

EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y SU CRIMINALIZACIÓN EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

di Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas

Abstract. *El tráfico de influencias, o lo que es lo mismo, la situación en la que una persona abusa, en beneficio de un tercero, de su influencia sobre el proceso de toma de decisiones de los funcionarios públicos, por lealtad, dinero o cualquier otra ventaja material o inmaterial o, simplemente, por las expectativas de alcanzarlos, forma parte de los principales modelos de análisis y clasificaciones de las formas de corrupción. Basado en la colisión entre los intereses personales o patrimoniales del autor y los intereses públicos que deben perseguir, en todas sus actuaciones, los representantes del Estado, en él se evidencia el relativismo de la propia idea de corrupción, al abarcar, junto a la figura jurídico-penales conocidas como venta de influencias, otras manifestaciones asociadas a fenómenos de nepotismo, amiguismo o competencia desleal y que se sitúan, mayoritariamente, en el ámbito de lo socialmente aceptable. El presente trabajo se dirige al análisis de las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales anti-corrupción en materia de tráfico de influencias. A partir de dicho análisis se formulan recomendaciones con vistas a la tipificación o modificación del delito en los sistemas penales europeos y se presentan algunos de los principales desafíos que plantean las figuras del lobbying y la llamada influencia política institucionalizada.*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El tráfico de influencias en las convenciones internacionales anti-corrupción. – 2.1. La Convención de Derecho penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa. – 2.2. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. – 2.3. El Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo Sudafricano. – 2.4. La convención de la Unión Africana sobre la Prevención y la Lucha contra la Corrupción. – 3. Estructura y elementos del delito en las convenciones anti-corrupción. – 3.1. Modalidades de conducta. – 3.2. Sujetos activos. – 3.3. Las ventajas indebidadas. – 3.4. El abuso de influencia. – 3.5. Diferencias entre el tráfico y el lobbying. – 4. Conclusiones y recomendaciones.

1. Introducción.

Las empresas y los reguladores de los mercados encuentran enormes incentivos para tratar de condicionar o influir en los agentes del sistema político (parlamentarios, altos funcionarios, responsables políticos): ver reforzada su posición en el mercado a través de decisiones en materia de fusión de empresas o reestructuración de sectores económicos o industriales; obtener ventajas competitivas de la mano de normas que distorsionen la formación de precios o el sistema de selección en la contratación;

situarse en el centro de los nuevos regímenes de beneficios, ventajas o exenciones fiscales [...]¹ Estas dinámicas entroncan con lo que ha dado en denominarse “captura del Estado”, definida por el Banco Mundial como “las acciones de los individuos, grupos o empresas, en los sectores público y privado, para influir en la formación de las leyes, reglamentos, decretos y otras políticas gubernamentales para su propio beneficio, como resultado de la atribución ilícita y no transparente de beneficios privados a funcionarios públicos”. Aunque la intensidad, grado y nivel de esa “captura” varían significativamente de unos países a otros, diversos estudios empíricos acreditan su impacto económico (v. g. las rápidas tasas de crecimiento de las empresas que la practican), político (en términos de expansión de la intervención gubernamental en la economía) y, también, social (en relación con todos los derechos e intereses de los consumidores y los trabajadores y empleados de las empresas implicadas)².

Por otra parte, las dinámicas de liberalización, armonización y desregulación de los mercados han alterado los procesos de toma de decisiones políticas y económicas en Europa, trayendo consigo modificaciones sustanciales en las funciones y responsabilidades de los actores involucrados y en sus estrategias competitivas³. Es en este contexto en el que adquieren todo su significado fenómenos como el de las “puertas giratorias” – que siempre alimenta las sospechas de que el beneficiario hubiera visto comprometida su tarea de representación de los intereses públicos por sus expectativas profesionales en el sector privado – y, sobre todo, el lobbying, cuya deficiente regulación, a nivel nacional e internacional, es lugar común en todos los estudios e informes sobre corrupción pública⁴.

El principal objetivo de este trabajo es el de exponer y analizar las modalidades de tráfico de influencias contempladas en los instrumentos internacionales anti-corrupción, con vistas a obtener una imagen global del delito. Al examinar la estructura y la literalidad de las correspondientes previsiones, así como las conductas típicas y sus posibles autores, podremos determinar qué prácticas (en particular de

¹ Vid., sobre estas y otras prácticas, JOHNSTON, M., *Syndromes of corruption: wealth, power and democracy*, Cambridge, 2005, 43; VARGAS-HERNÁNDEZ, J., “The multiple faces of corruption: typology, forms and levels”, *Studies of Changing Societies*, 1(6), 2012, 13; SOREIDE, T., “Corruption and competition. Fair market as an anticorruption device”, *The Nagoya Journal of law and politics*, 258, 2014, 239 y 240. Sobre la figura de los “reguladores” de los mercados y su papel en el sistema de la corrupción vid., por ejemplo, MAJUMDAR, M. / HAN YOO, S., *Strategic Analysis of Influence Peddling*, CAE Working Paper # 11-04, Marseille, 2011, 1 y nota 1. La bibliografía sobre la relación entre corrupción y competitividad es muy abundante, en particular en el mundo anglosajón. Para una síntesis de los principales planteamientos pueden verse OLKEN, B. / PANDE, R., “Corruption in developing countries”, *Annual Review of Economics*, 4, 2012, 479 y ss.

² Vid., entre otros, KAUFMANN, D. / KRAAY, A., “Growth without governance”, *Economía*, 3(1), 2002, 169 y ss.; KAUFMANN, D. / HELLMAN, J. S. / JONES, G. / SCHANKENMAN, M. A., “Governance, corruption, and state capture: How firms and Bureaucrats shape the business environment in transition economies”, *World Bank Policy Research Working Paper*, 2312, 2000, 1 y ss.

³ Vid. SLINGERLAND, W., *Trading in influence: corruption revisited*, EGPA Study Group on Ethics and Integrity of Governance, Toulouse, 2010, 2.

⁴ Vid. HARSTAD, B. / SVENSSON, J., “Bribes, lobbying and Development”, *American Political Science Review*, 105, 2011, 1 y ss.; BREZIS, E. S. / CARIOLLE, J., *The revolving door indicator: estimating the distortionary power of the revolving door*, Ramat Gan, 2014, 1 y ss.;

entre las asociadas al lobbying y a la llamada influencia política institucionalizada) pueden encontrar cobertura en ellas. Conviene precisar, por lo demás, que la extradición – mecanismo básico de cooperación internacional en el ámbito criminal – se fundamenta en el principio de identidad de los criterios de incriminación, y que, desde ese punto de vista, resulta sumamente relevante conocer cuáles son los modelos de criminalización que se desprenden de las convenciones internacionales y su grado de compatibilidad y homogeneidad⁵. Por último, examinar los aspectos clave de la regulación internacional del tráfico nos permitirá formular algunas propuestas y recomendaciones que pueden ser utilidad a la hora de implementarlo o de modificar, en su caso, su disciplina legal en los sistemas penales europeos. El trabajo se apoyará, tanto en la información contenida en los propios instrumentos, como en las conclusiones alcanzadas por la literatura especializada.

2. El tráfico de influencias en las convenciones internacionales anti-corrupción.

Los economistas, sociólogos y politólogos contemporáneos alinean la extensión de las prácticas corruptas, no sólo con un socavamiento de la confianza de la ciudadanía en las instituciones, sino también con una minoración de la productividad de la inversión pública, es decir, con una reducción del crecimiento económico⁶. Frente a los planteamientos funcionalistas, diversos estudios empíricos demuestran que el establecimiento de una cultura corporativa ética y la implementación de estrategias anticorrupción sólidas, dirigidas a lograr que las empresas puedan considerarse “dignas de confianza” a la hora de participar, por ejemplo, en licitaciones públicas, trasciende al plano de la esfera privada empresarial, para repercutir en el funcionamiento de los mercados y el crecimiento económico⁷. Existen, en suma, correlaciones significativas entre altos niveles de corrupción y magnitudes estrictamente económicas, como la distorsión de la composición del gasto público – en la medida en que se lo reorienta hacia actividades que puedan generar grandes sobornos – y la reducción del nivel de inversión extranjera directa – al añadirse costes y

⁵ Vid. CARR, I., “Fighting corruption through regional and International conventions: a satisfactory solution?”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2007, 129 y 141, señalando que, en la práctica, la ratificación, por parte de un Estado, de convenciones que divergen en sus fines, contenidos y procedimientos genera numerosas incertidumbres.

⁶ Como explica VARGAS-HERNÁNDEZ, J., “The multiple faces...”, *cit.*, p. 18, la desconfianza crea un sector público ineficiente que, a su vez, incrementa los niveles de corrupción y socava la confianza de la ciudadanía en la cosa pública. De esa forma, “la corrupción y la falta de confianza en las instituciones se alimentan mutuamente, produciendo un círculo vicioso”.

⁷ Vid., ampliamente, ROSE-ACKERMANN, S., “The economics of corruption”, *Journal of Public Economics*, 4(2), 1975, 187 y ss.; GRAY, C. W. / KAUFMANN, D., “Corruption and development”, *Finance and Development*, 35, 1998, 7 y ss.; MONTINOLA, G. / JACKMAN, R. W., “Sources of corruption: a cross-country study”, *British Journal of Political Science*, 32, 2002, 147 y ss.; XIAOHUI, X. / RUDEL, T. K., “The context for political corruption: a cross-national analysis”, *Social Science Quarterly*, 85(2), 2004, 294 y ss.

crearse incertidumbre –⁸, y, aunque corresponde a cada país la tarea de encontrar soluciones ajustadas a su propia realidad normativa, económica y sociológica⁹, la internalización y armonización de los mercados debe conducir a la adopción de estrategias y marcos de actuación comunes.

Por otra parte, expertos, investigadores y organizaciones internacionales han venido alertando sobre los efectos negativos de las políticas anti-corrupción “asimétricas” en el comercio internacional y en el funcionamiento de los mercados, insistiendo en que la desigualdad de riesgos penales es un elemento de distorsión de la libre competencia y en que la decisión de las empresas de no secundar prácticas corruptas (en este caso, el acceso a contratos o subvenciones a través de influencias ilegales) puede traducirse en su exclusión del mercado¹⁰. La definición de marcos legales consistentes y precisos, que no dejen margen (“excusas legítimas”) a las autoridades y funcionarios para dispensar trato de favor a particulares, grupos o empresas se presenta, así, como un elemento esencial en cualquier estrategia de prevención de la corrupción pública¹¹.

Todas las consideraciones que acaban de hacerse no han impedido que la perspectiva con que se examina dicho fenómeno sea, más bien, restrictiva, de tal manera que los (graves) daños que provoca viene asociados, fundamentalmente, a la reiteración de casos de cohecho y, a lo sumo, de malversación de caudales públicos¹². Ese punto de vista esconde la concepción del tráfico de influencias como una modalidad menor, cuya lesividad o capacidad para dañar la confianza pública en el correcto funcionamiento de las instituciones viene aminorada por el hecho de que al intermediario le será imposible, en la mayoría de los casos, inducir a las autoridades o funcionarios a actuar de forma ilegal o incorrecta.

Imbuidos, probablemente, por esa filosofía, buena parte de los instrumentos internacionales anti-corrupción han excluido al tráfico de sus prescripciones e iniciativas de reforma, en tanto que los que sí dan entrada a medidas, recomendaciones o previsiones relacionadas con él (al reconocer su gravedad e idoneidad para corromper y debilitar el sistema político y social) han sido objeto, con frecuencia, de no pocas controversias relacionadas con su ámbito de aplicación y la técnica legal empleada en su descripción. La mejor prueba de ello es que, de los 43 Estados que ratificaron la Convención del Consejo de Europa contra la Corrupción, más de una

⁸ Vid. TANZI, V. / DAVOODI, H. R., “Corruption, public investment, and growth”, *IMF Working Paper*, 1997, 1 y ss.; VARGAS-HERNÁNDEZ, J., “The multiple faces...”, *cit.*, 18.

⁹ Insiste en la necesidad de poner en relación el fenómeno de la corrupción con el sistema cultural en que opera HOOKER, J., “Corruption from a cross-cultural perspective”, *Cross Cultural Management: An International Journal*, 16, 2009, 251 y ss.

¹⁰ Vid. SOREIDE, T., “Corruption and competition...”, *cit.*, 254 y ss.

¹¹ De esta opinión BOGGINO, J. C. / ARGANA, M., *Límites entre los intereses privados y el ejercicio de la función pública a la luz de las convenciones internacionales anticorrupción. Análisis de mecanismos, medidas y recomendaciones existentes*, Consejo Impulsor del Sistema Nacional de Integridad, Asunción, 2006, 18; CARR, I., “Fighting corruption...”, *cit.*, 122 y 129.

¹² Se hacen eco de ello, por ejemplo, BAYLEY, D., “The effects of corruption in a developing nation”, *The Western Political Quarterly*, 19 (4), 1966, 719 y ss.; CARR, I., “Fighting corruption...”, *cit.*, 135.

cuarta parte formularon reservas a la recomendación de sancionarlo penalmente, con argumentos examinados por el GRECO en su tercera ronda de evaluación¹³.

El más recurrente es, quizá, el que alude a la suficiencia de otras figuras, como el cohecho, para lidiar con los supuestos de corrupción a través de influencias ilícitas. Uno de los países que lo hizo valer fue Alemania, que, aunque no formalizó una reserva oficial, optó por su no tipificación, poniendo por delante la existencia en su Código penal de figuras (como el "abuso de confianza contra la empresa") adecuadas para hacer frente a esa clase de comportamientos¹⁴. También pusieron de manifiesto sus dificultades para incorporar a sus sistemas penales figuras dirigidas a combatir el tráfico de influencias las autoridades holandesas, danesas y suecas, insistiendo en la idea de que las disposiciones en materia de cohecho activo y pasivo, combinadas con las normas sobre las formas imperfectas de ejecución y las formas de participación criminal, proporcionaban ya suficiente protección contra el ejercicio ilegal de influencias en los órganos públicos, sin necesidad de acudir a una tipificación autónoma¹⁵.

En las reservas formuladas por las autoridades holandesas y suecas estaba presente, también, en segundo lugar, la posible colisión entre la criminalización del tráfico de influencias y la autorización legal para que ciertos colectivos, organizaciones no gubernamentales o grupos de interés intenten ejercer influencias (políticas o financieras) y plantear, también personalmente, mediante encuentros o contactos con las autoridades o funcionarios, iniciativas de defensa de sus intereses. Por último, las autoridades danesas emplearon el argumento de la complicada estructura del delito y de la falta de claridad de los términos en que se expresa el art. 12 de la mencionada convención a la hora de establecer sus elementos.

Aunque los informes de evaluación del GRECO se reafirmaron en la conveniencia de criminalizar el tráfico, lo cierto es que esos informes nacionales ponen sobre la mesa temas que deben ser considerados en este trabajo, como el de sus relación con el cohecho, la necesidad de delimitar su ámbito de aplicación del de los derechos de participación ciudadana (en particular, en relación con las actividades de contacto e iniciativas de los grupos de interés y lobbies en defensa de sus intereses) y, por último, el de la elección de las técnicas de tipificación adecuadas para incorporarlo a los sistemas penales nacionales.

En las páginas que siguen examinaremos (y compararemos) las disposiciones relativas al tráfico de influencias incluidas en: la Convención de Derecho penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, el único instrumento con vocación verdaderamente universal en esta

¹³ La información relativa a las reservas hechas a la Convención puede verse en la página web del GRECO:

¹⁴ Vid. Informe de la tercera ronda de evaluaciones sobre Alemania (ETS 173 y 191, GPC 2) (Tema 1), parágrafo 114.

¹⁵ Vid. Informe de la tercera ronda de evaluaciones sobre Holanda (ETS 173 y 191, GPC 2) (Tema 1), parágrafos 60 y 61; Informe de la tercera ronda de evaluaciones sobre Dinamarca (ETS 173 y 191, GPC 2) (Tema 1), parágrafo 70; Informe de la tercera ronda de evaluaciones sobre Suecia (ETS 173 y 191, GPC 2) (Tema 1), parágrafo 54.

material; la Convención de la Unión Africana sobre la Prevención y la Lucha contra la Corrupción; y el Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo Sudafricano. En punto a ellos se considerarán, por este orden: (1) las modalidades de conducta; (2) el sujeto activo del delito; (3) el concepto de “ventaja indebida”; y (4) el abuso de influencia, como medio comisivo. Se abordará, además, el tratamiento que deparan al *lobbying* y se explicarán las diferencias conceptuales existentes entre el propio tráfico y la figura del cohecho. Con carácter previo, se irán presentando los instrumentos, por orden cronológico de su adopción.

2.1. La Convención de Derecho penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción.

La Convención de Derecho penal del Consejo de Europa sobre la corrupción (CCE) fue adoptada el 4 de noviembre de 1998, entrando en vigor el 1 de julio de 2002, tras haberse alcanzado el número de 14 ratificaciones. Está abierta para ser firmada por los estados miembros del Consejo de Europa y por otros seis no miembros, pero que participaron en su elaboración (Bielorrusia, Canadá, Santa Sede, Japón, México, Estados Unidos de América). También pueden recibir la invitación para ser parte en ella terceros estados y la Unión Europea. A la altura de mayo de 2015 ha sido firmada por un total de cincuenta estados y ratificada por cuarenta y cinco.

Sus pilares son la armonización de las normas europeas concernientes a delitos de corrupción y la capacitación técnica de los estados contratantes, a través de programas de cooperación, para prevenirla y perseguirla y entre sus objetivos prioritarios se cuenta el desarrollo del espectro de medidas penales anti-corrupción. Es en ese contexto el que deben enmarcarse las obligaciones de criminalización descritas en el Capítulo II (“Medidas que deben ser adoptadas a nivel nacional”), referidas, entre otras figuras, al tráfico de influencias en el sector público (art. 12).

El tráfico viene considerado como una forma de corrupción muy vinculada al cohecho, con el que comparte bien jurídico (la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y autoridades públicas) y función (evitar que se genere una atmósfera de corrupción en la sociedad). Tal y como indica el párrafo 64 del Informe Explicativo de la Convención, su inclusión en la legislación interna permite prevenir las prácticas corruptas de quienes se mueven en los entresijos del poder, sirviendo para sancionar a quienes tratan de aprovecharse de su proximidad a los funcionarios (nacionales o internacionales), a los miembros de los parlamentos (nacionales e internacionales) o a los partidos políticos para enriquecerse u obtener ventajas o privilegios.

Con todo, y a pesar de los términos imperativos en que se expresa el precitado art. 12, el art. 37 del CCE les permite a las partes reservar (en el momento de la firma o del depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión) su derecho a no establecer como delito, en todo o en parte, las conductas previstas en los artículos 4, 6 a 8, 10 y 12, así como el cohecho pasivo previsto en el 5. El control de cumplimiento con la convención compete al Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), que inició sus tareas el 1 de mayo de 1999.

2.2. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Con la finalidad de conformar las legislaciones nacionales, a través del establecimiento de un lenguaje y líneas de actuación comunes, y de facilitar la cooperación internacional y la asistencia técnica, el 31 de Octubre de 2003 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 58/4, adoptando la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC). Se trata del más detallado y extenso de los instrumentos globales destinados a prevenir y combatir la corrupción pública¹⁶. Incorpora, entre otras, previsiones relacionadas con la criminalización de ciertas conductas (Capítulo III, arts. 15 a 15), la extradición (Capítulo IV, art. 44), la asistencia mutua (Capítulo IV, art. 46), la prevención y detección de transferencias de los beneficios derivados de la corrupción (Capítulo V, art. 52) y la recuperación de propiedades a través de la cooperación internacional en relación con el decomiso de los beneficios de la corrupción (Capítulo V, art. 54). Al requerir treinta ratificaciones para llegar a ser vinculante, de acuerdo con su art. 68, no entró en vigor hasta el 14 de diciembre de 2005. En mayo de 2015 el número de firmantes se eleva a ciento cuarenta y el de estados que lo han ratificado a ciento setenta y cinco.

Aunque presenta al tráfico de influencias como un instrumento esencial para prevenir interferencias en los procedimientos de adopción de decisiones en el sector público, la UNCAC no impone su tipificación. En el transcurso de los trabajos preparatorios, el comité ad hoc para la negociación de la convención sí había apostado, en el borrador de su primera sesión, por su criminalización obligatoria. No obstante, aunque las propuestas presentadas por Francia, México, Colombia, Turquía y Filipinas apoyaron esa solución, y, durante la primera lectura, otras delegaciones expresaron su preferencia por ella, en la sexta sesión se adoptó otra propuesta que consagraba su carácter no vinculante, presentada por Canadá, Francia e Italia. Los motivos que llevaron a la mayoría de las delegaciones a decantarse por ella fueron dos: la amplitud del objeto del delito, tal como resulta definido en el art. 18; y el hecho de que los códigos penales de muchos países (por ejemplo los de los Estados Unidos y Alemania) carecen de una figura semejante. Hay que tener en cuenta, además, que la convención usa numerosas cláusulas de salvaguarda y de sujeción de diversas previsiones a principios de derecho nacional – concediéndole, por ejemplo, a los estados contratantes la posibilidad de garantizar la inmunidad a (antiguos) funcionarios corruptos –, lo que redundaba en la falta de efectividad del precepto.

Durante la Conferencia de estados partes de Qatar, en 2009, se acordó la creación de un mecanismo de fiscalización de la implementación de la UNCAC. En virtud de él, los estados serán fiscalizados cada cinco años, a partir de procesos de autoevaluación y de visitas de especialistas internacionales. Los resultados de las

¹⁶ Cfr. BOGGINO, J. C. / ARGANA, M., *Límites entre los intereses privados...*, cit., 3; CARR, I., "Fighting corruption...", cit., 138.

evaluaciones se recogen en informes nacionales, cuyo sentido es el de mostrar el grado de cumplimiento de los compromisos adquiridos y guiar la actuación del UNODC.

2.3. El Protocolo contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo Sudafricano.

El Protocolo de la Comunidad de Desarrollo Sudafricano (PCS) fue adoptado en la Cumbre de Jefes de Estado del SADC, celebrada en Blantyre, Malawi, en agosto de 2001 y entró en vigor el 6 de julio de 2005. En mayo de 2015 había sido firmado por catorce de los quince estados contratantes y ratificado por trece.

El PCS tiene como objetivo promover la cooperación en la lucha contra la corrupción, así como coordinar las normativas nacionales. Contempla medidas de cooperación judicial (art.10), decomiso e incautación del producto de la corrupción (art. 8) y extradición (art. 9), así como la obligación de las partes de adoptar las medidas legislativas (o de otra índole) necesarias para criminalizar, en sus derechos internos, las conductas descritas en su art. 3 (entre ellas, el tráfico de influencias).

Para supervisar su aplicación, el PCS establece un Comité de estados partes (art. 11). Los estados tienen que presentar informe, ante él, transcurrido un año desde la ratificación, y, ya posteriormente, cada dos años. Se ha destacado la escasez de información sobre el funcionamiento de dicho comité y el grado de cumplimiento de las obligaciones de las partes.

2.4. La convención de la Unión Africana sobre la Prevención y la Lucha contra la Corrupción.

El último de los instrumentos internacionales que compromete a las partes a criminalizar el tráfico de influencias es la Convención de la Unión Africana sobre la Prevención y Lucha contra la Corrupción (CUA), adoptada por la Cumbre de los Jefes de Estado de la Unión Africana, en Maputo, el 11 de Julio de 2003. Su entrada en vigor se produjo el 5 de Agosto de 2006, estando abierta a la firma de los cincuenta y cuatro estados miembros de la Unión Africana. A la altura de mayo de 2015, había sido firmada por cuarenta y ocho, habiendo sido ratificada por treinta y cinco.

La CUA persigue impulsar, a nivel nacional, un proceso de criminalización armonizada de determinados actos de corrupción, listando (y describiendo) para ello un conjunto de prácticas y figuras, entre las que se cuentan el cohecho activo y pasivo y el tráfico de influencias. Todas ellas vienen sometidas a un mismo régimen de tipificación obligatoria por parte de los estados contratantes.

El objeto de la convención es la corrupción en los sectores público y privado, a gran y a pequeña escala. Su régimen de obligaciones apunta a los terrenos de la prevención, la criminalización y la cooperación entre las partes. A tal efecto, contiene previsiones – muy ambiciosas – en materia de jurisdicción (art. 13), extradición (art. 15), confiscación e incautación de activos (art. 16), levantamiento del secreto bancario (art. 17) y asistencia legal mutua y cooperación internacional (art. 18). Con todo, su alcance se ve recortado, de nuevo, por la incorporación de cláusulas de salvaguarda,

que terminan por condicionar la vigencia de ciertas previsiones a lo que establezcan las legislaciones nacionales. El art. 24. 1, por ejemplo, permite que, en el momento de la adopción, firma, ratificación o adhesión, cualquier Estado pueda hacer reservas relativas a una o varias disposiciones en concreto, con el único límite de que no sean incompatibles con el objeto y objetivos de la convención. Lo mismo sucede con lo establecido, a propósito de la inmunidad de los funcionarios corruptos, por el art. 7. 1, sujeto, también, a lo que puedan arbitrar las partes a nivel interno.

El control del cumplimiento de los compromisos de los estados viene encomendado al Consejo Asesor sobre Corrupción constituido en el seno de la Unión Africana (UA), integrado por once expertos. Dicho órgano deberá informar, sobre ese particular, al Consejo Ejecutivo de la UA, siempre sobre la base de los informes presentados por las agencias nacionales anti-corrupción. A pesar de ello, ni posee poderes investigadores, ni viene facultado para denunciar actos de corrupción o para sancionar a los estados cuando sus agencias no aportan los informes correspondientes. Además, la independencia de sus integrantes es discutible, en la medida en que vienen propuestos por los estados mismos. La debilidad de este sistema de control ha llevado a sugerir que la CUA se transforme en un Protocolo a la Convención Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, lo que tendría el resultado de someter sus previsiones anti-corrupción a la competencia de la Comisión Africana y de la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

3. Estructura y elementos del delito en las convenciones anti-corrupción.

3.1. Modalidades de conducta.

Los instrumentos analizados en este trabajo apenas muestran diferencias entre sí a la hora de precisar las conductas típicas del tráfico de influencias. Su rasgo más sobresaliente es el de aludir a la existencia de una relación triangular de carácter corrupto, en la que un sujeto pone por delante su capacidad para interferir en el proceso que debe llevar a una autoridad o a un funcionario a adoptar una decisión (administrativa, judicial o política). Otro elemento común a las cuatro convenciones es que no requieren una forma personal de realización del delito, sancionando expresamente la tipicidad de las conductas llevadas a cabo por personas interpuestas. Estas últimas – que intervienen en nombre del autor estableciendo relaciones e interviniendo en las negociaciones con el comprador o recibiendo la dádiva – desempeñan un papel especialmente importante en el hecho, debiendo corresponderles, normalmente, la calificación de cooperadoras necesarias.

Las modalidades del tráfico activo son la promesa, el ofrecimiento o la dación – directa o indirectamente – de una ventaja a un intermediario, es decir, al sujeto que va a poner en práctica sus influencias. Las tres constituyen delitos de mera actividad, cuya consumación no requiere que haya comenzado a ejercerse la influencia, ni, mucho menos, que se haya logrado el beneficio buscado. A diferencia del ofrecimiento, que no presupone la existencia de ningún acuerdo o convenio ilícito, tanto la promesa como la

dación sí implican un elemento *quid pro quo*: que se hayan convenido el ejercicio de la influencia y su retribución.

Con respecto al tráfico pasivo, la UNCAC, la CUA y el PCS lo asocian a las conductas de solicitar y aceptar una ventaja, a modo de contraprestación, por el abuso de la influencia, en tanto que la CCE contempla también la de recibir. La solicitud es un acto unilateral, a través del que el intermediario le da a conocer al cliente su disposición a utilizar, en beneficio de aquel, y a cambio de un precio, sus influencias. La aceptación y la recepción representan, en cambio, actos bilaterales, que implican un acuerdo (no necesariamente duradero o estable) entre las partes. Nos hallamos, de nuevo, ante delitos de mera actividad, cuya consumación sigue las mismas reglas que las modalidades activas del delito.

Ni la UNCAC, ni la CCE requieren que el precio de la compra-venta deba aprovecharle, exclusivamente, al sujeto que va a ejercer la influencia. Los términos “para cualesquiera otras personas”, incluidos en ambas, indican claramente, por el contrario, que su beneficiario puede ser un miembro de su familia o un amigo, siempre y cuando el intermediario lo conozca y consienta. Si los beneficiarios conocían el origen ilícito de la ventaja, podrán responder como cómplices, y si, además, realizan labores de intermediación en el negocio (con el comprador), lo harán como cooperadores necesarios. Por otra parte, aunque del tenor literal del art. 18 UNCAC parece desprenderse la idea de que la ventaja sólo puede ser recibida por una persona física, los autores de su Guía Legislativa parten de la base de que también puede entregarse al partido político, entidad u organización a que pertenece. El art. 12 CCE suscita la misma problemática: a pesar de no mencionarlas, los autores del Informe Explicativo identifican a las entidades como posibles beneficiarios, guarden o no relación con el intermediario.

3.2. Sujetos activos.

De acuerdo con el art. 18 (a) de la UNCAC, en el tráfico de influencias activo, tanto el sujeto activo como la persona a quien se dirige para comprar las influencias deben ser particulares. Esta última referencia abarca también, naturalmente, a los funcionarios que reciben una ventaja o aceptan la promesa de entregarla a cambio del uso de influencias no relacionadas en absoluto con el ejercicio de sus cargos. Por su parte, el art. 18 (b) de la misma convención abre el círculo de la autoría del tráfico de influencias pasivo, además de a los particulares, a los “funcionarios públicos”, que en consecuencia, ahora sí, podrán utilizar como “reclamo” en el negocio la posibilidad de hacer valer influencias vinculadas al cumplimiento de sus funciones o de acceder al ámbito de decisión en cuestión mediante su posición o facultades profesionales. Como se apunta en un momento posterior de este trabajo, la UNCAC propicia, con ello, una situación de colisión normativa con la disciplina del cohecho pasivo propio, al definir, al propio tiempo, como tráfico y cohecho el mercadeo con influencias del cargo para beneficiar económicamente a terceros.

En el marco de la UNCAC, a los funcionarios públicos les pueden corresponder, pues, los roles de intermediarios, en el tráfico activo, y sujeto activo y / o intermediarios, en el pasivo. Su art. 2 (a) le atribuye dicha condición a toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial en un estado parte, por nombramiento o por elección, de carácter permanente o temporal, remunerado u honorario, y con total independencia de su antigüedad. El precepto alude, a continuación, a otros sujetos que también tendrán, en todo caso, dicha consideración: a) quienes desempeñen una función pública, aunque sea para una empresa u organismo públicos, o presten un servicio público, en los términos en que ese concepto viene definido y aplicado en el derecho interno de las partes; y b) cualquier otra persona definida como tal en el derecho nacional de las partes.

Aparte de los “funcionarios por status” (los de carrera e interinos, el personal laboral al servicio de la Administración y el personal de los organismos autónomos sujetos a derecho público), cualquier otra persona que desempeñe un servicio público recibirá, por consiguiente, la consideración de funcionario. La UNCAC tiene en cuenta también, como puede verse, que, en ocasiones, el Estado realiza sus funciones a través de organismos o empresas, cuya actividad puede venir regida por el derecho público o el derecho privado¹⁷.

En cambio, ni la CCE, ni la CUA, ni el PCS establecen diferencia alguna entre los funcionarios y los particulares a la hora de delimitar el ámbito de aplicación del delito, lo que significa tanto como que los primeros podrán ser, también, autores del tráfico pasivo, con independencia de que actúen o no en el ejercicio de sus cargos, cuando aceptan o se ofrecen a ejercer sus influencias a cambio de un precio. Por lo demás, los tres instrumentos remiten a las partes contratantes la exacta definición del término “funcionario público”, con el único límite, en el caso del art. 1 CCE, de las categorías profesionales que deben servirle de base en el derecho nacional: “funcionario”, “funcionario público”, “alcalde”, “ministro” o “juez”¹⁸. Cabe cuestionarse, con todo, si es correcto cerrar el delito a quienes operan en el ámbito de la Administración Pública bajo otras denominaciones. También suscitará dudas el estatuto de los funcionarios de hecho, sujetos que no han sido designados de una manera válida pero cuyos actos tienen la misma consideración que los de los funcionarios, mientras no sea corregido el defecto de su nombramiento. En los términos que acaban de indicarse, parece que sólo quedarían incluidos en el ámbito de la autoría si, a nivel interno, merecen la consideración (jurídica) de “funcionarios”.

3.3. *Las ventajas indebidas.*

La existencia de una “ventaja indebida”, como recompensa por la mediación, es uno de los requisitos esenciales del tráfico de influencias. El empleo del término

¹⁷ BOGGINO, J. C. / ARGANA, M., *Límites entre los intereses privados...*, cit., 7.

¹⁸ Vid. CARR, I., “Fighting corruption...”, cit., 135 y nota 56.

“ventaja” – en lugar de otros, como los de regalo, obsequio o presente – despeja, de entrada, cualquier duda sobre su carácter retributivo, esto es, su referencia a una relación de intercambio de prestaciones (precio a cambio de influencia).

A la hora de analizar su contenido y límites parece razonable acudir a los mismos criterios usados en sede de cohecho, teniendo en cuenta que las “ventajas” también forman parte de su descripción legal, en las cuatro convenciones, y que, entre ambas figuras, existe una estrechísima relación – puesto que persiguen finalidades político-criminales y utilizan técnicas de tipificación muy semejantes –. El Informe Explicativo convalida este punto de vista, al apostar por la transposición al tráfico de todas las consideraciones vertidas en relación con el cohecho activo y con el cohecho pasivo (incluyendo las relativas al concepto “ventaja indebida”). En la normativa internacional anti-corrupción, la diferencia entre el cohecho y el tráfico de influencias no estriba, por consiguiente, en el carácter económico o no económico del medio para conseguir una decisión favorable, sino en la presencia (o no) de un intermediario que se compromete a ejercer influencias (personales o jerárquicas) sobre el funcionario competente para adoptarla, que, por su parte, no percibe ventaja alguna, apareciendo, más bien, como una víctima inocente manipulada por aquel. Todo lo anterior nos lleva a concluir, en definitiva, que la recompensa, en el tráfico de influencias, cubrirá el amplísimo espectro de incentivos que dan vida al elemento de la dádiva en el cohecho: valores materiales (dinero, objetos preciosos, comidas, bebidas, vacaciones, utilización de determinados bienes aunque no se transfiera su propiedad...) e inmateriales (expectativas profesionales, información privilegiada, favores sexuales y de otro orden...).

En otro sentido, ninguno de los instrumentos clarifica el límite económico de las ventajas, requiriendo, simplemente, que sean “indebidas”. Sí lo hace el Informe Explicativo, que interpreta ese calificativo como excluyente de los “regalos mínimos, de muy poco valor o socialmente aceptables”. Esta indicación suscita la consabida cuestión de la relevancia de la teoría de la adecuación social a la hora de determinar la existencia de un delito de corrupción pública.

Una conducta socialmente adecuada es una conducta tolerable, porque se la estima normal en un contexto social e histórico determinado. Es lógico hacer de ese criterio de tolerancia un elemento delimitador de la conducta típica, especialmente en aquellos casos en que la entrega o aceptación de la “ventaja” tiene un claro sentido de cortesía y forma parte, por ello, de los códigos de relación entre los ciudadanos y la Administración Pública en las sociedades democráticas. Cosa distinta es que su puesta en práctica resulte (como así es) todo menos sencilla, teniendo en cuenta que, por sí sola, la distinción entre entregas socialmente inadecuadas (porque implican el enriquecimiento del funcionario) y pequeñas atenciones de bagatela o de reconocimiento social habitual no permite acotar, con la necesaria seguridad jurídica, el ámbito de lo penalmente relevante. Habrá de tener en cuenta otras consideraciones, personales y geográficas. Podemos comprobarlo, en particular, en relación con los incentivos ofrecidos a los médicos y a los profesionales sanitarios, en general (bolígrafos, muestras gratuitas, gastos relacionados con la asistencia a congresos para la formación...). Aunque existan normativas específicas sobre el tema, se suscitan casos

límite y situaciones conflictivas, en las que no siempre queda claro si dichos sujetos incurren o no en responsabilidades penales. Ello ha llevado a algunos autores a señalar que lo importante, a efectos de comprobar la existencia del tráfico de influencias, es la capacidad que pueda poseer la ventaja para motivar al intermediario a ejercer la influencia, y no sólo su cuantía o el contexto en que se haya producido la entrega.

Por último, con arreglo al precitado Informe Explicativo, el término ‘indebida’ debería ser interpretado como “algo que el receptor no está legalmente habilitado para aceptar o recibir”. A falta de referencia expresa, idéntico planteamiento debe extenderse a los otros instrumentos.

3.4. *El abuso de influencia.*

Tres de las cuatro convenciones anti-corrupción objeto de este trabajo ponen en conexión, en la descripción del delito, el ejercicio de la influencia con un proceso de toma de decisiones¹⁹. La única que no lo hace es la UNCAC, cuyo art. 18 se limita a contemplar la entrega o aceptación de ventajas para influir en una autoridad o funcionario y lograr de él, así, un beneficio para el propio instigador o para un tercero.

En lo que sí muestran un criterio unánime es a la hora de sancionar (también) el tráfico con influencias falsas o supuestas. El único que debe asociar (subjektivamente) la dación o recepción de la ventaja con un ejercicio real e ilegítimo de influencias es, pues, el “comprador”. El “vendedor” o intermediario puede proyectar una imagen (falsa) de proximidad a los cargos públicos, simplemente, para enriquecerse a costa de los deseos de su “cliente”. Este modelo de criminalización depara problemas. Por una parte, los Estados que lo acojan (o lo hayan acogido) deberán ajustar las relaciones normativas entre el propio tráfico y la estafa, que es la figura que, en principio, debería calificar los supuestos en que, tras sucumbir a los engaños del intermediario, en relación con la posesión de influencias, el “comprador” remunera las (falsas) gestiones y sufre el correspondiente perjuicio patrimonial. En otro sentido, conviene recordar que la relación del delito tráfico con el bien jurídico “función pública” estriba en su objeto: el ejercicio de influencias ante autoridades o funcionarios, como contraprestación “*in fieri*” a la entrega o promesa de entrega de una ventaja económica. El que la influencia que se ofrece no sea real hace que se diluya su contenido ofensivo, alejando las conductas – excesivamente – de su teórico punto de impacto. Perviven serias dudas, por ello, acerca de si no debe ponerse en relación con un bien jurídico de perfiles distintos, centrado en la necesidad de proteger la imagen o reputación de los aparatos estatales. En todo caso, el debate sobre la compatibilidad de esa venta de influencias falsas con los requerimientos del principio de intervención mínima del Derecho penal permanece abierto.

¹⁹ Esa relación vínculo viene expresamente requerido por el art. 12 de la Convención del Consejo de Europa, la AU Convention -art. 4 (1) (f)- y en el SADC Protocolo -art. 3 (1) (f)-.

Otro de los rasgos característicos de la regulación internacional del tráfico es que no es preciso que la influencia – el objeto de la compraventa – llegue realmente a ejercerse (ante la autoridad o funcionario de que se trate), ni, mucho menos, que conduzca al resultado deseado por el “cliente”. El único instrumento que no hace mención expresa de ese dato es, de nuevo, la UNCAC, pero, en la medida en que, como acaba de verse, también criminaliza la venta de influencias falsas, lo razonable es pensar que asume el mismo planteamiento. El sentido del término “impropia”, que sirve para calificar a la influencia en el art. 12 de la CCE, el 4 (1) (f) de la CUA y el 3 (1) (f) del PCS, parece ser el de diferenciar las influencias legítimas de las ilegítimas, revistiendo, por ello, enorme trascendencia a la hora de excluir las formas autorizadas de *lobbying* del ámbito de aplicación del delito.

Desde el momento en que las cuatro convenciones permiten que el intermediario sea, también, un funcionario, es evidente que el tráfico pasivo podrá desarrollarse tanto en un ámbito particular, personal, como en conexión con el desempeño de las funciones públicas. En este sentido, y aunque ninguna concreta el tipo de relación que debería existir entre el ejercicio de la influencia y la condición pública del intermediario o las funciones que ejerce, lo lógico es acudir a un criterio amplio, que cubra la venta de influencias derivadas de la posición que ocupa o relacionadas, de alguna manera, con su trabajo o con su capacidad para acceder y manipular (por los medios que sea, también personales, afectivos...) a otra autoridad. Ahora bien, es indiscutible que cuando un funcionario instrumentaliza facultades o modos de relación propios de su cargo, para influir en otra autoridad o funcionario, está dando vida, al propio tiempo, a un delito de cohecho (solicitud o aceptación de una ventaja a cambio de la realización de una actuación contraria a los deberes inherentes al cargo). La normativa internacional anti-corrupción nos sitúa, pues, ante un fenómeno de colisión de normas, que los sistemas penales nacionales podrán eludir radiando el tráfico del grupo de los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo de la influencia, en las previsiones de la CCE viene identificado con los funcionarios nacionales y extranjeros (arts. 2 y 5), miembros de parlamentos nacionales y extranjeros (arts. 4 y 6), funcionarios de organizaciones internacionales, miembros de asambleas parlamentarias nacionales o jueces y funcionarios de tribunales internacionales (arts. 9 a 11). En cambio, la UNCAC lo alinea con cualquier administración o autoridad pública de un Estado parte – términos que, por cierto, no vienen definidos, como tales, en la propia convención –, y la CUA y el PCS con “cualquier persona que ejerce funciones en el sector público o privado”. Los términos en que se expresan los tres últimos instrumentos no son, en principio, más restringidos que los empleados por la CCE, puesto que abarcan todas las situaciones contempladas por aquella, incluso el caso de los funcionarios extranjeros y de los miembros de los parlamentos nacionales o extranjeros que ejercen poderes legislativos o administrativos.

3.5. Diferencias entre el tráfico y el lobbying.

La relevancia jurídico-penal del fenómeno conocido como “lobbying” es un tema controvertido. Los *lobbies* financieros, muy cercanos a las autoridades gubernamentales, pueden obtener grandes beneficios interfiriendo, en interés propio, en las decisiones más importantes en el ámbito de la competencia, la política comercial o la ordenación de los mercados, así como en los criterios de adjudicación de grandes contratos – como los relativos a infraestructuras –. Está claro, no obstante, que no todos los grupos de presión velan por intereses particulares, situados al margen de los de la sociedad en general. Los *lobbies* sociales, por ejemplo, llevan a cabo una encomiable labor, normalmente con medios muy limitados, para conseguir mejorar las condiciones de acceso a los servicios sociales de determinados grupos de población.

Durante los procesos de elaboración de la UNCAC y de la CCE, varios estados expresaron su deseo de no penalizar el tráfico de influencias, haciendo advertencia expresa del riesgo de colisión con el desarrollo de actividades políticas plenamente legítimas. Haciéndose eco de esas dudas, el Informe Explicativo deja sentada la idea de que la criminalización del tráfico no puede afectar, en absoluto, a las prácticas reconocidas y autorizadas de *lobbying*²⁰.

En línea de principio puede afirmarse que los *lobbies* no acceden al ámbito de lo penalmente relevante por el simple hecho de propiciar actividades de intermediación ante las autoridades y responsables políticos, sino a partir de los objetivos perseguidos con ellas. Los únicos que desempeñan un rol en el sistema de la corrupción pública son, por ello, los que buscan su propio interés en detrimento del de la mayoría de la población, esto es, los que defienden intereses que entran en conflicto con los del resto de la sociedad (grupos de empresarios que intentan instaurar un monopolio limitando la competencia, grupos de presión cuyo único objetivo es contribuir al crecimiento económico de su sector de actividad o cuyas prácticas comerciales o económicas sólo benefician a un sector muy pequeño de la población y perjudican al resto [...])²¹.

4. Conclusiones y recomendaciones.

Las convenciones anti-corrupción no exhiben grandes diferencias en lo referente a la descripción y modalidades del delito de tráfico de influencias, ni a los mecanismos de seguimiento del cumplimiento, por parte de los estados contratantes, de los compromisos asumidos – si bien el previsto para la Convención del Consejo de Europa (el GRECO) parece ser el más desarrollado –. Tampoco lo hacen a la hora de hacer depender sus previsiones de las leyes nacionales y de los sistemas jurídicos de las partes, en unos casos por medio de la técnica de tipificación elegida – caso de la CCE y

²⁰ Vid. *Informe Explicativo a la Convención de Derecho Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción*, 65.

²¹ Defienden este criterio HARSTAD, B. / SVENSSON, J., “Bribes, lobbying...”, *cit.*, 1 y ss.

de la UNCAC –, y en otros recurriendo a cláusulas de salvaguarda – como hacen, además de la propia CCE, la CUA y el PCS –.

Los intentos de afrontar de una manera global o multilateral el tratamiento del tráfico deben enfrentar, sin embargo, diversos obstáculos, entre ellos el representado por el carácter no vinculante de las disposiciones de la UNCAC y del PCS²². Ese dato transmite, inevitablemente, la idea de que nos enfrentamos a formas de corrupción menos graves y merecedoras de menor atención por parte de las autoridades estatales. Sin embargo, teniendo en cuenta sus efectos negativos en la confianza de la ciudadanía y en la libre competencia, no parece que su criminalización pueda ser contemplada como una alternativa para los Estados democráticos.

La frontera entre el tráfico de influencias y el *lobbying* puede ser, por otra parte, muy difusa. El *lobby* es un derecho ciudadano, cuyo ejercicio hace posible que los grupos y colectivos con menores recursos económicos, políticos y de comunicación puedan hacer valer sus puntos de vista e intereses en relación con las políticas públicas²³. El Informe Explicativo a la CCE sugiere la necesidad de que los legisladores nacionales definan los criterios para que los grupos de interés puedan actuar con legitimidad. El derecho comparado no ofrece, sin embargo, modelos homogéneos para abordar su tratamiento, destacando, por un lado, la experiencia norteamericana, basada principalmente en una regulación detallada y extensiva de esta figura, y por el otro, la del Reino Unido, que ha optado por rechazar la regulación estatutaria y apoyarse, en cambio en la autorregulación de la industria. Se ha hablado, también, de un tercer modelo, el actualmente imperante en la UE, y que se basa en la información que se proporciona al público general sobre las relaciones entre los grupos de interés y la Comisión Europea, a fin de permitir el control externo, y en el establecimiento de un código ético aplicable a las personas contactadas por los grupos de presión y a ellos mismos.

Con esos referentes, las doctrinas nacionales han ido cifrando la distinción entre el ejercicio legítimo de influencias y el tráfico en datos no siempre compatibles con la normativa internacional. Así, la diferencia no puede estribar en que los grupos de presión busquen flexibilizar una regla (en su beneficio), mientras que el tráfico de influencias pretenda quebrantarla. Piénsese que muchos intentos de influencia se dirigen a la obtención de decisiones totalmente legítimas, al amparo del margen de apreciación subjetiva de que goza el funcionario. Tampoco puede recurrirse al criterio de que, mientras el *lobbying* puede producir o no el resultado deseado (en la medida en que se agota con la mediación), la corrupción siempre supone un acuerdo, en el que el

²² Convengo con CARR, I., “Fighting corruption...”, *cit.*, 129, en que las convenciones examinadas en este trabajo presentan un grado significativo de heterogeneidad en lo relativo a cuestiones de procedimiento; no, en cambio, en su falta de conformidad a la hora de diseñar la disciplina sustantiva del tráfico de influencias. Como se indica en el texto, todos ellos regulan el delito recurriendo a una misma perspectiva político-criminal y dando entrada a los mismos elementos típicos.

²³ Vid. NWABUZOR, A., “Corruption and Development: new initiatives in economic openness and strengthened rule of law”, *Journal of Business Ethics*, 59, 2005, 121 y ss.; SLINGERLAND, W., *Trading in influence: corruption...*, *cit.*, 10.

pago depende de la obtención del resultado buscado. Ya se ha visto que la estructura del tráfico de influencias, en los instrumentos internacionales, no es la de un delito de resultado, consumándose con la venta de la influencia.

No es, pues, la influencia *per se*, sino su legitimidad (la forma en que es ejercida) lo que permitirá efectuar ese deslinde. Mientras el *lobbying* se orienta a defender los intereses de una empresa, sector industrial o grupo de interesados, la corrupción pretende asegurar beneficios (fiscales, en concepto de subvenciones, contrataciones [...]) únicamente para el actor que ofrece el pago.

En la mayoría de los instrumentos anti-corrupción la disciplina del tráfico de influencias se asienta sobre la existencia de un ofrecimiento o acuerdo vinculado a un proceso de toma de decisiones en el ámbito de la Administración Pública. La UNCAC parece haberse hecho, en cambio, de las propuestas o recomendaciones – contenidas, entre otros instrumentos, tanto en el marco de la OCDE como en el de la UE – que apuntan a la necesidad de flexibilizar los presupuestos de aplicación de los delitos de corrupción, para evitar la impunidad de comportamientos verdaderamente merecedores de sanción penal. En consecuencia, radió de su art. 18 toda referencia a las decisiones administrativas como objeto de la transacción, propiciando, con ello, la tipicidad de las entregas para influir en la consecución de decisiones de difícil o imposible identificación o para pagar gestiones relacionadas con cualquier asunto que pueda interesarle al comprador en el futuro.

El modelo de criminalización del tráfico de la UNCAC contará con el respaldo de quienes ponen por delante su carácter sistémico, alineándolo con las que consideran prácticas habituales en las democracias liberales y en las economías de mercado²⁴. Para eliminarlas – insisten – es preciso acudir a respuestas asimismo sistémicas, asociadas a la formación de mercados de influencias, cuyo único requerimiento probatorio debería ser la demostración de que se ha producido una entrega económica por razón de la posición de influencia ocupada por el sujeto²⁵. Esta hipótesis de tráfico de *influencias in incertis actis* genera, sin embargo, numerosas dudas, centradas, entre otros aspectos, en su incompatibilidad con las funciones sistemática y selectiva del tipo penal.

Efectivamente, resulta difícil renunciar al enfoque que defienden la CCE, la CUA y el PCS sin hacer dejación, al propio tiempo, de los principios liberales del Derecho penal. Debe dársele la razón a Kindhäuser cuando escribe que los argumentos con que se sostiene la punibilidad del núcleo duro de un delito nunca deben traerse a colación para tipificar cualesquiera otros comportamientos próximos o conexos. En tanto no aparezca vinculada a la realización de un proceso de toma de decisiones, la venta de la capacidad de influir (aunque sea real, cierta) no se corresponde con el campo de la corrupción en sentido penal. Para reprimir esa clase de conductas, en lugar de encomendarse al Derecho penal, los legisladores nacionales deberían poner sus ojos, en primer lugar, en los sistemas de control interno de la actividad

²⁴ Vid. SLINGERLAND, W., *Trading in influence: corruption...*, cit., 9 y ss.; LI, W., *Peddling influence through well informed intermediaries*, USC FBE Applied Economics Workshop, Riverside, 2007, p. 2.

²⁵ En esta línea, vid. SLINGERLAND, W., *Trading in influence: corruption...*, cit., 9, 11 y 12.

administrativa, como garantes «naturales» de su legalidad y transparencia. Apelar al carácter disuasorio del Derecho penal no puede servir de coartada, en un Estado social y democrático de Derecho, para mantener un sistema de sanciones desproporcionado, desequilibrado.

La incriminación del tráfico de influencias sólo puede justificarse a partir de su peligrosidad – objetiva y subjetiva – para la correcta valoración de los intereses en conflicto, propia de todo procedimiento administrativo²⁶. Es preciso, pues, que el intermediario posea realmente las influencias que dice (o sea, una capacidad real para influir) y que haya recibido una dádiva o promesa para ejercerlas en relación con un asunto concreto. El preocupante fenómeno de la corrupción pública ha de atajarse de la mano de estrategias preventivas y de control plenamente respetuosas con el principio de subsidiariedad del Derecho penal, y no con la criminalización de la aparente predisposición de los intermediarios a interferir en favor de los intereses de un particular o de un grupo de particulares.

En cambio, optar por la naturaleza cualitativa de las ventajas, tal y como hacen los cuatro instrumentos examinados, no debe resultar controvertido. Además de corresponderse con la finalidad del delito, la entrega de regalos o la financiación de viajes, o el pago de tratamientos clínicos o de actividades formativas, como contraprestación por el uso de influencias, responden a las nuevas formas de relación entre las empresas y la Administración (o las personas que pueden mediar ante ella)²⁷.

²⁶ Si, como indican BOGGINO, J. C. / ARGANA, M., *Límites entre los intereses privados...*, cit., 18, cualquier estrategia de prevención de conflictos de intereses pasa por la definición de las situaciones que se consideran como tales, habrá de convenirse en que esas exigencias deben trasladarse con mayor intensidad, si cabe, al ámbito penal, presidido por los principios de tipicidad, ofensividad y proporcionalidad.

²⁷ Vid. FINLEY, C., “Gift-giving or influence peddling: can you tell the difference?”, *Physical Therapy*, 74 (2), 1994, 143 y 144; MAJUMDAR, M. / HAN YOO, S., *Strategic Analysis...*, cit., 2 y 3; Li, *Peddling influence...*, cit., 2.