



Abuso de información privilegiada de funcionario (delito de)

Pilar Otero González

Universidad Carlos III de Madrid

pilar.otero@uc3m.es

Resumen

El análisis de los distintos elementos a partir de los cuales se define el delito de abuso de información privilegiada de funcionario constituye el objeto de este trabajo. Dicho análisis se extiende a los bienes jurídicos protegidos –la integridad de la función y la protección del interés general-; al sujeto activo –el funcionario que accede lícitamente a la información privilegiada o al secreto-; a la acción típica –el uso del secreto o la información en el propio beneficio-; al objeto de la misma –el secreto y/o la información privilegiada-; y, por último, a su consumación –que se entenderá producida por el mero uso del secreto o de la información privilegiada con la intención de lograr algún beneficio económico. Finalmente, la autora repasa el contenido de la responsabilidad penal, prevista autónomamente, de los particulares que resulten beneficiados por dicha acción.

Palabras clave

Acceso a información privilegiada, secreto, deber de guardar reserva, cargo público, uso de información o secreto.

Abuse of privileged information of government employees (crime of)

Abstract

The analysis of the various elements from which it is defined the crime of abuse of privileged information of government employees constitutes the aim of this work. This analysis extends to juridical protected goods – the integrity of the function and the protection of the general interest-; to the active agent – the government employee who legally access to the privileged information or secret-; to the normal action – the use of the secret or the privileged information for personal benefit-; to the object itself – the secret and/or privileged information-; and, finally, to its termination – produced by the simple use of the secret or the privileged information with the intention of obtaining any economic benefit. Finally, the author examines the content of the penal responsibility, autonomously foreseen, of the particulars that were favored by this action.

Keywords

Access to privileged information, secret, duty of maintaining reservation, public office, use of information or secret.

1. Introducción. Ubicación y bien jurídico protegido

Es sobradamente sabido que el desempeño de una determinada función pública por parte de las autoridades y otros funcionarios públicos puede conllevar el conocimiento por éstos de determinadas informaciones a las que no tienen acceso la generalidad de las personas, encontrándose aquéllos en una situación de privilegio de la que podrían obtener importantes beneficios económicos haciendo uso del contenido de tales informaciones que conocen por razón de su cargo (Crespo, 1998: 1750). Obviamente, y en paralelo con el acceso a esta información, se encuentra el deber funcional de guardar reserva sobre la misma, absteniéndose de utilizarla en beneficio de intereses particulares propios o ajenos (Gómez Iniesta, 1997: 352).

Para atajar estas conductas y fruto de la Directiva Comunitaria 89/592, de 13 de noviembre, la LO 9/1991, de 22 de marzo, (B.O.E., de 27 de marzo), introdujo en el anterior Código penal el delito de uso indebido de información privilegiada de funcionario (hoy recogido en el art. 442 ubicado dentro del Capítulo IX del Título XIX, junto con otros delitos relacionados con el tráfico de influencias), protegiéndose a través del mismo la integridad de la función y la persecución del interés general, que puede perjudicarse por el abuso que se haga de la información que conoce el funcionario por razón de su cargo con la finalidad de obtener un lucro personal.

2. Sujeto activo

Se trata de un delito especial del que sólo pueden resultar autores quienes ostenten las cualidades personales exigidas en el tipo. Es necesario que se haya accedido lícitamente a esa información, esto es, la fuente del conocimiento de la información deriva de las funciones propias del cargo, que deben ser interpretadas de forma restrictiva (Paz, 1993: 141; Faraldo, 1995: 75), en el sentido de una competencia estricta e inherente a su función, sin que sea suficiente con que la condición funcional sea un elemento que simplemente facilite al sujeto el acceso al contenido de esa información o secreto (concepción amplia), como en ocasiones ha hecho la jurisprudencia -SAP, Barcelona, 8ª, de 31 de julio de 2002 (*JUR*, 2002\279660)-, a mi juicio erróneamente, aplicando el artículo 442 CP al funcionario público que aprovechando tal condición, accede a una información cuyo conocimiento no forma parte de sus funciones específicas ni está autorizado para conocerla, por lo que el acceso a la misma se realizaba de forma indebida. Ello no significa, sin embargo, la exclusión del ámbito típico de los supuestos en los que el acceso a la información o secreto se produzca de forma ocasional, aunque legalmente prevista, pues no por circunstancial dejará de ser inherente a su función.

La equiparación del *oficio* y del *cargo* como fuentes del conocimiento de la información privilegiada o del secreto por parte del sujeto resulta incorrecta, debiéndose suprimir la referencia al *oficio* que es fruto de un *lapsus* del legislador motivado por la precipitación en la creación del delito. En la tradición jurídico-penal, el "oficio" siempre se ha relacionado con la realización de actividades profesionales, reservándose el vocablo "cargo" para el desempeño de funciones públicas. Así sucede, por lo demás, en todos los delitos de funcionarios, a excepción del mentado artículo 442 CP y del artículo 417 CP (Otero, 1999: 222 ss.) equivalentes a los artículos 367 y 368 CP derogados, ambos fruto de la reforma de la LO 9/1991, de 22 de marzo.

3. Conducta típica

El término “uso”

El núcleo de la acción típica del delito consiste en hacer uso del secreto o de la información en el propio beneficio. Así, el verbo “usar” es sinónimo de “abusar”, de “aprovecharse” de la posición de privilegio o ventaja que le otorga al sujeto ese conocimiento (Paz, 1993: 141; Morillas y Portilla, 1994: 218-219; Orts, 1994: 232). Por ello, resultaría plausible la sustitución en el precepto del verbo *usar* (de contenido valorativo neutro), por el de *abusar* que presenta una connotación disvalorativa de “utilización ilícita”.

La interpretación del verbo “usar” exige plantearse si incluye o excluye la acepción “revelar”, es decir, si la *revelación* es o no una forma de *uso* a los efectos de este precepto.

Sobre esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 52/1993, de 18 de enero -RJ, 1997\6482-; 1335/2001, de 19 de julio -RJ, 2003\6472-; 1861/2000, de 4 de diciembre -RJ, 2000\10178-; 1599/1999, de 15 de noviembre -RJ 1999\8712-) y la doctrina dominante viene manteniendo que el uso típico del artículo 442 CP no incluye los supuestos de revelación (hacer partícipes de la información o del secreto a terceros no autorizados para su conocimiento), ni tampoco la mera transmisión a cambio de precio, debiendo acudir en estos casos al delito de revelación de secretos por funcionarios del artículo 417 CP y, si ha mediado precio, en concurso con el delito de cohecho pasivo propio del artículo 419 CP.

Esta interpretación implica una consecuencia evidente: limita ostensiblemente el ámbito fáctico de aplicación de la conducta tipificada en el artículo 442, porque en la mayoría de los casos el uso de un secreto o de una información con ánimo de obtener un beneficio conlleva la revelación. Por tanto, el término “uso” debe incluir conductas de revelación por dos motivos fundamentalmente: en primer lugar, porque el término “uso”, que no es más que hacer servir una cosa para algo, no excluye semánticamente conductas de revelación. En esta línea, es habitualmente frecuente que las conductas de uso de la información privilegiada se realicen mediante actos simultáneos de revelación a terceros para que estos realicen las operaciones materiales tendentes a la obtención del lucro económico pretendido por el funcionario público o la autoridad y, en tales casos, dada la mayor penalidad del artículo 442 CP sobre el artículo 417 CP, y su mayor especialidad, el primero deberá absorber al segundo –lo que inevitablemente supone admitir que mediante el artículo 442 CP se reprende, también, la revelación producida-, evitando así un posible concurso de infracciones que daría lugar a una penalidad excesiva, vulneradora además del principio *non bis in idem*. En segundo lugar, la exclusión de las conductas de revelación con ánimo de lucro del ámbito del artículo 442 CP, produciría consecuencias penológicas difícilmente admisibles, pues no se podría explicar por qué si el funcionario público o la autoridad realiza él directamente la operación o negocio incurre en mayor pena (artículo 442 CP –está “haciendo uso”-), que si, para dificultar su descubrimiento, se concierta con un tercero al que revela la información para que sea éste quien realice la operación o negocio (artículo 417 CP –está “revelando”-).

Comisión omisiva del delito

El análisis del término “uso” guarda relación, por otro lado, con la admisión o no de la comisión omisiva del delito. Si se admite, como creo adecuado, que “hace uso”, en sentido típico, quien se sirve, *se aprovecha*, *se vale* o *explota* una



información, debe resultar típica la conducta del funcionario público o de la autoridad que decide paralizar una operación que estaba en marcha o, simplemente, no iniciar la que había planificado realizar. En tal sentido, usar una información es tomar decisiones con base en ella; decisiones, que pueden tener un contenido material positivo (de hacer), o negativo (de no hacer), sin que las evidentes dificultades probatorias de estos últimos supuestos sea motivo suficiente para declararlas impunes. En otros términos, no debe confundirse la propia expresión “hacer uso” del secreto o de la información privilegiada, con el comportamiento posterior que resulte de ese uso (Castro y Otero, 2007: 78-81).

Objeto de la acción: el secreto y la información privilegiada

El “secreto” se caracteriza porque sólo es conocido por un círculo limitado de personas de manera oficial, por razón del ámbito competencial atribuido al cargo público desempeñado, sin que deba ser clasificado legalmente como tal, debiendo existir intención de mantenerlo en ese régimen de exclusividad respecto de su conocimiento por terceros que no podrían averiguarlo fácilmente por otras vías. Asimismo, debe concurrir un interés serio y objetivo para su no divulgación pública, motivado por la trascendencia patrimonial que podría derivarse de su uso. En consecuencia, el secreto del artículo 442, por su naturaleza, no posee necesariamente contenido patrimonial (STS 2361/2001, de 4 de diciembre -RJ 2002\817-), sino que la trascendencia patrimonial deriva de su uso abusivo.

La “información privilegiada”, segundo objeto material del uso típico, participa de algunas características del secreto, en tanto que sólo acceden a ella pocas personas por razón de su oficio o cargo público (Gómez Iniesta, 1997: 350) pudiendo obtenerse por la naturaleza concreta de la información un beneficio patrimonial derivado de su uso (Alonso, 2000: 266). Sin embargo, a diferencia de aquél, la información privilegiada se refiere a hechos o circunstancias que sí van a ser publicados, notificados o divulgados en un futuro, aunque todavía no lo sean en el momento en el que se abusa de la misma.

A partir de lo anterior, el propio artículo 442.II in fine CP, efectúa una interpretación auténtica de información privilegiada a los efectos de este delito, definiendo la misma como “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”. A pesar de la aparente limitación legal de la definición de la información privilegiada (“a los efectos de este artículo”), lo cierto es que, al ser ésta heredera del mismo concepto contenido en la Ley del mercado de Valores, la definición de la misma contemplada en el artículo 442.II in fine CP, suele considerarse válida para el resto de preceptos en los que el Código penal alude a la información privilegiada y, especialmente, en lo referente a la *información* de los artículos 417 y 418 CP. Sin embargo, entre ambas informaciones, existen algunas diferencias. Así, la expresión “no haya sido notificada...” empleada por el artículo 442 CP, a diferencia de la “no deban ser divulgados”, del artículo 417 CP, no precisa completarse con ninguna norma extrapenal por ser un concepto objetivo en sí mismo (o está, o no está publicada). Por otro lado, la información privilegiada del artículo 442 CP ha de ser idónea para reportar un beneficio económico al ser utilizada, mientras que la información *in genere* del artículo 417 CP no precisa de esta circunstancia. Sí pueden considerarse sinónimas (Martínez-Buján, 1999: 138; Oliva, 2002: 3; Jericó, 2002: 135) sin embargo, las informaciones “privilegiadas” del artículo 442 CP y las informaciones “reservadas” del artículo 285 CP. Y ello, no sólo

porque el concepto del artículo 442.II *in fine* CP, sea una reproducción del empleado en el Mercado de Valores, sino también porque la información es privilegiada, entre otras razones, por su acceso reservado, derivado de la posición de ventaja de los sujetos activos en función de su oficio o cargo.

4. Consumación

El tipo no exige la obtención de algún beneficio económico para su consumación, que se producirá, por la mera realización de la conducta de uso del secreto o de la información privilegiada aunque, eso sí, con la intención de lograr aquél. El nuevo Texto determina, en caso de consecución del beneficio propuesto, una cualificación de la pena. Tal ventaja, derivará, de ordinario, directamente de la operación realizada sobre la base del aprovechamiento de la información privilegiada o del secreto (Castro y Otero, 2007: 151-152). Por ello, debe excluirse del ámbito típico del artículo 442 CP el supuesto en el que el beneficio que pretende obtener el funcionario público o la autoridad derive, no tanto del uso mismo de la información revelada a un tercero, sino del propio acto de entrega, de modo que aquél consista en la contraprestación entregada por el tercero al funcionario.

El tipo básico del artículo 442.I CP se configura así como un delito de mera actividad, en el que resultará prácticamente imposible apreciar formas imperfectas de comisión, dada la descripción típica. Ello no debe significar que estemos en presencia de un delito de peligro, en contra de lo que ha interpretado un sector de la doctrina, puesto que una vez admitido que el bien jurídico protegido por el delito posee una trascendencia que va más allá de lo patrimonial (lucro perseguido), para afectar al correcto desempeño de la función pública, la utilización abusiva del secreto o de la información privilegiada lesiona de manera efectiva dicho bien jurídico.

5. Responsabilidad penal de los particulares beneficiarios

Por el propio mandato del legislador, la conducta del particular (incluido el funcionario cuya información que recibe está fuera de su ámbito concreto de competencia) que aprovecha para sí o para un tercero la información que obtenga de un funcionario público o autoridad no deberá inculparse como forma de participación en el delito del artículo 442 CP porque esta conducta ya está tipificada expresamente (ley especial), en el artículo 418 CP, elevado a la categoría de delito autónomo con importantes penas. El fundamento de la sanción específica de esta conducta en el actual artículo 418 puede responder a una correcta interpretación del Título XIX, superada la concepción de estos delitos como infracciones del deber del cargo y cifrada actualmente en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, lo que permite incluir en ellos a personas que actúan desde dentro (funcionarios) o desde fuera (particulares) de aquélla. En consecuencia, el fundamento del injusto no es muy distinto al de los delitos comunes: se prohíbe intervenir de forma ilegítima en un ámbito de organización ajeno. Es indiferente, claro está, que el aprovechamiento sea para el propio sujeto activo del artículo 418 CP o para un tercero. El destinatario del provecho es impune salvo que pueda demostrarse cualquier conducta de participación. El concepto de «tercero» parece excluir en todo caso al funcionario que facilita la información.

Esta conducta, pues, está directamente vinculada a la del funcionario cuya información aprovecha, consecuentemente, se trata de un acceso ilícito a ese secreto o información por parte de quien lo usa. Es decir, el particular ha de conocer el origen ilícito de la información que le ha sido facilitada, y, por ello, es un tipo que sólo admite la comisión dolosa. Si el particular no lo obtiene directamente del funcionario sino que



accede a él subrepticamente, la conducta, incomprensiblemente, es impune (salvo falta de hurto), al no ser subsumible tampoco en los artículos 413 y siguientes del Código Penal.

En todo caso, resulta criticable la ubicación del artículo 418 CP junto al delito de revelación de secretos e informaciones del artículo 417 CP (Castro y Otero, 2007: 153), pues al no suponer revelación del sujeto activo y sí requerir aprovechamiento, está más relacionado con el artículo 442 CP que con el artículo 417 CP, lo que explica que tanto los artículos 418 como 442 CP se refieran a información “privilegiada”, mientras que el artículo 417 CP lo haga a información “que no deba ser divulgada”. Pero, sobre todo, explica la disfuncionalidad penológica existente entre los artículos 417 y 418 CP; ésta última, mucho más acorde con la pena del artículo 442 CP. Si bien, no hay que olvidar, que el artículo 442 CP no requiere en su tipo básico que el autor obtenga efectivamente el beneficio pretendido, a diferencia del artículo 418 CP.

Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, F. (2000), *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid.
- CASTRO MORENO, A. y OTERO GONZÁLEZ, P. (2007), *El abuso de información privilegiada en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CRESPO BARQUERO, P. (1998), “Delitos contra la Administración Pública”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (coord.), *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Comares, Granada.
- FARALDO CABANA, P. (1995), “Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el mercado de valores en el Proyecto de Código Penal de 1994”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVIII, Santiago de Compostela: Universidad, pp. 45-121.
- GÓMEZ INIESA, D. (1997), *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, McGraw-Hill, Madrid.
- JERICÓ OJER, L. (2002), “Utilización de información privilegiada en el ámbito del mercado de valores”, en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.) y LARA GONZÁLEZ, R. (coord.), *Derecho Penal de la Empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, pp. 177-218.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (1999), *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G. (1994), “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XVI, EDESA, Madrid.
- OLIVA GARCÍA, H. (2002), “Información privilegiada y Derecho Penal”, en *El Diario El País*, 16 de diciembre de 2002.
- ORTS BERENGUER, E. (1994), “Revelación y uso de secretos e informaciones”, en *Delitos de los funcionarios públicos*, (Cuadernos de Derecho Judicial, nº 4), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 213-236.
- OTERO GONZÁLEZ, M. P. (1999), *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid.
- PAZ RUBIO, J. M. (1993), “El tráfico de influencias y la información privilegiada”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva delincuencia II*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.