

# DERECHO PENAL, TRAFICO DE INFLUENCIAS Y OTROS

## *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada*

Francisco Muñoz Conde\*

### INTRODUCCION

A principios de 1990 algunos escándalos y acusaciones de corrupción política, al parecer determinados por problemas de financiación de partidos políticos, precipitan la presentación de un Proyecto de Ley de reforma del Código penal, en el que se preveía la introducción de un nuevo precepto en el mismo, el Art. 404 bis destinado a sancionar el llamado "tráfico de influencias" que estaba en la base de la corrupción política.

Tras diversos avatares parlamentarios, dicho proyecto, adicionado con las enmiendas a que su discusión parlamentaria dio lugar cuajó en la Ley Orgánica 9/1991, (BOE de 27 de Marzo, corrección de errores, BOE de 13 de Abril 1991), que no sólo introdujo en el

Título VII del Libro II del Código Penal un nuevo capítulo, el XIII, acerca "del tráfico de influencias" (Art. 404 bis a, 404 bis b, 404 bis c), sino que reformó también los Arts. 367 y 368 dándole al Capítulo IV del Título VII del Libro II, la siguiente rúbrica: "De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido." También se modificó la redacción del Art. 390, aumentando la gravedad de las penas previstas en el mismo.

Son tres, pues, las novedades de esta reforma, que seguidamente analizamos por separado.

#### **A) Los nuevos delitos de tráfico de influencias**

El "tráfico de influencias" es una lacra que durante mucho tiempo ha conculcado y aún hoy conculca la rectitud y sobre todo la imparcialidad de la actuación administrativa.

\* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, España. El Trabajo es apéndice al Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, del autor, Valencia, 1991.

¿Hay o no hay en nuestro país amiguismos, enchufes y toda la gama, grande y pequeña, de favoritismos en beneficio, económico, por supuesto, de unos pocos y en perjuicio de los intereses colectivos o del interés de todos en un correcto e íntegro funcionamiento de la Administración Pública, estatal, autonómica o municipal?

El tema no es baladí y no puede ser despachado de un plumazo como algo coyuntural, sin mayor trascendencia, aunque tampoco puede ser fijado a un caso concreto (el "caso Guerra", el caso "Naseiro" o cualquier otro de actualidad) como si fuera el único o el primero de este tipo que se da en nuestro país.

Hay muchas razones para pensar que el llamado "tráfico de influencias" es frecuente en la vida política o administrativa española. Un cierto entendimiento familiar y patrimonialista de la función pública está sin duda en la base de estas prácticas viciadas y corruptas.

Anteponer los intereses privados a los públicos en el ejercicio de la función pública es una forma de abuso o desviación de poder que conculca la imparcialidad de la actuación administrativa a la que alude el Art. 103 de la Constitución, como uno de los principios básicos de la Administración.

Una cierta lenidad y una casi "adecuación social" de las recomendaciones, favoritismos, amiguismos y enchufes extienden el fenómeno hasta el punto de que pocos son los que se presentan a un concurso y oposición pública sin recabar de algún amigo la llamada telefónica o la recomendación para algún miembro del Tribunal que ha de juzgarlo. El hecho es mucho más frecuente, como es lógico, cuando se trata de ocupar puestos de libre designación por los políticos que suelen dejarse llevar más por consideraciones de "fidelidad política" o "afectivas", antes que por criterios de cualificación, a pesar de que

son los únicos que deben ser tenidos en cuenta en la Administración Pública. A ello se añaden las dádivas, presentes o regalos más o menos cuantitativos que en forma de cenas, ramos de flores y obsequios de toda índole suelen ofrecerse para conseguir determinados favores o como contra-prestación de los mismos.

Muchos de estos hechos eran ya delictivos y lo siguen siendo conforme a los tipos de cohecho (Art. 385 a 393) y negociaciones prohibidas a los funcionarios (Art. 404), además de otros delitos a los que puedan dar lugar, como la prevaricación, violación de secretos, etc.

El que no se castiguen como es debido no es, pues, un problema de "laguna legal", como, sin duda, intencionadamente se ha dado a entender a veces. La "adecuación social" a la que antes hacíamos referencia, genera una esfera real de connivencias, valores entendidos, usos y costumbres sociales que hacen verdaderamente difícil probar los hechos y deslindarlos del simple rumor o del escándalo periodístico sin trascendencia penal.

Quizá falte también una clara conciencia social, incluso entre los más obligados en velar por los intereses públicos, de que estos hechos deban ser realmente castigados.

El "tráfico de influencias" en nuestro país, es, pues, más un problema de sensibilidad, de sobriedad y honestidad en el manejo de los caudales e intereses públicos, que de Código penal. Si se patrimonializa el poder y cada uno hace de él su finca particular, difícilmente puede erradiarse el problema por la vía del Derecho Penal. Es más la "huida al Derecho Penal" puede servir de pretexto o de fachada formal de los intereses que realmente mueven los hilos de la actuación pública.

Sin embargo, no puede olvidarse que en el loable intento por democratizar la gestión pública, limpiándola de esta lacra que la

corroe, el Derecho Penal ocupa un lugar destacado debiendo aplicarse dentro de los principios de intervención legalizada y de intervención mínima, en coordinación con otras ramas del Derecho, especialmente el administrativo. Leyes como la de incompatibilidades de Altos Cargos, de 26 de Diciembre de 1983, modificada por Ley de 22 de Marzo de 1991, coetánea a esta reforma del Código Penal, en la que se establece un registro de intereses y la obligatoriedad de una declaración jurada de bienes patrimoniales, tienen un indudable interés para sentar las bases de lo que puede llegar a constituir alguno de los delitos previstos en los Arts. 198 (Delitos contra la Integridad de la Administración), 400, 401 (Fraude a la Administración); y 404 (Negociaciones Prohibidas a los Funcionarios).

De todos modos, parece que estos delitos, además de los de cohecho y prevaricación, no son suficientes para sancionar penalmente todos los hechos que, de acuerdo con la sensibilidad política del momento, parece que deben ser sancionados. De ahí la necesidad de introducir nuevos tipos delictivos que precisamente se crean, y ésta es también presumiblemente la voluntad del legislador, para sancionar hechos que no estaban sancionados penalmente hasta la fecha. De ahí que en la interpretación de los nuevos tipos delictivos haya que partir de lo que ya se castigaba antes de la reforma de 1991 y ver el nuevo ámbito de punibilidad que se crea con la reforma.

Hasta ahora el "tráfico de influencias", es decir, la actividad encaminada a conseguir cualquier tipo de predominio, incidiendo en las decisiones que tienen que adoptar en asuntos públicos los encargados de la función o gestión pública, podía reconducirse a algunas de estas modalidades delictivas:

- El cohecho, que comete el funcionario que solicita o acepta una contraprestación económica a cambio de la realización de un acto relativo al ejercicio de su cargo (cohecho pasivo, propio o impropio, Art. 385, 387 390), o el particular que corrompiese o intentare corromper a los funcionarios públicos o aceptare sus solicitudes (cohecho activo, Art. 391);
- La Prevaricación, que comete el funcionario público, en general, y el judicial, en particular, que, a sabiendas o por negligencia, dicta una resolución injusta (prevaricación judicial y administrativa, Art. 351 a 359);
- Y los tipos delictivos que, en general, suponen que el funcionario o autoridad ejerza profesiones, participe en negociaciones prohibidas o se interese en actos en los que deba intervenir por razón de su cargo (Cfr. Arts. 198, 400, 401 y 404; STS 29 de Mayo de 1989).

Qué es lo que añaden, pues, a estos delitos las nuevas tipologías del "tráfico de influencias".

Para responder a esta pregunta creo que hay que distinguir los delitos previstos en los Arts. 404 bis a) y 404 bis b) del previsto en el Art. 404 bis c).\*

#### **a) Influencia sobre funcionario o autoridad**

El Art. 404 bis a) tipifica la influencia ejercida por el funcionario o autoridad sobre otro funcionario o autoridad; el Art. 404 bis b) la misma influencia ejercida por el particular, que obviamente no puede prevalecerse, como el funcionario o autoridad, del ejercicio de las facultades de su cargo, pero sí, igual que ellos, "de cualquier situación derivada de su relación personal".

Dicen así estos dos preceptos:

“Art. 404 bis a). El funcionario público o autoridad que influye en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido”.

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

## TIPO OBJETIVO

Común a ambos tipos es la conducta típica: “Influyere”. Es decir, en ambos casos se trata de sancionar que alguien pueda incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo. Pero en ningún caso constituye el tipo la simple influencia sin más, como un tanto precipitadamente ha entendido en los primeros comentarios a estos nuevos preceptos algún sector doctrinal. No se trata de penalizar la recomendación, una práctica por lo demás habitual, y que por inmoral y rechazable que parezca, no afecta directamente, o no tiene por que afectar a la decisión que se adopte.

Lo que los Arts. 404 bis a) y bis b) sancionan es el “influir” “prevaleándose”, abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa. En el caso de que el sujeto activo de esa influencia sea un funcionario o autoridad, el prevalimiento se puede derivar del propio cargo que ejerce: superioridad en el orden jerárquico o político respecto al funcionario o autoridad sobre la que influye. En este caso, el tipo se amplía sin duda más, comprendiendo relaciones de carácter familiar, afectivas o amistosas. El amigo o el pariente próximo que influyera en el funcionario o autoridad cometería, según esta interpretación, uno de estos delitos. Sin embargo, creo que debe procederse a una interpretación restrictiva del concepto de influencia, basándose para ello en el “prevalecimiento”, que en ambos artículos se exige como elemento diferenciador entre la simple influencia, atípica, de la influencia constitutiva de delito. Se trata, a mi juicio, de un verdadero ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos. Son, pues, delitos de estructura parecida a las coacciones o amenazas aunque sin llegar al grado de constreñimiento físico o psíquico que estos delitos exigen.

Salvando las distancias se trata de supuestos parecidos a los del estupro de prevalimiento (Art. 434, 1º), a las limitaciones a la libertad sexual (Arts. 383 y 384) y a los de las agravantes 8a. y 10a. del Art. 10, aunque las relaciones personales a que parecen aludir los Arts. 404 bis a) y 404 bis b) son más sutiles y difíciles de probar.

Supuestos de “intimidación implícita” o de “chantaje moral”, derivados del “clientelismo político”, “mejores perspectivas en la carrera política o profesional”, “relaciones amorosas o

afectivas" etc., pueden estar en la base de una situación de prevalimiento, aunque no necesariamente se equiparen. Desde luego, si se hace una interpretación extensiva de estas relaciones, se corre el riesgo de que se criminalicen conductas desprovistas de nocividad social, tan habituales como tomar una copa con los amigos o pertenecer al mismo club o asociación deportiva, etc.

Si la "influencia" se ejerce ofreciendo una contraprestación de carácter económico, estaríamos, naturalmente sin más, en el cohecho, límite máximo de los nuevos delitos, que, de algún modo, constituyen también un sucedáneo de aquel delito, cuando no se puede probar el ofrecimiento de una contraprestación económica, pero sí la "influencia" y el "prevalimiento".

El funcionario o autoridad sobre el que se ejerce la influencia puede ser sujeto pasivo e incluso denunciante de estos delitos, pero también puede llegar a ser sujeto activo de un delito de prevaricación o cualquier otro, sin que la influencia y el prevalimiento tengan que incidir necesariamente en una disminución de su responsabilidad.

Habría en estos casos una estructura similar a la de la inducción, pero no autoría mediada (Cfr. lo dicho anteriormente sobre el concepto de prevalimiento).

Tanto el Art. 404 bis a), como el 404 bis b), admiten el "tráfico de influencias en cadena", que existe cuando la relación personal no se da directamente con el funcionario o autoridad que tiene que adoptar la decisión, sino con otro que a su vez influye en él. En este caso, el funcionario o autoridad "intermediario" también puede responder del delito previsto en el Art. 404 bis a).

El tipo objetivo se restringe aun más con la exigencia de que además el funcionario o autoridad sobre el que influye tome una resolución ("consiguiera una resolución") y

que ésta reporte un beneficio económico para el que influye o para un tercero.

La expresión "directa o indirectamente" alude a la forma en que el sujeto consigue el beneficio, bien a título personal a través de una persona interpuesta, o a través del "efecto rebote" de la decisión que adopte el funcionario o autoridad influida.

El "agotamiento" del delito que ambos tipos exigen, supone la producción, pues, de un doble resultado consumativo, pero no una condición objetiva de punibilidad. Esto quiere decir que, cuando el doble resultado no se produzca (o no se pueda demostrar la producción o la conexión causal con la influencia), habrá que apreciar las formas imperfectas de ejecución, tentativa o frustración. La conceptualización del doble resultado con condición objetiva de punibilidad, convertiría prácticamente en inaplicables los Arts. 404 bis a) y 404 bis b).

## TIPO SUBJETIVO

Se requiere naturalmente el dolo, ya que la imprudencia es incompatible con las expresiones "influyen" y "prevalimiento". El ánimo de conseguir un "beneficio económico" para sí o para tercero, va también implícito en el dolo.

## Causas de justificación e inculpabilidad pena y cuestiones concursales

Difícilmente veo apreciable una causa de justificación o de inculpabilidad, como el error de prohibición, aunque, sobre todo en el caso del particular, puede invocarse alguna situación similar al estado de necesidad por no exigibilidad de un comportamiento distinto.

La pena en el caso del funcionario o autoridad es, además del arresto mayor y la multa por el importe del valor del beneficio

obtenido (aplicable también al particular), la de inhabilitación.

Las coincidencias que puedan darse entre los nuevos delitos y los ya existentes deben resolverse conforme a la teoría del concurso de leyes, aplicando el principio de alternatividad, es decir, el precepto que prevea mayor sanción para el delito cometido. Sin embargo, cuando a través de estos nuevos delitos de tráfico de influencias se cometan otros diferentes (prevaricación, violación de secretos, etc.) se dará el correspondiente concurso de delitos, normalmente en una relación medio-fin, a resolver por el Art. 71.

### **b) Ofrecimiento de influencia a un particular**

Art. 404 bis c). “Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren de tercero 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 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 al público por tiempo de seis meses a tres años.

A diferencia de lo que sucede en los otros dos artículos de este capítulo el hecho que aquí se tipifica no tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública. Tanto el sujeto activo, como la persona a la que dirige el ofrecimiento de la influencia (a lo que impropriamente se le puede llamar sujeto pasivo) son particulares. El ámbito en el que

se puede dar este delito es, por tanto, completamente privado. La única relación que muestra con la función pública, es su referencia a la misma como objeto de la influencia. El sujeto que ofrece hacer uso de esa influencia puede o no tenerla, llegar o no a hacer uso de ella, pero en todo caso puede ser responsable si ofrece hacer uso de esa influencia (real o fingida).

Ello plantea el problema de cuál es en este delito el bien jurídico protegido. Como el tipo no exige ni tan siquiera que la supuesta influencia llegue a utilizarse (con lo cual estaríamos, en principio, en un comienzo de ejecución del delito previsto en el Art. 404 bis b) parece ser que lo único que pretende protegerse con el castigo de esta conducta es el prestigio y el buen nombre de la Administración, un concepto ciertamente etéreo y difícilmente aprehensible.

También se puede concebir este delito como una especie de acto preparatorio, elevado a la categoría de delito independiente, del cohecho o del tráfico de influencias previsto en el Art. 404 bis b), con lo que tendría el mismo bien jurídico protegido que en estos delitos. Pero, el comportamiento tipificando con el Art. 404 bis c) está tan alejado de la efectiva lesión o puesta en peligro de la función pública, que difícilmente puede justificarse su incriminación por esta causa. Por otra parte, no se comprende muy bien por qué aquí la consumación se anticipa al simple ofrecimiento, mientras que en los otros delitos de “tráfico de influencias” se exige no sólo la influencia efectiva, sino que se consiga a través de ella una resolución y un beneficio efectivo económico.

Desde luego, el ofrecimiento de influencias sobre la Administración puede ser también una forma de competencia desleal en el ejercicio de la abogacía, tan real como la vida misma, que difícilmente va a desaparecer con su incriminación en el

Código Penal. Los despachos de abogados más famosos y que más éxitos tienen en la gestión y solución de los asuntos que se les encomiendan son los que están más cercanos al poder y, por eso, tienen mayores posibilidades de influir en sus decisiones.

Además en estos casos no hace falta el ofrecimiento explícito, que sería lo que castigaría el Art. 404 bis c), sino el implícito, el que se deriva de la propia fama o de las relaciones personales de profesionales que aparecen todos los días en las "revistas del corazón", medios de comunicación, etc., asistiendo a fiestas, cenas y recepciones oficiales y haciendo ostentación de sus buenas relaciones con las más altas instancias del poder. Es muy difícil que todo esto desaparezca por obra y gracia del Código Penal.

Otra posibilidad de justificar el precepto la daría el posible engaño a quien se ofrece hacer uso de la influencia. Ciertamente, ello constituye de por sí un desvalor social suficiente como para motivar una sanción penal; pero esto existe ya en el Art. 529, 6º, que configura como uno de los supuestos agravados de estafa, "cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias y con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a estos corresponde". Es decir, la supuesta influencia no es más que un engaño capaz de producir un perjuicio patrimonial y, por tanto, estafa.

El Art. 404 bis c), queda así como un tipo residual que no afecta directamente a bien jurídico alguno. Si se mira desde el punto de vista de la Administración, el hecho en sí es inícuo por cuanto no exige que efectivamente llegue a hacerse uso de la influencia. Si se mira desde el punto de vista del particular, al que se ofrece hacer uso de la influencia, el tipo se cumple sin que ni siquiera el particular haya aceptado la oferta.

Sujeto activo sólo puede serlo el particular (o el funcionario o autoridad que no actúa en el ejercicio de su función) que ofrece hacer uso de la influencia a cambio de una remuneración (dádiva o presente). Lo decisivo no es, sin embargo, tanto el ofrecer hacer uso de la influencia, como el solicitar a aceptar por ello una contraprestación económica.

Sin otro particular llega a aceptar u ofrece para ello una remuneración, puede ser también castigado, pero como cooperador o inductor del delito previsto en el Art. 404 bis c) y no como autor en sentido estricto del mismo.

Desde luego no se entiende muy bien que pueda llegar a constituir delito intentar aprovecharse de la influencia de alguien para resolver algún asunto, cuando ese alguien no ejerce ninguna función pública, salvo que se entienda que nos encontramos aquí ante una forma de participación intentada (conspiración, proposición o provocación para delinquir) en un delito de cohecho. Pero aparte de la recusable ampliación genérica de la punibilidad que representa el Art. 4, tropezamos aquí con dificultades probatorias casi insalvables, que dificultan aún más la persecución penal de este tipo de hechos. Lo razonable es esperar a que la influencia se traduzca realmente en un intento de corrupción del funcionario, lo que, conforme al Art. 391, es ya punible como cohecho activo consumado, consigna o no efectivamente el particular esa corrupción. Sin embargo, el Art. 404 bis c), se consume con el simple ofrecimiento de hacer uso de influencia cerca de las autoridades o funcionarios, siempre, eso sí, que solicite o acepte de tercero algún tipo de remuneración económica.

Este último requisito le da al tipo un matiz de profesionalidad que es lo que justifica (?) que el párrafo 2º de este artículo imponga,

además, como accesoria la pena de inhabilitación especial, al profesional titulado (abogado, por ejemplo) que realizare el hecho previsto en el párrafo 1º, el mismo propósito caracteriza el párrafo 3º, verdadera espada de Damocles contra los llamados “lobbys” o despachos dedicados al tráfico de influencias: suspensión de actividades y clausura de las dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.

Todas estas sanciones, penas y medidas, son sin duda excesivas o desproporcionadas, si no se interpretan restrictivamente los tipos legales, que posibilitan la aplicación de las mismas. No se trata con ello de privar de eficacia al Derecho Penal, sino al restringir un ámbito de aplicación a aquellos casos verdaderamente graves (y no se me ocurren otros que no sean los constitutivos, por lo menos, de participación intentada en un cohecho), de darle una cierta legitimación para intervenir más allá del derecho disciplinario corporativo. Lo contrario es hacer demagogia o convertir el Derecho Penal en puro símbolo inútil.

Evidentemente no es con tipos como este como se va a acabar penalmente el problema del tráfico de influencias. Difícil es limitar con el Derecho Penal lo que constituye, al parecer, según los hechos demuestran, una coordinada esencial del actual sistema social y económico. Tráfico de influencia existe también, como es obvio, en el ámbito de la empresa privada, aunque la competitividad del sistema capitalista potencia, por lo menos para los puestos directivos, el principio de cualificación. El tráfico de influencias puede provenir también del propio poder político que, por ejemplo puede favorecer a determinadas empresas que se pliegan mejor a sus directrices de orientación política. En estos casos, la discrecionalidad es una válvula de escape o la seguridad para evitar la

responsabilidad penal, que incluso con los nuevos tipos penales Difícilmente puede exigirse.

Queda en todo caso la responsabilidad política. En una democracia es el Parlamento al que corresponde, prima facies, el control y la exigencia de responsabilidad política por el mal uso o el abuso y la desviación del poder político, aunque este se realice sin rozar los límites del Derecho penal. Un personaje político no tiene por que ser responsable penalmente de hechos de corrupción que hayan cometido sus colaboradores o allegados más íntimos utilizando indebidamente su nombre o las facultades en ellos delegadas por el personaje. Pero siempre queda la posibilidad de la dimisión o la rendición de cuentas ante el Parlamento. La responsabilidad penal no exime de la responsabilidad política, como tampoco la política tiene que eximir la penal. Ambas van por derroteros distintos y no tienen por que excluirse o impedirse mutuamente.

#### **B) Revelaciones de los secretos e informaciones. Uso indebido de información privilegiada**

La Ley Orgánica 9/1991, de 22 de Marzo, ha modificado los Arts. 367 y 368 del Código Penal, dándole al Capítulo VII del Libro II una nueva rúbrica que reza así: “De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y uso indebido”.

Las diferencias más importantes entre la regulación anterior y esta reforma son las siguientes:

- a) Los “nuevos” delitos de revelación de secretos e informaciones.

La rúbrica anterior decía escuetamente “De la violación de secretos.” El concepto

central de estos delitos lo constituía, pues, el secreto, diferenciándose luego los tipos delictivos, según se tratara de secreto oficial (Art. 367) o de secreto privado (Art. 368).

Decían así los Arts. 367 y 368:

Art. 367: "El funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio, o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados, incurrirá en las penas de suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. Si de la revelación o de la entrega de papeles resultare grave daño para la causa pública o para tercer, las penas serán de prisión menor e inhabilitación especial. Art. 368: "El funcionario público que sabiendo, por razón de su cargo, los secretos de un particular, los descubriere, incurrirá en las penas de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

La nueva regulación mantiene, en esencia, el mismo sistema, recogiendo ambos tipos en un sólo artículo, el 367:

"El funcionario público o autoridad que revelare los secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deben ser divulgados será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas. Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial. Si se tratase de secretos de un particular, las penas serán de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

El concepto central sigue siendo el de secreto, es decir, algo conocido por pocas personas que, conforme al interés público o privado, no debe ser publicado o dado a conocer a un círculo más amplio.

En el secreto oficial, el carácter de secreto viene, normalmente, determinado por la propia naturaleza del hecho y en base a una Ley o disposición de carácter general. Así, por ejemplo, la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1976, modificada por la Ley de 7 de octubre de 1978, establece que las "materias clasificadas" pueden tener la categoría de "secreto" o de "reservado", según el grado de protección que se les dispense. Cuando esa "materia" (o "información") pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado, su revelación constituye los delitos específicamente previstos en los Arts. 135 bis a) bis d) del Código Penal común (Cfr. también en los Arts. 53 a 56 del Código Penal militar). Existen además otras leyes como la del 29 de abril de 1964 sobre Energía Nuclear, cuyo Art. 87 sanciona al que descubriere, violare, revelare, sustrajere o utilizare secretos de cualquier clase relacionados con la energía nuclear. Pero estas disposiciones se refieren al descubrimiento de secretos oficiales específicos que puede cometer cualquier persona sea funcionario o no. El Art. 367 quedaba (y queda) pues, como un tipo residual para incluir en él los secretos oficiales cuya revelación no estuviera especialmente tipificada y siempre que fuera cometida por el funcionario que tuviere conocimiento por razón de su cargo de los mismos.

En él se incluyen hechos como la revelación de secretos sumariales (Cfr. 301 Lectrim. y MORALES PRATS, Garantías penales y secreto sumarial, en la Ley, 1985), la apertura anticipada de las plicas de un concurso y la revelación de las ofertas a los posibles interesados. A ello se equiparaba la entrega indebida de papeles o copia de papeles que el funcionario tuviera a su cargo y no debían ser publicados, que ahora no se menciona expresamente (Cfr. infra).

Junto a la violación de secretos oficiales se tipificaba en el artículo 368 y ahora en el párrafo 3º del Art. 367 la de secretos privados. En este caso, el carácter secreto de un hecho lo determina la propia voluntad del interesado o titular que tiene derecho a que no se conozcan hechos relativos a su intimidad más allá del estricto círculo de las personas que por razón de su cargo tienen que conocerlo (por ejemplo, el inspector de Hacienda respecto a los ingresos del contribuyente, el Juez que conoce en un proceso de divorcio la frigidez, el alcoholismo, la homosexualidad alegada contra uno de los conyuges). Al determinar la voluntad del particular a quien afecta el hecho el carácter secreto del mismo, su comunicación a lo medios o su descubrimiento y revelación pública por el propio particular afectado, excluye el carácter secreto del hecho y con ello la tipicidad del Art. 367, 3º. Sin embargo, cuando, a pesar de afectar a un particular, la ley impone expresamente el carácter secreto (por ejemplo, secreto sumarial), el funcionario cometerá el delito previsto en el Art. 367, 1º, aunque el particular consienta en su descubrimiento o revelación.

Se ha pretendido ver dos diferentes bienes, jurídicos protegidos en los anteriores Arts. 367 y 368. Por un lado, en el antiguo Art. 367 el correcto funcionamiento de la función pública en lo que se refiere a la parte en que el ejercicio de la misma conlleva el conocimiento en exclusiva o con carácter reservado de determinados datos o informaciones. Por otra parte, el Art. 368 que sólo afectaría al derecho del particular a su intimidad o privacidad (véase, por ejemplo, QUERALT, Derecho Penal Español, Parte Especial, Volumen II, Barcelona 1987, p. 597 y s.; 853 y s.).

Se olvida, sin embargo, que el núcleo en ambos tipos delictivos es el hecho de que el funcionario conoce los hechos constitutivos

de secreto por razón de su cargo y luego los descubre. Lo prioritario es, pues, tanto en uno, como en otro caso, la involucración de la función pública, ejerciéndola incorrectamente.

También en el descubrimiento de un secreto oficial puede verse involucrada la intimidad de un particular, sin que, por ello deje de ser aplicable el Art. 367 (piénsese en la revelación de un hecho relativo a la intimidad de un particular obrante en un sumario declarado secreto). También QUERALT está de acuerdo en ello, pero en base a la retorcida interpretación de que "en estos casos no se revela el secreto de un particular, sino un secreto oficial que afecta a un particular" (II, p. 854). Pero en este caso, debería admitir un concurso ideal entre ambos preceptos lo que parece absurdo precisamente por protegerse en ambos el mismo bien jurídico protegido.

La reforma de 1991 apenas ha cambiado el contenido de ambos tipos delictivos, pero con buen criterio quizás para evitar retorcidas interpretaciones o manipulaciones sistemáticas como la anteriormente señalada, ha incluido ambas revelaciones de secretos, oficiales y privados, en el mismo Art. 367, párrafo 1º y 3º. Sin embargo, ha eliminado en el párrafo 3º en relación con los secretos de un particular la mención expresa a que el funcionario los conozca por razón de su cargo (u oficio), que se exigía antes en el Art. 368. No obstante, creo que dicha exigencia está implícita en el párrafo 3º que no es más que un subtipo del delito previsto en el párrafo 1º, aunque, igual que sucedía en la regulación anterior, el interés adicional que representa la intimidad del particular se ha tenido en cuenta, imponiendo para la revelación de secretos del particular, además de las penas de suspensión y multa, la de arresto mayor. Los casos de revelación de secretos del particular que el funcionario no haya obtenido

por razón de su cargo deben ser tratados por otros tipos delictivos, como los recogidos en los Arts. 497 a 499.

En la nueva regulación que de la revelación de secretos oficiales se hace en el Art. 367, se ha eliminado la expresión “o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo”, por redundante, ya que la palabra “revelare” comprende igualmente la entrega, con la ventaja de que no restringe a los secretos que constan documentalmente, como podía entenderse con la redacción anterior, e igualmente admite la comisión por omisión, como por ejemplo, permitir que sea otro el que obtenga directamente la información dejándole que tenga acceso a los soportes materiales del secreto. El párrafo 1º del nuevo Art. 367 extiende además el tipo a la revelación de “cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo”, lo que supone una excesiva ampliación, aunque, en todo caso, se dice que se trata de “secretos o de cualquier información” que no deban ser divulgados.

Esta referencia específica al “deber” en la configuración del tipo, lo convierte de hecho en una norma penal en blanco, pues solo a través de otros preceptos extrapenales se puede saber cuando el funcionario está autorizado a revelar secretos o informaciones de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo.

El principio general del que se debe partir es el que el funcionario no puede revelar lo que por razón de su cargo conoce. Así, por ejemplo, el Art. 417, 2º de la Lecrim. exime de la obligación de declarar a “los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieran declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar; o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se

les pida”. Sin embargo, este precepto no puede convertirse en una patente de corso para el funcionario que también, por otros mandatos legales (Cfr. por ejemplo Art. 118 de la Constitución, Art. 371 del Código Penal) está obligado a cooperar con la Administración de Justicia. Se trata, una vez más, de una colisión de intereses que debe ser resuelta por la vía del estado de necesidad, dándole primacía al fin de la realización de la Justicia frente al puramente funcional del mantenimiento del Secreto. Sería un verdadero contrasentido que, por ejemplo, el inspector de Hacienda ocultara determinados hechos o circunstancias tributarias a la autoridad judicial que estuviera investigando un delito fiscal. Como igualmente lo sería que un funcionario policial negara al Juez suministrarle datos relacionados con la comisión de algún delito que estuviere el Juez investigando. El denominado secreto policial, el secreto fiscal o cualquier otro obtenido por el funcionario en el ejercicio de su cargo debe, pues, ceder ante el valor prioritario de la Administración de Justicia. Especialmente claro es el Art. 126 de la Constitución, al establecer que “la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca”, y estos términos no pueden ser otros que los de la Ley Orgánica 2/ 1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Real Decreto 769/1987 de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, que ponen especial énfasis en la vinculación de la policía a los jueces o Tribunales, que son, en definitiva, encargados de administrar Justicia.

Ello naturalmente no excluye que, en los casos en que el secreto nada tenga que ver con la investigación judicial en un proceso

penal, el funcionario policial tenga el derecho y también la obligación de seguir manteniendo el secreto profesional y que, por supuesto, tenga que mantenerlo en todo caso ad extra, es decir, frente a personas no legitimadas para obtener información, sean autoridades no judiciales, particulares, medios de comunicación, etc.

Se resuelve así también el problema de la identificación ante el Juez de los confidentes policiales, es decir, de los que prestan sus servicios de información a la policía, bien sea altruistivamente o de forma remunerada. Es obvio que la ocultación de sus nombres es importante para su propia eficacia, además de impedir represalias de los delatados, etc. Pero, por las razones ya dichas, el confidente debe ser identificado ante la autoridad judicial que investigue un hecho, de lo contrario su testimonio carece de valor procesal. Es más, si el Juez requiere sus datos y el funcionario policial no se los da, éste comete un delito de denegación de auxilio a la Justicia previsto en el Art. 371 (Cfr., embargo, STS 22 de marzo 1986, aunque la absolución del Comisario General de Información que no dio al Juez los nombres de los confidentes se fundamenta en base al error de prohibición y no por inexistencia objetiva del deber de información, véase al respecto mi libro: *El error en Derecho Penal*, Valencia, 1988, p. 62 y ss., y el comentario a esta sentencia, de MAQUEDA, en PJ, 1986).

Cosa diferente es que este deber de información tenga que prestarse con todas las garantías y cautelas a que obliga la propia operatividad del dato confidencial, pero estas son cuestiones de procedimiento que, en nada, afectan el fondo del asunto.

¿Qué sentido o qué alcance tiene entonces el Art. 417, 2º de la Lecrim.? Probablemente, dada la época en que entró en vigor la Lecrim. en la que no había ninguna regulación del secreto de Estado, ni una Ley de secretos

oficiales, se pretendía preservar lo que hoy se entiende como "material legalmente clasificado", cuya revelación pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado. Pero actualmente, con la Ley de Secretos oficiales, la declaración de materia reservada corresponde al Consejo de Ministros y al Ministerio de Defensa, que no ha declarado hasta la fecha como tal los datos de identificación de, por ejemplo, un confidente policial. Fuera de estos casos parece, pues, que en un Estado democrático de Derecho, el funcionario debe suministrar la información sobre personas o hechos que conozca y le solicite un Juez o Tribunal en el curso de la sustanciación de un proceso penal. El inciso 2º de párrafo 2º del Art. 417, negativa a prestar declaración sin autorización del superior, debe entenderse, pues, como una simple precaución procedimental para preservar el principio de jerarquía dentro de la Administración. Es decir, es lógico que se recabe la autorización del superior jerárquico cuando sea éste el que haya impartido una determinada orden en virtud de la cual se haya obtenido el dato que el Juez solicita. Por esta vía, se puede llegar, en última instancia, a pedir la declaración del máximo órgano del poder ejecutivo, bien sea el Ministro del ramo, bien el propio Presidente del Gobierno. Ello en ningún caso compromete, sino confirma la verdadera esencia del Estado democrático de derecho (en este sentido MORENO CATENA, en *Derecho procesal penal*, en colaboración con otros, 3a. ed., Valencia, 1989, p. 316; QUERALT, II, p. 674 s.).

En la nueva regulación se hace extensiva la cualidad de sujeto activo de estos delitos a la autoridad ("funcionario público o autoridad"), mención innecesaria por la amplitud con la que se define en el Art. 119 del Código Penal al funcionario público. Evidentemente, en los nuevos preceptos

quedan comprendidas las Autoridades políticas, las militares, judiciales, etc., por las razones ya dichas, están igualmente obligadas a declarar en el proceso penal, con las excepciones o formalidades previstas en la propia Lecrim.

Tanto el Art. 367, como el 368 (véase infra b), son pues delitos especiales, en los que caben las formas generales de participación, inducción o complicidad. La coautoría del particular en los delitos previsto en el Art. 367 sólo puede castigarse por los delitos comunes previstos en los Art. 497 a 499. Cabe también la autoría mediante del funcionario o autoridades que se sirve para revelar el secreto o información de una persona que actúa atípica o justificadamente, como, por ejemplo, un periodista que publica la información que se le ha suministrado.

La nueva regulación del Art. 367 sigue manteniendo la cualificación, que entiendo como cualificación por el resultado, es decir, basta que se dé imprudencia respecto a que la revelación de los secretos oficiales produzca grave daño para la causa pública o para tercero (Cfr. Art. 367, 2º, penas: prisión menor e inhabilitación).

Por lo demás, respecto a los tipos básicos, de revelación de secretos oficiales o privados, se requiere el dolo, tanto en relación con la revelación misma. Aunque en la práctica es posible la imprudencia que en forma de indiscreción, descuido o negligencia, puede dar lugar a la revelación de datos confidenciales, parece que aquí, al no haber una previsión expresa para la punición de la imprudencia, como del Art. 135 bis d) y no ser tan importantes los secretos de que se trata, debe delimitarse la responsabilidad penal a la dolosa, dejando a salvo, naturalmente, la responsabilidad disciplinaria para los casos de imprudencia.

## **b) Uso indebido de secretos e información privilegiada**

Dice el Art. 368. "El funcionario público o autoridad que, haciendo uso de un secreto de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, obtuviere un beneficio económico para sí o tercero será castigado con penas de inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido o facilitado. Si resultare daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial.

A los efectos de este Artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada".

El Art. 368 constituye la principal novedad de la reforma de 1991. La penalización de la revelación de secretos, oficiales o privados, ni en el caso del funcionario o autoridad, ni en el particular, agota todas las formas de utilización abusiva de los mismos. Es posible también imaginar que alguien que pertenece al círculo de las pocas personas que conocen un dato o información reservada o secreta utilice ese conocimiento en beneficio propio (o ajeno) sin necesidad de revelarlo o descubrirlo a un tercero. Basta, por ejemplo, que sepa que el Ayuntamiento va a reclasificar unos terrenos y permitir su urbanización, para que antes de que ello trascienda compre algunas parcelas que en poco tiempo multiplicarán por diez su valor. O al contrario, que la Administración va a expropiar su finca para hacer allí un establecimiento penitenciario, vendiendo la finca todavía a buen precio a un ingenuo que pensaba construir allí un complejo turístico.

La utilización de secretos o de información que aun no han trascendido para conseguir

un beneficio económico, es una forma de lucro bastante frecuente en el mundo de los negocios, y hasta cierto punto consustancial con él. Las mayores fortunas en el mundo se han hecho por quienes desde el poder o en sus cercanías han utilizado los conocimientos que su posición le brindaba para emprender cualquier actividad comercial, desde invertir en acciones de una determinada compañía, hasta comprar determinados productos que van a escasear en el futuro, pasando por constitución de sociedades específicamente dedicadas a actividades que, tras una determinada decisión política, se revalorizan enormemente bien sean de carácter turístico, industrial o comercial.

Se rompe así el principio de igualdad y de libre concurrencia que caracteriza la economía de mercado reconocida expresamente en el Art. 38 de la Constitución. Desde luego es más que sabido que una economía de mercado presidida por el principio de igualdad de las partes concurrentes (lo que se llama competencia perfecta, atonicidad y perfecta transparencia, homogeneidad del producto libre entrada en la industria, etc.), ni existe, ni ha existido jamás. Los sistemas económicos modernos se caracterizan por una economía dirigida desde los grandes trusts y monopolios (en el sistema capitalista), o por el Estado (en el sistema socialista), que generan decisiones cuyo conocimiento anticipado privilegiado puede ser fuente de enriquecimiento para los que lo posean. Estas personas "enteradas" (o "insiders", en la terminología anglosajona, "initiés" en terminología francesa) pueden llegar a ser los verdaderos dueños de la economía si utilizan esa información en beneficio propio.

Los abusos a que estas situaciones de privilegio han dado lugar, han hecho surgir en los últimos años una corriente proclive a su penalización, si bien limitándolas a algunos

sectores económicos especialmente sensibles a este tipo de fenómeno. Fue así como en los Estados Unidos, tras el crack bursátil de 1932 aparecieron en los años treinta sendas leyes que sancionaban las afirmaciones falsas y el aprovechamiento de informaciones reservadas, confidenciales y privilegiadas en las operaciones bursátiles de compraventa de títulos-valores (véase a este respecto, GONZALEZ CUSSAC, El abuso de información privilegiada, en C.P.C., No. 37, 1989, p. 121 y ss.). Después de la Segunda Guerra Mundial esta preocupación se extendió a los países europeos económicamente más fuertes, como la República Federal de Alemania, el Reino Unido, Francia, Suiza e Italia, en los que paulatinamente se ha ido abordando el problema, si bien no siempre desde el prisma del Derecho penal. Esta preocupación por el abuso de información privilegiada ha llevado incluso a la aprobación de una propuesta de directiva de la Comunidad Económica Europea en 1987 de coordinación de las normas relativas a las operaciones de iniciados, en cuyo Art. 11 se recomienda a los Estados miembros de adopción de sanciones disuasorias (Cfr. GONZALEZ CUSSAC, ob. cit. p. 135).

En todos estos países la intervención del Derecho Penal se limita al ámbito de las operaciones bursátiles, sin mencionarse expresamente el abuso de información en otros ámbitos o por personas distintas a las denominadas "brokers" o "insiders" de la Bolsa.

En España el problema se aborda por primera vez y expresamente en la Ley de Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, cuyo Art. 81 dice:

"Quienes dispongan de alguna información privilegiada deberán abstenerse de realizar, directa o indirectamente, cualquier tipo de

operación en el mercado sobre los valores a que la misma se refiere. Igualmente, se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o recomendar la adquisición o cesión de los valores citados. A los efectos de la presente ley, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, referente a uno o varios valores, que no haya sido dada a conocer al público y que, de haberse hecho pública, hubiera podido influir de modo relevante en su cotización”.

En este precepto se sigue, como se ve, el sistema de prohibir la utilización de información privilegiada reservándola al mercado de valores, es decir, a las operaciones bursátiles. Pero esta Ley carece de sanciones penales, llegando todo lo más a imponer las sanciones previstas en el Art. 101 que son de carácter administrativo (multa, suspensión, etc.).

Esta restricción al mercado de valores tiene sentido por cuanto es este un sector económico especialmente sensible a la especulación y a las oscilaciones del mercado. La rapidez con la que se realizan las operaciones bursátiles, la permeabilidad de estas a la coyuntura política, económica y social de cada día y a los movimientos internacionales aconsejan la prohibición del abuso de información privilegiada en este sector, por más que sea dudoso si esta prohibición debe ser reforzada penalmente. (En este sentido, se pronuncia la doctrina penal española que se ha ocupado del tema, si bien restringiendo el ámbito de intervención del derecho Penal sólo a los casos más graves y siempre que se realice con ánimo de lucro, véase al respecto los Artículos de AUGER LIÑAN, SANCHEZ CALERO y RODRIGUEZ MOURULLO, en Poder Judicial, número especial IX dedicando a las Nuevas formas de delincuencia, y sobre todo, el Artículo de GONZALEZ CUSSAC, cit. p. 138 ss.).

Sin embargo, prácticamente a nadie se le había ocurrido hasta ahora preconizar el castigo de la utilización indebida información privilegiada específicamente como delito de los funcionarios públicos o autoridades. Ciertamente, es este un sector muy proclive a este tipo de comportamiento. La intervención estatal de la Economía, incluso en los países de más raigambre capitalista, es un hecho evidente que no necesita de especial demostración; y no sólo indirectamente, a través de los impuestos y de las leyes que disciplinan la actividad económica privada, sino también directamente como sujeto económico, adoptando la forma de empresa pública o mixta e interviniendo en el mercado. De un modo u otro la Administración actúa y toma decisiones de carácter económico o con incidencia en la economía y lo hace, obviamente, a través de sus funcionarios y de las autoridades políticas que toman, o participan en la toma de decisiones.

No es extraño, pues, que desde siempre se haya mostrado particular empeño en evitar que el funcionario o la autoridad política se aprovechen de su cargo u oficio para lucrarse económicamente o lucrar a otros. De un modo u otro, la situación de prevalencia en la que se encuentran frente al ciudadano de a pie, facilita en que pueda aprovecharse de ella, lo que obviamente conculca los principios más elementales que deben inspirar el ejercicio de la función pública: el de imparcialidad sobre todo, pero también el de un ejercicio correcto y honesto de dicha función.

Como decíamos antes respecto al tráfico de influencias, el abuso del poder político como forma de enriquecimiento ha sido una de las lacras de nuestra administración a través de la historia, y no solo de la más reciente. El sentido patrimonialista de la función pública se evidencia en los negocios particulares que se realizan desde el poder o

a través de él aprovechándose de las ventajas y conocimientos que ofrece el mismo. Nunca como en estos casos se puede decir que "el saber es poder", o a la inversa que "el poder es saber". El Ministro del ramo sabe cuales van a ser las características de los ordenadores, o de los uniformes de los ordenanzas que va a comprar el Ministerio y puede adaptar la convocatoria del concurso a una determinada marca o avisar a unos amigos para que preparen con tiempo la oferta que más conviene. El alto funcionario del Ministerio de Comercio puede avisar a alguien de la importación que se va a autorizar de unas determinadas máquinas, cuya concesión obtiene para España esa persona. El alcalde compra terreno y los pone a nombre de su mujer, tras cerciorarse de que el grupo mayoritario va a votar la conversión de esos terrenos en una urbanización de lujo.

Son sólo ejemplos cuyo parecido con la realidad es pura coincidencia, que demuestran cómo la información privilegiada o el conocimiento de hechos que pueden calificarse de secretos puede ser utilizada con incluso mejor fortuna que en el ámbito del mercado de valores y, desde luego, con mayor trascendencia económica para los individuos y la sociedad.

Afortunadamente, en una sociedad democrática, mientras más transparente sea la gestión pública y más eficaz sea la oposición y el control político del poder, menores serán las posibilidades de que este tipo de hechos se produzcan. Pero como recientes escándalos demuestran, no son suficientes los sistemas de control político, ni de exigencia de responsabilidades políticas, para atajar este y otros abusos similares. El Derecho penal, una vez más, y de acuerdo con el principio de accesoria y de intervención mínima, aparece como el último bastión protector de la pureza y de la eficacia de un sistema, en el que, teóricamente al menos, nadie es más que

nadie y en el que, en ningún caso, el poder político puede ser una prebenda o una forma de lucrarse ilícitamente saltándose las reglas y principios que rigen para los demás miembros del sistema.

En el perfeccionamiento del sistema y como protección reforzada del mismo frente a nuevas formas de criminalidad, parecía, pues, necesario la creación de este delito de utilización de secretos e información privilegiada por parte de funcionarios o autoridades, que ahora se tipifica en el Art. 368.

Pero ¿hasta qué punto es necesario este nuevo tipo delictivo?

Ciertamente, los tipos delictivos relacionados con el secreto o la información privilegiada sólo castigan su revelación, divulgación o descubrimiento, no su utilización en provecho propio. Ello constituye una laguna deplorable en algunos casos. Así, por ejemplo, es impune la utilización en beneficio propio del secreto industrial, ya que el ámbito de punición del Art. 499 alcanza sólo al descubrimiento, es decir, a la revelación a un tercero. Si un empleado de la Coca Cola llega a conocer la fórmula secreta de tan famosa bebida y monta su propia fábrica haciéndose rico, no cometería delito alguno de descubrimiento de secreto, aunque si quizás uno de competencia desleal.

Tampoco los Arts. 367 y 368 en su anterior redacción prevenían en relación con el funcionario la penalización autónoma del uso indebido del secreto que el funcionario conociera por razón de su cargo cuando ese uso no consistía en revelación.

Quizás se pensaba que la mayoría de los usos indebidos del secreto irían precedidos de su revelación con lo que la punición expresa no es necesaria. Sin embargo, la realidad demuestra lo contrario. Mirados estos delitos desde el punto de vista de la

intimidad, el ataque a la misma solo se produce con la revelación a terceros del hecho que le afecta. El simple saber para si es impune. Claramente se demuestra esto en el Art. 497, en el que aunque se castigue ya el simple apoderamiento de las cartas, papeles o documentos en el que constan los secretos, este apoderamiento solo es punible si se lleva a cabo con ánimo de descubrir los secretos. Con aun mayor claridad se observa este elemento trascendente al simple conocer el secreto en los Art. 498 y 499, en los que precisamente se parte de que el sujeto conoce ilícitamente el secreto por su relación personal o laboral con el titular del mismo; y en los Arts. 122 bis y 135 bis a), bis b), bis c) y bis d), si bien en algunos de estos preceptos se castiga además el falseamiento y la inutilización de información legalmente clasificada, lo que implica un uso indebido de la misma. En los Arts. 192, 2º y 366 se castiga la apertura de correspondencia, pero nada se dice tampoco sobre la utilización indebida de la misma que puede constituir un delito distinto del descubrimiento y revelación de secretos o de injurias o calumnias, pero que no es punible como tal.

El Código Penal en relación con los funcionarios y autoridades había utilizado, sin embargo hasta la fecha otras vías para sancionar este hecho. Partiendo de la idea de que el conocimiento privilegiado de datos secretos o informaciones profesionales, en tanto no sea revelado a terceros, no es punible, pero sitúa al funcionario o autoridad que lo posee en un plano de superioridad respecto al administrado, ha elevado a la categoría de delitos específicos para el funcionario o autoridad aquellos casos en los que estos ejercen profesiones o actividades incompatibles con la función pública que desempeñan o intervienen en beneficio propio en la contratación administrativa. Ejemplos

característicos de ellos son los Arts. 198, 400, 401 y 404.

El Art. 198, por ejemplo castiga con la pena de inhabilitación especial y multa a la "autoridad o funcionario público que, prevaliéndose de su cargo, ejerciera alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales o interviniera directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro", El Artículo anterior 404 no es más que un subtipo, privilegiado, del Artículo anterior que castiga a determinadas autoridades que realicen ciertas actividades dentro de su jurisdicción o cuando se mezcla directa o indirectamente en operaciones agro, tráfico o granjería; y los Arts. 400 y 401 la participación ilícita a título individual o conectadamente, en contratos en los que el funcionario debe intervenir por razón de su cargo.

Común a todos estos tipos delictivos es, como dice la S.T.S. 29 de mayo de 1989 (comentada por LUZON en La Ley, 1989) respecto al Art. 401, el interés de la Administración Pública, "pero más aun el moral que el patrimonial, pues aunque este tipo de hechos potencialmente podrían afectar a los intereses económicos, no se exige el requisito efectivo del perjuicio patrimonial - la oferta puede ser ventajosa incluso (se trataba de un Alcalde que había hecho adjudicar el contrato de suministro de hormigón a una empresa de la que era presidente y copropietario)- como tampoco el lucro efectivo del sujeto: hay una presunción de las posposición del interés público al privado".

"Luego lo que importa al legislador, sigue diciendo la citada sentencia, es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver garantizar su imparcialidad frente a los administrados en general y frente a los

competidores ofertantes en las contrataciones en particular. Incluso, si él no fuera el que directamente decidiera, queda la grave sombra de su influencia sobre el subordinado que le supliría en la adopción del acuerdo.

Y ello sin contar con la ventaja que, a efectos de formulación de oferta, le daría la información con que cuenta en su posición desde dentro de la entidad, o mejor dicho en las dos entidades, la Administración y la empresa contratista, lo que hace recusable su participación como decisor y como parte intervenida.

En definitiva, parece, pues, que de algún modo, estos delitos, o por lo menos el Art. 401, tienen también en cuenta la información privilegiada y el tráfico de influencias ya analizado, que ahora se tipifican expresamente. Quiere esto decir que los nuevos delitos son superfluos.

En cierto modo, si, en la medida en que la mayoría de los supuestos de hecho en ellos comprendidos lo estaban ya en otros tipos delictivos. Pero no tanto en la medida en que expresamente tipifican lo que anteriormente, podía entenderse que estaba tipificado, pero no expresamente, sino a través de un proceso interpretativo que no estaba muy lejos de la analogía.

Imaginemos que en el caso juzgado en la S.T.S. 29 de mayo 1989, el Alcalde conociendo que el grupo de mayoritario en el Ayuntamiento había decidido aprobar la construcción de una urbanización de lujo en unos terrenos baldíos y que esta decisión se iba a llevar al próximo pleno donde con toda seguridad iba a ser aprobada, compra a bajo precio esos terrenos antes de que la decisión se adopte o de que trascienda la noticia, y que luego en los terrenos de su propiedad hiciera construir un hotel que contratara con su propia empresa. Difícilmente sería aplicable el Art. 401, ni ningún otro precepto penal que no fuera el nuevo Art. 368, y es que

este nuevo precepto viene a colmar lagunas que los Arts. 198, 400, 401 y 404 presenta, porque exigen una involucración personal, directa o indirecta, de la autoridad o funcionario en actividades, en las que por la propia legislación extra penal de funcionarios de contratos administrativos y la electoral debe abstenerse de intervenir. Y estas incompatibilidades con ser amplias y subsistir aun dos años después de haber cesado en el cargo, por su ámbito subjetivo, no abarcan todos los supuestos en que un funcionario o actividad puede prevalecerse del cargo y mucho menos los casos en que lo haga, sin ejercer alguna actividad incompatible o mezclarse en la contratación administrativa, simplemente utilizando los conocimientos reservados que tiene por razón del cargo.

Por ello, el legislador en un intento por extremar las preocupaciones frente a los abusos y corruptelas del poder de los que, por supuesto, tampoco está libre la democracia, ha hecho resucitar el delito de utilización indebida de información privilegiada y secretos que ya se encontraba previsto en el Proyecto de Castigo Penal de 1980 (Art. 468) y en la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal (Art. 397), si bien con algunas particularidades notables que seguidamente vamos a exponer.

#### **Elementos del delito de uso de información privilegiada**

El bien jurídico protegido en el nuevo precepto es, como en casi todos los delitos cometidos por funcionarios o autoridades en el ejercicio de sus cargos, la rectitud y la imparcialidad de la Administración, pero también la preeminencia del interés privado y, por supuesto, también el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley que no debe admitir que el poder político se utilice en beneficio particular del que lo detenta.

Sujeto activo sólo puede serlo el funcionario público o autoridad al que con tanta amplitud se define en el Art. 119. La restricción del círculo de autores a estos sujetos no excluye, sin embargo, las reglas generales de la participación. Siendo delitos especiales propios no cabe hablar de coautoría ni de autoría mediata, con lo que se plantea el problema de cómo puede inculparse la conducta del particular que hiciere uso de la información recibida. La impunidad sólo puede ser salvada, o convirtiendo al particular en partícipe o, lo que es más aconsejable, tipificando expresamente el uso de la información recibida por parte del particular, al modo que lo hacían el Art. 468 del Proyecto del 89 o en 397 de la Propuesta de 1983.

La conducta típica consiste en hacer uso del secreto o información privilegiada. También aquí se plantea el problema de si puede entenderse por tal la comunicación del secreto o información a un tercero. A mi juicio, ello no es posible, pero no se crea, al menos para el funcionario, es esta interpretación una laguna de punibilidad, porque siempre sería aplicable el Art. 367 (revelación de secretos).

Difícilmente imaginable es la comisión por omisión pues la expresión "haciendo uso" requiere normalmente un comportamiento activo (comprar acciones, intervenir en algún tipo de actividad compatible, etc.). La simple omisión (a la vista de la información privilegiada abstenerse de hacer lo que se pensaba hacer, por ejemplo: comprar las acciones de una determinada sociedad) es, por tanto, y aparte de las dificultades probatorias, impune.

Objeto material es el secreto o la información privilegiada. El secreto, hecho sólo conocido por un círculo de personas, puede ser público o privado, pero es necesario que haya sido conocido por el funcionario o autoridad por razón de un oficio o cargo. Si

no es así, su utilización como tal es impune. Piénsese en un alto cargo del Ministerio de Justicia que recibe información de un amigo suyo que va a hacer una ampliación a la par de las acciones de un banco. Otra cosa sería que el alto cargo fuera del Ministerio de Hacienda o del Banco de España y que tuviera que intervenir de algún modo en la autorización de dicha ampliación.

La misma interpretación restringida hay que dar en relación con información privilegiada. Esta es definida expresamente en el párrafo 2º del Art. 368, siguiendo la definición contenida en el Art. 81 de la Ley del Mercado de Valor. Por tal se entiende: "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".

Elemento particular de este concepto son tanto el carácter concreto de la información (es decir, referida a un ámbito determinado), como el que sea desconocida para el público (es decir, no haya sido notificada, publicada o divulgada). Respecto a este último requisito no es suficiente el simple rumor o la vaga aparecida en la prensa para hacerle perder el carácter de información privilegiada, aunque a veces la información periodística sin confirmar puede convertirlo en un hecho ya notario. En este caso, habrá que estar a la fecha en que la información empieza a ser conocida y la fecha en que el funcionario o la autoridad ya la poseía, para ver si efectivamente llegó a utilizarse indebidamente.

En todo caso, la constatación del abuso del cargo u oficio es fundamental, pues, si la información se obtiene por otras razones, su utilización no constituye el delito previsto en el Art. 368.

El tipo exige para su consumación la obtención de un beneficio económico, para sí o para un tercero. En función de este

beneficio se determina la pena de multa, que junto a la inhabilitación especial se impone en el tipo básico. Ello plantea el problema de si este beneficio no se produce, pero se demuestra el efectivo uso de secreto o información privilegiada, caben las formas imperfectas de ejecución y como se calcula de este caso la multa.

Creo que este caso se debería valorar el importe que hubiera podido alcanzar ese beneficio y en función de ese cálculo imponer la pena inferior que corresponde por la tentativa o frustración. No se me oculta la dificultad que ello encierra en la práctica pero el mismo problema se da también en otros delitos donde la multa se determina de igual forma (Crf. por ejemplo, Art. 401); y en todo caso, ello no implica que las formas imperfectas de ejecución no sean punibles o que la obtención del beneficio sea una condición objetiva de punibilidad.

El tipo subjetivo requiere el dolo que lógicamente debe abarcar la obtención del beneficio. Sin embargo, la producción de un grave daño para la causa pública o para un tercero se configura como una cualificación por el resultado respecto a lo que sólo es exigible imprudencia (pena, prisión menor, además de inhabilitación y la multa).

### C) Cohecho impropio

La reforma del Art. 390 apenas tiene otro alcance que el estilístico en la configuración del supuesto de hecho típico; sin embargo se han modificado las penas aplicables, sustituyendo la pena de suspensión por la de arresto mayor (dándole con ello un mayor sentido agravatorio) y determinando la pena de multa en función del valor de la dádiva o regalo (el tanto al triplo del mismo, sin que pueda bajar de 100.000 pesetas), unificando

así el criterio de determinación de la multa en todos los tipos de cohecho.

Dice así el Art. 390: "El funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, será castigado con la pena de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de dádiva o regalo, sin que pueda ser inferior a 100.000 pesetas".

La sustitución de las expresiones "presentados" por "ofrecidos" y la de "oficio" por la de "función" es puramente estilística y tampoco añade gran cosa la nueva expresión "acto no prohibido legalmente" en lugar de la anterior "acto justo".

El problema tanto ahora como antes es la "adecuación social" como criterio de interpretación de este delito. Aunque en el ejercicio de la función pública el funcionario no debe admitir del particular ningún tipo de contraprestaciones económicas, ni siquiera indirecta, pertenece a los usos sociales, sobre todo en comunidades pequeñas, ofrecer al funcionario algún tipo de regalo en correspondencia a "pequeños favores" que este puede hacer que van desde ahorrarle al particular la pesada espera en la larga cola ante la ventanilla, hasta rellenarle el mismo funcionario los complicados formularios que el ciudadano tiene que rellenar para pedir un subsidio de desempleo. Realmente, nada de esto debería de suceder si la Administración funcionara correctamente, pero es inevitable que el ciudadano quiera ahorrarse molestias e incomodidades y "gratifique" de algún modo al funcionario que le ayuda. Esta gratificación puede ir desde el ofrecimiento de un cigarrillo puro, hasta la invitación a un café o cerveza, o el envío de un ramo de flores. Ya más lejanos de la consecución de un acto concreto están los regalos de onomástica, cumpleaños, etc., que

puntualmente suelen enviar los ciudadanos “agradecidos” a los funcionarios “benefactores”.

Mientras estas dádivas o regalos no pasen de cuantías moderadas o de lo que en los usos sociales (variables según la zona geográfica y el carácter de sus gentes), se considere forma habitual de relación amistosa (invitar a una cerveza, ofrecer tabaco, etc.), el Art. 390 no debe ser aplicado, por más que el regalo se realice en consideración a la función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

El problema se plantea cuando estas dádivas o regalos exceden de lo que se considera “adecuado socialmente”. Desde luego es chocante ver al funcionario que acaba de hacer un favor, comiendo con el “favorecido”, invitado por éste, en un restaurante de cuatro tenedores, succulentos manjares, acompañados de selectas bebidas y no menos chocante sería que el funcionario se pasara con toda su familia un mes de vacaciones pagadas en un hotel propiedad del ciudadano “agradecido” o recibiera de éste el día de su santo diez jamones de “pata negra” de 10 kilos cada uno. Y aunque ello no fuera de entidad suficiente como para mover la voluntad del funcionario a conceder sus favores, no cabe duda de que la habitualidad en este tipo de prácticas por parte de empresas muy fuertes en el sector en el que precisamente actúa el funcionario, corroe la honestidad e integridad profesional del mismo, como la gota cava la piedra.

Por lo menos a nivel disciplinario debería sancionarse la aceptación de vacaciones pagadas, tours de ejecutivos, invitaciones a congresos en las Bahamas, etc., que tan de

moda se están poniendo. Aunque solo fuera por eso de que “la mujer de César no solo debe ser honrada, sino parecerlo”, las comidas de trabajo, las invitaciones a carísimos restaurantes, los regalos en forma de carteras de piel y bolsos de cocodrilos, deberían desaparecer de la praxis de lo “adecuado socialmente” en el ámbito de la función pública. Desde luego no parece correcto ver el día antes del juicio al abogado invitando a cenar al juez, o al opositor a notarias o a cátedras cenando con un miembro del Tribunal que ha de juzgarlo. El “factor humano” nunca debe desaparecer de las relaciones entre Administración y administrado, pero tampoco potenciarse tanto hasta el punto de preferirse a criterios objetivos de cualificación, imparcialidad, justicia y eficacia.

El Art. 390 puede cumplir también una función de recogida de muchos supuestos de cohecho en los que no se puede demostrar efectivamente la entrega de una contraprestación económica por el acto realizado por el funcionario. En este sentido, cenas y ramos de flores pueden ser el humo que nos lleve a dádiva más sustanciosas capaces de doblegar las voluntades más puras. Igualmente, puede ser también el indicio de un “tráfico de influencias”, tal como se tipifica ahora en los Arts. 404 bis a), bis b) y bis c); y puede ser finalmente, la prueba de que “algo huele a podrido en Dinamarca” y de que ya va siendo hora de que se acabe con todo esto. Aunque el Código Penal no sea la panacea y la tímida reforma de 1991 no sea más que un gesto tampoco está de más que algo empiece a moverse para sensibilizar la conciencia tantos años adormecida por la “adecuación social” de estos hechos.