de normas que sancionan procesos ordenados a la comisión de infracciones penales (actos de influencia). Para ello, se toma como referencia al delito de tráfico de influencias y se demuestra el carácter preparatorio o instrumental de esa norma, la cual considero una figura de enlace para la comisión de otros delitos que afectan el interés de la administración pública y de otros sectores. En esa dirección, se estima conveniente aclarar y revisar algunas cuestiones, como el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, el comportamiento jurídico-penal desaprobado y la estructura preparatoria de la norma.

Palabras clave: corrupción pública, tráfico de influencias, preparación delictiva, comportamiento jurídico-penal desaprobado, buen funcionamiento de la función pública.

Review of the Instrumental Nature of Influence Peddling as a Crime

Abstract

This scientific article studies public corruption, but from a specific point of view, the acts of preparation valued as criminal. It is stated that, within the group of preparatory crimes, it is possible to refer to a subgroup of norms that sanction processes or techniques aimed at the realization of crimes (acts of influence). For this purpose, we analyze influence peddling as a crime and demonstrate the preparatory or instrumental nature of this rule, which we consider as a link figure for the commission of other crimes that affect the interests of the Public Administration and other sectors. From this point of view, it is deemed necessary to separate and review some issues such as the protected legal right in the crime of influence peddling, the relevant behavior, and the preparatory structure of the rule.

Key words: public corruption, influence peddling, criminal preparation, disapproved legal-criminal behavior, good functioning of the public function.

1. Planteamiento de la cuestión¹

Dentro de las figuras de anticipación que aparecen en la Parte Especial del Código Penal Español, es posible agrupar u ordenar los delitos de preparación en varias categorías que nos permiten identificar diferentes problemas en normas penales.² Una forma clásica de agruparlas es a través de la posesión o tenencia de instrumentos o cosas para realizar un determinado delito. Contamos también con otras formas o modelos de clasificación, sin embargo, para estos existe una revisión escasa: nos referimos a comportamientos de influencia con una marcada tendencia instrumental. A mi modo de ver, en esta variante debe incluirse –para su mejor comprensión– el delito de tráfico de influencias. En ese sentido, conviene presentar seguidamente algunos criterios de clasificación en el marco de las figuras de adelantamiento en el Código Penal, para después centrarnos en el análisis particular de las barreras de protección que caracterizan al delito de tráfico de influencias.³

No pretendo en esta contribución ofrecer una selección de todos los preceptos que se corresponden con la categoría de delitos de preparación que aparecen en el Código Penal Español, sin embargo, expondré cuatro líneas de agrupación, las suficientes para aproximarnos la problemática citada.⁴

1 «Sus hijos no siguieron su camino: fueron atraídos por el lucro, aceptaron regalos y torcieron el derecho» (I Samuel 8: 3).

Los artículos citados en esta contribución se refieren al Código Penal Español, a no ser que se mencione otra cosa.

2 Similar, Otto (2004, § 4, nm. 2-21).

3 El precepto contenido en el art. 428 del Código Penal reza como sigue: «El 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, 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» (negritas y cursivas agregadas).

4 Sobre aspectos relacionados con la clasificación de los tipos penales, ver Bertel y Schwaighofer (2022, § 307, nm. 1-5).

1.1. Conductas relacionadas con la tenencia de objetos para delinquir

En esta línea, aunque se incluya una variedad de verbos en las normas, la conducta principal es la tenencia o la posesión de objetos, siempre destinados a la comisión de un determinado delito. La inmensa mayoría de las normas cuentan con elementos subjetivos adicionales al dolo; a mi juicio, esto puede servirnos para reducir el ámbito de aplicabilidad de los preceptos. Así pues, algunas de las normas que se corresponden con este grupo son las que apuntamos a continuación:

- fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos destinados a la realización de una estafa (art. 249.2a);
- fabricación, importación, posesión con finalidad comercial de cualquier medio para facilitar la supresión no autorizada de cualquier dispositivo para desproteger obras literarias (art. 270.6);
- fabricación, importación, distribución o facilitación por vía electrónica de equipo o programa informático para hacer posible el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión (art. 286.1);
- apoderamiento, transporte, tráfico o tenencia de materiales nucleares sin la respectiva autorización (art. 345);
- fabricación, transporte, distribución, comercialización o tenencia de equipos, materiales o sustancias para el cultivo, producción o tráfico de drogas (art. 371.1);
- tenencia, recepción u obtención de moneda falsa para su expedición o distribución (art. 386.2);
- tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados al tráfico (art. 399 bis);
- elaboración, recepción, tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos o programas informáticos destino a realizar falsedades (art. 400).

1.2. Conductas que implican una necesaria relación con la víctima desde la preparación

En esta línea aparecen normas que sancionan –desde el ámbito de la preparación– una determinada relación con la víctima, aunque mínima; pero un contacto determinado o una comunicación deben producirse en fase preparatoria para dar lugar a la realización, al menos formal, del tipo. A mi modo de ver la cuestión, el adelantamiento no es irrelevante, pues se incriminan acciones eminentemente potenciales y muy alejadas de la afectación directa al interés jurídico protegido.

Para este grupo de normas penales, encontramos, en algunos supuestos, que el contacto tiene que ser directo (el victimario selecciona a una víctima concreta), mientras que en otros puede ser indeterminado (el victimario emite un mensaje con el que puede eventualmente lesionar a otro). Así pues, algunas de las normas que se corresponden con este grupo son las que apuntamos a continuación:

- se sanciona a quien se contacte con un menor de dieciséis años y le proponga concertar un encuentro con la finalidad de realizar alguno de los delitos descritos en los arts. 181 y 189 del CP (art. 183.1.);
- se castiga a los fabricantes o a los comerciantes que, en sus ofertas o publicidades de productos, hagan alegaciones falsas o se manifiesten inciertas sobre las características u objetos publicitados de modo que puedan producir un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores (art. 282);
- se sanciona a quienes, empleando violencia, amenaza o engaño, intenten alterar los precios resultaran de la libre concurrencia de los productos, mercancías, títulos valores (art. 284).

1.3. Conductas que implican actos de reforzamiento de la disposición para realizar delitos o incitación

En esta línea, contamos con tipos penales que incriminan, desde la preparación, el reforzamiento de la disposición para cometer determinados delitos. El complemento puede darse tanto de forma material como inmaterial en sujetos que *ex ante* contaban con la decisión de realizar un delito, pero también sobre personas que con anterioridad no tenían la disposición de cometer un comportamiento delictivo. Así pues, algunas de las normas que se corresponden con este grupo son las que apuntamos a continuación:

- se sancionan conductas de reforzamiento de la disposición para realizar delitos de desórdenes públicos sobre un grupo de personas o sobre un individuo determinado (art. 557.2);
- se sancionan acciones de distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público o, de otro modo, aquellas que puedan reforzar la decisión de realizarlos (art. 559);
- se sancionan conductas relacionadas con la financiación del terrorismo (art. 576);
- se sancionan acciones de colaboración con actividades de grupos terroristas (art. 577).

1.4. Conductas que implican comportamientos o actos de influencia

En esta cuarta línea, aparecen conductas de influencia con un marcado carácter preparatorio e instrumental. El ámbito de la influencia debe ser lo suficientemente idóneo para un grado de tipicidad. Son, en definitiva, pasos previos a la materialización de conductas delictivas posteriores. Así pues, algunas de las normas que se corresponden con este grupo son las que apuntamos a continuación:

- se castiga al particular que influya en un funcionario público aprovechándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste con la finalidad de conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para otras personas (art. 429);
- se sanciona al funcionario público o a la autoridad que influya en otro funcionario, aprovechándose 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 para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para terceras personas (art. 428);
- se castiga a quien sedujera o allegase a tropa o cualquier clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión (art. 475);
- se prohíbe el acceso de manera habitual a uno o a varios servicios de comunicación abiertos al público cuyos contenidos resulten idóneos para la incorporación a grupos terrorista o capacitarse para la comisión de un delito de terrorismo (art. 575.2).

Tras la exposición de las variantes, podemos afirmar que, *en la última línea de conductas*, los comportamientos revisten un nivel superior de complejidad en comparación con el resto de las normas; me refiero –como puede intuirse– a la dificultad de fijar el riesgo típico. En similar dirección, resulta cuestionable determinar el momento de afectación del interés jurídico protegido en esas normas penales –tráfico de influencia, seducción a tropas armadas, autocalificación terrorista–; esto, en atención al extenso adelantamiento de las barreras de punición. Las normas que incriminan comportamientos de influencia dificultan, asimismo, la aplicación de dispositivos amplificadores del tipo como la participación o la tentativa (Reyes Alvarado, 2008, pp. 4-5), también la figura del desistimiento voluntario (Medigovic et al., 2013, p. 223), aunque entiendo que su aplicación podría darse al tratarse de normas penales recoge-

das en la Parte Especial del Código Penal, pues gozan de cierta autonomía.⁵ No obstante, en la actualidad, para esta clase de comportamientos contamos con un análisis insuficiente, dado que lo normal es relacionar los delitos de preparación con nuestra primera línea de análisis –*conductas relacionadas con la tenencia de objetos para delinquir*–; esto es, normas penales que incriminan la fabricación o la posesión de instrumentos para realizar una defraudación informática. Como mostramos: preparación de falsificación de moneda, utilización de programas, máquinas u otros instrumentos para producir billetes falsos.⁶ Sin embargo, como mostraremos, los niveles de anticipación que caracterizan a la preparación delictiva en el Código Penal Español no se agotan al sancionar la posesión, fabricación o tenencia de cosas. Por ello, vamos a revisar en el siguiente apartado de este trabajo la instrumentalidad que caracteriza al delito de tráfico de influencias.

2. El carácter instrumental en el delito de tráfico de influencias

La incriminación del ámbito de la preparación delictiva es de índole excepcional, al menos debería serlo en los Estados que ostentan una legislación democrática.⁷ En efecto, cuando el legislador penal decide anticipar las barreras de punición castigando actos preparatorios, generalmente lo hace a razón de la gravedad de la conducta y en atención al nivel de preferencia del objeto jurídico protegido, asimismo, por otros motivos, como la amenaza inminente que pueden sufrir determinados bienes jurídicos desde el plano preparatorio

5 «De un modo general se puede decir que los tipos cualificados o privilegiados sólo añaden circunstancias agravantes o atenuantes al tipo básico, pero no modifican sus elementos fundamentales. El tipo autónomo constituye, por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y un ámbito de aplicación propios, con un marco penal autónomo, etc.» (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 258).

6 Los ejemplos podrían ampliarse con cierta facilidad. Además, y desde otra perspectiva, piénsese en el derogado precepto contenido en el art. 509 del Código Penal de 1973 referido a la preparación del delito de robo que sancionaba la tenencia de ganzáa.

7 «La resolución y la preparación no suelen ser punibles. Para la resolución, esto se cumple por sí mismo: *Congitationis poenam nemo patitur*; sin embargo, los actos preparatorios podrían parecer una grave amenaza para los bienes jurídicos» (Kienapfel et al., 2020, Z 21: A1. 1.-3) (comillas en el original; traducción del autor).

«El poder punitivo del Estado debe estar recogido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter “subsidiario” frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico» (Muñoz Conde, 2021, p. 61).

(Mir Puig, S., 2015, p. 346). En efecto, bien es sabido que la descripción de los comportamientos delictivos suele ajustarse a la perfecta realización, no a la incriminación de grados anteriores (Roxin y Greco, 2020, § 1, nm. 22). Es de común conocimiento la prohibición de robar, no obstante, pueden generarse dudas respecto a la sanción de acciones de índole preparatoria, incluso sobre el castigo de la tentativa u otros modos de sanción en el sistema penal (por parte del mundo profano). En ese sentido, el precepto contenido en el art. 237 del Código Penal describe el delito de robo («son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas...»); se trata de un comportamiento realizado, no describe la incriminación de actos referidos a la preparación de ese delito, tampoco al intento de su realización. Quien agote una lectura de la Parte Especial del Código Penal detectará que la inmensa mayoría de normas no se refieren al casito de la fase preparatoria.⁸ Desde esta perspectiva, el modo de proceder correcto –o al menos esperado– por parte de un legislador democrático sería la tipificación de comportamientos, pero con apego a los principios constitucionales que limitan el poder punitivo; uno de ellos, entiendo, es el principio de daño.⁹ Por ello también asumimos –dejando de lado la potestad que ostente el legislador– que la preparación delictiva no puede ser de índole ordinaria (Roxin y Greco, 2020, § 7, nm. 14).¹⁰

En el marco de las facultades que posee el legislador penal de tipificar conductas, incluyendo las consecuencias jurídicas, resalta también el poder de preferir los modelos de tipificación (Frister, 2011, § 5, nm. 32).¹¹ En la tarea de regular la conducta humana, se acude a la norma penal y esta puede pre-

8 La gran mayoría de los tipos penales revisten esa naturaleza; así, realización de actos sexuales con menores de dieciséis años (art. 183), tomar con ánimo de lucro cosa mueble ajena sin permiso de su dueño (art. 234), causar un daño en propiedad ajena (art. 263), provocar por imprudencia grave un delito de estragos (art. 347), falsificar moneda (art. 386). Los ejemplos de esta categoría podrían continuar.

9 Próximo a esta idea se muestra Santiago Nino (1980, p. 280).

10 Para el legislador, el punto de referencia es el delito consumado, pues únicamente por motivos especiales decide, como manifestación de su potestad, incriminar acciones preparatorias que no representan ninguna lesión en sentido fenoménico. En otras palabras, prescinde del concepto de injusto como hecho valorado desde una perspectiva de «dañosidad social» (si se me permite la expresión).

11 Ahora bien, sobre la facultad del legislador de decidir la clase de técnicas que utiliza para proteger los bienes jurídicos, cabe apuntar que dicha potestad encuentra –o debería encontrar– un límite, este es, castigar –en principio– solamente comportamientos que no afecten de ninguna manera la posibilidad de desarrollo de los ciudadanos. En similar dirección, véase la postura de Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, pp. 18-19), quien señala que lo fundamental es evitar los excesos de intervención punitiva, algo que, sin embargo, no resulta irrefutable en la legislación penal española.

sentar distintas estructuras.¹² En ese sentido, el legislador puede acudir a la descripción de acciones que produzcan un resultado u optar por acciones sin *modificaciones fenoménicas* (Roxin y Greco, 2020, § 11, nm. 119);¹³ ello ocurre en los tipos de *omisión pura* (Otto, 2004, § 4, nm. 5-7). Como hemos mostrado, existen varios modelos de incriminación, por ejemplo, al sancionar las acciones imprudentes. También, conjuntamente, puede el legislador decantarse por el castigo de actos preparativos.¹⁴

El tráfico de influencias se distancia de un modelo clásico de delito de resultado (Otto, 2004, § 4, nm. 8), aunque ello no implique de suyo la inexistencia de un resultado; en éste abordamos un análisis de la tipicidad de la conducta -influenciar- desde un plano diverso. Bien es sabido que en dicho comportamiento debemos determinar el acto de influencia, y este debe desprenderse en un escenario que resulte objetivamente relevante a efectos de lesión del objeto protegido o, como mínimo, colocarlo en riesgo objetivo,¹⁵ de ahí su carácter

12 No son pocos los modelos de clasificación que podemos encontrar para las normas. Los manuales de derecho penal -en su inmensa mayoría- nos muestran criterios de agrupación para los comportamientos delictivos al hilo de la estructura de las normas. Sin ir más lejos: delito de propia mano, delito de resultado cortado, delito subsiguiente, delito instantáneo, delito de infracción de un deber, delito de estado, delito pluriofensivo... En similar dirección, pocos negarían que un comportamiento puede ubicarse en dos o más categorías, por ejemplo: delito de resultado cortado y delito especial (tráfico de influencias, art. 428), delito de lesión y delito común (lesiones al feto, art. 138), delito de posesión y delito de preparación (preparación de falsedades art. 400). En efecto, en atención a la estructura del tipo podemos encontrar, entre otros, los siguientes aspectos: la subsistencia de la infracción en el tiempo, el modelo de actuación del sujeto o carácter de la conducta, la modalidad de la acción descrita en el verbo, la necesaria materialización de la conducta típica por parte de uno o de varios sujetos, la obligatoria presencia de determinados sujetos en la ejecución de la conducta, la particular condición del sujeto para ostentar el título de autor, la exigencia del empleo de medios determinados, el número de conductas comprendidas en el tipo... No obstante, más allá de estos aspectos, entiendo que la importancia de comprender las clasificaciones es la de permitirnos identificar los diferentes problemas de norma en cuestión. Para nuestro objeto de análisis -el delito de tráfico de influencias-, en el marco de la clasificación de los tipos penales, importa reseñar tanto el contenido como la técnica legislativa, ya que el legislador valora de manera negativa la conducta -desvalor de acción-, con independencia del resultado que se produzca en un momento *ex post*. Así pues, el delito de tráfico de influencias (art. 428) se distancia de ser un delito de daño relativo a los modelos de delito clásico. Como se expondrá en estas páginas, la norma merece una subdivisión propia, esto es, de índole instrumental, ya que se emplaza en una tipología ligada a un régimen particular en el sistema penal español.

13 Como se sabe, el legislador está facultado para anticipar la intervención a fases anteriores a la consumación. Puede hacerlo mediante figuras dependientes; pienso en «la tentativa» o «actos preparatorios punibles». Pero también puede presentar figuras autónomas, por ejemplo, «delitos de peligro abstracto» o «delitos de tentativa».

14 En definitiva, delito es toda acción que el legislador decide sancionar con pena sin importar cuál sea la estructura por la que se decante (Roxin y Greco, 2020, § 2, nm. 1-22).

15 «El requisito básico para el componente de conocimiento de la intención es la adquisición bruta de

doloso.¹⁶ El castigo por la acción corrupta –tráfico de influencias– es previo a las conductas que puedan materializarse. Por ello podemos sostener que la norma ostenta también un carácter preparatorio y se presenta como un instrumento –o medio necesario– para la potencial comisión de delitos subsiguientes. Esto, a mi juicio, permite que asimilemos el delito de tráfico de influencias como una tapia que impide la materialización de resoluciones o actuaciones injustas. Sabemos que no hace falta que se consiga la producción del resultado injusto derivado de la influencia, pues basta con la manifestación de esta; así, no es menester, por ejemplo, la obtención del beneficio económico a partir de la resolución injusta ni mucho menos la propia resolución que daría lugar al potencial beneficio.¹⁷ El carácter anticipatorio e instrumental, como advertimos, se sustenta en los actos previos de influencia que son sancionados para la evitación de eventuales daños.¹⁸ En definitiva, con este precepto –hasta donde alcanzo– se pretende blindar a la administración de los intereses de terceros que puedan *servirse de lo público*. En ese orden, la anticipación que ostenta sirve

la pérdida de la situación. Si la concepción del autor se desvía sustancialmente del proceso causal real, esto excluye el propósito del sujeto. El *dolus generalis* se utiliza en el caso de las transacciones de donaciones múltiples en las que el autor piensa que ya ha conseguido el éxito con el primer acto de acción, cuando en realidad éste sólo se produce mediante un segundo paso de acción» (Seiler, 2011, §3, nm. 220) (cursivas agregadas).

- 16 «Actuar a conciencia y por convicción no serían sinónimos, sino expresión de los dos aspectos (cognoscitivo y volitivo, respectivamente) del obrar moral pleno serían contenidos específicos del saber y la voluntariedad cuando se trata de un juicio de imputación de carácter moral» (Sánchez-Ostiz, 2020b, p. 94-95).
- 17 «La resolución que se pretende ha de poder “generar directa o indirectamente **un beneficio económico** (dinero, un bien económicamente evaluable o un servicio de iguales características) para sí o para un tercero” al funcionario influyente. Sin embargo, para el tipo básico no es necesario conseguir ni la resolución pretendida ni el beneficio económico que de ella se esperaba. Se trata de un **delito de resultado cortado**, portador de un elemento subjetivo del injusto, que va más allá del dolo, consistente en una finalidad que no es necesario que llegue a conseguirse. Así, pues, el CP adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción del resultado que quiere evitar: una resolución favorable económica mente al sujeto activo o a un tercero. Y si se produce el beneficio, a consecuencia de la resolución del funcionario influido, se realiza el **tipo agravado** previsto en el último inciso, para el que se señala la pena en su mitad superior» (Mir Puig, C., 2015, pp. 1466-1467) (cursivas y negritas en original).
- 18 Como veremos, el propio legislador establece la obligatoriedad de estipular la pena en su mitad superior en caso de que se llegue a conseguir el beneficio, lo cual, a mi juicio, reafirma el carácter preparatorio o de contención que caracteriza al delito de tráfico de influencias. Como se mostró con anterioridad, el precepto contenido en el art. 428 del Código Penal reza como sigue: «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 (...). **Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior**» (negritas agregadas).

para evitar comportamientos subsiguientes que pueden generar, en no pocos eventos, consecuencias gravísimas; por ejemplo: el nombramiento de un sujeto no cualificado al frente de una entidad prestadora de servicios públicos que regulan derechos fundamentales. Como se expuso, basta con que el autor *persiga subjetivamente la obtención de una determinada resolución* que le pueda generar de forma directa o de manera indirecta un beneficio económico para sí o para otro sujeto. Es este, precisamente, el carácter instrumental que reseñamos. La estructura de la norma, en el tráfico de influencias, ostenta una base para evitar la comisión de otras conductas, esto es, *delito medio* para lesionar o afectar otros bienes jurídicos incluso diferentes a los previstos en los delitos contra la administración pública.¹⁹

3. El objeto jurídico protegido

Tras el análisis del precepto que describe la conducta relativa al delito de tráfico de influencias en el Código Penal Español, podemos plantearnos la idea de que el legislador no reconoce nuevos bienes jurídicos en esta clase de normas que se destacan por tener un matiz anticipatorio en términos preventivos. Lo que ocurre, a mi modo de ver la cuestión, es que, ante las nuevas formas de criminalidad que amenazan tanto la administración pública como otros sectores, se adelantan las barreras de protección para garantizar que los intereses jurídicos no se afecten.²⁰ En tal sentido, el fenómeno de la preparación delictiva representa una doble medida de protección para los bienes jurídicos (Reyes Alvarado, 2016, p. 490). Esto podría encontrar cierta lógica si el legislador responde a las exigencias sociales que exigen mayor protección para determinados intereses, y el caso de la corrupción, desde mi punto de vista, no se aleja de estas exigencias.²¹ El legislador, ante estas novedosas formas en las cuales aparece la corrupción, brinda nuevas garantías para intereses jurídicos que ya gozan de protección en el mismo cuerpo legal. Sin embargo, al tipificar acciones previas a la tentativa de un delito mediante conductas que no lesionan todavía un bien jurídico específico, podríamos pensar que se reconocen otros intereses

19 Al respecto, es interesante el planteamiento trazado por (Otto, 2004, § 5, nm. 1-36).

20 A mi juicio, el adelantamiento de las barreras de protección implica la identificación de nuevos fenómenos criminológicos en el marco de la corrupción, obligando al legislador a proponer nuevas soluciones político-criminales para tratar de frenar o contrarrestar las conductas corruptas en el escenario público y privado.

21 Para profundizar al respecto, ver Gómez Martín et al. (2018, passim).

jurídicos. Por descontado, sostengo que –en el caso del tráfico de influencia–, como figura instrumental, no se reconocen nuevos bienes jurídicos, sino que se aplica un método anticorrupción que nos obliga a encontrar soluciones interpretativas respetuosas de los principios básicos del derecho penal al momento de interpretar y aplicar el precepto (Muñoz Conde, 2018, p. 48).

El bien jurídico protegido debería servirnos como pauta de interpretación en toda norma penal completa (Luzón Peña, 2016, p. 170), pero, asimismo, tendría que ayudarnos como criterio limitador o justificador de las barreras de anticipación penal.²² Cuando el legislador acude a estas figuras de adelantamiento, por los motivos que estime oportunos, conoce que esta clase de intervención pone en tela de juicio la capacidad de las estructuras de imputación clásicas que utilizamos. También sabe que estas han sido diseñadas –principalmente– para figuras clásicas (tipos de resultado). Esto no quiere decir que la imputación objetiva no nos sirva para los delitos de mera actividad (Roxin y Greco, 2020, § 10, nm. 54-62) o para el delito de tentativa; por el contrario, la aplicabilidad de las normas que ostenta esta clase anticipación nos ayuda a reafirmar la inobjetable utilidad de la teoría de la imputación objetiva.²³ Sin embargo, el objeto de protección, al estar tan alejado de la conducta incriminada –fase de preparación o fase de constitución de elementos para la maquinación de posteriores conductas (la instrumentalidad)–, dificulta la determinación de las acciones que pueden crear un riesgo jurídicamente relevante para lesionar los bienes jurídicos; por eso insistimos en que esta técnica plantea inconvenientes con algunas instituciones de la Parte General.²⁴

22 «[...] pienso que la idea de bien jurídico puede seguir aportando en Derecho penal, pero siempre que prescindamos de las excrescencias y desenfoces a que ha podido dar lugar. [...] El problema no se suscita respecto a la tutela penal de la vida, libertad o patrimonio..., sino a propósito de tipificaciones nuevas para realidades que gozan de menor consenso (mercado, seguridad colectiva...) o que se encuentran poco definidas (estructuras políticas, orden socioeconómico, protección de los animales...)» (Sánchez-Ostiz, 2020a, pp. 39-41).

23 «En lo personal, reivindicamos la utilidad del concepto de bien jurídico -pese a admitir el proceso de depreciación y deterioro que ha padecido- y nos parece imprescindible hacerle cumplir una función sistemática, valorando la lesión del bien protegido (principio de lesividad) como un elemento constitutivo del ilícito penal» (Fernández, 2021, p. XXXI).

24 «No cabe duda de que el Derecho penal se halla en franca expansión, llegando a espacios inimaginables al compás del nacimiento de nuevos intereses difusos que fueron generando demandas renovadas sobre los límites legislativos que en un primer momento trazaron el espíritu del Código Penal. La protección de bienes jurídicos de interés difuso o colectivo trajeron nuevos problemas en las estructuras modernas del derecho penal que deben hacer frente a tipificaciones contra personas jurídicas, la recurrencia a delitos de peligro, la proliferación de leyes penales en blanco que remiten a otras legislaciones –generalmente administrativas– para lograr complementarse, sin dejar de lado el adelantamiento de la barrera de punibilidad a instancias donde la lesividad es tan o más difusa

Respecto a las valoraciones del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, desde una interpretación estrictamente sistemática es posible argumentar que el objeto de protección esté referido al *buen funcionamiento de la función pública*; pero esta valoración, en mi opinión, resulta demasiado ambigua y nos conduce a los problemas interpretativos apuntados en estas páginas, más aún si se refiere tanto a las funciones administrativas como a las judiciales.²⁵ La expresión *buen funcionamiento de la función pública* derivaría a una cuantiosa muestra de comportamientos con apariencia de tipicidad que necesitarán una rigurosa valoración, de ahí la importancia de concretizar y, al mismo tiempo, sistematizar el objeto de protección en la norma jurídico penal.²⁶

La reforma del Código Penal Español, en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, trajo consigo, además de la modificación del precepto que describe la conducta tipificada en el delito de tráfico de influencias, una reestructuración del tipo penal, elevando las penas de manera significativa.²⁷ Sin embargo, se mantiene dicho precepto en el Título de delitos contra a la administración pública, sirviendo de pauta para argumentar una posición coherente respecto al valor protegido.

Mi posición sobre el *telos* de la norma que analizamos –precepto contenido en el art. 428 del Código Penal Español–, es la siguiente: *la imparcialidad en el accionar de la administración*. Dicha rectitud, a mi modo de ver, debería entenderse como objetividad o neutralidad desligada de cualquier interés corrupto de todos los sectores sociales (público, privado...). No obstante, difícilmente

que el bien jurídico protegido [...] Estas nuevas formas de poder legitimado proponen al derecho penal el desafío de encontrar nuevos límites al *ius puniendi*» (López Gastón, 2015, p. 18) (cursivas en el original).

- 25 En el delito de tráfico de influencias, como se adelantó, el bien jurídico protegido es uno de los aspectos más controvertidos. Nos podemos referir a la imparcialidad del funcionario público, al buen funcionamiento de la administración, a la libertad durante los procesos de deliberación del funcionario público en la toma de decisiones de cara a su función. Al respecto, véase la aportación efectuada por Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (Romeo Casabona et al., 2016, pp. 710-711).
- 26 En sentido similar, véase el planteamiento trazado por Miguel Ángel Baldoña Pasamar (2016): «[...] el elemento clave para que un comportamiento que menoscaba los bienes jurídicos de las personas siga constituyendo delito es que alcance **una mínima entidad respecto a la afición al bien jurídico protegido** y alguna relevancia para la sociedad o para mantener la paz social» (pp. 16-17) (cursivas y negritas agregadas).
- 27 Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «Se refuerza la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública. Con carácter general, se elevan las penas de inhabilitación previstas para este tipo de delitos, y se añade la imposición de penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Además, se introducen nuevas figuras delictivas relacionadas con la financiación ilegal de partidos políticos».

podríamos denominar a eso «bien jurídico», debido a las implicaciones de índole práctica. Por lo tanto, no pocas de las normas que reposan en el mismo Título del Código Penal –como la *malversación de caudales públicos* (art. 432) o la *defraudación de ente público* (art. 436)– garantizarían la defensa contigua de la administración pública. Efectuado el análisis sobre el objeto jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, conviene analizar algunos aspectos relacionados con tipicidad de la conducta desde el carácter instrumental de la norma.

4. Determinación del riesgo típico

El precepto contenido en el art. 428 del Código Penal Español debe ajustarse a la razón de la teoría del comportamiento jurídicamente desaprobado,²⁸ así como a la imputación objetiva del resultado.²⁹ Por tanto, exigimos que el comportamiento, observado *con anterioridad*, exprese el tonelaje necesario para afectar a otros.³⁰ Este análisis es necesario para conseguir plegar la libertad del funcionario a fin de alcanzar una resolución que resulte favorable al sujeto propiamente activo u a otro(s).³¹ Dicho de otra manera, el comportamiento debe

-
- 28 «Así, cuando se advierte que lo decisivo en la distinción de parte objetiva y parte subjetiva del tipo no es el carácter objetivo o subjetivo de sus presupuestos, sino la distinta valoración correspondiente, se advierte que para la imputación objetiva de la conducta no hay que tener en cuenta todos los conocimientos objetivamente posibles de la situación, sino sólo los que tendría una persona prudente en la posición del autor, además de los conocimientos especiales del sujeto –puesto que la imputación objetiva de la conducta significa precisamente una valoración de la misma comparándola con la que habría considerado correcta una persona prudente» (Mir Puig, 2004, p. 12).
- 29 «La imputación jurídica, al incluir por tanto **coerción externa y motivos diversos al puro deber**, apela a medios externos para obtener de su destinatario la conducta. Se entiende, así, que imputación con validez jurídica sea aquella que excluye las consecuencias (“[e]l efecto jurídico de un hecho determinado es la pena; el de uno meritorio, recompensa (*praemium*)»)» (Sánchez-Ostiz, 2008, p. 102) (cursivas en el original; negritas agregadas).
- 30 «Las doctrinas más antiguas de la causalidad tienen en común que no sólo definen la causa del delito en términos naturalístico, también lo hacen en términos normativos, diferenciando entre las contribuciones parciales según su peso para la ocurrencia del éxito. Históricamente, sirvieron sobre todo para limitar los comportamientos irrelevantes según la teoría de la equivalencia» (Steininger, 2019, Kap 7-28).
- 31 «[...] la mera presencia de un resultado no basta para la punición [...]. Es preciso, todavía, comprobar **la existencia de un nexo de causalidad entre éste y el comportamiento típico**. Además, es necesario constatar que el resultado representa la realización del riesgo en virtud del cual está prohibida la conducta y, no simplemente la realización de un riesgo tolerado de modo general. Si el resultado no constituye una consecuencia específica del comportamiento típico, es decir, si no hay “relación de realización” entre comportamiento típico y resultado, éste no es percibido ido por los ciudadanos como perturbación de la paz jurídica, ni siquiera como cuestionamiento de la vigencia de la norma, sino como producto del azar. En resumen: para **la imputación del resultado hay que**

estar dotado de una presión moral lo suficientemente relevante para alcanzar lo que otro requiere;³² simultáneamente, el acto del funcionario tiene que ser cualitativamente relevante.³³ Esto indica –en el marco de una interpretación democrática de la norma– la necesidad de descartar los comportamientos socialmente adecuados con el propósito de desvalorar, exclusivamente, los actos de influencia antijurídicos subsumibles en el tipo penal y en atención al interés jurídico protegido.³⁴ Desde esta perspectiva, el comportamiento espurio del funcionario debe poder conectarse con la concreta influencia marcada en el tipo del art. 428 del Código Penal, no con la posterior ejecución del funcionario o autoridad influenciado, pues, como hemos mostrado, el delito de tráfico de influencias se emplaza en una orden instrumental; de ese modo, la emisión de la sugestión o de la invitación –anclada en la relevancia del sujeto que la emite– dará lugar a la tipicidad; de ahí, insistimos, se deriva su carácter excepcional (anticipatorio e instrumental³⁵).

verificar, desde una perspectiva *ex post*, si el mismo puede ligarse *empírica* (nexo de causalidad) y *normativamente* (“relación de realización”) al **peligro *ex ante* creado por el autor con su comportamiento**» (Porciúncula, 2014, p. 196) (cursivas en el original; negritas agregadas).

- 32 «[...] en un juicio de imputación objetiva lo relevante son las condiciones personales en las que se encontraba el sujeto a la hora de actuar. En ese sentido, son criterios de imputación la controlabilidad de una conducta o la capacidad de evitación de determinadas consecuencias. En cambio, en el juicio de desaprobación, se trata de llegar a legitimar racionalmente la prohibición de una conducta sobre la base de un conjunto de principios encaminados a deslindar lo correcto de lo incorrecto» (Robles Planas, 2004, pp. 97-98).
- 33 «Lo que realmente permite trazar una línea divisoria entre aquellos comportamientos que interesan al derecho penal y los que deben permanecer al margen del mismo, es la producción de una indebida forma de ataque al bien jurídico objeto de protección» (Reyes Alvarado, 2009, p. 4).
- 34 «El juicio de imputación “afirma” (o niega) una relación de dicho sujeto con un segundo término, la acción, objeto de aquel juicio. No sería correcto entender que la imputación permite afirmar que algo es acción. Se incurriría, así, en una argumentación circular: se imputa algo, la acción, que se considera entonces, precisamente por eso, acción. Pero no hay circularidad. Se distingue acción (“Handlung”) y hecho (“That”). Ambas podían designar en un momento la misma realización, pero “That” añadía, según los casos, un matiz meliorativo o peyorativo, asociado, en este último caso, incluso a crimen o delito. La elección, por tanto, no sería casual. Se escoge un término que puede indicar algo más que obrar; designaría cierta valoración de lo que se obra» (Sánchez-Ostiz, 2008, pp. 81-82).
- 35 «La distinción entre los tipos penales que sancionan la preparación en sí misma sin especificar las conductas que se censuran, y aquellos otros en los que la tipificación se refiere de manera puntual a determinados comportamientos, permite responder de manera diferenciada a la pregunta sobre si es concebible y punible la tentativa de los actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo consumado. Esa posibilidad existe cuando lo que el legislador sanciona es un determinado comportamiento constitutivo de una preparación delictiva, siempre que la conducta desplegada por el autor pueda ser interpretada objetivamente y desde una perspectiva *ex ante*, como probabilísticamente apta para conseguir la finalidad típica perseguida por el autor. Si, por el contrario, lo que se eleva a la categoría de delito autónomo consumado es la preparación de un delito en sí misma, entonces la tentativa debe rechazarse porque una norma así concebida abarca ya, como consumación,

5. Final

El sistema de anticipación, en la legislación penal española, va más allá de la incriminación de conductas relacionadas con la adquisición o posesión de materiales u objetos necesario para la comisión de una determinada infracción penal, pues, en la actualidad, en dicho cuerpo legal apreciamos otros modelos anticipatorios, como los referidos a la incriminación de conductas *inmateriales*, que ocurre en el delito de tráfico de influencias.

Las medidas anticipatorias de índole instrumental –relacionadas con conductas que implican comportamientos o actos de influencia– exigen una especial concretización del bien jurídico protegido, así como rigurosos criterios de interpretación para alcanzar una lectura y aplicación plausible de la norma en términos de imputación.

El delito de tráfico de influencias en la legislación penal española encuentra su justificación tanto desde una perspectiva moral como jurídica. Desde el ángulo de obrar anclado al bien colectivo, resulta inobjetable el rechazo social de comportamientos que alteran el correcto funcionamiento del Estado. Conjuntamente, desde el ángulo jurídico, aunque se trata de una norma de carácter instrumental y corte anticipatorio, se detecta una afectación desde el plano preparatorio, ello, aunado a la importación del bien jurídico, justifican su incriminación.

Bibliografía

- Baldova Pasamar, M. A. (2016). Derecho penal de mínimos: algunas consideraciones sobre el umbral de las prohibiciones penales relativas a lesiones, malos tratos de obra y vejaciones injustas de carácter leve. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15(3), 13-51.
- Bertel, C. y Schwaighofer, K. (2022). *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II (§ 169 bis 321k StGB)* (15ª ed.). Verlag Österreich.
- Fernández, G. D. (2021). La “Introducción...” treinta años después. En Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho Penal* (2ª ed., pp. 19-35). BdeF.
- Frister, H. (2011). *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (5ª ed.). Beck C. H.
- Gómez Martín, V., Montiel, J. P. y Satzger, H. (Eds.). (2018). *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*. Marcial Pons.
- Kienapfel, D., Höpfel, F. y Kert, R. (2020). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundriss des Strafrechts* (15ª ed.). Facultas.

la punibilidad de todo lo que ocurra en el ámbito previo a ella» (Reyes Alvarado, 2016, p. 494).

- López Gastón, R. (2015). *Reacciones penales innecesarias en un modelo de Derecho penal mínimo. Un estudio crítico sobre las disputas científicas en torno al Derecho penal sancionador*. BdeF.
- Luzón Peña, D. M. (2016). *Lecciones de Derecho penal* (3ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Medigovic, U., Reindl-Krauskopf, S. y Luef-kölbl, H. (2013). *Strafrecht: Allgemeiner Teil II* (2ª ed.). NWV im Verlag Österreich GmbH.
- Mir Puig, C. (2015). Tráfico de influencias. En Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (pp. 931-938). Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2004). Valoraciones, normas y antijuricidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (06-02), 1-19.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal. Parte general* (10ª ed.). Reppertor.
- Muñoz Conde, F. (2018). *Teoría general del delito* (3ª ed.). Temis.
- Muñoz Conde, F. (2021). *Introducción al Derecho Penal* (2ª ed.). BdeF.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (8ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Nino, S. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea.
- Otto, H. (2004). *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre* (7ª ed.). Gruyter.
- Porciúncula, J. C. (2014). *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»*. Atelier.
- Reyes Alvarado, Y. (2008). La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito. *Revista General de Derecho Penal*, (9), 1-24.
- Reyes Alvarado, Y. (2009). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista General de Derecho Penal*, (11), 1-15.
- Reyes Alvarado, Y. (2016). *El delito de tentativa*. BdeF.
- Robles Planas, R. (2004). Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo. En Frisch, W. y Robles Planas, R., *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación en Derecho penal* (pp. 69-98). Atelier.
- Romeo Casabona, C. M., Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M. A. (Coords.). (2016). *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2 /2015, de 30 de marzo*. Comares.
- Roxin, C. y Greco, L. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5ª ed.). C.H. Beck.
- Sánchez-Ostiz, P. (2008). *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. BdeF.
- Sánchez-Ostiz, P. (2020a). Contribución a una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal. En *A vueltas con la Parte Especial. (Estudios de Derecho penal)*. Atelier.
- Sánchez-Ostiz, P. (2020b). Coacción, intimidación y coerción en Derecho penal. *Persona y Derecho*, (81), 185-200.
- Seiler, S. (2011). *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (2ª ed.). Facultas.
- Steininger, E. (2019). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen - Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt* (3ª ed.). Linde Verlag Ges. m.b.H.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *Estructura básica del Derecho Penal*. Ediar.