

# *Lobbying*, influencias y corrupción

## El art. 12 del Convenio del Consejo de Europa contra la Corrupción como modelo tipo para la criminalización del *lobbying* oculto \*

Fernando Vázquez-Portomeñe Seijas

Universidad de Santiago de Compostela

---

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO. *Lobbying*, influencias y corrupción. El art. 12 del Convenio del Consejo de Europa contra la Corrupción como modelo tipo para la criminalización del *lobbying* oculto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2022, núm. 24-03, pp. 1-21. <http://criminet.ugr.es/recpc/24/recpc24-03.pdf>

RESUMEN: No son pocas las voces que suscitan la cuestión de la criminalización de ciertas formas de *lobbying*, argumentando con relación a su identidad estructural y de bien jurídico con la venta de influencias y a sus consecuencias (negativas) en el terreno de la transparencia en la toma de decisiones públicas. Las páginas que siguen se dedican a explorar la posibilidad de extenderles el modelo de tipificación del tráfico contenido en el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, ratificado por España el 26 de enero de 2010. Los resultados de dicho análisis pueden servir como punto de partida para considerar y, en su caso, proponer una reforma del actual artículo 430 del Código penal español que permita su aplicación a aquellas actividades que, sustrayéndose a los controles democráticos, usan como medio de interferencia en algunas decisiones públicas la transmisión de información técnica o especializada.

PALABRAS CLAVE: *lobbies*, tráfico de influencias, corrupción, Consejo de Europa.

TITLE: **Lobbying, influences and corruption. Art. 12 of the Council of Europe Convention against corruption as a model for the criminalization of hidden lobbying**

ABSTRACT: Many opinions have been expressed with regard to the criminalization of certain forms of lobbying, using the arguments of their structural identity and of legal good with trading in influence and their consequences in the field of transparency in public decision-making. The pages that follow will examine the possibility of applying the trading in influence criminalization model contained in the Criminal Law Convention on Corruption of the Council of Europe, ratified by Spain on 26 January 2010. The results could serve as a starting point for taking into consideration and, in appropriate cases, proposing a reform of article 430 of the Criminal Code that permits its effective application to those lobbying activities that, escaping democratic controls, interfere with the public decision-making procedure.

KEYWORDS: lobbies, trading in influence, corruption, Council of Europe.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2021

Fecha de publicación en RECPC: 11 febrero 2022

Contacto: fernando.portomene@usc.es

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Lobbying, lobbying oculto y corrupción pública. 3. El modelo de criminalización del tráfico de influencias contenido en el art. 12 CCEC. 3.1. Bien jurídico. 3.2. Elementos típicos y estructura. 4. El lobbying oculto y su posible encaje en el tipo del art. 12 CCEC. 4.1. ¿Ofende el lobbying oculto el mismo bien jurídico que el tráfico de influencias? 4.2. ¿Concurren en el lobbying oculto los elementos característicos del tráfico de influencias? 4.2.1. La influencia y sus medios típicos. 4.2.2. La retribución. 5. Conclusiones generales e indicaciones para una reforma de la venta de influencias en el Código penal español. Bibliografía.*

---

\* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación “El lobismo en el ordenamiento jurídico español: aspectos de Derecho Constitucional y de Derecho penal” (2019-PN106), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación.

## 1. Introducción

Parece haber consenso, en los ámbitos del análisis económico del Derecho y de la ciencia política, en que algunos aspectos o manifestaciones del fenómeno conocido como *lobbying* deben examinarse sobre el mismo plano -de gravedad cuantitativa y cualitativa- que las formas tradicionales de corrupción pública, al dañar la democracia y la primacía del Derecho y causar graves perjuicios a la competitividad entre las empresas.

La hipotética relevancia jurídico-penal del *lobbying* es, sin embargo, una cuestión controvertida, por razones fácilmente entendibles y que tienen que ver, principalmente, con su deficiente regulación extrapenal, a nivel nacional e internacional (HARSTAD/SVENSSON, 2011, pp. 1 y ss.; BREZIS/CARIOLLE, 2014, pp. 1 y ss.; ELGUERO Y MERINO, 2018, pp. 303 y 304; AGUILAR JUNCOSA, 2021, pp. 129 y ss.), y, sobre todo, con su carácter poliédrico; y es que no debe perderse de vista, como punto de partida, que no todos los grupos de presión buscan influir en las decisiones públicas para obtener intereses meramente privados, particulares, situados al margen de los de la sociedad en general. Claro que es (perfectamente) posible que lo haga un *lobby* financiero, cercano a las autoridades gubernamentales, y que podría obtener grandes beneficios interfiriendo en las decisiones importantes en ámbitos como la libre competencia, la política comercial o la ordenación de los mercados; pero la realidad nos muestra que también existen, por ejemplo, grupos y colectivos, que, con medios limitados, intentan trasladar sus puntos de vista a los cargos y representantes político, con el objetivo de mejorar las condiciones de acceso a los servicios sociales de determinados grupos de población (NWABUZOR, 2005, pp. 121 y ss.; SLINGERLAND, 2010, p. 10; MARTINI, 2012, pp. 2 y 3)<sup>1</sup>.

En este artículo trataré de aportar una visión del modelo de intervención penal que podría convenirle mejor a ciertas formas de *lobbying* oculto u opaco<sup>2</sup>. La elección

<sup>1</sup> El *lobbying* se ha presentado, de hecho, como “una institución profundamente democrática”: vid. DÍEZ CANSECO NÚÑEZ (2002, p. 86).

<sup>2</sup> Lo esencial es, creo, lograr una mejor comprensión del fenómeno, abordando su estudio desde un punto de vista interdisciplinar, conociendo los resortes del sistema institucional en que se desarrollan los mercados

del tema se justifica, ante todo, en la necesidad de afrontar una de las cuestiones básicas de la actual política criminal en materia de corrupción pública: la relativa a la delimitación del trabajo técnico de los profesionales de las relaciones institucionales frente a la venta de influencias como forma de corrupción<sup>3</sup>. A pesar de lo que pudiera parecer, mi punto de referencia no será, sin embargo, la regulación del tráfico de influencias en el actual Código penal español, sino la que le destina el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa (en adelante CCEC)<sup>4</sup>, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999<sup>5</sup>.

El Consejo ha venido jugando un papel relevante en el debate acerca de la conveniencia de introducir una regulación de los lobbies y su actividad en la esfera internacional. En la Resolución 1908 (2010), sobre el “*Lobbying* en una sociedad democrática”, adoptada el 16 de abril de 2010, su Asamblea Parlamentaria ya había recomendado que el Comité de Ministros elaborara un código de buena conducta en la materia. Posteriormente, el 23 de junio de 2010, bajo el título “Actores extra-institucionales en el sistema democrático”, la Asamblea adoptó una nueva resolución, la 1744 (2010), en la que se aludía expresamente a esa doble faceta de la actividad de los lobbies -provechosa para el sistema democrático y capaz, al propio tiempo, de socavar los principios democráticos y la buena gobernanza- y se invitaba a la Comisión de Venecia a emprender un estudio que analizase, entre otros aspectos, su marco legal en los países miembros del propio Consejo y la conveniencia de emprender medidas adicionales a nivel nacional y europeo. Dicho informe, aprobado por la Comisión en su 94ª sesión plenaria, celebrada entre los días 8 y 9 de marzo de 2013, se reafirmó en la necesidad de que los actores implicados en la práctica del lobismo puedan conocer con claridad la diferencia entre el *lobbying* legal y la corrupción

del *lobbying* y sensibilizando a los agentes políticos, sociales y jurídicos sobre su capacidad para erosionar la imprescindible confianza de la ciudadanía en los procesos democráticos.

<sup>3</sup> Con todo, la exigencia de responsabilidades penales por tráfico de influencias no deja de ser un fenómeno *relativamente* nuevo en el ámbito nacional e internacional.

<sup>4</sup> Sobre las previsiones de la CCE en materia de tráfico de influencias pueden verse, entre otros, DE VEL / CSONKA (2002, pp. 364 y ss.); SALAZAR (2000, pp. 221 y ss.); HOLLÁN (2011, pp. 235 y ss.); BRATVOLD (2012, pp. 1 y ss.); VAZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS (2017, pp. 7 y ss.)

<sup>5</sup> El Convenio había sido adoptado el 4 de noviembre de 1998, entrando en vigor el 1 de julio de 2002 (para España el 1 de agosto de 2010), con arreglo a lo señalado en su art. 32.4, una vez logrado el número de catorce ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones o firmas sin reserva de ratificación, aceptación o aprobación. El Plenipotenciario de España lo firmó el 10 de mayo de 2005, aunque el instrumento de ratificación no sería depositado hasta el 28 de abril de 2010 (publicado en el BOE núm. 182, de 28 de julio de 2010). Está abierto para ser firmado por los estados miembros del Consejo de Europa y por otros seis no miembros, pero que participaron en su elaboración (Bielorrusia, Canadá, Santa Sede, Japón, México, Estados Unidos de América). También pueden recibir la invitación para ser parte en él terceros estados y la Unión Europea. Cuenta, además, con un protocolo adicional, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, ratificado por España el 17 de enero de 2011 y cuyo principal cometido es el de establecer la obligación para los Estados parte de castigar también la corrupción de árbitros -según su art. 1.1 “una persona que, en virtud de un acuerdo de arbitraje, esté llamada a dictar una decisión jurídicamente obligatoria en un litigio que le haya sido sometido por las partes en dicho acuerdo”- y jurados -en los términos de su art. 1.3 “una persona que, actuando como miembro no profesional de un órgano colegiado, se encarga de pronunciarse en el ámbito de un procedimiento penal acerca de la culpabilidad de un acusado”-, tanto nacionales como extranjeros.

ilegal, al tiempo que suscitó la cuestión de las responsabilidades penales en que podrían incurrir los grupos de interés que recurran a dichas prácticas transgrediendo las normas sobre transparencia en la formulación de las políticas públicas.

Por su parte, el CCEC constituye el primer instrumento europeo jurídicamente vinculante relativo a la lucha contra la corrupción, imponiendo la tipificación como delito, en los Estados parte, de sus manifestaciones más frecuentes, revistan o no elementos de internacionalidad<sup>6</sup>. Precisamente la inclusión del tráfico de influencias entre ellas propició un intenso debate técnico-jurídico, llegando algunos Estados (Dinamarca, Holanda y Eslovenia) a reservarse el derecho de no tipificarlo, entre otras razones, para salvaguardar la libertad de expresión y preservar una práctica habitual y legítima de las organizaciones y empresas en democracia: la de contratar a otras empresas para que representen sus intereses y puntos de vista ante las autoridades y órganos públicos encargados de adoptar las principales decisiones de la política económica<sup>7</sup>. Los informes de evaluación de Holanda, Suecia y el Reino Unido recogieron también, expresamente, la idea de que ciertas formas de influencia (financiera o

<sup>6</sup> Otros pilares del Convenio son: -la fijación del alcance de la competencia de los Estados parte en relación con los delitos de corrupción (art. 17); -la adopción de medidas para asegurar que en los Estados existan personas y autoridades especializadas en la lucha contra la corrupción, que tengan la suficiente independencia y cuyo personal posea la formación adecuada y los recursos financieros necesarios para ejercer sus tareas (art. 20); -el establecimiento de medidas para asegurar que las autoridades públicas y los agentes públicos cooperen con las autoridades responsables de investigar y perseguir los delitos, suministrándoles información, por iniciativa propia, cuando tengan motivos razonables para creer que se ha cometido alguno de los delitos establecidos en el Convenio o dándoles toda la información necesaria cuando se les solicite (art. 21); -la cooperación entre las autoridades públicas nacionales y cualquier agente público con las autoridades encargadas de la investigación y persecución de los delitos (art. 21); -la protección apropiada y efectiva de los denunciantes, colaboradores de la justicia y testigos de los delitos establecidos en el Convenio (art. 22); -la adopción de medidas para hallar pruebas relativas a los delitos de corrupción y para confiscar los productos de la corrupción, sin que el secreto bancario constituya un obstáculo para ello (art. 23); -el establecimiento de medidas y mecanismos de cooperación internacional entre los Estados parte (arts. 25 y ss.), dirigidos a prevenir y perseguir los delitos de corrupción y consistentes, entre otras, en: a) la prestación de mutua asistencia entre los Estados contratantes, respondiendo a las solicitudes de las autoridades competentes para investigar y perseguir los delitos establecidos en el Convenio, no pudiendo invocarse el secreto bancario como razón para negar la cooperación (arts. 26.1 y 26.3); y -la inclusión de los delitos establecidos en él entre los que dan lugar a la extradición en los tratados existentes o que puedan establecerse en el futuro entre las Partes y, en defecto de tratado de extradición, la consideración del propio Convenio como una base jurídica para ella, cuando el derecho interno la condicione a la existencia de un tratado (arts. 19.1 y 27). La supervisión del Convenio corre a cargo del GRECO (art. 24). Las controversias entre las Partes se resolverán con arreglo a los principios de obligatoriedad de arreglo pacífico y de la libre elección de medios, indicándose como posibles vías la negociación o el sometimiento de la disputa al Comité Europeo sobre Problemas Criminales, a un tribunal arbitral o a la Corte Internacional de Justicia (art. 40.2).

<sup>7</sup> El convenio lista un conjunto de preceptos que podrían ser objeto de declaraciones o reservas en el momento de la firma o del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. En concreto, permite que los Estados se reserven el derecho a no establecer como delitos, en todo o en parte, las conductas constitutivas de: a) cohecho activo o pasivo de miembros de asambleas parlamentarias nacionales, extranjeras o internacionales y de los agentes de organizaciones internacionales; b) cohecho activo o pasivo en el sector privado; c) tráfico de influencias; y d) cohecho pasivo de agentes públicos o extranjeros (art. 37.1). Los Estados no pueden introducir más de cinco reservas, si bien las formuladas a propósito de los artículos 4, 6 y 10 se consideran como una sola (art. 37.3). La información relativa a las reservas hechas a la Convención puede verse en la página web del GRECO: [http://www.coe.int/es/web/conventions/fulllist//conventions/treaty/173/declarations?p\\_auth=AGmoewCl](http://www.coe.int/es/web/conventions/fulllist//conventions/treaty/173/declarations?p_auth=AGmoewCl)

no) sobre las decisiones de los funcionarios públicos o políticos pueden ser lícitas. Al examinar la estructura y la literalidad de su art. 12 -el destinado al tráfico de influencias- podrá determinarse qué prácticas de entre las asociadas al *lobbying* (y a la llamada influencia política institucionalizada) cabría subsumir en él y, lo que es más importante, extraer argumentos valiosos para impulsar un debate (técnico, sereno) sobre su incorporación al Código penal español.

Ese debate es, probablemente, más necesario que nunca, por las dificultades de los ciudadanos para acceder a información sobre quiénes practican el lobismo, a qué representantes públicos se dirigen y con qué objetivos, por una parte, y por la opacidad de las empresas con relación al cumplimiento de lo que podría llamarse “indicadores de lobby”, por otra (OBSERVATORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA, 2019, pp. 5 y 61). De ese contexto -de opacidad y falta de regulación- da cuenta el Informe sobre Prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales en España del Grupo de Estados contra la Corrupción, aprobado el 21 de junio de 2019, que sólo considera “parcialmente cumplida” la recomendación de aprobar “normas sobre cómo los miembros del Parlamento se relacionan con los representantes de los grupos de interés y otros terceros que tratan de influir en el proceso legislativo”, concluyendo que “el lobby sigue estando en el centro del trabajo legislativo parlamentario, pero sin producir resultados concretos” (GRECO, 2019, p. 5).

## **2. Lobbying, lobbying oculto y corrupción pública**

Las democracias liberales son estados cooperativos, cuyas instituciones y estructuras políticas se fundamentan en su interacción con la sociedad civil (SLINGERLAND, 2010, p. 2; GAUDEMET, 2020, p. 51). Al garantizar la coexistencia de intereses plurales (homogéneos o heterogéneos), el Estado social y democrático de Derecho fomenta la participación de diversos agentes sociales y económicos en los procesos de toma de decisiones, que devienen así extraordinariamente complejos (ROZSA, 2009, p. 462; DE SOUSA/COROADO/LANG, 2015, p. 21; JAKUBIAK, 2015, p. 163). Al fin y al cabo, en un sistema económico en el que costes o beneficios de la actividad de las empresas están condicionados por las decisiones que adoptan las instituciones públicas, lo razonable es permitir que aquellas tomen iniciativas dirigidas a maximizar los segundos y a reducir los primeros (KOLLMAR, 2012, p. 5; NAVARRO/ANDRÉS, 2016, pp. 193 y 194). Este es el contexto en que debe examinarse el *lobbying*, un fenómeno de rápido crecimiento, sujeto, desde hace ya años, a un proceso de profesionalización y que puede describirse en términos sencillos como un ejercicio estratégico de influencias sobre las políticas públicas para conseguir un marco jurídico o una decisión favorable a los

intereses de uno o varios grupos de interés, o de uno o varios individuos<sup>8</sup>. Su lógica es indisociable de los fundamentos del capitalismo económico: el poder económico del que gozan los grandes grupos financieros e industriales les permite tener acceso a los parlamentarios, asesores y funcionarios de alto rango, para surtirles de información que resultará, frecuentemente, determinante a la hora de elaborar o tramitar normas complicadas y/o de tomar decisiones políticas de perfil muy técnico (KUBBE, 2017, p. 263).

Esas prácticas y dinámicas de relación con el poder representarán por lo general un fenómeno legal, plenamente ajustado a derecho, y del que cabe esperar, además, una elevada tasa de éxito: muchas normas o decisiones de carácter técnico no son fáciles de modificar (CAMPOS/GIOVANONNI, 2007, pp. 3 y 4). Los principales escenarios del *lobbying* son, por ello, los poderes públicos a los que la Constitución les reconoce iniciativa y capacidad normativa: el Parlamento y el Ejecutivo<sup>9</sup>, y el principal de sus métodos el suministro de información técnica, si bien los lobistas pueden recurrir a otros, como la organización de reuniones, debates o, incluso, protestas (JAKUBIAK, 2015, pp. 154 y 156).

La definición de la clase de relación que existe entre el *lobbying* oculto, el que tiene el objetivo de conseguir actuaciones o decisiones de carácter ilegal, y la corrupción es objeto de discusión entre los teóricos de la economía de la corrupción (CAMPOS / GIOVANNONI, 2007, pp. 3 y 4; CAMPOS / GIOVANNONI, 2017, pp. 19 y 20; KUBBE, 2017, p. 264). Para algunos autores, en línea con lo que acaba de explicarse, el éxito del primero hace redundante la segunda: conseguida la norma o la decisión política que interesa o beneficia, ya no será preciso corromper a los funcionarios encargados de aplicarlas. Otros los consideran, en cambio, complementarios y ven en el *lobbying* un instrumento dirigido a facilitar la corrupción. Aunque

<sup>8</sup> Sobre los distintos conceptos de *lobbying* en ámbitos como la ciencia política, el Derecho, la teoría de las organizaciones sociales o las relaciones institucionales véanse, entre otros, BEGOVIC (2005, p. 5); VILLORIA MENDIETA/REVUELTA/JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2015, p. 4); DE SOUSA/COROADO/LANG (2015, pp. 8 y ss.)

<sup>9</sup> A modo de ejemplo de la influencia ejercida por los lobistas o por las empresas que los contratan puede aludirse al caso energético. El informe del capítulo español de Transparencia Internacional, publicado en 2015, abunda en la idiosincrasia de un fenómeno socialmente aceptado, desarrollado al calor de sistemas caracterizados por la opacidad en la toma de decisiones y que precipita el riesgo de “la falta de consideración igualitaria de los intereses de todas las partes interesadas en los procesos de desarrollo normativo”. Recoge diez casos, de los que tres están íntegramente dedicados al sector energético (uno a la influencia de las empresas de energía, otro al cierre de la central nuclear de Santa María de Garoña y el tercero a las puestas giratorias). El ritmo regulatorio impuesto por Bruselas en los procesos de liberalización, explican sus autores, llevó a España a aprobar una verdadera maraña regulatoria. Ese es el contexto en que el sector decidió contratar a ex altos cargos de la Administración como interlocutores con las altas esferas de decisión política, con la idea de facilitar sus relaciones y lograr un marco jurídico estable. El éxito de la estrategia (plasmado, entre otras, en la decisión de recortar las retribuciones de las renovables) se explica por la ausencia de una regulación legal de la práctica del cabildeo, que “ha podido provocar que se regule en ocasiones escuchando más a unos -sector eléctrico tradicional, consumidores industriales de electricidad-, que a otros, llegando incluso a establecerse medidas en contraposición con las Directivas Europeas de energías renovables y eficiencia energética”. Vid. VILLORIA MENDIETA (2015, pp. 26 y ss.)

el tema excede con mucho de su objeto y límites, no quiero dejar de apuntar que, en realidad, desde la perspectiva en que se sitúa este trabajo (la de intentar acotar la relevancia jurídico-penal del fenómeno del lobismo), la cuestión no reviste excesiva trascendencia. Lo determinante será si las conductas relacionadas con ese *lobbying* oculto lesionan o ponen en peligro el bien jurídico protegido por la venta de influencias y poseen una estructura que se corresponde con las que pueden darle vida en el Código penal, al concurrir en ellas todos los elementos y medios típicos necesarios.

### **3. El modelo de criminalización del tráfico de influencias contenido en el art. 12 CCEC**

Algunos de los elementos típicos que definen el delito de venta de influencias en el Código penal español impiden su aplicación a los casos de *lobbying* oculto, en particular la identificación del objeto de la venta con la obtención de una resolución beneficiosa y el recurso al prevalimiento como requisito que delimita la influencia atípica de la penalmente relevante (VELA MOURIZ, 2021, p. 2). La decisión político-criminal de atribuirle a la conducta típica del art. 430 una naturaleza tan singular, y de ponerla en relación con un objeto tan específico, no debe achacarse, en cualquier caso, a ninguna imposición del CCEC, sino a una elección del legislador nacional. Aunque aquel hace depender sus previsiones de las leyes nacionales y de los sistemas jurídicos de las partes, por medio de la técnica de tipificación seleccionada para el delito de que se trate, es evidente que la elegida para el actual 430 es muy distinta de la que caracteriza a su *homónimo* en el CCEC: el art. 12. El Reino de España, que no reservó (en el momento de la firma o del depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión) su derecho a no tipificar el tráfico de influencias, podría haber afrontado de otra manera (=recurriendo a otra descripción legal) el cumplimiento de las obligaciones de criminalización que dimanaban de él. Si tras examinar el tenor literal del art. 12, e interpretar y valorar el significado de sus términos, se concluye que abarca modalidades de *lobbying* que carecen de cualquier encaje en el Código penal español, debería abrirse, cuando menos, un proceso de reflexión sobre su grado de cumplimiento con los compromisos sentados por uno de los principales convenios internacionales en la materia.

#### **3.1. Bien jurídico**

Del párrafo 64 del Informe Explicativo de la CCEC (en adelante Informe Explicativo) se desprende que el tráfico de influencias viene considerado como una figura próxima al cohecho, cuya tipificación sirve para evitar actuaciones que contribuyen “a la atmósfera de la corrupción” protagonizadas por quienes, al situarse en los alrededores del poder, intentan servirse de su cercanía a los funcionarios (nacionales o internacionales), a los miembros de los parlamentos (nacionales e internacionales) o

a los partidos políticos para incrementar su patrimonio o conseguir beneficios o privilegios (FLORE, 1999, pp. 66 y 67). Aunque por sí mismo no supone una quiebra de la relación de confianza que une al funcionario y a la Administración Pública de la que depende, parece atentar, pues, al mismo bien jurídico que el cohecho, cifrado por el propio Informe Explicativo en la confianza “depositada por los ciudadanos en la equidad de la Administración Pública”.

Que esto sea así, y que el ofrecimiento del ejercicio de influencias ponga en peligro la confianza en la equidad de la Administración del mismo modo en que lo hace la apariencia de venalidad de los funcionarios que solicitan dádivas o presentes, sería consecuencia, en cualquier caso, de una redacción legal, que ni requiere que el sujeto activo haya influido en el proceso de toma de decisiones de la autoridad o funcionario, ni siquiera que sea capaz de hacerlo. El recurso a esa técnica de tipificación ha sido contestado por un sector de la literatura que entiende que acotar el radio de acción del delito a las conductas que se dirigen a un ejercicio efectivo de influencias redundaría en una mejor observancia de los principios penales y haría entrar en juego a un bien jurídico distinto, asociado a la salvaguarda de los procesos de toma de decisiones públicas (STESSENS, 2001, pp. 907 y 908).

En mi opinión, si el hecho de alardear de las influencias que se poseen -o se dicen poseer-, para obtener alguna clase de beneficios, erosiona la imagen o el prestigio de la Administración, también lo hace cualquier comportamiento irregular (delictivo o no) que implique a un cargo público (o a los ciudadanos en sus relaciones con él). Si lo que se pretende evitar con la criminalización del tráfico es la desconfianza de la ciudadanía hacia la cosa pública, antes que el propio Derecho penal deberían emplearse, por lo tanto, otros instrumentos jurídicos (y no jurídicos) más eficientes y mucho menos lesivos, so pena de dar al traste con los principios de subsidiariedad y efectividad<sup>10</sup>. Para identificar su bien jurídico es imprescindible, pues, tomar como referencia el estatuto constitucional de la Administración Pública y la doble exigencia de que las decisiones de las autoridades públicas cuenten con una justificación racional y de que se proscriban las que resultan ser una mera expresión de la voluntad o del capricho de quienes las adoptan<sup>11</sup>. El castigo de la venta de influencias se fundamenta, así, en la necesidad de proteger anticipadamente los mecanismos de acción del poder público, como instrumentos de protección, efectividad y garantía de los bienes jurídicos individuales de los administrados (OCTAVIO DE TOLEDO Y

<sup>10</sup> Ello sin contar con que, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, ningún delito podría justificarse por la necesidad de preservar “valores” que responden a concepciones ideológicas y políticas desfasadas, que traslucen una concepción de la Administración como fin en sí misma, y no como organización al servicio de la ciudadanía.

<sup>11</sup> Vid. CUGAT MAURI (1997, p. 111), explicando que en el caso de los órganos elegidos políticamente para que la influencia política no vulnere la imparcialidad debe otorgarse representación a las distintas posiciones políticas, por lo que, “excepcionalmente”, en relación con las decisiones que adopten, el bien jurídico se referiría “más al resultado que al proceso de la toma de la decisión”.

UBIETO, 1998, p. 6)<sup>12</sup>. Presumir falsamente de tener capacidad de influir nunca podría situarse, en cambio, en una fase prodrómica con respecto a la corrupción, ni alinearse con los bienes jurídicos asociados al ejercicio de la función pública<sup>13</sup>.

### 3.2. *Elementos típicos y estructura*

El art. 12 CCEC presenta el tráfico de influencias como “el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida en concepto de remuneración a cualquiera que afirme o confirme ser capaz de ejercer influencia sobre las decisiones de cualquiera de las personas a que se refieren los artículos 2, 4 a 6 y 9 a 11, independientemente de que la ventaja indebida sea para sí mismo o para cualquier otro”, así como el de “solicitar, recibir o aceptar la oferta o promesa de la misma en concepto de remuneración por dicha influencia, independientemente de que se ejerza o no esa influencia o de que la influencia supuesta produzca o no el resultado perseguido”. Aunque dichos términos no forman parte de ella<sup>14</sup>, la descripción legal del delito se asienta, pues, al igual que la del cohecho, sobre la distinción entre una conducta activa y otra pasiva. La primera califica los casos en que se promete, da u ofrece una ventaja a alguien que afirma que es capaz de ejercer una influencia indebida sobre otra u otras personas<sup>15</sup>. La "pasiva", en cambio, define aquellos otros en que, afirmándose poseer esa capacidad de influir indebidamente, se solicita, recibe o acepta una ventaja a cambio de ponerla en práctica para beneficiar a quien la haya abonado o a un tercero. La CCEC obliga a las partes a sancionar ambas modalidades, si bien pueden hacer valer el derecho de reserva parcial al que ya se ha aludido para restringir el alcance de la incriminación de la modalidad pasiva.

A la vista de esta regulación, el delito puede caracterizarse a partir de cuatro grandes notas, objetivas y subjetivas.

La primera guarda relación con el dato de que, a diferencia de la figura clásica del cohecho, el tráfico de influencias se asienta sobre una relación triangular, protagonizada por un intermediario (el traficante), un segundo sujeto que retribuye los servicios del anterior y un tercero competente para tomar la decisión que está en el trasfondo de la venta. El intermediario -que actúa con ánimo de lucro e interviene en nombre del autor, estableciendo relaciones e interviniendo en las negociaciones con

<sup>12</sup> La opinión mayoritaria entiende que el delito del art. 430 del Código penal protege el mismo bien jurídico que los delitos de ejercicio de influencias de los arts. 428 y 429, por ser un acto preparatorio de ellos. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1997, p. 175); DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (2009, p. 12); ROMERO DE TEJADA (2010, p. 70); MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA (2016, p. 1416); STS 24 marzo 2006 (ECLI:ES:TS:2006:1963).

<sup>13</sup> Vid. BARQUÍN SANZ (2017, p. 110). No deben ahorrarse críticas, en ese sentido, a la regulación contenida en el art. 12 CCEC, que da cobertura a algunas conductas sólo provistas de lesividad desde el punto de vista de la estafa.

<sup>14</sup> Sí se emplean en los párrafos 65 y 66 del Informe Explicativo, así como en la literatura técnica relacionada con el art. 12: vid. STESENS (2001, p. 907).

<sup>15</sup> Vid. Párrafo 65 del Informe Explicativo.

el comprador- desempeña un papel particularmente relevante en el delito, debiendo corresponderle, normalmente, la calificación de cooperador necesario. De esta estructura, de arquitectura compleja, se derivan, a su vez, otros dos rasgos distintivos, relacionados con el precio. Así, mientras en el cohecho el precio (la "ventaja indebida") retribuye directamente el poder del funcionario o autoridad que lo solicita, recibe o acepta, en el tráfico guarda relación, esencialmente, con la capacidad de influencia que el intermediario tiene (o dice tener) sobre un funcionario o autoridad con poderes decisorios. Además, el funcionario que se vea realmente sometido a un ejercicio de influencia permanecerá al margen de la relación de intercambio económico que está en la base del delito, al no obtener ni pretender obtener ventaja o beneficio alguno ni del comprador ni del vendedor.

La segunda característica del delito es la exclusión del sector privado de su ámbito de aplicación. En concreto, según el precitado art. 12, los sujetos pasivos de la influencia tendrán que pertenecer necesariamente a alguna de las siguientes categorías jurídico-públicas: funcionarios públicos nacionales (incluidos los jueces), miembros de asambleas públicas nacionales, funcionarios públicos extranjeros (incluidos los jueces), miembros de asambleas públicas extranjeras, funcionarios de organizaciones internacionales (incluidos los jueces y los funcionarios de tribunales internacionales) y miembros de asambleas parlamentarias internacionales. No cubre, pues, los supuestos en que el traficante comercia con la influencia que posee sobre los ejecutivos de las organizaciones empresariales<sup>16</sup>. En este punto la CCEC se alinea con lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante CNUCC), adoptada el 31 de octubre de 2003, y acoge una posición más restrictiva que otros instrumentos internacionales (como la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, de 11 de Julio de 2003) que extienden la consideración de sujeto pasivo de la influencia a cualquiera que ejerza funciones en el sector público o privado.

En tercer lugar, por su especial configuración típica -como delito de mera actividad y con un elemento subjetivo del tipo-, la consumación del tráfico no se hace depender en absoluto de que las influencias conduzcan al resultado pretendido por el comprador. En realidad, ni siquiera es preciso que se produzca un ejercicio real de las mismas (un contacto real entre el traficante de influencia y el funcionario<sup>17</sup>), siendo suficiente con que el vendedor afirme poseerlas, aunque no sea cierto o no tenga ninguna intención de ponerlas en práctica. Ya se ha explicado que el que la influencia que se ofrece no sea real hace que se diluya su contenido ofensivo, alejando las conductas -excesivamente- de su teórico punto de impacto. Perviven serias dudas, por ello, acerca de si esa venta de influencias falsas es compatible con los

<sup>16</sup> A diferencia de lo que sucede con el cohecho. Véanse los arts. 7, 8 y 37 CCEC.

<sup>17</sup> El art. 1 CCEC remite a las partes contratantes la exacta definición del término "funcionario público", con el único límite de las categorías profesionales que deben servirle de base en el derecho nacional: "funcionario", "funcionario público", "alcalde", "ministro" o "juez".

requerimientos del principio de intervención mínima del Derecho penal (STESSENS, 2001, pp. 907 y 908).

Por último, las únicas actuaciones que pueden constituir el objeto del tráfico son las que suponen un ejercicio de influencias relacionado con un proceso de "toma de decisiones". No es posible apreciarlo, por tanto, cuando lo que se negocia y vende no es la capacidad (real o ficticia) de influir, sino meras sugerencias, recomendaciones o insinuaciones (aunque el autor tenga alguna relación personal o profesional con el funcionario o autoridad), ni cuando las influencias vayan orientadas a la adopción de otra clase de actos, actividades o actuaciones administrativas (jurídicas o técnicas) o judiciales<sup>18</sup>.

#### 4. El *lobbying* oculto y su posible encaje en el tipo del art. 12 CCEC

##### 4.1. *¿Ofende el lobbying oculto el mismo bien jurídico que el tráfico de influencias?*

El tenor literal del art. 12 CCEC parece indicar que el mero hecho de proponer, ofrecer u otorgar una remuneración a cualquiera que afirme o confirme ser capaz de ejercer influencia, o de solicitarla, recibirla o aceptarla a cambio de dicha influencia debería ser constitutivo de tráfico de influencias. La configuración del bien jurídico en los términos indicados en el apartado anterior, y la consiguiente interpretación teleológica del tipo, permiten concluir, sin embargo, que no basta la mera realización de dichas conductas para dar vida al delito. Contando con ello, debemos determinar ahora si entre los supuestos capaces de hacerlo se encuentran las formas de *lobbying* oculto que constituyen el objeto de este trabajo.

La respuesta pasa, probablemente, por determinar qué papel le correspondería a la finalidad perseguida por los grupos financieros e industriales que están detrás de los lobistas (la de conseguir un marco legal ventajoso para sus propios intereses) en la estructura del injusto. Reconocerle un rol preponderante se compadecería mal con la pretensión de subsumirlo en la descripción legal de un delito no vinculado a la protección de determinados elementos esenciales para el funcionamiento de la economía de mercado, sino a la tutela de las instituciones públicas y de sus criterios constitucionales de organización y funcionamiento.

<sup>18</sup> En su art. 18 la CNUCC se limita a contemplar, en cambio, la entrega o aceptación de ventajas para influir en una autoridad o funcionario y lograr de él, así, un beneficio para el propio instigador o para un tercero, propiciando, con ello, la tipicidad de las entregas para influir en la consecución de decisiones de difícil o imposible identificación o para pagar gestiones relacionadas con cualquier asunto que pueda interesarle al comprador en el futuro. Ese otro modelo de criminalización del tráfico contará con el respaldo de quienes ponen por delante su carácter sistémico e insisten en la necesidad de acudir a respuestas asimismo sistémicas, asociadas a la formación de mercados de influencias, cuyo único requerimiento probatorio debería ser la demostración de que se ha producido una entrega económica por razón de la posición de influencia ocupada por el sujeto (SLINGERLAND, 2010, pp. 9, 11 y 12). Al propio tiempo debe generar, sin embargo, numerosas dudas, centradas, entre otros aspectos, en su incompatibilidad con las funciones sistemática y selectiva del tipo penal.

En mi opinión, y aun admitiendo su proximidad a algunos de los delitos que protegen el régimen económico y jurídico de libre competencia en que llevan a cabo sus actividades los actores del comercio y de la industria<sup>19</sup>, el principal referente interpretativo del *lobbying* oculto no es, desde luego, el orden socioeconómico. Va de suyo que influir en el marco normativo de manera antidemocrática y de modo acorde a los intereses particulares de una empresa o grupo empresarial supone impedir que las relaciones del mercado fluyan fluida y libremente y puedan autorregularse a través de la oferta y la demanda. Atendiendo a los elementos que lo definen, su centro de gravedad no se sitúa, sin embargo, en la consecución ilegal de ventajas competitivas. Ese resultado -alcanzable recurriendo a muchos otros medios (delictivos y no delictivos)- ha de ponerse en relación con las características del medio comisivo sobre el que pivota el concepto mismo del lobismo: la capacidad de los agentes del mercado para influir en el poder público a través de actividades análogas al engrasamiento o al soborno de los cargos públicos (KOLLMAR, 2012, p. 5; DÍEZ CECILIA (2015, p. 41). Ese es el argumento definitivo para concluir que el desvalor de un hipotético delito de *lobbying* se fundamentaría, ante todo, en la necesidad de que todos los actores y grupos de interés tengan las mismas opciones y posibilidades de participación en las decisiones públicas (KOLLMAR, 2012, p. 5; NAVARRO/ANDRÉS, 2016, pp. 193 y 194), que es el presupuesto de la doble legitimidad (económica y democrática) de las actuaciones de los propios lobbies.

La capacidad corruptora de un lobista comisionado para satisfacer intereses particulares no compatibles con el interés general permitiría alinear estos comportamientos con los que se integran en el ámbito de aplicación del tráfico de influencias y explicaría la atipicidad -al no comportar afectación alguna del bien jurídico institucional- de las iniciativas dirigidas a favorecer, también, intereses particulares, pero en el marco del derecho de participación democrática de los operadores económicos y sociales en los procesos de toma de decisiones públicas. So pena de caer en una visión simplificadora de la cuestión, el objeto de tutela debe ubicarse, por lo tanto, en torno al significado de lo público y al imperativo constitucional de prevenir interferencias en el sistema institucional de toma de decisiones dentro de las organizaciones públicas, como medio, a su vez, para garantizar el cumplimiento de los intereses que les son propios (SOMMERSGUTER-REICHMANN / WILD / STEPAN / REICHMANN / FRIED, 2018, p. 297; AGUILAR JUNCOSA, 2021, p.129).

Por lo demás, la transversalidad de estas prácticas, el hecho de que puedan impactar negativamente en la acción de todos los Poderes Públicos, obliga a aceptar que,

<sup>19</sup> Me refiero, en concreto, a los que dispensan protección a los secretos industriales: el espionaje industrial (art. 278), la violación de los deberes de reserva (art. 279), la violación de secretos sin intervenir en el descubrimiento (art. 280) y, por último, el abuso de información privilegiada en el mercado de valores (art. 281).

al igual que el tráfico de influencias, el *lobbying* oculto podría albergar otros bienes jurídicos más específicos, asimismo de naturaleza institucional, distintos de los que recibirían tutela directa a través del hipotético tipo genérico. Una cosa es aceptar que para dar respuesta penal al desvalor ínsito en los casos de corrupción administrativa, judicial o parlamentaria no sea necesario optar por modalidades delictivas y estructuras típicas diferenciadas, y otra muy distinta desconocer que las diversas funciones y actividades públicas implicadas en ellos responden a sus propios criterios de organización y funcionamiento y plantean distintas exigencias a los sujetos que pueden protagonizarlos (funcionarios, particulares o empresas que quieren velar por sus intereses en el marco de la economía de mercado). Si el objetivo de los lobistas fuese que, en relación con una determinada reforma legal, uno o varios parlamentarios, sin el debate o la reflexión ínsitos en los cargos institucionales, adoptasen y defendiesen los planteamientos que mejor convienen a un sector empresarial, estarían poniendo en jaque las competencias legislativas del propio Parlamento (KOLLMAR, 2012, p. 23), que debe considerar, en todas sus actuaciones, la pluralidad de opiniones e intereses existentes en el seno del Estado (GARCÍA, 2008, p. 132). En cambio, el intento por parte de una empresa productora de condicionar, por razones puramente comerciales, decisiones de las autoridades sanitarias relativas a la comercialización, uso o administración de una determinada vacuna contradiría abiertamente, sin duda, el principio constitucional de imparcialidad. Asumido eso, lo que resulta indudable es que en el trasfondo de todas estas actuaciones se sitúa siempre el Estado de Derecho como modelo de organización política en el que las decisiones públicas no pueden ser el resultado de los objetivos y preferencias de los grandes grupos económicos e industriales (CROUCH, 2011, pp. 12 y 13) y todas las áreas y ámbitos de la coexistencia social vienen sometidos a la ley<sup>20</sup>.

La criminalización de las formas de *lobbying* que estoy analizando podría justificarse perfectamente, por lo tanto, en las mismas razones materiales que subyacen a la de los delitos contra la Administración Pública: el peligro que supone que no se realicen al amparo del ordenamiento jurídico y en condiciones de igualdad y transparencia (VILLORIA MENDIETA/REVUELTA/JIMÉNEZ SÁNCHEZ, 2015, pp. 5 y 6). Para procurar una tutela reforzada de la libre competencia, en los casos en que una empresa hubiera recurrido al *lobbying* para aumentar su cuota de mercado, bastaría con acuñar una agravante específica relativa a la finalidad de la influencia (elemento contingente)<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Para CROUCH las sociedades modernas transitan hacia una postdemocracia, en la que la capacidad de influencia que corresponde a los representantes legítimos de la ciudadanía se transfiere a los poderes económicos. Vid. *Op. loc. cit.*

<sup>21</sup> Lo mismo podría hacerse en materia de cohecho.

## 4.2. ¿Concurren en el lobbying oculto los elementos característicos del tráfico de influencias?

### 4.2.1. La influencia y sus medios típicos

Al igual que otros instrumentos internacionales anti-corrupción, el CCEC proporciona una pauta interpretativa altamente utilizable, en principio, por los legisladores nacionales para delimitar el ámbito de lo punible en el tráfico de influencias: los *lobbies* sólo deberían acceder a él cuando al ejercer su influencia (= sus actividades de intermediación ante las autoridades y responsables políticos) persigan objetivos ilegítimos. De hecho, el sentido del término “impropia”, que en opinión de la literatura técnica sirve para calificar a la influencia en su art. 12, es justamente el de preservar la atipicidad de las formas autorizadas de cabildeo (STESSENS, 2001, p. 907; HOLLÁN, 2011, p. 239). A los únicos lobbies a los que el legislador internacional asigna un rol en el sistema de la corrupción pública serían, de esta forma, los que defienden intereses que entran en conflicto con los del resto de la sociedad (grupos de empresarios que buscan instaurar un monopolio limitando la competencia, grupos de presión cuyo único objetivo es contribuir al crecimiento económico de su sector de actividad o cuyas prácticas comerciales o económicas sólo benefician a un sector muy pequeño de la población y perjudican al resto...) (HARSTAD/SVENSSON, 2011, pp. 1 y ss).

Por otra parte, en el marco del art. 12 CCEC la influencia típica no viene asociada a ninguna clase concreta de relaciones o situaciones personales o profesionales. Ello permite afirmar la relevancia jurídico-penal de la que se deriva del desempeño de cargos públicos, de relaciones jerárquicas, de relaciones de amistad o parentesco o de cualesquiera otras situaciones personales o profesionales, entre las que cabrá incluir, con todas las consecuencias, la variedad de estrategias de transmisión o comunicación de una información o preferencia que utilizan los lobistas para presionar al responsable político con el que han tomado contacto, ya sea de forma pública e indirecta (por ejemplo, enviando correos electrónicos o cartas, organizando manifestaciones o financiando *think tanks*) o confidencial y directa (a través de contactos e interlocuciones personales) (JAKUBIAK, 2015, pp. 154 y 156).

La información en asuntos técnicos - un elemento (políticamente) valioso- es, en efecto, el principal medio de influencia utilizado por los lobistas (CAMPOS/GIOVANONNI, 2007, p. 1; ROZSA, 2009, p. 468; ROSALES, 2016, p. 349; NAVARRO/ANDRÉS, 2016, p. 193)<sup>22</sup>. Los responsables políticos precisan de ella, para formarse opinión, impulsar o desechar ciertas iniciativas o, simplemente, intervenir en discusiones ministeriales o parlamentarias (ROSALES, 2016, p. 367), y al proporcionársela, operando como verdaderos “marchantes”, se aseguran de que sus puntos de vista terminen en una propuesta o proyecto de ley y, más tarde, en una ley (CAMPOS/GIOVANONNI, 2007, p. 2).

<sup>22</sup> Sobre los otros medios utilizados por los lobistas vid. DE SOUSA / COROADO / LANG (2015, p. 14).

El hecho de que nada impida su inclusión en la cláusula abierta del art. 12 CCEC y su consideración, por consiguiente, como uno de los medios típicos del delito no impide reconocer que la instrumentalización de la solvencia o credibilidad empresarial o profesional para influir en los responsables políticos revelaría, probablemente, una mayor gravedad de la conducta. El lobista es un sujeto especialmente especializado, un profesional o una agencia o empresa privados o, incluso, alguien que ya desempeña determinadas funciones y/o puestos en la estructura del Estado o de la Administración, que recibe el encargo retribuido de influir en un miembro del Parlamento o en otros cargos públicos o políticos que forman parte de organismos o instancias públicas estatales, autonómicas o locales. A diferencia de lo que ocurre con otras modalidades de tráfico de influencias, la práctica del *lobbying* guarda relación, por lo tanto, con la actividad y experiencia profesional del vendedor y con los conocimientos y vínculos que adquirió en el sector en que presta o prestó sus servicios.

#### 4.2.2. La retribución

La conexión del *lobbying* oculto con el modelo normativo del tráfico de influencias descrito en la CCEC se basa también en el elemento del precio o la “ventaja” acordados con el vendedor. El empleo del término “ventaja” en el art 12 CCEC despeja cualquier duda sobre su referencia a una relación de intercambio de prestaciones (precio a cambio de influencia). Si bien presentará por regla general naturaleza económica (dinero, vacaciones, préstamos, comida y bebida, mejores perspectivas profesionales), a tenor del Informe Explicativo podría revestir también carácter no material, cubriendo un amplio abanico de incentivos (prometidos u ofrecidos) a los funcionarios o a los restantes sujetos aludidos por los tipos. A la hora de analizar su contenido y límites un sector doctrinal opta por acudir a los criterios definitorios de la dádiva en el cohecho<sup>23</sup>, a saber: 1) la clase y valor económico de la ventaja, por una parte; 2) la adecuación social de la entrega; y 3) su carácter “indebido”, entendiéndose por tal el hecho de que su entrega o recepción no cuenten con el respaldo de ninguna disposición normativa.

El precio -en esos mismos términos que acaban de indicarse- y el ánimo de lucro son, desde luego, elementos típicos del *lobbying* oculto. Es verdad que los parlamentarios o los otros cargos públicos que buscan o aceptan la interlocución de los lobistas pueden actuar movidos por finalidades de lo más variopinto, entre las que se incluye, además de la expectativa de ser contratados por el grupo económico al que representan aquellos, la aspiración a proyectarse políticamente o el interés en obtener y recopilar información valiosa y que les permita desempeñar sus cargos con profesionalidad y adoptar decisiones correctas. Lo que resulta innegable, sin embargo, es que

<sup>23</sup> Este sector de opinión subraya la similitud de las finalidades político-criminales y de las técnicas de tipificación empleadas en ambas figuras: vid. BRATVOLD (2012, pp. 3 y 4).

tanto los propios lobistas como las empresas que los contratan persiguen enriquecerse o, cuando menos, obtener una situación económicamente ventajosa, en el primer caso a cuenta del precio o retribución que cobrarán por sus servicios, y en el segundo a través de la modificación -o la no reforma- del marco normativo en que se desarrollan sus actividades económicas.

Dicho lo cual entiendo, sin embargo, que intentar darle concreción al elemento típico de la dádiva realizando una transposición lineal e indiscriminada de los criterios aceptados en sede de cohecho aboca a resultados incoherentes<sup>24</sup>. Me parece evidente que no sería posible acotar el ámbito de lo penalmente relevante, con la necesaria seguridad jurídica, a partir del dato de que la remuneración del lobista se mantenga o no dentro de los márgenes habituales del lucro profesional en un contexto social e histórico determinado, ni muchos menos del de que su entrega o recepción carezcan de respaldo legal (la percepción de honorarios siempre será consustancial al lobismo, porque es inherente al ejercicio de la profesión). De ello debe seguirse que lo verdaderamente determinante para poder afirmar la tipicidad de la ventaja, en el ámbito del *lobbying* oculto, es la finalidad pretendida con su entrega: retribuir el ejercicio de una influencia indebida.

## 5. Conclusiones generales e indicaciones para una reforma de la venta de influencias en el Código penal español

España debería afrontar ya el problema de la calificación jurídico-penal del *lobbying* oculto. En las páginas anteriores he intentado describir el modelo de criminalización de la figura llamada a darle cobertura (el tráfico de influencias) contenido en uno de los principales instrumentos jurídicos internacionales anticorrupción (la CCCE), en el entendido de que las indicaciones que proceden de él se convierten en auténticas guías maestras para los legisladores nacionales de las partes. Sin entrar a analizar sus pros y contras frente a otras técnicas de tutela y de intervención penal en el ámbito de los mercados de influencias, he concluido que el hecho de que su autor sea un profesional de las relaciones institucionales que hace valer sus contactos o redes de influencia en favor de un cliente no supone ningún inconveniente para subsumir esta clase de actuaciones en el tipo del art. 12 CCEC, que no circunscribe los modos y medios de influencia a aquellos que guardan relación con la amistad, las relaciones familiares o la jerarquía profesional<sup>25</sup>. El único obstáculo a la consideración del *lobbying* oculto como tráfico de influencias se deriva del dato de que el

<sup>24</sup> En el ámbito del cohecho el criterio de la adecuación social depara considerables problemas a la hora de distinguir entre las entregas socialmente inadecuadas y las pequeñas atenciones de bagatela o de reconocimiento social habitual, resultando indispensable complementarlo con referencias personales, profesionales y hasta geográficas. Cfr. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2011, pp. 161 y 162).

<sup>25</sup> El planteamiento más extendido, quizá, a la hora de contraponer el *lobbying* y la venta de influencias pone el punto de mira en los medios con que pretende obtenerse la influencia: no económicos, en el caso del primero, y económicos, en el de la segunda: vid. AIDT (2003, p. 491); SVENSSON (2005, pp. 19 y ss.);

CCEC condiciona la aplicación del tráfico de influencias pasivo a la afirmación o confirmación, por parte del vendedor, de su capacidad para ejercer influencia. De entre las medidas e iniciativas de que pueden servirse los lobistas para alcanzar sus objetivos las únicas que podrían revestir relevancia penal serían, en consecuencia, las dirigidas a ejercer una influencia directa (traslizando información, argumentos o puntos de vista) sobre los procesos de toma de decisiones. Las que se dirigen exclusivamente a crear un estado de opinión (por ejemplo, mediante la realización de campañas) o a movilizar a la sociedad para presionar, indirectamente, a los poderes públicos permanecerán, por el contrario, extramuros del tipo. Es el caso del *astroturfing*, una verdadera manipulación de la opinión pública, a la que se hace creer que una determinada idea o propuesta cuenta con el apoyo general de expertos independientes (JAKUBIAK, 2015, p. 156).

Los argumentos con que podría respaldarse la criminalización del *lobbying* oculto no son, por otra parte, distintos de los que justifican la del tráfico de influencias: el tratarse de un fenómeno con una considerable capacidad de propagación, que podría socavar gravemente la confianza en los procesos de toma de decisión del sector público y precisado de un régimen sancionador con capacidad para desplegar funciones de prevención general positiva (en términos de fortalecimiento de la confianza en las instituciones)<sup>26</sup>. A mayor abundamiento, de la mano del *lobbying* podrían conseguirse resultados incluso más estables a medio y largo plazo que los que cabe esperar de otras modalidades de venta de influencias, teniendo en cuenta la idoneidad técnica y profesional de los lobistas para el desarrollo de la tarea que les fue encomendada: obtener una decisión ventajosa para el grupo, sector o empresa implicados<sup>27</sup>.

Hacer descansar sobre todo lo anterior la propuesta de reformar el art. 430 del Código penal español supone, sin embargo, una cierta tergiversación de la discusión político-criminal de fondo; y es que el hecho de que ciertas formas de *lobbying* se sitúen -claramente en mi opinión- dentro del ámbito de aplicación del art. 12 CCEC no quita para que, además de salvaguardar principios que están en la base de nuestro sistema jurídico (como el de la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones públicas y en el propio proceso legislativo)<sup>28</sup>, la decisión de incriminar

TREISMAN (2007, pp. 211 y ss.); ROZSA (2009, p. 468). Ni los instrumentos internacionales ni el Código penal español requieren que el precio, en la venta, presente esa naturaleza.

<sup>26</sup> La relevancia de los lobbies en la economía de mercado puede justificar la extensión del tráfico de influencias a ese sector de actividad profesional.

<sup>27</sup> De ahí que, en contextos de crecimiento económico, y en el marco de los países desarrollados, a las compañías o empresas pueda parecerles más rentable “invertir” en lobbying. Vid. HARSTAD/SVENSSON, 2011, p. 2.

<sup>28</sup> Entre las normas que, en nuestro sistema constitucional, avalan las iniciativas de los grupos de presión para influir en las decisiones públicas Díez Cecilia menciona los siguientes artículos de la Carta Magna: 29 y 77 (derecho de petición); 105 (audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas); 20 y 22 (libertades de expresión y asociación, respectivamente); 23 (derecho de participación en los asuntos públicos); 9. 2 (obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que dificulten la libertad e igualdad reales y de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social); y 7 (transcendencia del diálogo social entre sindicatos y patronales), entre otros: vid. DÍEZ CECILIA, 2015, p. 28.

estas nuevas formas de corrupción deba superar los controles político-criminales que caracterizan al Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Con ese punto de partida, entiendo que lo coherente y aconsejable (desde un punto de vista político-criminal) sería plantearse extender la disciplina penal del tráfico al *lobbying* más pernicioso para el bien jurídico, el que se dirige a obtener o realizar ventajas competitivas o, en general, beneficios económicos directos o indirectos -por ejemplo, a través de una modificación del marco regulatorio o de las políticas de inversión pública en ciertos sectores comerciales o industriales claramente favorable a los intereses de un determinado grupo empresarial - que están en abierto conflicto con los intereses generales. En esos casos podría localizarse un gravísimo intento de instrumentalización del aparato estatal en beneficio de un fin distinto del del servicio al interés general<sup>29</sup>.

Concretar ulteriormente ese planteamiento pasa por contar con una regulación específica y sectorial de los grupos de presión que determine con claridad -más allá de lo que pueden hacer los mecanismos de autorregulación o los códigos de conducta o registros de cumplimiento voluntario- qué clase de actividades convalida o reconoce el ordenamiento jurídico y cuáles son las obligaciones de transparencia que les asisten<sup>30</sup>. El derecho comparado ofrece, sin embargo, modelos muy heterogéneos, que van desde las regulaciones estatutarias más o menos detalladas hasta los sistemas de autorregulación de la industria, pasando por el adoptado por la Unión Europea y que se basa en la información que se proporciona al público general sobre las relaciones entre los grupos de interés y el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, a fin de permitir el control externo, y en el establecimiento de un código ético aplicable a las personas contactadas por los grupos de presión y a ellos mismos<sup>31</sup>.

Otra cuestión que permanece abierta es la del si la respuesta penal debería abarcar tanto la modalidad pasiva como la activa, tal y como prevé el art. 12 CCEC con

<sup>29</sup> Como ya se ha indicado, la finalidad última de los grupos que están detrás de los lobistas es, normalmente, la de conseguir un marco legal ventajoso para sus propios intereses, aumentando su cuota de mercado o restringiendo, o incluso, eliminando la libre competencia. La literatura anglosajona habla de “murky lobbying” en alusión a aquellas actividades sociales ocultas o clandestinas (legales o ilegales) con las que no sólo se favorece intereses particulares, sino con las que se propagan valores negativos de una determinada organización: vid. JAKUBIAK, 2015, p. 160.

<sup>30</sup> El listado de actividades consideradas *lobbying* varía significativamente en los distintos sistemas legales que contienen una regulación al respecto: vid. JAKUBIAK, 2015, pp. 154 y 155, con referencias a la normativa norteamericana, británica y francesa.

<sup>31</sup> El 23 de junio de 2011 el Parlamento Europeo y la Comisión Europea firmaron el Acuerdo interinstitucional relativo al establecimiento de un Registro de transparencia común. Tras su revisión, el nuevo texto del Acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 2015. Con anterioridad la propia Comisión había elaborado un libro verde sobre la “Iniciativa Europea en favor de la Transparencia” y el Código de Conducta para representantes de Intereses. En general, las normas aprobadas por los países de la Unión Europea prevén mecanismos de carácter voluntario y con consecuencias sancionatorias mucho más suaves que las contempladas en Norteamérica: vid. DÍEZ CECILIA (2015, p. 22); MARTINI (2012, pp. 6 y 7); TANASE (2012, pp. 58 y ss.); KRSMANOVIC (2013, pp. 23 y ss.); GARCÍA (2008, pp. 111 y ss.; pp. 58 y ss.) Sobre los intentos fallidos de regulación de los grupos de interés y del *lobbying* en España pueden verse NAVARRO/ANDRÉS (2016, pp. 199 y 200); DÍEZ CECILIA (2015, pp. 24 y ss.)

relación al tráfico de influencias, o si sería más correcto circunscribirla a las formas pasivas de solicitar o aceptar la remuneración. Optar por esta última solución podría justificarse en las dudas que sigue suscitando la criminalización de estos comportamientos, y que aconsejarían restringirla al tráfico pasivo, más grave por incidir directamente en el bien jurídico protegido. Este planteamiento resultaría, además, coherente con el criterio del propio CCEC (y de la mayoría de los Códigos penales europeos) de permitir subsumir las formas activas de *lobbying* en el tipo del cohecho activo, que contempla la dación o promesa de una dádiva a un funcionario o a un tercero, incluyendo a quien comercia con sus influencias sobre él<sup>32</sup>.

Los resultados hasta aquí ganados sugieren que los objetivos de política criminal a que sirve la regulación de la venta de influencias en el Código penal español deberían ajustarse, en mucha mayor medida de lo que lo hace, a las exigencias del CCEC y contemplar la apertura del tipo a las actividades de los grupos de interés que interfieren de forma no democrática en los procesos de toma de decisiones públicas (en particular de las relacionadas con el establecimiento o la modificación del marco legal de determinadas actividades económicas o industriales). El modelo de criminalización aportado por el art. 12 CCEC representa una alternativa válida y eficaz para reforzar la protección del funcionamiento de las instituciones del Estado de Derecho frente a comportamientos que suponen un ataque frontal a los intereses colectivos de los ciudadanos. Mantener la regulación actual de la venta de influencias, restringiendo el acceso al tipo a los casos en que el vendedor mercadea con su posibilidad de prevalerse de las relaciones o situaciones que lo vinculan con la autoridad o funcionario encargado de dictar una resolución, sólo sirve para alimentar una anacrónica concepción autoritaria de los Poderes Públicos y del trabajo desarrollado por algunas autoridades y altos cargos en su seno.

## Bibliografía

- AGUILAR JUNCOSA, I. M. (2021). “Los riesgos de corrupción de los lobbies”, *Revista Española de la Transparencia*, nº 12, 2021, pp. 125 y ss.
- BARQUÍN SANZ, J. (2017). “Tráfico de influencias, corrupción política y razonable intervención penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 123, pp. 83 y ss.
- BEGOVIC, B. (2005). “Corruption, Lobbying and State Capture”, *CLDS Working Paper*, nº 0106, 2005, pp. 1 y ss.
- BRATVOLD, G. (2012). “Trading in influence. The Criminal Law Convention on Corruption Art. 12”, *International In-house Counsel Journal*, vol. 5, nº 19, pp. 1 y ss.
- BREZIS, E. S. / CARIOLLE, J. (2014). “The revolving door indicator: estimating the distortory power of the revolving door”, *U4 Brief*, nº 10, pp. 1 y ss.
- CAMPOS, N. F. / GIOVANONNI, F. (2007), “Lobbying, Corruption and Other Banes”, *Public Choice*, nº 131, pp. 1 y ss.

<sup>32</sup> Esta interpretación se deriva de la definición misma de soborno activo y, por lo tanto, no depende del hecho que el legislador se haya decidido a regular (o no) esa circunstancia en el marco del *lobbying* oculto.

- CAMPOS, N. F. / GIOVANONNI, F. (2017), “Political institutions, lobbying and corruption”, *Journal of Institutional Economics*, nº 13, pp. 1 y ss.
- CROUCH, C. (2011). *The Strange Non-Death of neoliberalism*. Cambridge: Polity Press.
- CUGAT MAURI, M. (1997). *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona: Cedecs.
- DE VEL, G. / CSONKA, P. (2002). “The Council of Europe Activities against Corruption”. En FJNAUT, C. / HUBERTS / L. (eds.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, La Haya, pp. 364 y ss.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Tráfico de influencias”. En ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, 1997, pp. 163 y ss.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2009). “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”, *Diario La Ley*, nº 7286, 2009.
- DÍEZ CANSECO NÚÑEZ, L. (2002). “Nadie le reza a un santo si no para pedirle favores. Reflexiones preliminares sobre el lobbying”, *Ius et Veritas*, nº 25, pp. 72 y ss.
- DÍEZ CECILIA, D. (2015). *Lobbying y análisis económico del Derecho: Metodología para el análisis de la influencia de intereses privados en las decisiones públicas y prevenir la corrupción*. Getafe: Universidad Carlos III.
- ELGUERO Y MERINO, J. M. (2018). *Lobby y grupos de presión: análisis regulatorio y estudio en el sector asegurador*. Madrid: Universidad Complutense.
- FLORE, D. (1999). *L'incrimination de la corruption: les nouveaux instruments internationaux : la nouvelle loi belge du 10 fevrier 1999*. Bruselas: La Charte.
- GAUDEMET, A. (2020). *For a European Law of Compliance*. Paris: Le Club des Juristes.
- GRECO (2019). *Cuarta ronda de evaluación. Prevención de la corrupción respecto de miembros de Parlamentos nacionales, jueces y fiscales*. Estrasburgo: Consejo de Europa.
- HARSTAD, B. / SVENSSON, J. (2011). “Bribes, lobbying and Development”, *American Political Science Review*, vol. 105, pp. 1 y ss.
- JAKUBIAK MORONCZUK, A. (2015). “Lobbying in a Democratic State of Law – between Meaning and Judgment”, *Persona y Derecho*, nº 72, pp. 149 y ss.
- KOLLMAR, L. (2012). *On the Threshold of Political Corruption: The Case against Lobbying in Germany*. Cape Town: University of the Western Cape.
- KRSMANOVIC, D. (2013). *A Guidebook in Lobbying*. Belgrado: Konrad Adenauer Stiftung.
- KUBBE, I. (2017). “Elites and Corruption in European Democracies”. En HARFST, P. / KUBBE, I. / POGUNKTE, T. (eds.), *Parties, Governments and Elites*, Wiesbaden, pp. 249 y ss.
- HOLLÁN, M. (2011). “Trading in Influence: Requirements of the Council of Europe Convention and the Hungarian Criminal Law”, *Acta Juridica Hungarica*, vol. 52, nº 3, pp. 235 y ss.
- MARTINI, M. (2012). “Influence of interest groups on policy-making”, *U4 Expert Answer*, nº 335, pp. 1 y ss.
- MORALES PRATS, F. / RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., (2016). “Artículo 430”. En QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Cizur Menor, pp. 1415 y ss.
- NAVARRO, J. / ANDRÉS, C. (2016). “Lobbying”, *Eunomía*, nº 10, pp. 191 y ss.
- NWABUZOR, A. (2005). “Corruption and Development: new initiatives in economic openness and strengthened rule of law”, *Journal of Business Ethics*, nº 59, 2005, pp. 121 y ss.

- OBSERVATORIO DE RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA (2019). *La responsabilidad social corporativa en las empresas del IBEX 35. Índice de buen gobierno*. Madrid: Observatorio de responsabilidad social corporativa.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. (1998). “Los delitos relativos al tráfico de influencias”, *La Ley*, nº 5, pp. 1 y ss.
- ROMERO DE TEJADA, J. M. (2010). “El delito de tráfico de influencias en el ámbito de la Administración local”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 24, 2010.
- ROSALES, C. M. (2016). “Lobby y poder público: una propuesta para la regulación del cabildeo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nº 266, pp. 347 y ss.
- ROZSA, P. (2009). *The Distinguishment of Lobby and Influence Peddling*. Pécs: Adam Antal, PhD tanulmányok.
- SALAZAR, L. (2000). “The Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption”. En ALVAZZI DEL FRATE, A: / PASQUA, G. (eds.), *Responding to the Challenges of Corruption*, Roma, pp. 221 y ss.
- SLINGERLAND, W. (2010). *Trading in influence: corruption revisited*. Toulouse: EGPA Study Group on Ethics and Integrity of Governance.
- SOMMERSGUTER-REICHMANN, M. / WILD, C. / STEPAN, A. / REICHMANN, G. / FRIED, A. (2018). “Individual and Institutional Corruption in European and US Healthcare: Overview and Link of Various Corruption Typologies”, *Applied Health Economics and Health Policy*, vol. 16, pp. 289 y ss.
- DE SOUSA, L. / COROADO, S. / LANG, B. (2015). *Lobbying regulation: beyond trading in influence*. Sussex: Conference Draft.
- STESSENS, G. (2001). “The International Fight against corruption. General report”, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 72, pp. 891 y ss.
- TANASE, I. (2012). “Lobbying regulation and ethics: current issues and future prospects”, *Journal of Media Research*, vol. 3, nº 14, pp. 57 y ss.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (2011). “Admisión de regalos y corrupción pública. Consideraciones políticocriminales sobre el llamado ‘cohecho de facilitación’ (art. 422 CP)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 6, pp. 151 y ss.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (2017). “Corrupción pública y globalización. Una mirada a la regulación del tráfico de influencias en los instrumentos internacionales anti-corrupción”, *Dereito*, vol. 26 pp. 1 y ss.
- VELA MOURIZ, A. (2021). “¿Qué hacen los lobbies, relaciones institucionales o tráfico de influencias?”, *Diario La Ley*, 28 de septiembre de 2021, pp. 1 y s.
- VILLORIA MENDIETA, M. / REVUELTA, A. / JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. (2015). *Transparencia y regulación del lobby en Europa y España*. Madrid: AECPA.
- VILLORIA MENDIETA, M. (dir.) (2015). *Una evaluación del lobby en España. Análisis y propuestas*. Madrid: Transparency International España.