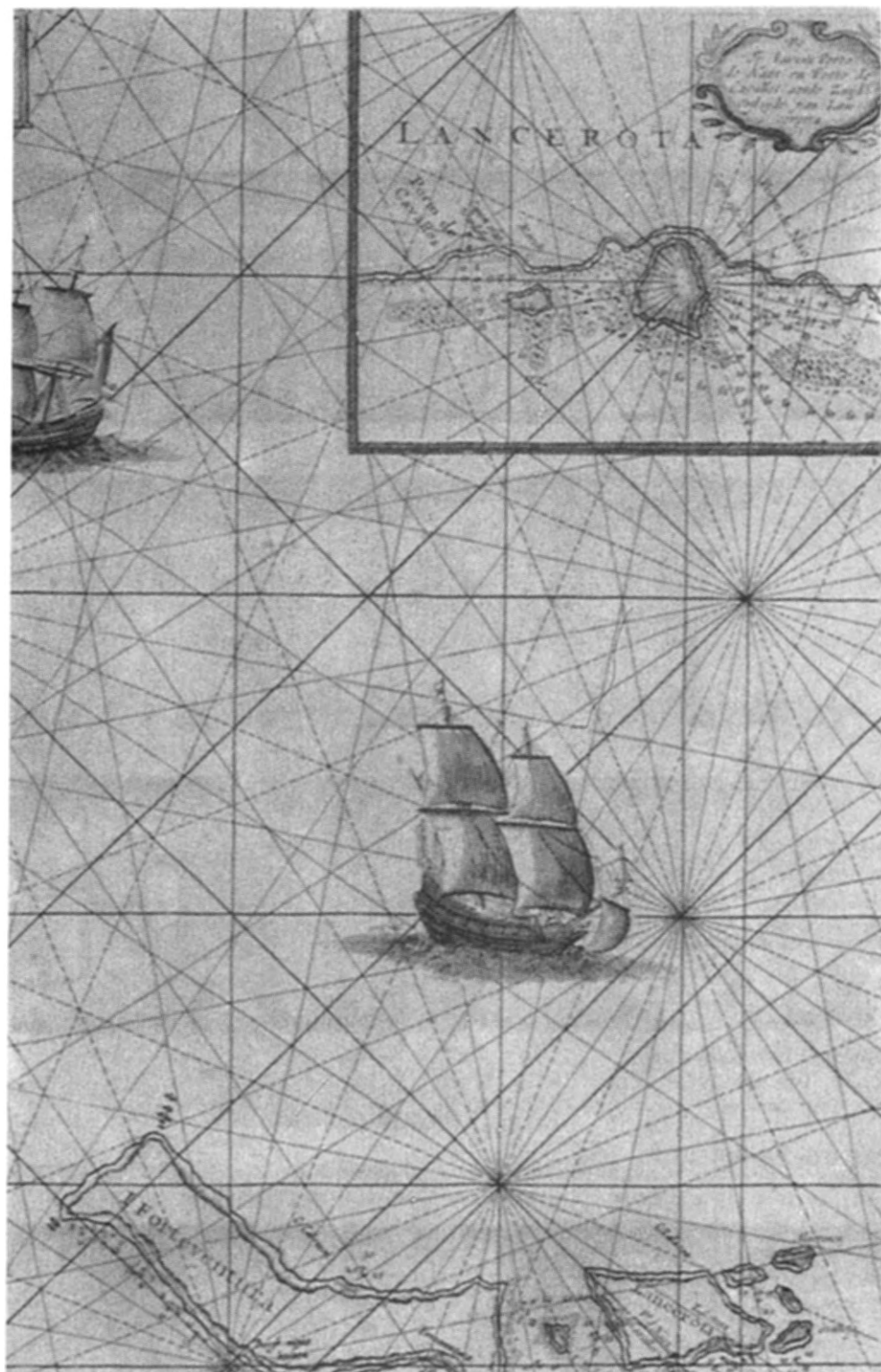


Revista del Foro Canario



82

Las Palmas de Gran Canaria, 1991

Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Segundo Franco Vega
Diputado Primero

Jaime Santana Castellano
Diputado Segundo

Serafín García Zumbado
Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora
Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz
Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto
Diputado Sexto

Jaime Rubio López
Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández
Diputado Octavo

José María Palomino Martín
Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez
Micaela Domínguez Hernández
Serafín García Zumbado
M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

**TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y SOCIEDAD DEMOCRÁTICA.
LA CORRUPCIÓN EN EL MARCO DEL ESTADO
DE DERECHO***

JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR
DOCTOR EN DERECHO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL OBJETO
- III. LOS MEDIOS:
 - 1. LA PREVENCIÓN
 - 2. LA REPRESIÓN
 - III.1. EL FRENTE DE ACCIÓN PREVENTIVA
 - III.2. LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL DE LAS CÁMARAS PARLAMENTARIAS. LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN
 - III.3. EL FRENTE DE ACCIÓN REPRESIVA

(*) Accésit del Premio *FORO CANARIO*, relativo a Juristas.

III.4. OBSERVACIONES ACERCA DE LA CORRECCIÓN
Y EFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS
ACTUALMENTE DISPONIBLES PARA LA INTER-
DICCIÓN DEL “TRÁFICO DE INFLUENCIAS”

IV. CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS PROPOSICIONES DE
LEY PRESENTADAS POR DIVERSOS GRUPOS PARLAMEN-
TARIOS ANTE LA MESA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTA-
DOS, DE CARA A LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO DE
INFLUENCIAS

V. PROPUESTAS LEGISLATIVAS

V.1. REFORMA PENAL

V.2. REFORMA DE LA REGULACIÓN DE INCOMPATI-
BILIDADES Y SU RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGIS-
TRO DE INTERESES

V.3. MODIFICACIÓN COMPLEMENTARIA DE LA LE-
GISLACIÓN VIGENTE

VI. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA REGULA-
CIÓN DEL LLAMADO “TRÁFICO DE INFLUENCIAS”, ASÍ
COMO DEL “MANEJO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA”

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

DF Y LP: Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades fundamentales, firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950.

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos, hecha en París el 10 de diciembre de 1948.

PP 66: Pactos Universales de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Sociales, económicos y culturales, firmados en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

TS/ STS: Tribunal Supremo/ Sentencia del Tribunal Supremo.

TC/STC: Tribunal Constitucional/ Sentencia del Tribunal Constitucional.

TEDH/STEDH: Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo, derivado del CEDH)/ Sentencia del mismo Tribunal.

LO: Ley Orgánica.

LOREG: Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

RCD: Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982.

RS: Reglamento del Senado de 26 de mayo de 1982.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

CC: Código Civil.

CP: Código Penal.

LEC y LECrim: Leyes de Enjuiciamiento civil y criminal.

LPJDFP: Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

PANCP 90: Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1990 (Ministerio de Justicia, 1990), actualmente en fase de estudio, a la luz de los dictámenes de los colectivos jurídicos implicados.

GP: Grupo Parlamentario.

Tit.; Art.: Título; Artículo.

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como desmostrara el *Informe* técnico elaborado en su día por los servicios jurídicos del Congreso de los Diputados, (V. *Informe y Dictamen* suscritos en fecha de 13 de abril de 1988, ante la Comisión Especial de Investigación sobre *Incompatibilidades y Tráfico de Influencias*, constituida por Acuerdo de la Mesa del Congreso, con fecha de 15 de marzo de 1988), la locución “tráfico de influencias” no ha pertenecido, hasta la fecha, al mundo del Derecho positivo español⁽¹⁾.

Conviene, por tanto, aclarar el significado de esta fórmula, acuñada en el lenguaje común, para ponerlo después en relación con las iniciativas legislativas presentadas ante la Mesa del Congreso de los Diputados de la conformidad al artículo 126 RCD, al objeto de prestar regulación positiva al denominado “tráfico de influencias”⁽²⁾.

Si en el lenguaje jurídico, “tráfico” equivale normalmente a “relación” jurídico-material, negocio, contrato o intercambio de tipo sinalagmático, en el lenguaje común —desde el que proviene la popularización de la expresión acuñada— equivale a “componenda”, trueque o negociación ilícita. Por su parte, la expresión “influencia” alude a la disponibilidad de un poder de *orientación y/o determinación sobre decisiones ajenas*. La combinación de ambos términos, en la medida en que ha escapado hasta la fecha al lenguaje del Derecho positivo del ordenamiento español, aludiría a toda una gama variada de actividades de persuasión o inducción en la orientación de la conducta y/o toma de decisiones de los poderes públicos, al objeto de obtener algún tipo de provecho de orden patrimonial para sí o para terceros próximos a quien ejerce la orientación o “influencia”⁽³⁾.

(1) Véase el *Dictamen* técnico elaborado por los servicios jurídicos del Congreso de los Diputados en función del acuerdo suscrito por la Comisión de Investigación sobre Incompatibilidades y Tráfico de Influencias constituida en la Cámara el 13 de abril de 1988, y publicado en la *Revista de las Cortes Generales (RCG)* n.º 14, PP. 99-180.

(2) Cfr. “Informe sobre el concepto de tráfico de influencias”. en *RCG* n.º 14, Sección “Notas y Dictámenes”, pp. 180-269.

(3) Cfr. S. Huntington: *Political Order in Changing Societies*, Yale Univ. Press, New Haven, 1969, pp 58-61.

II. EL OBJETO

Nada de ello llamaría especialmente la atención, toda vez que los poderes públicos basan gran parte de su acción en la determinación de decisiones políticas, —actividad para la cual *necesariamente* entran en comunicación con personalidades físicas o naturales, o con personas jurídicas, públicas y privadas, interesadas en ellas—, de no ser porque, con la demanda de una regulación sancionadora del “*tráfico de influencias*”, se asume como sobreentendido que *en tales actividades existe una “desviación” o “corrupción” del poder de decisión de que se disfruta y dispone* ⁽⁴⁾.

En esta desviación vendrían a superponerse, en colusión insalvable, los *intereses privados* y los *intereses públicos*, originándose con ello una situación objetiva de corrupción venal merecedora no sólo de reprobación social más o menos difusa, sino también de sanciones penales y/o administrativas, conforme a los principios de *tipicidad, legalidad y seguridad jurídica* ⁽⁵⁾.

Hemos identificado así el fenómeno concreto al que acotar a través de regulación positiva: cualquier abuso, desviación o corrupción de poder de decisión o influencia, por parte de quien ostenta autoridad, cargo público, función o representación de esa naturaleza, sea por elección (i.e., carácter electivo, directa o indirectamente), sea en virtud de nombramiento por autoridad competente (i.e., designación), en función de los conocimientos o de las facultades de decisión adquiridas en razón del ámbito de poder o autoridad desempeñada, y por la cual se ejercita la propia capacidad de decisión o influencia en pre-

(4) Es evidente que el problema de la corrupción en política, y particularmente en el marco del Estado de Derecho (—en cuanto “desviación” y/o “abuso” de poder—), no solamente no es genuina o distintivamente español, sino generalizado en nuestro ámbito genérico de filiación ideológica, cultural-valorativa e institucional. La generalidad de las democracias pluralistas padecen, pues, fenomenologías y manifestaciones epifenoménicas del problema que nos ocupa. Cabe decir, incluso, que a la luz del espectacular desarrollo teórico de la cuestión en relación con otros ordenamientos y otras sociedades paralelas a la nuestra —muy especialmente en las fuentes británicas y americanas—, habría razones para pensar que no es precisamente en España donde este tipo de azotes ha venido padeciéndose con mayor intensidad. Así lo demuestra, en efecto, el recurrente uso que, a lo largo de este estudio, haremos de las fuentes empíricas, doctrinales y analíticas notablemente abundantes en la bibliografía anglosajona al respecto.

Para una iniciación al análisis comparado, cfr. J.C. Scott: *Comparative Political Corruption*, Englewood Cliffs, NJ, 1972; así como F. Roversi-Monaco: *L'Ecceso di potere*, CEDAM, Padova, 1980.

(5) Para una revisión del significado penal de los “principio de intervención mínima” y de “subsidiaridad”, cfr. J.A. Sainz Cantero: *Derecho Penal (Parte General)*, Bosch, Barcelona, 1990.

sumible perjuicio del interés público, general o democrático (la llamada “causa pública”), y en beneficio o provecho de un interés privado, para sí o para terceros con los que se mantenga una relación *especial* (i.e., de parentesco, afinidad o comunión de intereses objetiva y manifiesta)⁽⁶⁾.

III. LOS MEDIOS

Lo que ahora corresponde es, en primer lugar, analizar *los medios* de que el *Derecho positivo de nuestro ordenamiento dispone para estos fines de interdicción y sanción de los abusos de poder*, así como, en segundo término, *considerar en qué medida las diversas iniciativas hasta ahora presentadas pueden colaborar a una razonable mejora de la situación presente, desde la perspectiva político-legislativa*.

Tal y como corroboran las distintas estrategias adoptadas por las fuerzas políticas concernidas con las iniciativas legislativas presentadas con ocasión de este problema ante la Mesa del Congreso de los Diputados en los Grupos (PSOE, PP, IU-IC, CIU), son dos los frentes de acción de que el Derecho dispone para el objetivo indicado:

- 1) El frente de la *prevención* del abuso de poder o “tráfico de influencias”, directamente incidente sobre la selección y el régimen estatutario de los representantes, de los funcionarios públicos y de los cargos públicos, sean electivos o no. Pensamos, en consecuencia, en la contemplación jurídico positiva de las causas condicionantes de inelegibilidad y de incompatibilidad para los representantes y los funcionarios públicos; en el deber de formular declaración de intereses; el seguimiento al cumplimiento de las funciones públicas con estricto ateniimiento a la definición de las políticas públicas, de acuerdo con un catálogo de instrumentos de control⁽⁷⁾.
- 2) El frente de la *represión*, directamente incidente en la fiscalización y

(6) Vid. J.J. Johnson & D. Jacks: *Crime at the top: Deviance in Business and Professions*, Lippincot, Philadelphia, 1978.

(7) Para el concepto de *control*, cfr. M. Aragón: “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en *REDC* n.º 17, 1986, pp. 85-136.

en la eventual sanción administrativa o penal de las desviaciones o de las corrupciones eventualmente constatables y probadas conforme a Derecho⁽⁸⁾.

III.1. EL FRENTE DE ACCIÓN PREVENTIVA

La primordial expresión de este primer frente de acción la constituye el instituto jurídico-positivo de la *incompatibilidad*. En mucho menor medida, actúa también sobre este plano el instituto paralelo de la *inelegibilidad*.

Para el primero de los mismos, es sórito argumentar una *doble fundamentación*. De un lado, su introducción en el Derecho positivo ofrece una dimensión lógica o racional (—división del trabajo y protección del empleo; defensa de la independencia en el acometimiento de todo tipo de funciones; interdicción de la superposición de actividades laborales—); de otro, una dimensión iusconstitucional (—separación de poderes; racionalización en la organización y en la regulación de las funciones públicas; especialización orgánica; garantía de los principios de *objetividad*, *imparcialidad* y *eficacia* en la determinación de las decisiones públicas—). Como resultante de ambas, la *incompatibilidad* se sintetiza en la *imposibilidad de imputar lícitamente, de manera simultánea*, y sobre la misma persona, *dos o más actividades, cargos o funciones públicas*.

Teniendo sus antecedentes más cercanos e importantes en los R. Dec. de 12 de oct. 1923 y 13 de mayo 1955, la incompatibilidad sólo emerge como *problema político* de cierta relevancia pública durante la Transición y la instauración democrática (R. Dec. 20/77, de 18 de marzo, art. 4, así como los Rgts. “provisionales” del Congreso y del Senado, de 14 de octubre de 1977). Empero, su plasmación actual sólo se producirá con la consolidación del régimen constitucional (RCD de 10 feb. 1982, arts. 18, 19 y 20; RS 26 de mayo 1982, arts. 6, 18 y 19; Ley 25/83 de 26 de diciembre, de *Incompatibilidades de los Altos Cargos*; LO 5/85, de 19 de junio, de *Régimen Electoral General*, arts. 154-160).

Procederemos ahora a una somera revisión de la regulación jurídico-positiva de la incompatibilidad en el momento presente, distinguiendo, por un lado, el régimen relativo a los llamados *Altos Cargos* y, por otro, el relativo a los parlamentarios en cuanto representantes de la soberanía popular. Ello comporta

(8) Cfr. H. Ball & L. Friedman: “The use of criminal sanctions in the enforcement of economic legislation”, en *Stanford Law Review* n° 17, 1965., pp. 197-223.

acotar los límites objetivos del análisis comprendido en estas notas a las autoridades, cargos y representantes de las *instituciones “centrales”* o *“generales” del Estado*, en el sentido más preciso o restringido que a esta terminología presta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

- 1) En lo que se refiere al régimen general de la consideración y el ejercicio de las funciones de los Altos Cargos, (V. art. 1 Ley 25/83), la incompatibilidad opera con una severidad más que satisfactoria, si nos atenemos a los datos del Derecho comparado y a nuestra propia Historia. Los puestos de autoridad así definidos por la Ley son del todo incompatibles con cualquier tipo de función o actividad pública (—interdicción, por tanto, de la simultaneidad de cargos, con excepciones tasadas y compartidas, por demás, en el Derecho comparado) o actividad privada (negocio, comercio, industria—) susceptible de producir beneficios, rendimientos y/o retribuciones (con la importante excepción de la gestión ordinaria del patrimonio personal o familiar).

Es de notar, sin embargo, que los Altos Cargos deben prestarse a formular una declaración de incompatibilidades para con el ejercicio de las funciones públicas que les sean encomendadas, *pero no* a declaración de *intereses* susceptibles de aportación de paralelos rendimientos económicos.

- 2) La situación objetiva de los parlamentarios varía sustancialmente. Según se contempla en la LO 5/85 (LOREG), se parte del principio genérico de la *compatibilidad* con cargos o empleos públicos cuya atribución corresponda a las Cortes Generales en relación a las cuotas de representación de cada fuerza política o grupo parlamentario, la función parlamentaria resulta también compatible con toda suerte de negocios, actividades industriales y/o profesiones de carácter liberal, así como con la docencia y con la investigación.

La representación electiva en las Cortes Generales está, en cambio, sujeta a *declaración* no sólo de las eventuales causas de *incompatibilidad* (arts. 154 a 156 LOREG), sino también de aquellos *intereses, actividades y bienes* potencial o actualmente generadores de rendimientos de carácter económico y/o patrimonial (art. 160). Esta *declaración* constituye un *deber* que, como muchos otros, se encuentra, por el momento, carente de especificación en el nivel legislativo: Ni en la LOREG ni en el Reglamento de las Cámaras se prevé el contenido preciso de la misma;

no se prevé tampoco su *modalidad de formalización*, ni el régimen de sanciones por su eventual contravención y/o incumplimiento. La única disposición de desarrollo al respecto la constituye, hasta la fecha, una Resolución de la Presidencia de la Cámara (Res. 15 sept. 1985), con aplicación diferida a partir de la inauguración de la III Legislatura (1986-1990), y cuyos resultados prácticos han arrojado un balance insatisfactorio por muy diversos conceptos (*dishomogeneidad* en las declaraciones y deficiente cumplimiento).

III.2. LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL DE LAS CÁMARAS PARLAMENTARIAS. LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN

A medio camino entre lo preventivo y lo represivo cabalgan los instrumentos parlamentarios ordinarios y extraordinarios de control sobre las actividades y sobre el comportamiento de las autoridades públicas y de los Altos Cargos.

Destacan, entre los primeros, las preguntas, las interpelaciones, los requerimientos de comparecencia y las solicitudes de información y/o documentación (V. arts. 7, 16 40, 180 y ss., *Títls. IX, X y XI RCD*)⁽⁹⁾.

Entre los segundos, sobresalen las Comisiones de Investigación, unicamerales o bicamerales (las “Comisiones de *Encuesta*”, en la terminología comparada), expresamente contempladas por la Constitución (art. 76.2), y desarrolladas después, en lo que se refiere a las modalidades de su constitución y a sus facultades de actuación y de inspección, por los Reglamentos de las Cámaras (V. esp., *RCD*, arts. 44 a 52), así como por la LO 5/84, de 24 de marzo, de *Comparecencia ante las Comisiones de Investigación* ⁽¹⁰⁾.

Hay que notar que esta última disposición legislativa regula exclusivamente la comparecencia *personal*, deber constitucional para cuyo cumplimiento se establece una sanción penal (V. art. 4, LO 5/84, y por remisión, art. 237, Código Penal).

(9) Sobre el control ejercible sobre los responsables de las Administraciones públicas, vid. G.U. Rescigno: *La Responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967; en España, vid: J.R. Montero & J. García Morillo: *El control parlamentario*, Tecnos. Madrid. 1986; J.F. López Aguilar: *La Oposición parlamentaria y el orden constitucional*, CEC. Madrid, 1988.

(10) Vid. Pablo Lucas Murillo: “Las Comisiones de Investigación en las Cortes Generales”, en *RFDUCM*, monográfico 10, 1986, pp. 143-176; G. de Vergottini; *Le attività ispettive delle Assamblee Parlamentari*, Cedam, Padova, 1973; del mismo autor (Ed): *Le Commissioni d’Inchiesta*, Maggioli, Rimini, 1985.

La regulación positiva de las Comisiones de Encuesta en el ordenamiento constitucional español es criticada a menudo por depositar en el voto de la mayoría, adoptado en Pleno *de cada Cámara*, la posibilidad de acordar la creación de las mismas, pudiéndose instar dicho voto bien a propuesta del Gobierno, de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de cada Cámara.

En nuestro entorno comparado, sólo el ordenamiento germano-federal contempla la creación de Comisiones de acuerdo con la voluntad de una minoría de la Cámara (la *quinta parte* de los miembros del Bundestag). Sobre la base de este ejemplo —mentado hasta la saciedad—, el Grupo Popular del Congreso ha introducido en el debate una Enmienda a los arts. 52.1 *RCD* y 59 *RS*, por la que introducía esta posibilidad de forzar la creación de una Comisión especial de Investigación con el voto favorable de la quinta parte de los miembros de la Cámara⁽¹¹⁾.

Desde nuestra perspectiva, en cambio, la propia *excepcionalidad* del instrumento inspectivo que tal Comisión incorpora con todo lo que ello entraña de distorsión de la lógica y dinámica parlamentarias, así como su eventual colisión con los derechos fundamentales de los ciudadanos, que estén, simultáneamente, pendientes de resoluciones o de procedimientos judiciales, hacen *desaconsejable* cualquier insistencia o abundamiento en esta línea de acción.

En fin, un segundo argumento a menudo colacionado a este respecto lo constituye el posible —e indeseable, al parecer de la actual mayoría— solapamiento de la función inspectiva desarrollada por parte de las eventuales *Comisiones de Investigación*, respecto de la desplegada en el plano judicial, por parte de los órganos instructores y sentenciadores eventualmente encargados de la determinación jurisdiccional de las responsabilidades jurídicas deducibles de “los hechos” que constituyen el “fondo” o “asunto de interés público” en unos y en otros órganos⁽¹²⁾.

Contra estos argumentos, es sabido que, en la práctica, las experiencias habidas hasta el momento presente no invitan a depositar excesivas esperanzas en el rendimiento político de las Comisiones de Investigación. Su virtualidad política se condensa, antes bien, más en su capacidad de concentrar la atención de la opinión pública sobre asuntos de interés o relevancia singular (—habitual-

(11) Cfr. J.F. López Aguilar, *op. cit.*, pp. 282-290.

(12) Cfr. P. Lucas Murillo, *op. cit.*; J.F. López Aguilar, *cit.*, pp. 288 ss.

mente “escándalos”, subrayados por la prensa y los medios de comunicación—) que en su discutible eficacia de cara al esclarecimiento o al eventual encauzamiento de sanciones ejemplares sobre los sujetos públicos o privados implicados, sean éstos personas físicas o sean personas jurídicas.

III.3. EL FRENTE DE ACCIÓN REPRESIVA

El instrumento de acción primordial en este segundo frente lo constituye, obviamente, la legislación penal.

El Código Penal vigente contempla una pluralidad de preceptos concernientes al problema del abuso o de la desviación del poder de decisión o la influencia de los cargos y autoridades públicas.

Al margen de los implicados por remisión indirecta (como el precitado art. 237 CP, previendo consideración de “desobediencia grave”, con pena de arresto mayor — de 1 mes y 1 día a seis meses, y hasta 150.000 pesetas de multa— a toda incomparecencia injustificada ante las Comisiones parlamentarias de Investigación sobre cualquier asunto de relevancia pública), las disposiciones de más acusado interés, a nuestros concretos efectos, se concentran en dos títulos del *Libro II* CP:

1. *El Título III (Falsedades)*: arts. 406 (falsedad en documento privado, cuya relevancia se expresa en la alegación como cargo en el llamado “Caso Guerra”, de la impresión de unas tarjetas de visita aparentemente inducentes a equívoco) y 320 (usurpación de funciones públicas). La incursión en ambos tipos resulta determinante de penas de prisión menor.
2. *El Título VII (Delitos cometidos por funcionarios públicos)*. Tomaremos como punto de partida una importante premisa: Para un correcto entendimiento del alcance de este *Título* es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el art. 119 CP (inscrito en el *Libro I*, “*Disposiciones Generales*”), con arreglo al cual, y a los efectos penales, se entenderá “funcionario” a todo aquel que ejerciere o participare del ejercicio de autoridad o de funciones públicas, sea por elección o por representación, sea por disposición inmediata de la Ley.

Artículos relevantes de este Título VII son, al menos, los siguientes:

358: prevaricación (adopción de resoluciones “injustas” o desviadas del interés general, del procedimiento legal o de los principios y criterios

constitucional y legalmente establecidos para la producción de dichas resoluciones. La pena de inhabilitación especial prevista para este delito puede ser considerada como relativamente débil en el contexto del Derecho sancionador comparado).

364: infidelidad en la custodia de documentos confidenciales (penas de prisión menor o mayor, según los casos).

367: violación de secreto (suspensión y multa).

373: prolongación o abandono de funciones (inhabilitación especial).

377: usurpación de atribuciones (inhabilitación especial y multa).

385: cohecho pasivo para la resolución de acto ilícito (ser sobornado para la comisión de un delito; pena de prisión mayor y multa).

386: cohecho pasivo para la resolución de actos lícitos (prisión mayor y multa, o arresto mayor y multa, según casos).

390: recepción de dádivas (aceptar retribución por la adopción de decisiones ajustadas a derecho; pena de suspensión y multa).

391: soborno o cohecho activo (ofrecimiento de dádivas a funcionario público; pena de inhabilitación).

394: malversación de caudales públicos (arresto mayor, prisión menor y prisión mayor, según casos).

400: fraudes y exacciones ilegales (prisión mayor e inhabilitación).

404: negociaciones prohibidas (“agio, tráfico o granjería” por parte del funcionario o autoridad pública, sobre materias relativas al respectivo ámbito de autoridad o competencia; penas de suspensión y multa).

III.4 OBSERVACIONES ACERCA DE LA CORRECCIÓN Y EFICACIA DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS ACTUALMENTE DISPONIBLES PARA LA INTERDICCIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

La regulación conjunta que la ordenación de las incompatibilidades —esto es, la interdicción de colusiones entre los intereses públicos y los intereses privados—, y la regulación sancionadora y punitiva de los comportamientos presuntamente desviados del interés general, público o democrático, en que las

autoridades o funcionarios públicos pudieran incurrir con motivo y ocasión del ejercicio de sus cargos o funciones, parece, en principio, prolija y pormenorizada.

No obstante, las discusiones desatadas en torno a su insuficiencia y consecuente ineficacia —una cuestión en que descansa la polémica al respecto, y en la que entroncan, además, todas las iniciativas legislativas presentadas—, fuerzan el planteamiento de algunas consideraciones. Interesa destacar cuando menos las siguientes:

1) Continúa siendo oportuno cuestionarse en qué medida cualquier recrudescimiento de la regulación del sistema de las incompatibilidades y las inelegibilidades de los parlamentarios y/o de los cargos públicos puede contribuir seria e incisivamente a la interdicción efectiva de las desviaciones que deban ser fiscalizadas⁽¹³⁾.

No puede ser ignorado que, por la propia naturaleza de las actividades y de las funciones públicas, todos los titulares —unipersonales o colegiados— de los órganos o entes de las Administraciones y de los poderes públicos, están “condenados” a abundar, no ya en contactos frecuentes, sino en *contactos permanentes*, con los representantes de muy variadas instancias, públicas y privadas, materialmente interesadas y/o afectadas por la orientación y el sentido de las decisiones pendientes e inscritos objetivamente en ámbitos de poder de los referidos órganos⁽¹⁴⁾.

No puede ignorarse tampoco que, sea cual sea el sentido de toda resolución o acto administrativo en que se ventilen intereses objetivables y cuantificables, la propia naturaleza *política* —y, no excepcionalmente, *discrecional*— de determinadas opciones hará a éstas susceptibles de crítica por la parte que no haya visto satisfecha su pretensión o su interés. El único terreno fértil para una discusión sobre la pretendida “asepsia decisional” habrá de localizarse, pues, en la fehaciencia o no de la alegada *insuficiencia* de las *dieciséis circunstancias legalmente contempladas como determinantes de la incompatibilidad* con la ostentación de funciones o de autoridades públicas, en combinación con las *veinticuatro circunstancias determinantes de la inelegibilidad* (V. arts. 6 y 154-160 LOREG), así como, lógicamente, de las *disposiciones de nuestro Derecho Penal* aplicables al respecto.

(13) Véase, a este respecto, E.C. Banfield: “Corruption as a Feature of Governmental Organization”, *Journal of Law & Economics* n.º 18, 1975.

(14) Cfr., *Economist* (Intelligence Unit): “Bribery, Corruption or Necessary Fees and Charges?”, *Multinational Business* n.º 3, 1975, pp. 1-17.

2) Es cierto, en segundo lugar, que uno de los problemas abiertos del precitado *sistema de incompatibilidades e inelegibilidades* consiste en la *no plasmación o concreción positiva del mandato de creación de un Registro de intereses*, tal y como se contempla en la citada *LOREG* (Art. 160).

Los Reglamentos de las Cámaras —elaborados tres años antes de la Ley Orgánica de Régimen Electoral, de 19 de junio de 1985— continúan todavía hoy, marzo de 1990, desincronizados con respecto al mandato institutivo del *Registro de intereses*. La mencionada Resolución de la Presidencia del Congreso, de 13 de septiembre de 1985, y cuya entrada en vigor fue diferida hasta el inicio de la III Legislatura, puede ser considerada como integración necesaria y discrecional de las lagunas del texto reglamentario (ex art. 32 RCD), *pero no como perfecta alternativa funcional*, toda vez que persiste una notoria incertidumbre en torno a los *aspectos básicos de la regulación de un Registro de Intereses* mínimamente interesado en satisfacer su función.

De cara a la eventual reforma del Reglamento del Congreso convendría tener en cuenta los siguientes elementos, relacionados como sigue en términos de *lege ferenda*:

a) Concreción de la naturaleza de la declaración. Desde un ángulo formal, es necesario *precisar el tipo de documento* (¿declaración notarial?, ¿declaración jurada?, ¿declaración fiscal?) a inscribir en el Registro.

b) Extensión objetiva del Registro: *especificación de los datos concretos* e imprescindibles que deberán figurar en la declaración en orden a convalidar su corrección y amplitud en el plano *material*.

c) Determinación del *momento de la declaración*, (bien con anterioridad a la toma de posesión o a la promesa/juramento de acatamiento constitucional, bien transcurrido un plazo de consolidación, bien cuando se produzcan variaciones de cualquier tipo en la situación profesional o patrimonial del sujeto).

d) *Alcance subjetivo del Registro*. Por un primer lado, hay que apuntar que, si bien los parlamentarios declaran sus intereses, es cierto también que lo hacen con laxitud e imprecisión difícilmente coherentes con la finalidad de fiscalización que justifica al Registro. Pero, por otra parte, es igualmente necesario discutir si este expediente ofrece ventajas potenciales o beneficios contrastados en lo que se refiere a los *cargos indirectamente electivos* cuya legitimación final tiene imputación en las Cortes (consejeros de RTVE, magistrados del TC, defensor del pueblo, vocales del CGPJ, directivos de empresas

públicas, sociedades estatales o entes del derecho público, altos cargos, dependientes de nominación indirecta, etc...). Finalmente, es aún más problemático determinar el alcance del deber de concurrir al Registro de Intereses por parte *no ya de quien es el titular personal de cargo o de función pública, sino de sus familiares y/o de sus allegados*. No menos difícil resulta la contemplación del problema de las posibles variaciones de este “alcance subjetivo”, en función de la importancia o del carácter del cargo, de su volumen de gestión o de la responsabilidad de su atribución específica (—¿deben verse igualmente afectados los hermanos de un Defensor del Pueblo que los de un Directivo de alguna empresa estatal con gran capacidad de gasto?—).

Es preciso actuar con el obligado rigor— en lo que a determinar el *grado* del parentesco y los *datos* a aportar cuando, como es el caso, pueden conculcarse derechos fundamentales de terceros en una forma irrazonable y desproporcionada respecto a los bienes jurídicos e intereses objetivos presuntamente apuntalados por la normación que se alude.

e) *Dimensión temporal de la obligación registral*: ¿por cuánto tiempo afectarán a los referidos sujetos los deberes registrales (¿un año, dos, tres o cuatro después de dejar el cargo?)?; y aun así ¿habrá de ser este alcance temporal el mismo en todos los casos?.

El problema subyacente no es otro que delimitar los criterios objetivos para el establecimiento de proyecciones temporales que puedan entenderse siempre razonablemente proporcionales a los concretos niveles de responsabilidad de que haya disfrutado el cargo, funcionario o autoridad.

f) Por último, es imprescindible configurar el *régimen de publicidad* del *Registro de Intereses* junto a las *modalidades de acceso* al mismo. (¿Quién y cuándo accederá a la información suministrada?, ¿con qué objeto y qué provecho?, ¿qué garantías se dispondrán para la preservación de ámbitos de intimidad personal y familiar en algún modo imbricados con cuestiones o intereses de orden patrimonial?).

3) Un tercer orden de consideraciones se cierne sobre la *regulación de la capacidad de los representantes y/o de los cargos públicos para intermediar lícitamente en la resolución de negocios, contratas, licitaciones o decisiones políticas y/o administrativas en las que se ventilen intereses privados o de particulares*. (¿Cómo y cuándo calificar la ilicitud de “toma en consideración” o la prestación de atenciones a intereses provenientes de la sociedad civil, muy a menudo incidentes en un volumen de negocios jurídico-materiales a los que no puede ni debe escapar el poder público?).

4) En relación con lo anterior, habría que prestar también la razonable atención a las voces que demandan la regulación de los *Lobbies* o *Grupos de Presión* (—bajo una discreta alusión a los “particulares” que ejercieren funciones de intermediación ante los poderes públicos y bajo promesa de dádiva o retribución económica—), siguiendo el conocido patrón de la norteamericana *Federal Regulation of Lobbying Act*, de 2 de agosto de 1946 (en realidad una reforma parcial del *Título III* de la *Ordenación Federal del Poder Legislativo*). En este orden de cosas debería darse respuesta a las siguientes cuestiones: ¿Cómo determinar la constitución legal de un *Grupo de agregación*, representación y gestión de “intereses” privados ante los poderes públicos y las administraciones?; ¿cómo fiscalizar sus contabilidades?; ¿cómo regular la publicidad de sus actos y su volumen de negocios?; ¿qué régimen sancionador de eventuales infracciones del Derecho material de los “despachos de gestión” habría de ser establecido en sus dimensiones penal y administrativa?⁽¹⁵⁾.

IV. CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS PROPOSICIONES DE LEY PRESENTADAS POR DIVERSOS GRUPOS PARLAMENTARIOS ANTE LA MESA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, DE CARA A LA REGULACIÓN DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

A lo largo de los dos primeros *Periodos de Sesiones* de la IV Legislatura (1989), fueron introducidas ante la Mesa de la Cámara seis proposiciones de Ley (Grupos parlamentarios *Socialistas* (3), *Popular* (1), *Catalán* (1), e *IU-IPC* (1)). Se trata de las siguientes:

1) Proposición de Ley del Grupo Socialista del Congreso reguladora de las *Actividades e Incompatibilidades de Altos Cargos y miembros de las Corporaciones Locales* (*B.O.C.G.*, A-11, Serie B de 15 de diciembre de 1989).

(15) A la Luz de las referencias bibliográficas hasta ahora disponibles, es evidente que el desarrollo temático en la literatura anglosajona de la cuestión debatida ha sido hasta hoy, sensiblemente superior al europeo-continental y, desde luego, al español. Sin duda, tal situación observa estrecha relación con los desarrollos legales y jurisprudenciales que sobre la desviación del comportamiento exigible a los servidores públicos se ha desplegado en EEUU, al punto de haber forzado la adopción legislativa de normas especializadas como la mentada *supra*: la promulgación, en efecto, de la *Federal Regulation of Lobbying Act* de agosto de 1946 (una reforma sectorial de la *Part III* de la *Federal Legislature Act* ha dado pie en ocasiones a iniciativas tendentes a cristalizar jurídico-positivamente la presencia de distintos “grupos de presión” y/o agregación de intereses perfectamente análogos a los que habitualmente (y normalizadamente) operan en EEUU (Vid. L. Berg, H. Hahn & J. Schmidhauser: *Political Corruption in American Political System*, Morristown, NJ, 1976). Así, el Grupo Popular intentaría, por medio de su portavoz, M. Fraga, introducir la cuestión en el mismísimo debate constituyente español (1977-1978) (Cfr. J.F. López Aguilar, *op. cit.*, pp. 141 ss.);

2) Proposición de Ley Orgánica del Grupo Socialista del Congreso por la que se da nueva redacción al art. 390 *CP* (*B.O.C.G.* A-22-1 Serie B, de 25 de marzo de 1990).

3) Proposición de Ley Orgánica del Grupo Socialista del Congreso por la que se introduce un nuevo Capítulo en el Código Penal para controlar el tráfico de influencias y el uso de informaciones privilegiadas (*B.O.C.G.* 26-1, Serie B, de 6 de febrero de 1990).

4) Proposición de Ley Orgánica del Grupo Popular del Congreso reguladora del *Tráfico de influencias y del manejo de información privilegiada* (*B.O.C.G.* A-23-1, Serie B, de 31 de enero de 1990).

5) Proposición de Ley Orgánica del Grupo Catalán del Congreso por la que se da nueva redacción al art. 390 *C.P.* (*B.O.C.G.* 22-1, Serie B, de 25 de enero de 1990).

6) Propuesta de Ley Orgánica de redacción de un nuevo art. *del C.P.*, n.º 368-bis., Cap. IV del *Título VIII CP* (Grupo *IU-IpC* del congreso), (*B.O.C.G.* n.º 21-1, Serie B, de 25 de enero de 1990).

Cada una de estas iniciativas ha sido, obviamente, acompañada por los correspondientes “paquetes” de enmiendas propuestas a sus respectivos articulados por los diferentes Grupos de las Cámaras. Intentando sortear las múltiples complejidades a las que conduciría un análisis minucioso de las mismas, bástenos por el momento sintetizar las propuestas en sus contenidos de fondo. Las *líneas principales* de estas seis proposiciones podrían exponerse como sigue:

1. Todas ellas convergen en lo fundamental: se trata, en todos los casos, de un primer intento de ofrecer regulación positiva a la fenomenología del “tráfico de influencias”. Con ello, viene a trasladarse esta terminología, hasta hoy puramente coloquial, al lenguaje del *Derecho*, en cuanto sistema de normas jurídicas positivas.

Este objetivo aparece frontalmente acometido en la Proposición de Ley Orgánica del Grupo Popular. Siguiendo a una *Exposición de Motivos* notablemente apasionada, el art. 1 de dicha *Proposición de Ley* intenta ofrecer sendos modelos de conceptualización del “tráfico de influencias” y del “manejo de información privilegiada”. Modelos de conceptuali-

... acúdase, en esta órbita, a B.S. Rundquist & G.S. Strom, J.G. Peters: “Corrupt Politicians and their electoral Support”, *American Pol. Sc. Review* n.º 71, 1977, pp. 954 ss.

zación, por cierto, difícilmente cohonestables con los principios de certeza y de seguridad jurídica.

En primer lugar, destaca, por su inaceptable amplitud, la literalidad del art. 1.1, en el que se considera “tráfico de influencias” toda “actividad de aproximación, inducción o persuasión, ante las Administraciones o Poderes Públicos, autoridades o funcionarios o de intervención ilegítima en asuntos pertenecientes a la esfera pública”, con el fin de “incidir en la formación de la voluntad de los órganos administrativos o sus titulares y obtener de este modo beneficios patrimoniales para sí o para terceros”.

En la misma línea, el art. 1.2 pretende una definición de lo que ha dado en llamarse “manejo de información privilegiada” entendiéndose por ésta toda “utilización de información o datos” a los que se haya accedido en razón del cargo público, con el fin de obtener beneficios para sí o para terceros, por parte de quien ostente o haya ostentado dicho cargo o función en los últimos *dos años*.

El artículo 2 de esta proposición procede a tipificar los anteriores supuestos como *delitos* castigables con penas de *arresto mayor*, *multa del tanto al triplo*, e *inhabilitación absoluta* en caso de que el comitente ostente o haya ostentado cargo en los últimos dos años.

Al objeto de reforzar la capacidad instructora de los órganos judiciales, se interpretaría como indicio racional de los anteriores delitos la no justificación de un “considerable incremento de su patrimonio”, hasta el plazo de *cuatro años* desde la cesación en el cargo. Esta capacidad de fiscalización se extendería, asimismo, al cónyuge, ascendientes, descendientes, o a los parientes o afines *hasta e segundo grado* de parentesco civil.

En la misma línea, la proposición apunta a la tipificación de una modalidad de responsabilidad penal (artículo 5) por la no delación de aquellos supuestos actos que, conocidos por él, “pudieran constituir delitos” de los tipificados en el artículo 2 de la misma Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Popular. Los artículos 6 y 7 del mismo texto prescriben la imposición de *la mayor sanción penal* para la hipótesis de *concurso* de los delitos anteriormente tipificados, instituyendo, asimismo, la naturaleza pública de la acción penal ejercitable, en orden a vehicular su eventual persecución de *oficio* o *a instancia de parte*.

Con carácter general parecería, por lo tanto, básicamente aconsejable unificar los criterios de identificación de los parientes o afines susceptibles de dotar de carácter “especial” a la relación de “influencias”, de beneficio o de provecho. Ello podría conseguirse, de acuerdo con lo contemplado en la actual redacción del art. 11 del Código Penal, interpretando que existe tal “relación especial” cuando se actúe en beneficio objetivo del propio cónyuge (o persona ligada por relación análoga de afectividad), de ascendiente, descendiente, o hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados de la persona a quien se imputa el comportamiento ilícito.

2. Varias de estas proposiciones de ley se ciernen también sobre la prohibición de incurrir en incompatibilidades o en otros *deberes legales* de los llamados “ulteriores”, —es decir, las incompatibilidades eventualmente proyectables hasta un cierto tiempo después (de dos hasta cuatro años) desde la cesación en el cargo—. El ámbito material u objetivo de estas “ultra incompatibilidades” concierne, lógicamente, a aquellas actividades de tráfico, industria o gestión de intereses patrimoniales privados directamente incidentes en asuntos que hayan sido del ámbito propio de responsabilidad y/o de competencia del cargo o del funcionario, allí hasta donde el límite temporal de la vigencia de dicha incompatibilidad deba ser observada.
3. Prohibición, en paralelo, de actividades de tráfico, comercio o industria, sobre la índole de asuntos descritos precedentemente, pero recayente esta vez *sobre los familiares del cargo o del funcionario, hasta en el segundo grado de parentesco o afinidad*.
4. Nuevo régimen jurídico del *deber de declarar los intereses* económicos y los patrimoniales, así como las eventuales causas de *incompatibilidad* (observancia, una vez más, de las disposiciones del art. 160 LO-REG). En este sentido, merece una especial atención la *Proposición de Ley del Grupo Popular*. Los artículos 4 y 8 de su concreta iniciativa resultan particularmente cuidadosos en lo que respecta a este punto. También el artículo 12 de la Proposición socialista satisface esta demanda. Cualquiera de los textos puede desempeñar la función de documento de base para un tratamiento positivo del problema, sin que los costes aparentes o los efectos secundarios previsibles sugieran desaconsejar tal paso.

En cualquier caso, este objetivo podrá ser alcanzado a través de las oportunas reformas puntuales y parciales de los concretos artículos del *RCD*, *RS*, Ley 25/83 y 53/84, implicados al respecto.

5. Amago de regulación de los *Lobbies o despachos de gestión* profesionalmente enderezados a la representación, ante los poderes públicos y las administraciones, de los grupos de presión socialmente activos. En el debate celebrado con fecha de 8 de febrero en el Congreso de los Diputados, el portavoz del Grupo Popular intenta, efectivamente, suscitar por vez primera (desde que ya lo elevara el portavoz de AP en el curso del debate constituyente) el acometimiento de regulación positiva en este novedoso frente, hasta hoy desconocido por los sistemas jurídicos de tradición continental. No parece imprescindible abundar en esta línea de desconexión con el contexto de la representación propia de las democracias parlamentarias de Europa para llamar la atención sobre las exigencias que esta tradición impone con respecto a los principios de transparencia y de publicidad en la gestión y en la representación de los intereses privados con los que se contrayeren niveles de compromiso más o menos formalizados⁽¹⁶⁾.

Este primer objetivo podrá ser alcanzado —*ex negativo* y en el marco de la reforma penal— introduciendo la oportuna contemplación de los supuestos de “ofrecimiento” de soborno, de corrupción o de cohecho activo ante funcionario público, mediante el ofrecimiento de presiones o influencias ante las administraciones.

En el hipotético caso de que fuere aconsejable abordarlo en el futuro, concreta y singularmente, —una eventualidad que no hay que excluir *a priori*—, habría que tener presente que la no contemplación de las debidas garantías para la prevención de nuevas desviaciones, equivaldría a consolidar y sancionar *ex lege* la opacidad vergonzante de ciertos procedimientos político-decisionales, en los que eventualmente podría privilegiarse a los interlocutores de los grandes intereses económico-industriales provistos de un aparato solvente de agregación y de representación extraparlamentaria, frente a los particulares y a los demás intereses sociales concurrenciales, carentes de articulación, mas no de legitimidad⁽¹⁷⁾.

(16) Véase, sobre el problema, W.M. Reisman: *¿Remedios contra la corrupción?*, FCE, México (trad. esp.), 1981; C. Leys: “What’s the problem about corruption?”, en *Harvard Univ. Review*, Mass, 1965.

(17) Cfr. A. Rogow & H.D. Lasswell: *Power Corruption & Rectitude*, Eng. Cliff., NJ, 1963.

En síntesis, cabe concluir esta somera revisión de las Propositiones hasta ahora presentadas subrayando las siguientes consideraciones:

A) Tratándose de proposiciones legislativas de vocación *sancionadora*, no puede albergarse reparo en lo que concierne a la necesidad de obtener un máximo de *precisión* y de *rigor terminológico*.

A la hora de ofrecer una descripción mínimamente adecuada a los *supuestos de hecho* perseguibles por medio de acción penal pública, (—castigables por la ley que es, por ende, normación de carácter restrictivo de derechos—), estos supuestos de hecho deben venir expresados con máxima *precisión típica* y una extensión objetiva concebida en unos términos claramente restrictivos en la descripción del injusto.

Resultan, así, inaceptables los enunciados del tipo “toda actividad de aproximación o persuasión”, o del tipo “tuvieren conocimiento de hechos que pudieren constituir (...)”, contenidos en la Proposición del Grupo Parlamentario Popular.

B) Por razones sistemáticas, es absolutamente desaconsejable una ley formal y exclusivamente destinada a positivar la persecución penal, y consiguiente sanción, del “tráfico de influencias” y del “manejo de información privilegiada” (tal y como se contempla en la Proposición Popular). Más en la línea de las proposiciones socialista y catalana, conviene pensar en robustecer, por un lado, la normativa *preventiva* de incompatibilidades e inelegibilidades, así como de otro lado, abrir el debate en torno a los instrumentos de *control parlamentario* de probada proyección sobre este concreto respecto (así, las comparecencias y las Comisiones de Investigación; en este sentido, el Grupo Popular introduce por medio de Enmienda a la Proposición socialista, la reforma del art. 52 del RCD en el sentido de determinar la constitución de una *Comisión de Investigación* bajo propuesta de 1 solo Grupo Parlamentario o de la quinta parte de los miembros de la Cámara).

Desde el punto de vista represivo o punitivo, las proposiciones de ley deberían incardinarse en la reforma de los títulos del *Código Penal* que hubieren mostrado conexión de carácter *material* con los supuestos contemplados (—la totalidad de las Propuestas se centra, en este sentido, en la reforma del *Título VII* del Libro II CP).

C) Desde el punto de vista *procedimental*, el método de actuación más indicado sería el de incardinar estos trabajos de reforma penal dentro de los ya iniciados de cara a la elaboración de un nuevo Código Penal.

En caso de optarse por la toma en consideración, tramitación y aprobación de nuevas reformas parciales del Código Penal vigente, éstas deberían conducirse a la inclusión de nuevos tipos especiales en el *Título VII* del *Libro II* del Código Penal, en la línea contemplada por la Proposición de Ley del Grupo Catalán.

En función del tenor literal del art. 119 del Código Penal actualmente vigente, podría incluso prescindirse del *390 bis c)* de la propuesta catalana —(equivalente en este extremo al *404 quatuor* contemplado en las propuestas de enmienda del CDS a la Proposición de Ley por la que se ofrece una nueva redacción al art. 390 CP, proposición introducida por el Grupo Popular)—, tendente a extender el alcance subjetivo de este título sobre los cargos públicos de origen representativo y por designación.

D) En lo que concierne a las reformas de la vigente normativa de *incompatibilidades*, puestas en movimiento por el Grupo Socialista, cabe advertir que la justificación del recrudecimiento de las incompatibilidades de los parlamentarios ofrece flancos de crítica fácilmente detectables. No así en lo que hace a su pretendida propensión a consolidar una “casta” de “profesionales exclusivos de la representación”. El origen de la retribución institucionalizada a la función parlamentaria demuestra, por el contrario, la orientación netamente democrática de esta línea tendencial.

Mucho más discutibles resultan sus probabilidades de contribuir seriamente a la erradicación de los fenómenos de “tráfico de influencias”. Antes bien, hay que advertir que nada de cuanto consta en el fundamento “empírico” de esa terminología ayuda a pensar que una futurible regla de imposición formal de dedicación exclusiva del representante electo al trabajo político-parlamentario, vaya a arrastrar un efecto de beneficiosa influencia en la “depuración” de unas desviaciones que han venido registrándose, con carácter tendencial, en la totalidad del espectro político (independientemente de los distintos niveles de “dedicación” constatables en las respectivas fuerzas de dicho espectro político), y que, por lo demás, afectan más notablemente a grandes agregados políticos, en cuanto tales —partidos comprometidos con contrataciones públicas, corporaciones industriales y con mecanismos anómalos de financiación), que a personalidades concretas e individuales.

No parece, por lo tanto, que persistir o abundar en esa estrategia de recrudecimiento de la regulación sobre incompatibilidades pudiera servir a otro objetivo que al de la crispación de los debates genéricos y a la disolución de los

problemas concretos, sin contribuir, por lo tanto, a la resolución o encauzamiento positivo de los unos o los otros. Ello no impediría, en todo caso, aconsejar la introducción de una cierta cláusula de flexibilización parlamentaria de las incompatibilidades, introduciendo, por ejemplo, un catálogo de criterios mínimamente formalizados (a través de un desarrollo al Reglamento de la Cámara y de la LO 5/85) con la que la Comisión Permanente de Estatuto del Diputado pudiera determinar singularizadamente la regularidad de la compatibilidad de la función parlamentaria con actividades privadas.

E) Sí cabe, en cambio, a todas luces, incidir en la necesidad y absoluta conveniencia de regular con detalle *el Registro de Intereses* del artículo 160 LO-REG, 18 RCD y 26 RS extendiendo la sujeción al mismo a la totalidad de *los Altos Cargos* de la Administración Central contemplados por las leyes 25/83, de 26 de diciembre (art. 8), y de la Administración Local, contemplados en la Ley 7/85 (art. 75), de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, de acuerdo con el mismo régimen objetivo y subjetivo instituido para los parlamentarios y representantes electos comprendidos en la Ley Orgánica 5/85 de 19 de junio.

F) En conclusión, del análisis de las Propositiones presentadas por los Grupos —tanto en la calidad formal de Propositiones de Ley Orgánica u Ordinaria, cuanto en la posterior fase de presentación de Enmiendas sobre iniciativas ajenas—, resulta difícil extraer con claridad sus líneas de convergencia. No siendo, sin embargo, imposible una operación de inferencia de los principales puntos de confluencia “estratégica” de dichas iniciativas, sí cabe, en cambio, proponer la reconducción de las múltiples complejidades formales y procedimentales a las que conduciría, sin duda, su tratamiento singularizado, para desembocar así en la proposición de 3 frentes de trabajo. Ello podría obtenerse a través de la atención a las siguientes líneas fundamenales de acción:

- 1) Reconducción, ante todo, de toda la normativa de carácter sancionador a su ámbito natural, esto es, al Código Penal. Ello comporta rechazar toda propuesta tendente a hacer de la represión del “tráfico de influencias” una normativa material autónoma.
- 2) Reforma de cuantas leyes orgánicas y ordinarias se encuentren comprometidas en la integración del régimen jurídico de las inelegibilidades e incompatibilidades, así como en la concreción del deber de declarar las eventuales causas de incursión en las mismas y de declarar asimismo las actividades, los bienes y los intereses susceptibles de producir

todo tipo de retribución o beneficio económico, atinente a los funcionarios públicos, cargos y autoridades, sean éstos por disposición inmediata de la Ley, sean por designación de autoridad competente, o sean representantes por elección. Se propone, en concreto la reforma de los Reglamentos del Congreso y del Senado, de la *LOREG* (Ley Orgánica 5/85, de 19 de junio), de la Ley 25/83 de *Incompatibilidades de Altos Cargos*, y de la Ley 7/85 reguladora de las *Bases de Régimen Local*.

- 3) Reconsideración y reforma del actual régimen jurídico de la posibilidad de lícita intermediación de los funcionarios, cargos y autoridades públicas en la resolución de decisiones político-administrativas en las que se ventilen intereses económicos y/o patrimoniales concernientes a los sujetos previamente determinados como sujetos susceptibles de alguna modalidad de regulación especial en la normativa penal (de acuerdo con la resultante de las reformas presupuestas), y en la legislación atinente a las declaraciones de incompatibilidades y de intereses a la que se alude en el punto precedente. Ello comportará conducir por este cauce las propuestas de reforma de la actual legislación de *Sociedades Estatales* (Ley de 26 de diciembre de 1958), *Contratos del Estado* (Ley de 8 de abril de 1965), *Mercado de Valores* (Ley 24/88 de 28 de julio) y, correlativamente, *del Tribunal de Cuentas* (Ley Orgánica 2/82 de 12 de mayo).

V. PROPUESTAS LEGISLATIVAS

En atención a todos los problemas que hemos venido exponiendo, se encuentra actualmente en avanzada fase de tramitación parlamentaria una *Proposición de Ley* orgánica por la que el Legislador ha instado la modificación de los artículos 367, 368 y 390 del Código Penal vigente (—este texto normativo se halla también, no se olvide, pendiente de una revisión integral y general—), así como la introducción de nuevo *Capítulo* en el Código para la regulación del “tráfico de influencias” y del “manejo de información privilegiada”⁽¹⁸⁾.

En su presente estadio de elaboración, los arts. 367, 368 y 390, actualmente circunscritos a los Capítulos IV (“De la violación de secretos”, los dos primeros) y IX (“Del cohecho”, el tercero) el Título VII (“De los delitos de los

(18) Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. (Senado, 4ª Legislatura).

funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”) del Libro II *CP*, aparecen sometidos a una reformulación de vocación agravadora que puede sintetizarse conforme a las líneas siguientes: a) —El funcionario público o *autoridad* que revelare secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas (—frente a las de 30.000 a 60.000 actualmente contempladas—). Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial. Si se tratare de secretos de un particular, las penas serán las de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. b) —El funcionario público o autoridad que, haciendo uso de un secreto de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo o de una información privilegiada, obtuviere un beneficio económico para sí o para tercero, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido o facilitado. Si resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de *prisión menor (de seis meses y un día a seis años) e inhabilitación especial*. Se entenderá, a estos efectos, que el concepto jurídico-penal de “información privilegiada” englobará toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada. c) —El funcionario, en fin, que admitiere dádivas o regalos que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, será castigado con las penas de *arresto mayor (un mes y un día a seis meses) y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva o regalo, sin que pueda ser inferior a cien mil pesetas*.

Por su parte, la introducción de un nuevo Capítulo XII del Título VII del Libro II con la rúbrica “Del tráfico de influencias”, produciría —además del evidente efecto de cristalizar jurídica y técnicamente la tipificación penal de una fenomenología hasta hoy inscrita en la reprobación “difusa” en los planos moral y socio-cultural/político (vale decir, en la opinión pública)— la sustanciación de un nuevo cuño de *tipos* y la reformulación genérica de todo el segmento del articulado penal afectado: El Capítulo IV del Título VII citado llevará, como encabezamiento, “De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido”.

Los nuevos tipos penales se concretarían como sigue; a) —El funcionario o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleciéndose 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 y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor añadido (—vemos, pues, junto a la concreción de las conductas de las que hemos venido ocupándonos, una nua consagración de la ampliación del ámbito subjetivo de la categoría iuspenal del “funcionario” de acuerdo con el patrón impuesto por el preexistente art. 119 CP); b)—El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido; c)—Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las *autoridades o funcionarios públicos*, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor. Si los hechos a que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profesional titulado, se impondrá, además, como accesoria la pena de inhabilitación especial. En cualquiera de los supuestos a que se refieren las propuestas anteriormente relacionadas, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades propias de la sociedad, empresa organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de *seis meses a seis años*.

En combinación con tan importantes novedades relativas a la perseguibilidad *penal* de las actividades mercantiles coligables a la juridificada noción de “tráfico de influencias”, continuará siendo necesario —si de verdad se pretende cerrar el círculo global de la fenomenología de la desviación de poder del cargo público— coenvolver en la reforma del Derecho hoy vigente al menos en los siguientes planos adyacentes: a)—Nueva redacción de los arts. 155.4 y 180.2 y nuevos arts. 157, 160 y 213 de la LO de Régimen Electoral General, LO 5/85, de 19 de junio, tendentes a reasegurar las situaciones subjetivas y las compatibilidades de los parlamentarios en las distintas instancias de la representación; b) —Introducción de paralelas modificaciones en la redacción de la Ley 25/83, de 26 de diciembre, de *Incompatibilidades de los Altos Cargos*; c) —Modificaciones complementarias de la legislación vigente, afectando a los arts. 81, 99, 100, 102, 103 y 105 de la Ley 24/88, de 28 de julio, del *Mercado de Valores*; LO 2/82, de 12 de mayo, del *Tribunal de Cuentas* (ampliando sus competencias fiscalizadoras); y *Ley de Contratos del Estado* de 8 de abril de 1965, modificada por Ley de 17 de marzo de 1973.

VI. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO A LA REGULACIÓN DEL LLAMADO “TRÁFICO DE INFLUENCIAS”, ASÍ COMO DEL “MANEJO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA”

Desde una perspectiva de *realismo sociológico*, el análisis de la posible eficacia de las iniciativas reguladoras hasta ahora contempladas puede desenvolverse en términos bien diferentes a los aconsejables desde la perspectiva estrictamente *política* o *político-legislativa*⁽¹⁹⁾. Puede parecer difícil, o excesivamente costoso, obviar la oportunidad política del “carro del mayor rigor”, una vez experimentada, en toda su virulencia, la relevancia social, de cara a la opinión pública, de las *cuestiones de fondo*. Ello no nos impide cuestionarnos la viabilidad de soluciones normativas tendentes a recrudecer, desde la pura abstracción de nuevos tipos penales, la hipotética sanción de las prácticas de abuso o desviación de poder en presunto beneficio de intereses disociados del “interés general”.

No puede desconocerse que, cuando no nos encontramos frontalmente con ejemplos de traslación a un debate abierto ante la opinión pública sobre decisiones políticas que, por su naturaleza, conllevan un componente discrecional inobviable, en gran parte de estos casos en que nos enfrentamos a la posibilidad de fiscalizar algún tipo de actuaciones “desviadas” o abusivas respecto de los intereses considerados generales, nos movemos en los predios de lo que la ciencia penal —y muy particularmente la criminología— viene denominando “*delitos de cuello blanco*”, y cuyos caracteres vale la pena apuntar en apretada síntesis:⁽²⁰⁾.

a) Comisión de los mismos con ocasión o a propósito de la dedicación a la actividad política, a la actividad industrial, comercial o empresarial, o a

(19) Cfr. J. Nye: “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”, *American Pol. Sc. Review* n.º 61, 1967, pp. 419 ss.

(20) La terminología alusiva a los “delitos de cuello blanco” es, como su literatura, esencialmente anglosajona. La locución, en concreto, fue acuñada por E.H. Sutherland en su célebre trabajo *White Collar Crime*, Dryden Press, NY, 1949. Posteriormente ha pasado a ser un *locus* obligado de la preocupación criminológica contemporánea, aun cuando —como es sabido— sólo muy recientemente (— a raíz del ciclo “tipificador” de los delitos fiscales, económicos y ambientales—), haya pasado a formar parte del ámbito objetivo de la ciencia penal española. Otros clásicos en la doctrina americana son los de S. Shapiro: “A Background Paper on White Collar Crime”, Yale Univ. Press, NJ, 1976; y, en general, D. Thompson: “White Collar Crime: a Bibliography”, en Univ. Calif, *IGS*, 1967.

varias de ellas de consuno (*i.e.*: actividades cuyo espectro sociológico de “actores” se reduce al del poder político o financiero, sujetos, en definitiva, provistos de un poder de decisión sobre inusualmente importantes volúmenes de capital o de recursos financieros)⁽²¹⁾.

b) actos merecedores de generalizada reprobación social, pero caracterizados por una difícilísima o prácticamente inviable persecución por la Justicia. Y ello en atención, al menos, a los siguientes factores:

- b.1) Nos hallamos, para empezar, ante actividades que, muy a pesar de su eventual tipificación como delitos perseguibles de oficio, disfrutan, por su propia naturaleza y por el carácter del entorno y ambiente social en que se desenvuelven, de enormes probabilidades de permanecer en la más absoluta opacidad e impermeabilidad. Prueba de ello lo es el que, habiendo existido “siempre”, por su esencial conexión con la raíz nodular del modo de producción de la economía de mercado, sólo muy recientemente, y en estrecha relación con una concreta evolución de los mecanismos de extensión y de profundización del sistema democrático, pluralista y participativo, en lo que hace referencia a sus resortes de control sobre los poderes públicos en cuanto representativos y, en consecuencia, gestores del interés general, *sólo muy recientemente*, decimos, *ha emergido la polémica en torno al delito económico y en torno al delito fiscal como problemas relevantes de cara a la opinión pública y, congruentemente, con cierta proyección política* ⁽²²⁾.

No es un secreto para nadie que sólo determinados actos o actividades de las hoy consideradas como atentados contra bienes jurídicos de primer orden (e inscritas, en consecuencia, en la categoría tasada de los *ilícitos* penales contemplados por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno), sólo *algunos de estos* actos, por sus modalidades fácticas de comisión (—y por la procedencia social de quienes los perpetran, fácilmente identificables—), *adquieren una relevancia externa o apariencial notablemente* acusada (un tirón en plena calle, un robo con fuerza en las cosas...). Mientras, por el contrario, ciertas actividades

(21) J. Coffee: “Beyond the Shut-Eyed Sentry: Toward a Theoretical View of Corporate Misconduct and an Effective Legal Response”, *Virginia Law Review* n.º 63, 1977. pp. 1.099 y ss.; ver también N.T. Wang: “Design of an International Code of Conduct for Transnational Corporations”, *Journal of International Law and Economics* n.º 10, 1975 (pp. 319 ss).

(22) Vid. *Business-Government Relations*, BUS 233, *Materials*, Fletcher School of Law, TUFTD, MASS, 1988.

que cuantitativamente tienen mayor entidad, pasan inadvertidas en lo que se refiere a su capacidad de conmover a la opinión pública o de generalizar la sensación de amenaza y de inseguridad (ej: una defraudación financiera a gran escala). Del mismo modo, es constatable la mayor capacidad de movilizar todo tipo de prejuicios culturales en su contra, por parte de cualquier “chorizo” o delincuente habitual contra la propiedad, respecto de la apariencia social de no peligrosidad y de respetabilidad por parte de los titulares de cuantiosos patrimonios, grandes cuentas e intereses económicos de escala, y/o de los gestores del tráfico comercial o financiero de los mismos⁽²³⁾.

- b.2) Estamos, en segundo término, ante actividades desenvueltas en áreas del conocimiento o de la práctica jurídica, económica y fiscal, cuyo elevado nivel de sofisticación técnica las hace muy especialmente difíciles de controlar, máxime cuando se trata de determinar el límite de la licitud de las mismas respecto de las fronteras de naturaleza penal, *permaneciendo, no obstante, altamente susceptibles de “manipulación” especializada en el arte de esquivar, prevenir o defraudar, bien ex ante, bien ex post, la finalidad de las leyes de control o represión de las desviaciones.*

No es necesario abundar en las alegadas deficiencias estructurales, materiales y funcionales, largamente padecidas por la Justicia Ordinaria, para alcanzar a entrever las dificultades que sus órganos pueden llegar a encarar a la hora de determinar la posible deducción de responsabilidades penales a partir de fenómenos tales como la llevanza de contabilidades múltiples, sutiles maquinaciones para forzar, alterar o falsear la cotización o el “precio de las cosas”, la defraudación de las normativas de control de la elaboración o composición de los productos, la declaración de los propios activos, la regularidad de las propias relaciones con la inspección fiscal, con las administraciones y con los poderes públicos, la evasión de capitales, las desviaciones de fondos lícitamente adquiridos para la financiación de actividades ilícitas, la reconducción de fondos ilícitamente adquiridos para la financiación de actividades lícitas, promovidas o alentadas por los poderes públicos (*—i.e., blanquear*

(23) Cfr. G.T. Mc Laughlin; “The Criminalization of Questionable Foreign Payments by Corporations: a Comparative Legal Systems Analysis”, *Fordham Law Review*. 46, 1978, pp. 1.071 ss. Ver también *Economist* (Intelligence Unit): “The Go-Betweens, Government Relations, otherwise Known as Lobbying”, *Multinational Business* n.º 3. 1972, pp. 15-29.

desgravando o *sponsorizando*—), o el patrocinio de formas de publicidad engañosa⁽²⁴⁾.

c) Estamos, en tercer, lugar, *ante el concreto aparato de la Administración española de Justicia*, en el aquí y ahora de nuestra capacidad para perseguir penalmente comportamientos del tipo de los anteriormente relacionados a modo de ejemplificación. Es evidente que, de un lado, la muy reciente emergencia en nuestro ordenamiento de la consideración de los delitos económicos, la escasa capacidad de nuestra Jurisdicción para controlar con éxito este ámbito delictual especializado, así como, de otro lado, la evidencia sociológica de la capacidad de respuesta y de movilización de resortes defensivos, jurídicos y económicos, por parte de los eventuales imputables de delitos circunscritos a ese ámbito, invitarían a albergar algunas dudas razonables acerca de los resultados prácticos esperables de la tipificación del tráfico de influencias y de la manipulación de información privilegiada, como tipos añadidos a los actualmente contemplados por el Título VII del Libro II del Código Penal en su redacción actualmente vigente.

* * *

Sin detrimento alguno de las reflexiones aquí expuestas, es evidente también que la totalidad de los tipos penales contemplados en éste y en otros Títulos de la Ley Penal vigente merecen una reconsideración en toda su profundidad, partiendo de lo que concierne a la terminología (así, en la represión de las consideradas “negociaciones prohibidas” de “agio, tráfico y granjería”, art. 404 CP), hasta alcanzar la mejor definición posible de los presupuestos *objetivos y subjetivos* (la condición de funcionario, cargo o autoridad pública) de los delitos reconducibles a la fenomenología del abuso o desviación de la propia competencia o ámbito de decisión por parte de quienes encarnan la gestión de los recursos o las políticas públicas, debiéndose, en consecuencia, a un exclusivo atenuamiento a la satisfacción de los intereses públicos y/o al interés general⁽²⁵⁾.

Ésa podrá ser la línea a sostener con ocasión de la elaboración integral y general de un nuevo Código Penal, sin perjuicio de la estimación, en términos

(24) Testimonios escalofriantes acerca de este tipo de prácticas pueden ser encontrados en W.M. Reisman: *Folded Lies: Bribery, Crusades and Reforms*, Mc. Millan Free Press, NY, 1979; así como en M & S Tolchin: *To The Victor; Political Patronage from the Clubhouse to the White House*, Col. Univ. Press. NY, 1975.

(25) Cfr. A. Kneier: *Serving Two Masters: A Common Cause Study on Conflicts of Interests in the Executive Branch*, C.C. Wash., 1976.

de oportunidad política, de las iniciativas parlamentarias concretadas en las Proposiciones de Ley, al objeto de dotar de una normación expresa, explícita e *inmediata*, a aquellos supuestos conexos, en forma más característica, a la fenomenología del “tráfico de influencias”⁽²⁶⁾.

(26) Cfr. los *Dictámenes* precitados *supra* en nota 1, y en especial los *estudios* de Derecho comparado (casos Francia, Italia, Gran Bretaña, RFA y EEUU) acerca de los efectos de tales segmentos normativos en sus respectivos ordenamientos.