

III

2022

N.º 138

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Dykinson, S.L.

III

2022

N.º 138

**cuadernos
de política criminal
segunda época**

Edita

Dykinson, S.L.

CONTENIDO

LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LAS AGRESIONES SEXUALES TRAS LA LEY ORGÁNICA 10/2022 Y CRITERIOS APLICATIVOS ACTUALES. <i>Por David Lorenzo Morillas Fernández.....</i>	5
SIMULTÁNEAS Y ACUMULADAS. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN CONCURSO DE DELITOS. <i>Por Juan Luis Fuentes Osorio.....</i>	67
DEBATE ACTUAL EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO LUCRATIVO Y EL DECOMISO A TERCEROS. <i>Por Francisco Rodríguez Almirón.....</i>	97
EL DELITO DE MALVERSACIÓN EN CLAVE DE INTEGRIDAD PÚBLICA: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE REFORMA. <i>Por Juan José Romero Abolafio.....</i>	131
ACERCA DE LOS MODELOS POLÍTICO-CRIMINALES DE REPARACIÓN A LA VÍCTIMA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO VERSUS LA REPARACIÓN PENAL. <i>Por José Antonio Posada Pérez.....</i>	181
SECCIÓN DE ESTUDIOS CRIMINOLÓGICOS	
EL ARTE DE PESCAR EN AGUAS PROFUNDAS: METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA BASADA EN DARK WEB Y HONEYPOTS. <i>Por Javier Valls Prieto y Facundo David Gallo.....</i>	223
SECCIÓN JURISPRUDENCIAL	
PANORAMA JURISPRUDENCIAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL SUPREMO. <i>Por Manuel Jaén Vallejo.....</i>	255

SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIÓN A CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ, <i>DETERMINACIÓN Y APLICACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN EN SENTIDO ESTRICO. TEORÍA Y PRÁCTICA JUDICIAL</i> , DYKINSON, MADRID, 2022, 176 PÁGINAS. <i>Por Cristina Callejón Hernández</i>	275
RECENSIÓN A LA OBRA “ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS. ¿OPORTUNIDAD O NECESIDAD DE SU TIPIFICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL?”, FÁTIMA PÉREZ FERRER, ARANZADI, 2022, 204 PÁGINAS <i>Por Josefa Muñoz Ruiz</i>	281
RECENSIÓN AL LIBRO “LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL A EXÁMEN: PROPUESTAS DE REFORMA” MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA/ ESQUINAS VALVERDE, PATRICIA (DIRECTORAS) MORALES HERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL (COORD.) ED. ARANZADI-THOMSON REUTERS, 2022, 919 PÁGINAS <i>Por M.^a Asunción Colás Turégano</i>	289
NOTICIARIO	297
POLÍTICA EDITORIAL, CRITERIOS Y RÉGIMEN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS ORIGINALES EN CPC	313

RECENSIÓN A LA OBRA
“ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE
TRÁFICO DE INFLUENCIAS. ¿OPORTUNIDAD O NECESIDAD DE
SU TIPIFICACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL?”,
FÁTIMA PÉREZ FERRER, ARANZADI, 2022, 204 PÁGINAS.

JOSEFA MUÑOZ RUIZ
Profesora Titular de Derecho Penal.
Universidad de Murcia

La monografía objeto de recensión se enmarca en el Proyecto de Investigación “Hacia una justicia eficiente y sostenible: una aproximación multidisciplinar” (UAL2020-SEJ-C1965. Investigadores Principales: Luis Gómez Amigo y Carmen Senés Motilla), en el que la autora, Profa. PÉREZ FERRER, participa como miembro del equipo investigador, y cuyo principal objetivo es incitar a la reflexión de las cuestiones más controvertidas del delito de tráfico de influencias, aun siendo consciente de su escasa aplicación práctica.

El lector que se sumerja en esta obra puede apreciar *ab initio*, la exhaustividad y el exquisito rigor con el que la autora ha sistematizado la materia, valorando la oportunidad y el acierto en la elección del tema, creo que necesario en el momento actual. Tras décadas de escasa y puntual atención doctrinal al estudio del delito de tráfico de influencias, en este trabajo, la Profa. PÉREZ FERRER ofrece un pormenorizado análisis dogmático y jurisprudencial de este tipo delictivo regulado en el Capítulo VI del Título XIX del Libro II del Código Penal (artículos 428 a 430), fenómeno con evidentes implicaciones sociales, políticas y jurídicas en el contexto social de los últimos años.

Lamentablemente, la investigación realizada pone de relieve que hacer uso de influencias es una práctica habitual en la actualidad en nuestro país, de ahí, que la importancia de su estudio venga justificada porque siendo conocedores de esta desoladora realidad en la que se ha extendi-

do la sospecha de corrupción generalizada, se precise de ciertos límites para evitar este tipo de comportamientos basados en el “clientelismo” y el “amiguismo”, donde la esfera pública y privada confluye en intereses comunes.

Sin pertenecer al núcleo “tradicional” del Derecho Penal, estos tipos delictivos constituyen desde principios de los años noventa, una de las principales manifestaciones de los delitos relativos a la corrupción en el Código Penal, considerándose por un amplio sector de la doctrina como “delitos refugio” a los que acudir, cuando no sea posible acreditar la existencia de otros delitos tradicionales en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública como la prevaricación, el cohecho o la malversación de caudales públicos; y como instrumentos para la judicialización de la vida política, cuando no vías propagandísticas en las confrontaciones de esta índole.

Desde la incorporación de estos delitos a nuestro texto punitivo por la LO 9/1991, de 22 de marzo, que introdujo en el Código Penal de 1973 los artículos 404 bis a), b) y c), y como consecuencia de determinados escándalos de corrupción política con un enorme eco mediático, –el Caso JUAN GUERRA (STS 1312/1994, de 24 de junio)–, su eficacia se ha visto comprometida en diversas ocasiones, criticándose por entenderse innecesarios frente a las figuras más exhaustivas de la prevaricación o el cohecho.

Con estas premisas, la obra constituye un cuerpo de doctrina en el que la autora, tras realizar un minucioso recorrido por los principales instrumentos de carácter internacional y comunitario que han impregnado el actual régimen jurídico de este tipo penal, se ocupa de la concreta evolución legislativa de estos delitos, adelantando que en el Código Penal de 1995, estos tipos no solo se mantienen en el ámbito de los Delitos contra la Administración Pública, sino que se amplían respecto de su redacción original dada en el año 1991. En consonancia con el paradigma punitivista en el que estamos inmersos desde mediados de la década de los noventa, su contenido ha ido modificándose en varios aspectos a través de las sucesivas reformas producidas por la LO 5/2010, de 22 de junio; la LO 1/2015, de 30 de marzo, y la más reciente LO 1/2019, de 20 de febrero, –que vuelve a dotar de contenido, en este caso, referencial, al artículo 431 en relación al concepto de “funcionario público”–, haciendo necesario establecer algunas pautas o criterios para su interpretación y aplicación judicial.

Conforme a ello, la autora canaliza a lo largo de las 204 páginas que integran este trabajo, su interés por la forma más significativa, aunque

no la única, del fenómeno más amplio y hoy alarmantemente instalado en todas las sociedades y en particular en la nuestra, de la corrupción. En su análisis aboga por un equilibrio racional entre los aspectos teóricos más significativos y el estudio de las más controvertidas cuestiones prácticas arbitradas por nuestros Tribunales.

Fruto del conocimiento profundo de esta fenomenología criminal, PÉREZ FERRER desgrana a la perfección numerosas fuentes y materiales, replanteándose con un absoluto rigor los mecanismos de control penales y extrapenales frente a este tipo de comportamientos en nuestro país. Precedida de un prólogo redactado por el Prof. Dr. D. Sainz-Cantero Caparrós, quien enfatiza el rigor y la profundidad del estudio y lo acertado de sus posiciones, sus críticas y las alternativas que propone, la obra se compone de 6 Capítulos, donde se abordan interesantes cuestiones técnico dogmáticas, como la identificación del bien jurídico, (Capítulo V) –el correcto funcionamiento de la Administración Pública, la imparcialidad y la objetividad como medio para que la función pública defienda los intereses generales y no los particulares–; la problemática concursal generada como consecuencia de las distintas modalidades delictivas, o la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Capítulo VI).

Para comprender las conductas prohibidas y realizar un adecuado juicio de tipicidad, la autora afronta como una de las cuestiones prioritarias en el estudio de estos delitos, su naturaleza jurídica, tratándose en términos generales de infracciones integradas en la concepción de delitos especiales, al limitarse, en la mayoría de los casos, su comisión a funcionario público o autoridad. Aunque no cabe duda de que los criterios fijados por el Derecho Administrativo sirven de punto de partida, conviene destacar que son, como se ha señalado en numerosos trabajos, interpretaciones auténticas que el legislador define en su artículo 24, ampliándose a raíz de ciertos compromisos internacionales adquiridos por nuestro país en la lucha contra la corrupción, la definición de funcionario público del artículo 427 por la LO 1/2015 de 30 de marzo, y posteriormente, por la LO 1/2019, de 20 de febrero.

Como no podía ser de otro modo, en esta monografía se lleva a cabo un amplia y profunda valoración de las respuestas de nuestros Tribunales a algunos de los casos que han tenido mayor repercusión mediática en los últimos tiempos, –CASOS GÜRTEL, PALAU DE LA MÚSICA, MALAYA, PALMA ARENA y NOOS, entre otros–, planteándose si el castigo de los mismos cumple o no, con las exigencias de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho Penal, o por el contrario, se ha de entender que no presentan la suficiente entidad, por ser conductas “irregulares” desde el

punto de vista ético o moral, aunque de escasa trascendencia para esta rama del ordenamiento jurídico.

Aunque pueda resultar obvio, la Profa. PÉREZ FERRER es rotunda cuando afirma que la sanción de las conductas de tráfico de influencias desde el propio Derecho Administrativo ha de ser un mecanismo de control previo al Derecho Penal, empleándose éste para castigar únicamente los supuestos más graves, debiendo primar siempre la función preventiva y el sistema de control administrativo sobre la Política Criminal. Dicho en otros términos, el recurso al Derecho Penal solo estaría justificado en los supuestos especialmente graves en los que, además, el Derecho Administrativo se hubiese mostrado incapaz de conseguir los efectos esperados, y en caso de no ser así, establecer las causas que lo impiden. Pues, como bien aclara la autora en el desarrollo de su obra, si la norma sancionadora administrativa no resulta ni siquiera aplicable, resultaría bastante ingenuo esperar mejores resultados a través de un ordenamiento más formal y garantista como es el Derecho Penal.

Es más que meritorio el empeño de la autora por llevar a cabo un estudio exhaustivo de los pronunciamientos judiciales más recientes, siendo una obra muy rica en referencias, cuya mayor virtualidad es aportar luz a los principales problemas planteados en la *praxis*. Así, PÉREZ FERRER subraya que el Tribunal Supremo, en una línea muy restrictiva en algunas de sus resoluciones, se ha encargado de realizar interpretaciones que vacían claramente de contenido el delito, convirtiéndolo en un mero “papel mojado”, bien a través de criterios de adecuación social de la conducta, –pudiendo vincularse también con el principio de proporcionalidad–, o bien a través de la interpretación muy restringida del concepto de “resolución” perseguida. Pese a un cierto incremento en el número de procedimientos incoados con respecto a años anteriores, el mismo no supone un reflejo adecuado de la realidad criminológica, aunque –tal y como apunta la autora–, sí constituye un paso importante el número de diligencias de investigación penal abiertas por este delito.

En coherencia con lo anterior, en el Capítulo VI de esta monografía, la Profa. PÉREZ FERRER sistematiza y analiza de manera brillante y fundamentada todos los elementos configuradores de esta figura delictiva, los conceptos de “influencia”, “resolución”, –que no tiene por qué coincidir con el concepto administrativo– y “beneficio económico”, dando un absoluto protagonismo al estudio de la doctrina científica y jurisprudencial, –que maneja de una forma sobresaliente–, aportando una visión crítica, que permiten esclarecer los contornos del tipo y otorgar soluciones más ágiles y eficaces a las distintas problemáticas y contro-

versias planteadas en un Estado Democrático de Derecho. Y es que, a mi juicio, ésta es precisamente una de las principales aportaciones de esta investigación.

Cuestiones como la posible realización del tipo delictivo en comisión por omisión, –técnicamente posible siempre que se cumplan las exigencias del artículo 11 CP–; la no penalización de las meras sugerencias o insinuaciones sutiles o difusas realizadas por quien tenga alguna relación personal con el funcionario público o autoridad; la discutida cuestión de la idoneidad o intensidad de la influencia, o la comisión delictiva del tráfico en cadena, son tratadas por la autora de una forma extraordinariamente clara y precisa, con frecuentes remisiones a la doctrina jurisprudencial, lo que permite replantearse los principales problemas interpretativos y aplicativos suscitados por esta figura delictiva.

Así, de manera taxativa y apoyada en un extenso repertorio de pronunciamientos del Tribunal Supremo, la autora razona oportunamente que para la subsunción de las conductas o comportamientos típicos no basta con la mera influencia, sino que debe concurrir también el elemento típico esencial del prevalimiento a través de cualquiera de las formas señaladas en el tipo legal y dirigidas a mediatizar la voluntad del funcionario público o autoridad para la satisfacción de intereses personales: a) prevalimiento derivado del ejercicio de las facultades de su cargo; b) prevalimiento derivado de una relación personal, o c) prevalimiento derivado de una relación jerárquica en la cual el influido, al adoptar una resolución por la influencia de su superior, puede obtener alguna ventaja.

Por otra parte, y como es regla general en los delitos contra la Administración Pública, se subraya que nos encontramos ante un delito doloso, no sólo porque el legislador, con buen criterio, no ha tipificado expresamente la imprudencia, sino porque su estructura es intrínsecamente dolosa. La inadmisibilidad de la imprudencia, además de derivarse de la propia estructura de la conducta “*influir... prevaliéndose*”, se fundamenta en una opción legislativa de mayor trascendencia, cual es la de restar relevancia penal a las conductas imprudentes contra la Administración de Justicia, dejando su persecución a la esfera administrativa.

Asimismo, PÉREZ FERRER aborda con una excelente fluidez y soltura, las distintas modalidades típicas reguladas en los artículos 428 y 429 del Código Penal, el denominado tráfico de influencias “en sentido estricto”, –cometido tanto por funcionario público o autoridad como por particular–, y la “venta de influencias” en el artículo 430, con algunas peculiaridades propias, al no exigir el precepto la presencia de ningún servidor público, y centrándose en el elemento de la contraprestación, que

solo como telón de fondo evidencia el ejercicio de una influencia futura. Todo ello, sin dejar de proponer puntualmente interesantes soluciones de *lege ferenda*, aun encontrándonos ante un tipo penal de muy difícil justificación y no menos comprensión.

De manera precisa, la autora advierte que al margen de algunos “re-toces” formales de redacción, los preceptos objeto de estudio siguen presentando una estructura similar, casi inalterada, solo diferenciándose en relación al sujeto activo y al aumento de la penalidad a imponer, añadiendo ahora a su contenido, tras la reforma de 2015, la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, o en el artículo 429, la pena relativa a la prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social. Como no podía ser de otro modo, esta misma Ley derogó el anterior artículo 431 relativo al decomiso de las ganancias y las dádivas, plenamente justificado, al estar contemplado expresamente en los artículos 127 y 128 del mismo texto legal, –y ahora también modificados a su vez por esta misma Ley–.

En su afán por ofrecer un tratamiento integral de esta figura delictiva, la autora avanza un paso más al ocuparse de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, –prevista en el artículo 430 párrafo segundo–, ya que los procedimientos por delitos de tráfico de influencias suelen ser muy complejos, y en ocasiones en ellos aparecen implicados una pluralidad de sujetos, entre los que pueden distinguirse en la *praxis* a personas jurídicas, siendo excepcionales las ocasiones en las que se las persigue penalmente.

Con sólidos argumentos y con no pocas aportaciones que exceden de la propuesta específica de interpretación y análisis de esta materia, la mayor crítica de la autora ha recaído sobre la grandísima complejidad estructural y la deficiente técnica legislativa que presenta este delito, incompatible en algunos casos con las exigencias del principio de legalidad. Se trata de delitos manifiestamente mejorables, no solo por presentar una construcción dogmática compleja y enrevesada, sino por la falta de precisión en su descripción típica, lo que origina altas dosis de inseguridad jurídica para el operador jurídico, especialmente por la indeterminación de su contenido. En este sentido, PÉREZ FERREZ afirma, con buen criterio, que la incorporación al Código Penal del delito de tráfico de influencias obliga a buscarle un espacio y ámbito de autonomía propia, sin desvincularlo de otros tipos afines previstos también en el Título XIX., –que se supone, viene a complementar–, y con los que compartirá

algunos elementos que, por otro lado, podrán dar lugar a los correspondientes concursos de leyes o delitos.

Así las cosas, la autora recuerda que algunos autores han señalado que las conductas tipificadas en los delitos de tráfico de influencias suelen ser, generalmente, el escalón previo para la comisión de otros delitos más tradicionales y relacionados de igual modo con la corrupción, y aunque la problemática concursal se fundamenta en criterios teóricos, se ha de analizar, quizá más que en ningún otro aspecto del estudio del delito, la casuística que proponen los diversos tipos de relaciones que se pueden plantear entre los tipos penales. Y es que una vez más, no se puede olvidar que el principio esencial de la Administración Pública es la búsqueda del bien común y actuar conforme a los intereses generales.

De otro lado, PÉREZ FERRER insiste en que los problemas de prueba son algo consustancial a la mayoría de los delitos relativos a la corrupción, que por lo general se realizan en el ámbito privado, muchas veces sin dejar rastro, y sin más testigos que el propio funcionario público o autoridad. Caracterizados por lo que se denomina “delitos de encuentro”, en los que entre ambas partes existe un acuerdo expreso o tácito, y una relación de confianza o buena fe, son muy escasas las situaciones en la que el procedimiento se inicia por denuncia del funcionario sobre el que se influye, y aun así, estos casos suelen acabar –como hemos tenido oportunidad de leer en estas páginas–, en una inesperada y criticada absolución.

Con este panorama de fondo, no parece aventurado afirmar que este estudio recoge los planteamientos más actuales sobre la materia, ilustrados con los casos jurisprudenciales de mayor relevancia hasta la fecha de su publicación que aportan suficientes elementos de juicio. Se trata de un tema que genera un efervescente debate y confrontación de ideas, y éste es, precisamente, uno de los principales valores de esta monografía, que la convierten en un instrumento imprescindible para aquellos que quieran profundizar en estas infracciones delictivas y acompañar a la autora en este recorrido de reflexión y análisis de estos delitos en el panorama actual. Habrá que determinar si se trata de una figura que puede realmente tener aplicación práctica, –esto es, si puede responder a nuevas formas de criminalidad–, o si en realidad, se trata de un tipo destinado a cumplir, como otras tantas veces ocurre en Derecho Penal, una función meramente simbólica, dirigida fundamentalmente a emitir un mensaje tranquilizador a los ciudadanos, y no especialmente orientada a su aplicación real.

Ciertamente, la mejor recensión que se puede hacer a este trabajo es invitar a todo aquel que pretenda reflexionar sobre el tema, a su lectura. Me atrevería a afirmar, sin ningún género de duda, que el rigor científico, la exquisita redacción, –solo al alcance de quien es buen sabedor de lo que dice–, la actualidad y el interés teórico-práctico de la investigación realizada, hacen que este estudio pueda llegar a convertirse en una obra de referencia y de gran utilidad para académicos y profesionales que deseen profundizar en esta figura delictiva en busca de soluciones ante cualquier interrogante que les pudiera suscitar.