

# NOTAS SOBRE EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

---

ENRIQUE CURY U.\*

## 1

El tráfico de influencias es una conducta que, en nuestro medio -y, probablemente, en los de la mayoría de los países iberoamericanos- no sólo ha contado con la tolerancia de la sociedad sino que, incluso, ha estado rodeado de un cierto halo de prestigio. «Tener influencia», «encontrarse próximo a las autoridades», estar en situación de «hablar con un amigo para facilitar un trámite» o «para conseguir una decisión favorable», son características personales que se aprecian y que acrecientan la influencia de sus portadores. Y eso es así hasta el presente.

Sin embargo, en este punto se ha producido una evolución. Desde luego, siempre coexistió con la admiración por el «influyente» un trasfondo crítico, que yace en el núcleo de ciertas opiniones indisimuladamente peyorativas, como la de que «aquí es imposible conseguir algo si no se tiene una *cuña*» o «la justicia es sólo para los amigos» y otras de la misma naturaleza. A medida que las relaciones sociales se han hecho más complejas, la educación más extendida, y el desarrollo económico más acelerado, esos criterios adversos han cobrado mayor significación y, actualmente, prevalecen sobre los halagadores: usar la influencia de que se dispone para asegurarse o asegurar ventajas a otros ha llegado a contemplarse como una forma de «corrupción» que debe ser drásticamente reprimida, lo cual equivale a decir, castigada con una pena. Lo cual, dicho sea de paso, no significa que la gente capaz de ejercitar tales influencias haya perdido su prestigio. Lo conserva, pero «a escondidas»; sin publicitarlo mucho pero sin tampoco silenciarlo por completo. Esta ambigüedad, que reproduce la anterior aunque vuelta del revés, no debe perderse de vista cuando se trata de perfeccionar una legislación eficiente.

Así, el tráfico de influencias ha pasado desde una situación de «adecuación social» a otra de «reprobación social» e, impulsados por tal proceso, se han diseñado nuevos tipos penales. La brevedad del tiempo de que disponemos, no permite hacerse cargo aquí de las distintas fórmulas de solución que ofrecen distintas legislaciones. Tan sólo me es posible detenerme algo en la consideración de las figuras incorporadas al Código Penal Español por Ley Orgánica 3/1991 de 22 de Marzo de 1991, y ello en consideración a que sus disposiciones han inspirado, manifiestamente, la iniciativa legislativa que hoy se encuentra pendiente en el Parlamento chileno.

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Profesor Titular de Derecho Penal y Secretario General de la P. Universidad Católica de Chile.

## 2

La normativa a que me he referido introdujo en el Código Penal peninsular los siguientes arts. 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c).

«Art. 404 bis a): El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad 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 valor del beneficio obtenido.»

«Art. 404 bis b): El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para un tercero, será castigado con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.»

«Art. 404 bis 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 refiere este artículo la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por el tiempo de seis meses a tres años.»

La literatura española especializada está más o menos de acuerdo en que en estas tres disposiciones deben reconocerse dos grupos de tipos penales bien diferenciados: por un lado, los de los arts. 404 bis a) y 404 bis b) y, por el otro, el del 404 bis c). Conviene, por eso, separar también el análisis de unos y otro.

## 3

El primer grupo de figuras, que se refieren a lo que podemos llamar «tráfico de influencias» en sentido estricto, ha dado origen a numerosas críticas, de las cuales aquí sólo me referiré a las más significativas y que, además, dicen alguna relación con la iniciativa legislativa que se discute en Chile.

a) En primer lugar, no resulta muy claro cuál es el bien jurídico protegido. De las opiniones existentes, la que parece más certera y cuenta con mayor número de adherentes piensa que se trata de la corrección en la Administración Pública. En tal caso, sin embargo, hay una serie de requisitos del tipo que son más bien ininteligibles y otros que, en cambio, parecieran haberse omitido, todo lo cual se destaca en los párrafos siguientes.

b) ¿Qué significa el verbo «prevalerse» empleado por los dos tipos de este grupo? Al parecer, implica una situación de superioridad del que influye sobre el influenciado el cual, hasta cierto punto, obra «presionado» -aunque no necesariamente coaccionado- por el «traficante». Si esto es así, ¿en qué situación queda el influido? ¿Es un partícipe en el hecho punible o, más bien, su posición se aproxima más a la de una víctima? En el análisis del proyecto chileno veremos que esta duda, destacada por los autores españoles, cobra especial importancia porque, no obstante haberse conservado los conceptos, no se ha tenido en cuenta las particularidades de sus posibles significados.

c) ¿Qué significación tiene la obtención del beneficio económico, a cuya concurrencia se atribuye tanta importancia? ¿Cómo deben juzgarse aquellos casos en los cuales obtenerlo es, después de todo, lo justo como, por ejemplo, si se ha influido para que quien obtenga la beca sea el más calificado o gane en la licitación la propuesta más conveniente? Pareciera que ésta constituye una descalificación de los beneficios económicos como tales y, lógicamente, uno se siente inclinado mejor a la construcción de un tipo en el que se desvalore la influencia ejercida para obtener resoluciones injustas o, incluso, sólo arbitrarias. Hay autores españoles para los cuales esto último se encuentra sobreentendido en el texto legal, pero la verdad es que no se lo ha expresado.

d) Consecuencia de lo anterior es que el hecho descrito pareciera exigir dos resultados sobrepuestos, como lo ha subrayado Francisco Muñoz Conde, pues se requiere «influir» y, además, «obtener el beneficio económico». Tal exigencia trae aparejadas una serie de dificultades probatorias y, además, la contrafacción del elemento subjetivo, como lo destaca correctamente Fabio Suárez Montes. Desde luego, y sólo para empezar, se suscita la cuestión de si el beneficio patrimonial es un auténtico resultado que, como tal, debe ser comprendido por el dolo del autor o una simple condición objetiva de punibilidad que no necesita de esa referencia subjetiva. En España, la opinión dominante es la primera, pero a la segunda adhiere, discrepando, Serrano, en sus adiciones a la Parte Especial de José María Rodríguez Devesa.

e) ¿Por qué se ha echado mano de una fórmula que limita la tipicidad a los casos en que el influido ha ejecutado una conducta activa, olvidando que existen hipótesis en las cuales la obtención del beneficio económico puede derivar de una omisión? Este es un problema que no se puede solucionar mediante la construcción de una hipótesis de «comisión por omisión», por lo mismo que no nos estamos refiriendo al comportamiento del autor sino al de aquél en quien dicha conducta incide.

f) La normativa comentada no se hace cargo para nada de la gravedad y significación de la resolución adoptada por el influido a instancia del autor. Es evidente que éstas pueden ser muy diferentes de uno a otro caso. Al no conferirles relevancia, las disposiciones en cuestión enfatizan aún más que lo desvalioso pareciera ser la obtención del beneficio económico y no la lesión a los intereses de una administración correcta.

g) Finalmente, dado que, en muchos casos, la conducta puede también subsumirse en otro u otros tipos vigentes, se han de producir complicados problemas concursales, cuya solución es, hasta el presente, muy dudosa.

## 4

Por lo que se refiere al tipo del art. 404 bis c), también se lo ha hecho objeto de objeciones muy fundadas y, probablemente, decisivas. Son las siguientes:

a) El bien jurídico protegido es aquí aún menos claro que en los casos a que se refieren los artículos precedentes. Debe tenerse presente que en el caso descrito por la ley está excluida la situación en que existe engaño, porque esa hipótesis debe subsumirse en el tipo correspondiente a nuestro art. 469 N° 5°, incluido entre las estafas, ya que éste tiene carácter especial. De acuerdo con la posición de Suárez Montes, que me parece razonable, la figura propende a la «tutela del prestigio y buen nombre de la Administración, que se ve afectado ya por la sola imagen de influenciabilidad de sus servidores». Pero si ésta es la opinión correcta, entonces el desvalor del acto es insignificante y no justifica la inclusión del hecho en la esfera del derecho penal. Sobre que esto último es efectivamente así existe actualmente acuerdo unánime en la doctrina peninsular.

b) ¿A qué se debe la curiosa referencia al profesional titulado en la cláusula agravatoria del inciso segundo? Posiblemente el legislador estaba pensando a los abogados que se entregan a esta actividad pero, como no lo precisó, la disposición conduce a resultados absurdos. ¿Por qué ha de quedar inhabilitado para el ejercicio de su profesión un médico, un arquitecto o un psicólogo que incurre en este delito? ¿Qué relación existe entre su actividad profesional y el comportamiento típico? Salta a la vista que la situación no tiene sentido.

c) Lo mismo que en el caso de los otros dos artículos, la superposición con otros tipos penales genera problemas concursales. En muchos casos, quedaría comprometido incluso el principio «non bis in idem», produciéndose resultados inadecuados.

## 5

En la iniciativa legislativa chilena a que me he venido refiriendo, se propone introducir al Código Penal las siguientes disposiciones:

«Art. 259 bis: El empleado público que, prevariándose de su cargo, influyere en personas naturales o jurídicas para conseguir, mediante una acción u omisión de éstas, un beneficio económico directo o indirecto para sí o para tercero, será castigado con las penas de presidio menor en su grado medio a máximo e inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio. Si el beneficio económico se obtuviere, el delito se sancionará además con multa del tanto al triplo del mismo. Si la persona influida fuere otro funcionario público, la pena privativa de libertad se elevará en un grado. El influido si llevare a cabo la acción u omisión, será sancionado con las penas del cómplice si fuere otro funcionario público y con las del encubridor (!) si fuere un particular.»

«Art. 259 bis A: El particular que prevariándose de cualquier situación de preeminencia en la sociedad, sea de carácter político, económico, gremial, sindical, o de otra naturaleza, o de sus relaciones de parentesco o amistad, influyere en un funcionario público para conseguir, mediante una acción u

omisión de éste, un beneficio económico directo o indirecto, para sí o para un tercero, sabiendo o debiendo saber que es indebido, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo a medio y multa del tanto al duplo del beneficio obtenido o pretendido.»

«Art. 259 bis B: El que ofreciendo hacer uso de influencias ante las autoridades o empleados públicos, solicite dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o acepte ofrecimiento o promesa, será sancionado con presidio menor en su grado medio a máximo y multa del tanto al duplo del beneficio económico recibido o pretendido.

«Si el responsable fuere profesional titulado se impondrá además la pena de inhabilitación especial temporal para la profesión en su grado mínimo a medio»

## 6

En el proyecto pueden distinguirse los mismos dos grupos de casos que se encuentran en la legislación española vigente. Sin embargo, como el art. 259 bis B reproduce textualmente el art. 404 bis c) del Código Penal peninsular, puedo eximirme de hacer su crítica por separado pues lo alcanzan las mismas que dirigimos a aquél. En síntesis, esta disposición tiende a crear un tipo penal que no se justifica, porque su disvalor de acto es muy reducido. Introducirlo en nuestra ley cuando en su país de origen es objeto de un repudio generalizado por la doctrina resulta, creo yo, absurdo.

Respecto a los otros dos preceptos, su redacción es distinta de la de la ley española y, en conjunto, más criticable aún que ella. Sin reiterar objeciones que resultan de la repetición de conceptos o giros inadecuados, merecen destacarse, en cambio, las siguientes:

a) En el proyecto chileno se pierde totalmente de vista el bien jurídico protegido puesto que, con arreglo al art. 259 bis, el influido puede ser también un particular y, el que sea funcionario, sólo constituye una causal de agravación de la pena. Además, ¿cómo puede ser que al funcionario se lo trate como cómplice cuando, posiblemente, habrá actuado contra su voluntad -en atención a la idea del prevalimiento- y, quizás, hasta contra sus intereses? Entretanto, que al particular se lo califique de encubridor no resiste el menor examen. Por supuesto, puede decirse que sólo se trata de asignarle la pena correspondiente a éste, pero eso constituye un procedimiento técnicamente inadecuado, sobre todo porque la sanción de los encubridores, en nuestra ley, varía de un caso a otro.

b) Nuevamente la obtención del beneficio económico queda puesto en el centro de gravedad del tipo. Más serio todavía, porque aparece como un elemento subjetivo del mismo, dando origen a un delito de resultado cortado y, si se realiza, provoca un endurecimiento de la pena. Además, en el art. 259 bis es patente que no se requiere que la conducta u omisión realizada sea indebida, pues eso sólo se exige expresamente en el 259 bis A y, por lo tanto, «a contrario sensu» debe entenderse que no se requiere en la disposición que no lo menciona. El disvalor del delito, por consiguiente, consiste en usar la influencia para obtener beneficios económicos, no en comportarse de manera contraria al deber.

c) Tampoco el proyecto se hace cargo de la importancia de la resolución y, sobre todo, de su significación social.

d) La única crítica que no puede hacerse al proyecto es que limite el comportamiento del influido a una conducta activa, pues alude expresamente a la omisión. Pero quizás tampoco debemos congratularnos de eso tratándose de una figura en la que el bien jurídicamente protegido está perfilado de manera tan imperfecta.

e) El art. 259 Bis B es mejor que su modelo español, por lo menos por la exigencia de que el autor conozca o deba conocer que su comportamiento está orientado a la obtención de un resultado indebido.

## 7

Para finalizar esta exposición, debe destacarse la opinión prácticamente unánime de la doctrina española relativa a la ineficacia práctica de los tipos contenidos en su legislación. Como lo enfatizan todos los autores que se ocupan del tema, se trata de una característica legislación simbólica, que sólo tiende a crear en la comunidad una imagen irreal de preocupación por el tema, pero rara vez se traduce en la adopción de medidas efectivas. Según la ya clásica expresión del Gatopardo, se intenta cambiarlo todo para que todo siga igual...