



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO

TÍTULO: LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN
PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PREVIO A OPTAR EL GRADO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y
JUZGADO DE LA REPÚBLICA

NOMBRE DEL ESTUDIANTE:

ALBA REINOSO VITERI

NOMBRE DEL TUTOR:

DANIEL KURI

SAMBORONDÓN, AGOSTO, 2019

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

Resumen

El presente trabajo se centró en un análisis de la figura delictiva del abuso de información privilegiada y en el tratamiento que Ecuador le brinda a la misma. Se inició el análisis, mediante el estudio de un inventario legal, donde se detallaron los escenarios penalmente relevantes en cuanto a la reserva de información. De manera posterior se analizaron las características generales del delito, las cuales fueron de ayuda para encontrar el delito que subsume la conducta. Por lo cual, se concluyó que si bien la conducta de difundir información privilegiada se puede subsumir dentro de un tipo penal ya existente, existe un inconveniente y un vacío legal en cuanto al tratamiento brindado para el uso de la información privilegiada.

Palabras claves: *información, privilegiada, abuso, regulación.*

Abstract:

The present work focused on an analysis of the criminal figure of abuse of privileged information and on its treatment in Ecuador. The analysis was initiated, through the study of a legal inventory, where the criminally relevant scenarios regarding the privileged information were detailed. Subsequently, the general characteristics of the crime were analyzed, which were helpful in finding the crime that subsumes the conduct. Therefore, it was concluded that although the behavior of spreading privileged information can be subsumed within an existing criminal type, there is a problem and a legal void regarding the treatment provided for the use of privileged information.

Keywords: *information, privileged, abuse, regulation.*

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

I.- Introducción

Para un funcionamiento correcto de la economía del país, el mercado de valores juega un rol trascendental dentro de su desarrollo puesto que, se busca una mejor captación del ahorro y a su vez incentivar la inversión. Es por ello, que el mercado de valores debe ser lo más eficiente posible buscando bajo toda circunstancia el cumplimiento de sus principios rectores, dentro de los cuales encontramos: la eficiencia, transparencia y protección e igualdad de los inversores. En relación al último principio, dentro de la doctrina se establece que los consumidores deben ser protegidos en igualdad de condiciones, por lo cual se debe reprimir toda conducta que cree un desequilibrio entre ellos. Una de ellas, es el uso o abuso de información privilegiada, una figura delictiva que perjudica el correcto funcionamiento del mercado de valores.

Sin embargo, a pesar de que la presente figura antijurídica se encuentra regulada dentro del artículo 27 del libro II "Ley de Mercado de Valores" dentro del Código Orgánico Monetario y Financiero, existen ciertos vacíos legales en relación a la determinación de la sanción de dicha conducta. Debido a esa razón, el presente trabajo se centrará en el análisis del ilícito mencionado, partiendo desde una revisión de los distintos escenarios dentro de nuestra legislación donde existe una reserva de información, el estudio de la noción de información privilegiada, un detalle de las características generales del delito de abuso de información privilegiada y por último, resaltar la importancia de su inclusión como tipo penal dentro del Código Orgánico Integral Penal.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

II.- La relación normativa entre el COIP y el abuso de información privilegiada

A pesar que dentro del Código Orgánico Integral Penal¹ no existe un tipo penal que regule directamente el ilícito del abuso de información privilegiada es necesario destacar los distintos escenarios dentro de nuestra legislación donde existe reserva de información y, a su vez, en cuáles casos dicha acción es penalmente relevante. Principalmente hay que destacar dos artículos del COIP: El artículo 179 referente a la revelación de secretos y el artículo 310 relacionado a la divulgación de información financiera reservada. Para poder resaltar la relevancia de ambos artículos, se debe marcar una línea divisoria que permita separar cuando existe violación de un secreto y cuando por disposición de ley se cataloga a la información como reservada. Por un lado, la violación de secreto se desarrolla dentro del ámbito del derecho a la intimidad puesto que, de acuerdo a Muñoz Conde, se entiende por secreto a "determinados hechos que sólo son conocidos por ella o por un círculo reducido de personas [...] que de ser revelados afecten a su vida privada y, por tanto, a su intimidad"². Por otro lado, de acuerdo al artículo 17 del Código Orgánico Monetario Y Financiero, la información reservada es catalogada con dicha distinción por calificación motivada de la Junta de Política y Regulación Monetaria Financiera y queda a su discreción calificar como reservada la información que se encuentre vinculada con los ámbitos de su gestión. Habiendo explicado dicha diferencia, de igual manera se debe señalar que aunque ambas infracciones pueden ser consideradas similares, su diferencia trascendental consiste en la identidad del titular del bien jurídico lesionado. Pues, a diferencia

¹ Código Orgánico Integral Penal promulgado en el Registro Oficial 180 el 10 de febrero del 2014.

² MUÑOZ, Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, p. 233.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

del delito de revelación de secreto el cual tiene como sujeto pasivo a una persona natural, el delito de divulgación de información financiera reservada posee como sujeto pasivo al Estado ya que, al hablar de información reservada, se enfoca en información sensible que pueda afectar a la economía del Estado.

En relación a ello, en especial en cuanto a la información reservada, se debe analizar el artículo 233 del COIP referente a los delitos contra la información pública reservada legalmente. Si bien el primer inciso se enfoca en destrucción o inutilización de dicha información, el tercer inciso por el contrario, se centra en la revelación de información reservada. Sin embargo, posee la característica de ser imputable únicamente cuando dicha información comprometa la seguridad del Estado. Para ello es necesaria la remisión a la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública³ debido a que, dentro del artículo 17, brinda otra definición de información reservada, de la brindada por el Código Orgánico Monetario Y Financiero. La información dentro de dicho artículo es catalogada con la distinción de reservada por el Consejo de Seguridad Nacional, el cual cumplirá con la misma obligación impuesta a la Junta de Política y Regulación Monetaria Financiera de calificar motivadamente su decisión; con la diferencia de que en el presente caso la razón de dicha distinción es por razones de defensa nacional. Por consiguiente, se puede deducir que la definición de información reservada brindada por la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la

³ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública promulgada en el Registro Oficial Suplemento 337 el 18 de mayo del 2004.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

Información Pública, se adecúa al objeto que busca proteger el tercer inciso del artículo 233⁴.

Asimismo, se debe analizar otro artículo de vital importancia dentro del COIP: El artículo 180 gira en torno a la información de circulación restringida, la cual según Reátegui Sánchez se caracteriza por ser "secreta y de difícil acceso [...] y causar un impacto nocivo a ciertos grupos si la misma se revela"⁵. Es por ello que al artículo en cuestión castiga su difusión y establece que se catalogará con dicha distinción a tres tipos de información: "1. La cual por disposición de ley se encuentra bajo la protección de una cláusula de reserva. 2. Información dentro del ámbito de una investigación previa. 3. Información referente a las niñas, niños y adolescentes que trasgredan sus derechos"⁶. A su vez, se debe destacar que a diferencia de ciertos delitos explicados previamente, el presente ilícito se caracteriza por ser un delito común, lo cual significa que al sujeto activo no se le exige ninguna calificación especial, es decir puede ser ejecutado por cualquier persona.

Después de señalar lo anterior, surge una interrogante en relación a la información que no debe ser divulgada dentro del Código Orgánico General de

⁴ Dicho artículo expresa: "Artículo 233.- Delitos contra la información pública reservada legalmente.- [...] Cuando se trate de información reservada, cuya revelación pueda comprometer gravemente la seguridad del Estado, la o el servidor público encargado de la custodia o utilización legítima de la información que sin la autorización correspondiente revele dicha información, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años y la inhabilitación para ejercer un cargo o función pública por seis meses, siempre que no se configure otra infracción de mayor gravedad".

⁵ REÁTEGUI, James, *Tratado de Derecho Penal*, p. 221.

⁶ Dicho artículo expresa: "Artículo 180.- Difusión de información de circulación restringida.- La persona que difunda información de circulación restringida será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Es información de circulación restringida: 1. La información que está protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente prevista en la ley. 2. La información producida por la Fiscalía en el marco de una investigación previa. 3. La información acerca de las niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo previsto en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia".

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

Procesos⁷ puesto que, de existir la infracción, surge la duda de si nos encontramos ante una revelación de secreto regulada por el artículo 179 del COIP o ante la difusión de información de circulación restringida tipificada en el artículo 180. Dentro del COGEP, al hablar de la transparencia y publicidad de los procesos judiciales⁸, se establece expresamente que existirá información concerniente a los procesos que con la finalidad de precautelar la intimidad, honor o seguridad de un individuo no será de dominio público. Teniendo en consideración lo establecido en el artículo 180 del COIP, donde se establece como uno de los tipos de información de circulación restringida a aquella información designada por disposición de la Ley bajo cláusula de reserva. Se puede determinar que dicha información al poseer una determinación expresa en la cual se manifiesta que será reservada se adecúa a dicho tipo penal.

De la misma manera, debe de tomarse en consideración una de las modalidades del peculado -establecido en el artículo 278 del COIP- dentro del cual se determina la actuación de los servidores públicos que se encuadren en el aprovechamiento económico de documentos catalogados como reservados o de circulación restringida que hayan estado bajo su tutela por motivos del cargo que ostentan. En primer lugar, aunque la presente modalidad presenta algunos elementos en común con delitos previamente explicados, existen ciertos elementos constitutivos que marcan la diferencia y que sirven, a su vez, para

⁷ Código Orgánico General de Procesos promulgado en el Registro Oficial 506 el 22 de mayo del 2015.

⁸ Dicho artículo expresa: "Artículo 8.- Transparencia y publicidad de los procesos judiciales. La información de los procesos sometidos a la justicia es pública, así como las audiencias, las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas. Únicamente se admitirá aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona. Son reservadas las diligencias y actuaciones procesales previstas como tales en la Constitución de la República y la ley".

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

explicar la existencia de dicha modalidad de peculado. Así, según Zambrano Pasquel, dicha modalidad busca "proteger el buen funcionamiento de la administración pública ya que, la modalidad es una verdadera forma de defraudación, porque hay el empleo del abuso de la función de un servicio público"⁹. Sin embargo, a diferencia de los casos de los Arts. 179 y 180, este es un delito especial donde el sujeto activo de la acción debe de cumplir dos exigencias: la calidad de servidor público y que deba adquirir o conocer los informes o documentos dentro de la órbita de su competencia como funcionario¹⁰. De la misma manera, a diferencia de los artículos previamente analizados, la presente modalidad de peculado requiere para su configuración que exista un beneficio económico, bien en provecho propio o de un tercero.

III.- La Información privilegiada en el mercado de valores

La noción de información privilegiada surge como resultado de la consecución del funcionamiento eficiente del mercado de valores. Se busca satisfacer la necesidad de conservar los principios que orientan el equilibrio y el buen funcionamiento del mismo,¹¹ entre los cuales encontramos la confidencialidad, transparencia e igualdad. Su principal objetivo se enfoca en salvaguardar tanto al inversionista, como a la rentabilidad que pueda poseer su inversión. Es por ello, que la información privilegiada aparece dentro de la esfera del mercado de valores como una herramienta preventiva, delineada para impedir

⁹ ZAMBRANO, Alfonso, *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, p. 248.

¹⁰ ZAVALA, Jorge, *Peculado General y Bancario*, p. 80, indica que la estructura del peculado se basa en la conducta abusiva de sujetos dotados con una cualidad especial, que en el presente escenario es el hecho de ser funcionarios, servidores públicos o personas que se les ha atribuido el ejercicio de una potestad pública.

¹¹ PRADO, Arturo, *Acerca del concepto de información privilegiada en el mercado de valores chileno: su alcance, contenido y límites*, pp. 237-269.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

aquellas maniobras que tengan como resultado la turbación del equilibrio de los principios básicos, que cualquier negociación debe poseer¹².

En relación a su concepto dentro de la doctrina, Núñez la define como “aquella información que presentando caracteres de relevancia y concreción, no ha sido aún divulgada al mercado, de manera que su conocimiento le pertenece a un reducido número de individuos, sea por sus funciones o relaciones dentro del mercado de valores, que al acceder a ella, se sitúan en un nivel privilegiado al conocer hechos de importancia por su impacto en el evento que sean divulgados”¹³. Para complementar dicho concepto, es necesario remitirse a la definición brindada por el Código Orgánico Monetario y Financiero en su libro II "Ley de Mercado de Valores", dentro del artículo 27. Ahí se define a la información privilegiada como el conocimiento sobre hechos que no forman parte del dominio público y que poseen la capacidad de repercutir sobre los precios de los valores que sirven como instrumentos de intermediación dentro del mercado de valores¹⁴. Por todo lo expuesto, se manifiesta que la información privilegiada posee una característica inherente relacionada con la injusticia que conlleva su uso,¹⁵ de tal manera que su conocimiento conlleva la prohibición de revelar o abstenerse de negociar los valores tratados dentro de la información que se encuentra bajo su posesión. Se puede apreciar que existen dos elementos constitutivos: debe ser inasequible y desconocida, y debe ser relevante. Como se

¹² *Ibidem*, pág. 238.

¹³ NÚÑEZ, Luisa, *La Información Privilegiada en el Mercado de Valores*, p. 9.

¹⁴ Dicho artículo expresa: "Art. 27.- De la información privilegiada.- Se entiende por información privilegiada el conocimiento de actos, hechos o acontecimientos capaces de influir en los precios de los valores materia de intermediación en el mercado de valores, mientras tal información no se haya hecho del conocimiento público. [...]”.

¹⁵ VEGA, José. *El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en el derecho penal español (artículo 285 CP)*. 2010, p. 159.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

puede advertir su rasgo principal se centra en que la información privilegiada debe encontrarse fuera del acceso y conocimiento del público en general¹⁶. Como punto de partida, lo dicho supone que existen individuos con la capacidad de acceder a la misma. Dentro de la definición planteada por el Código Orgánico Monetario y Financiero se establece cuáles son los sujetos que se presume que poseen un acceso directo a ella, entre los cuales se encuentran los miembros de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, funcionarios o individuos que posean una relación de dependencia con la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, demás administradores o directores o cualquier otra persona que en virtud de su posición laboral posea el privilegio de poseerla. Dicha presunción se extiende a quienes posean una relación ya sea, de cuarto grado de consanguinidad o hasta de segundo de afinidad con los participantes del mercado¹⁷.

Asimismo, se requiere que la información privilegiada sea capaz de afectar de manera considerable o notoria la cotización de los valores¹⁸. Bajo esa línea, se entiende que existe una alteración en la cotización cuando se desarrolla una baja o un alza en el precio de la misma¹⁹. Es por ello, que un sector de la doctrina infiere que no todo uso de información es imputable. Debido a que, hay que considerar aquella información que sin dejar de ser privilegiada, no incide en el precio de los

¹⁶ RUIZ, Luis, *Protección Penal del Mercado de Valores: Infidelidades en la Gestión de Patrimonios*, p. 120.

¹⁷ Código Orgánico Monetario y Financiero, promulgado en el Registro Oficial Suplemento 215 el 22 de febrero del 2006. Libro II agregado el 12 de septiembre del 2014 por la Ley No. 00, publicado en Registro Oficial Suplemento 332.

¹⁸ VÁSQUEZ, María Fernanda, *Caso LAN y uso de información privilegiada: un análisis de la correcta delimitación de las infracciones legales*. p. 464.

¹⁹ ESTRADA, Albert, *Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 CP)*, p. 13.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

valores, ante dicha situación, dicho sector manifiesta que la información que cumpla con esa característica deberá ser dejada fuera del tipo penal²⁰.

IV.- Características generales del delito de abuso de información privilegiada

IV.1.- Conducta típica

La conducta típica consiste en una acción alternativa, ya que se puede encuadrar en la misma cuando se hace uso o se comunica la información privilegiada a un tercero, independientemente de su finalidad de obtener un beneficio ya sea para sí o para otra persona²¹. Por un lado, para evitar confusiones el término "uso" se refiere a un manejo no debido de la información, por lo cual dicho término debe ser entendido como un sinónimo del término "abuso", mientras que, el uso del término "comunicar" o "suministrar" la información privilegiada a un tercero debe entenderse como la acción de proporcionarle a otra persona la información que se encuentra o estuvo bajo su poder, con el objetivo de que dicho individuo utilice en su favor o en favor de una tercera persona lo comunicado²². Cabe destacar, que al analizar ambos verbos se entiende que la conducta se enfoca en comportamientos evidentemente activos, por lo cual, se plantea que no existe cabida para la comisión por omisión dentro de la presente conducta²³. Por lo tanto, por citar un ejemplo, si un individuo se abstiene de evitar que se efectuó una actividad de compra o venta de valores previamente planeada,

²⁰ HURTADO, José, *El delito de explotación de información privilegiada en el código penal suizo*, p. 428.

²¹ CORCOY, Mirentxu; GÓMEZ, Víctor y VALIENTE, Vicente, *Fraude a consumidores y Derecho penal: fundamentos y talleres de leading cases*, p. 448.

²² *Ibid*, p. 448.

²³ HURTADO, 1995, p. 433.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

a la vista de la presencia de información privilegiada, se entendería que la simple omisión de dicha acción, sería por consiguiente, impune.

IV.2.- *Objeto material*

El objeto material consiste en la información privilegiada, la cual como fue explicado anteriormente, se fundamenta bajo la noción de cumplir con ciertas características como: ser desconocida e inaccesible para el público en general y ser relevante, lo cual se enfoca en que la misma debe ser capaz de influir en el precio del instrumento financiero²⁴. De la segunda característica surgen ciertos aspectos a analizar. Como primer punto, como ya fue explicado, que si la información en cuestión no es idónea ni relevante en relación a su capacidad de influencia sobre la cotización, la misma no tendrá cabida dentro del tipo penal²⁵. Es por ello, que es de suma importancia realizar un análisis que sirva para constatar la idoneidad o relevancia de la misma. A la vista de lo expuesto, surge la interrogante sobre cuál sería el mecanismo adecuado para poder determinar dicha relevancia²⁶.

La determinación de la relevancia debe efectuarse mediante el empleo de criterios netamente objetivos, por lo tanto, no se tomará en consideración lo que dicha información represente para su autor en el ámbito personal²⁷. No obstante, dicho análisis deberá a su vez, ser efectuado dentro de la perspectiva ex ante. Lo cual genera dos consideraciones; por una parte, la apreciación del alcance se deberá constatar en razón del conocimiento que ostentaba la persona en el

²⁴ GONZÁLEZ, José, *El abuso de información privilegiada*, pp. 119-154.

²⁵ HURTADO, 1995, p.428.

²⁶ GARCÍA, Judit, *El delito de abuso de información privilegiada*, p. 55-71.

²⁷ BONILLA, José, *Abuso de información privilegiada*, p. 598.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

momento que explotó la información privilegiada. Por otra parte, deberá ser previsible que la información en cuestión sea capaz de crear una variación en el precio del instrumento financiero²⁸.

IV.3.- *Bien jurídico protegido*

Dentro de la doctrina existe un consenso mayoritario con respecto al bien jurídico protegido dentro del delito de abuso de información privilegiada. Dicha postura se centra en la noción de tutelar el correcto funcionamiento del mercado de valores. Gómez Iniesta manifiesta que el "objeto de protección en el delito de iniciados es la confianza de los inversionistas en el correcto funcionamiento del mercado de valores, entendido como bien jurídico supraindividual, puesto que es el uso de información privilegiada por parte del círculo de autores delimitado por el tipo penal lo que lesiona la confianza en la bolsa de valores"²⁹. De acuerdo a dicha posición se busca garantizar la igualdad de oportunidades dentro del mercado de valores, lo cual equivale a la consecución de igualdad de información entre inversores³⁰. Se busca garantizar lo anterior, para de esa manera conservar la confianza que poseen los inversores en el mercado de valores³¹, puesto que, cuando se genera un abuso de información privilegiada, se ocasiona un daño a la reputación del mercado. Lo cual a su vez, genera un sentimiento de desconfianza en los participantes del mismo.

²⁸ *Ibid*, p. 598.

²⁹ GÓMEZ, Diego, *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*, p. 294.

³⁰ *Ibid*. p.294.

³¹ BASCUÑÁN, Antonio, *Posesión, uso y explotación de la información privilegiada como elementos del insider trading en el derecho comparado del mercado de valores*, p. 508.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

IV.4.- *Sujetos del delito*

Para poder hablar de la comisión de un delito, es necesaria la presencia de dos sujetos. Los cuales dentro de la doctrina son catalogados como sujeto activo y sujeto pasivo. Por una parte Albán Gómez define al sujeto activo como "el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente [...] mientras que, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por la comisión del delito"³². Habiendo explicado ambos conceptos se procederá a delimitar cuales son los sujetos en cuestión dentro del presente delito.

En primer lugar, se identifica al presente delito como un delito especial propio³³, siguiendo lo determinado por la doctrina alemana, los delitos pueden ser distinguidos entre delitos comunes y delitos especiales. Mientras, los primeros pueden ser ejecutados por cualquier persona, los segundos pueden ser efectuados únicamente por un agente que cumpla con una condición requerida dentro del tipo penal. Partiendo de dicha noción, es necesario destacar que dentro de los delitos especiales existe a su vez, otra subdivisión. La cual se divide entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios, por un lado, los delitos especiales impropios poseen la condición requerida como una variable que sirve de agravante en relación a un delito común, por lo cual si el autor del injusto no cumple con dicha condición, se sujetará a lo dispuesto por el delito común. Por otro lado, en el caso de los delitos especiales propios, la condición requerida es la base del tipo penal, es por ello, que no hay un delito común análogo que se pueda

³² ALBÁN, Ernesto, *Manual de derecho penal ecuatoriano*, pp. 102-103.

³³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General*, p. 327.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

emplear, si se presentará el escenario donde el autor no posea la condición requerida³⁴.

No obstante, si bien el abuso de información privilegiada se configura como un delito especial propio, Martínez-Buján determina que su configuración "no contiene un puro delito de infracción de un deber, sino un delito de dominio, que se basa en la no evitación de ciertos riesgos no permitidos provenientes de la esfera de organización del sujeto activo"³⁵. Es decir, dentro del presente delito el punto determinante no se centra en que el individuo quebrante un deber. Por el contrario, se enfoca en cumplir dos requerimientos: en primer lugar, que el sujeto en cuestión tenga un vínculo con la información privilegiada y en segundo lugar, que con su actuación ostente el dominio del hecho. Debido a ello, Martínez-Buján recalca que es el "dominio lo que fundamenta la limitación del mandato a tales sujetos"³⁶.

A la vista de lo expuesto, es evidente que el círculo de posibles sujetos activos se encuentra delimitado, ya que como se explicó previamente se tomará en consideración únicamente a quienes en virtud de su posición laboral posean el privilegio de tener acceso a la información en cuestión³⁷. De tal manera, que aquellos sujetos que logran tener acceso a la información privilegiada a través de un camino alternativo al de conocerla en razón de su cargo, no son tomados en consideración dentro del tipo penal, debido al hecho, de encontrarse fuera de

³⁴ ROXIN, 2012, p. 327.

³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*, p. 298

³⁶ *Ibid.* p. 298.

³⁷ GARCÍA, Gonzalo, *Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada en la legislación chilena*, p. 26, indica que el ilícito se fundamenta en una incorrecta utilización de la información privilegiada por parte de aquellos sujetos que en virtud de su posición laboral acceden a ella.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

dicha esfera³⁸. No obstante, se debe señalar que dentro de la legislación ecuatoriana existe una presunción de acceso a la información privilegiada. La cual se extiende hacia quienes posean un parentesco ya sea, de cuarto grado de consanguinidad o hasta de segundo de afinidad con quienes se encuentran dentro de la esfera de posibles sujetos activos. De modo que, siguiendo lo estipulado dentro del Código Orgánico Monetario y Financiero, la figura del receptor secundario, la cual Martínez-Buján define como el "sujeto que conscientemente adquiere la información reservada del iniciado primario directa o indirectamente"³⁹ no quedaría impune.

La determinación del sujeto pasivo dentro del presente delito se encuentra conectado con la posición que se asuma en relación al bien jurídico tutelado. Es por ello, que al indicar que el bien jurídico protegido consiste en el correcto funcionamiento del mercado de valores, el cual se encuentra caracterizado por preservar la igualdad de oportunidades entre inversores, se entiende que el titular del bien jurídico tutelado será un sujeto colectivo. El cual de acuerdo a Martínez-Buján podrá ser "una colectividad difusa de inversores, o la propia comunidad en general"⁴⁰.

IV.5.- *Tipo subjetivo*

Dentro del presente delito, para que se configure la acción se necesita por parte del sujeto activo una actuación abusiva, lo cual respalda la postura de excluir una conducta imprudente en la modalidad de "uso"⁴¹, la cual para su comisión basta el dolo eventual. De acuerdo a Muñoz Conde se habla de dolo eventual,

³⁸BONILLA, 2011, p. 590.

³⁹MARTÍNEZ-BUJÁN, 2005, p. 299.

⁴⁰MARTÍNEZ-BUJÁN, 2005, p. 295.

⁴¹MUÑOZ, Francisco, 2009, p. 477.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

cuando el "sujeto se representa el resultado como de probable producción, y aunque no quiere producirlo, sigue actuando, admitiendo su eventual realización"⁴². En consecuencia, el deseo del sujeto de que el resultado no se produzca no excluye el dolo. Mientras que, en la modalidad de "comunicar" o "suministrar" si cabe la comisión por omisión⁴³.

V.- Importancia de su inclusión como tipo penal en el COIP

Considerando que el bien jurídico protegido del abuso de información privilegiada es el correcto funcionamiento del mercado de valores, se alega como consideración político-criminal a favor de su criminalización, que la figura del *insider trading* destruye la confianza que poseen los inversionistas en el mercado de valores, lo cual genera una reacción en cadena, que puede afectar tanto a la subsistencia del mercado de valores, como a la economía de una nación⁴⁴. Asimismo, se plantea que la presente conducta vulnera principios concernientes a la ética que cualquier negociación debe poseer, por lo cual al desarrollarse dicha vulneración, se violenta la noción de preservar la igualdad de oportunidades entre inversores⁴⁵. Habiendo justificado la necesidad de que exista no solo una regulación administrativa sino también una penal de la presente conducta se debe analizar cuál es el tratamiento actual que el Estado ecuatoriano le brinda. Dentro del Código Orgánico Monetario y Financiero, en su libro II titulado Ley de Mercado de Valores, se tipifica como infracción administrativa dentro del artículo

⁴²MUÑOZ, Francisco, *Teoría general del delito*, p. 56.

⁴³MUÑOZ, Francisco, 2009, p. 477. indica que dentro de la segunda modalidad del abuso de información privilegiada una manera de suministrar dicha información es dejar que un tercero pueda acceder a ella, por lo cual cabe la comisión por omisión.

⁴⁴TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho Penal Económico Parte Especial*, pp. 314-320.

⁴⁵JERICO, Leticia, *Utilización de información privilegiada en el ámbito del Mercado de Valores*, pp. 177-208.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

207, el accionar de vulnerar la reserva establecida sobre información catalogada como privilegiada, a la cual se tenga acceso en función de su cargo o relación con el participante del mercado. Ahora bien, teniendo lo anterior como base surge la interrogante, de cuál sería la variable que sirva para delimitar cuándo se castigaría la conducta como una infracción administrativa o como un delito.

Aunque dentro del Código Orgánico Integral Penal no consta propiamente el delito de abuso de información privilegiada, el ilícito que busca castigar dicho tipo penal, puede subsumirse dentro del delito tipificado en el artículo 180, en relación a la difusión de información de circulación restringida. Por un lado, el artículo mencionado califica con dicha distinción a tres tipos de información: 1) La cual por disposición de ley se encuentre bajo la protección de una cláusula de reserva, 2) Información dentro del ámbito de una investigación previa y por último, 3) Información referente a las niñas, niños y adolescentes que trasgredan sus derechos. Por otro lado, teniendo como base lo estipulado en relación a la información privilegiada, en el artículo 27 del Código Orgánico Monetario y Financiero en su libro II "Ley de Mercado de Valores", se entiende que los sujetos detallados dentro del artículo poseen la obligación de mantener en reserva la información privilegiada a la cual tienen acceso en razón de su cargo o del parentesco señalado con los participantes del mercado. Por consiguiente, se puede deducir que el abuso de información privilegiada se subsume dentro del delito de difusión de información de circulación restringida, en razón del numeral primero, el cual se centra en la protección de información que cuente con una cláusula de reserva.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

Ahora bien, en relación a la cláusula de reserva, Yávar manifiesta que "la reserva de información se debe efectuar dentro del ámbito de la excepcionalidad y no de la generalidad, atendiendo al derecho de acceso a la información [...] A su vez, el propósito de su calificación como restringida se basa en asegurar el acceso a la información únicamente a aquellas personas que cuenten con la debida autorización"⁴⁶. Teniendo lo explicado como base, se debe analizar qué clase de información que cuenta con cláusula de reserva, es relevante dentro del análisis del abuso de información privilegiada. En primer lugar, se debe destacar nuevamente, a la información privilegiada, la cual como fue señalada previamente, se encuentra contenida dentro del artículo 27 del libro II, del Código Orgánico Monetario y Financiero, dentro del cual se manifiesta que se entiende por información privilegiada al conocimiento de acontecimientos o hechos, que no formen parte del conocimiento público y que posean la capacidad de influir sobre los precios de instrumentos de intermediación. De la misma manera, dentro de la Resolución de la Junta de Política Monetaria y Financiera 385, se establece en su artículo 1, a la información reservada, la cual se la define como aquella información que aunque se encuentre disponible en el Catastro Público del Mercado de Valores, no puede ser divulgada al público puesto que, podría lesionar a los participantes o al interés social del mercado, a su vez, dentro del artículo 26 del mismo cuerpo legal, se establece que el mecanismo para catalogar con el carácter de reservado, a hechos concernientes a negociaciones pendientes de una compañía emisora, se basará en obtener la aprobación de al menos las tres cuartas partes de los administradores o directores y finalmente, luego de su

⁴⁶ YÁVAR, Fernando, *Orientaciones COIP desde el art. 1 al 250*, pp. 574-575.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

adopción se deberá luego del siguiente día hábil, comunicar lo decidido a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Al respecto conviene decir que, dentro del artículo 1 donde se brinda su definición se establece de igual manera, que la información reservada se la catalogará como información privilegiada, por lo cual al contar con el mismo tratamiento a través de la cláusula de reserva, en caso de vulneración a la misma, gozará de la misma disyuntiva en razón a la sanción que merece la conducta. Es decir, de existir un abuso por parte de alguna persona que cuente con la obligación de mantenerla en reserva en razón del cargo que posee o de la relación que tenga con un participante del mercado, la conducta podrá ser sancionada como infracción administrativa o como delito de difusión de información de circulación restringida.

Por último, como se manifestó previamente es ineludible establecer la fijación de una variable que ayude a delimitar como se sancionaría la conducta dentro del Ecuador, para ello, es imprescindible analizar cuáles son los criterios básicos que sirven para trazar un límite entre el derecho sancionador administrativo y el penal dentro de otras legislaciones. Por un lado, dentro de la legislación española existen dos criterios que limitan el derecho sancionador administrativo y el penal, el primero, se basa en delimitar el círculo de posibles autores, dejando fuera del ilícito penal a los "iniciados secundarios", es decir a aquellos sujetos que adquieren la información privilegiada sin la condición de haberla obtenido dentro del contexto normal de su profesión, mientras que, el segundo criterio se basa en la producción de un beneficio o perjuicio económico mayor a 600,000 €⁴⁷. Por otro lado, en el caso de la legislación alemana se utiliza también el criterio del

⁴⁷ CORCOY, 2016, p. 441.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

círculo de autores como límite, no obstante se profundiza en las prohibiciones que poseen los iniciados primarios, ya que, se sanciona tanto el uso de información privilegiada, como la comunicación o recomendación hacia un tercero en base a dicha información, asimismo, se detalla que los iniciados secundarios poseen las mismas prohibiciones sin embargo, dichas conductas son sancionadas únicamente como infracciones administrativas⁴⁸. Teniendo en consideración ambos criterios, se debe destacar que dentro de la legislación ecuatoriana no sería factible usar como límite al círculo de posibles autores ya que, dentro del artículo 27 del libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero se establece que existe una presunción de acceso a la información privilegiada en relación a quienes posean una relación dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad con los participantes del mercado, por lo cual estos sujetos catalogados como "iniciados secundarios" no quedarían por fuera del ilícito penal. Mientras que, es factible la implementación de una cuantía mínima que ejemplifique el beneficio o perjuicio patrimonial que la conducta genera y que actúe como una línea divisoria entre la infracción administrativa y la penal, sin embargo para que se puede efectuar dicho criterio habría que realizar ciertos cambios en el tipo penal que subsume la conducta.

Conclusión

El crecimiento del capital y la estabilidad de un mercado de valores estará siempre íntimamente conectado con la confianza que poseen los inversionistas en el mismo, es por ello, que conductas como la de difundir o usar información

⁴⁸ TIEDEMANN, 2012, p. 317.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

privilegiada atentan contra los principios rectores del mercado y crean, un detrimento en la percepción pública, lo cual como consecuencia desincentiva la inversión, poniendo en riesgo el funcionamiento del mercado de valores. Es por ello, que es de suma importancia regular y sancionar conductas como la del abuso de información privilegiada, con el objetivo no solo de asegurar la igualdad de oportunidades entre inversionistas y la simetría de información, sino a su vez, la transparencia y una correcta ética dentro del desarrollo de actividades en el mercado de valores. Si bien se ha explicado exhaustivamente, la necesidad de una regulación administrativa y penal de la presente conducta, es notorio que actualmente, dentro de nuestra legislación el tratamiento brindado no es el más adecuado. Puesto que, como ya fue señalado en reiteradas ocasiones dentro de la normativa penal no existe un tipo penal que regule el ilícito del abuso de información privilegiada, mientras que, por el contrario, sí existe una infracción administrativa dirigida a quienes no guarden reserva de la información privilegiada que posean en función del cargo o profesión que practiquen. Sin embargo, para solucionar el hecho de la falta de un tipo penal que regule la presente conducta, se pudo determinar que la conducta de difundir información privilegiada se puede subsumir dentro del delito de difusión de información de circulación restringida, no obstante, se crean dos inconvenientes, el primero en relación a la falta de regulación y sanción del uso de información privilegiada mas no a la difusión de la misma y el segundo, en torno a cuál sería el criterio idóneo que trace una línea divisoria entre la infracción administrativa y la penal.

En relación al primer inconveniente, es necesario que exista una modificación en la regulación penal puesto que, se debe contemplar como injusto

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

penal el uso per se de dicha información. Lo cual permitiría trazar un límite más claro entre el derecho sancionador administrativo y el penal en torno a la presente conducta. Debido a que, el criterio diferenciador idóneo para la legislación ecuatoriana es la fijación de una cuantía mínima que denote el beneficio o perjuicio económico que la actividad generó, siempre y cuando, se logre implementar un tipo penal enfocado en el uso de información privilegiada o se logre añadir el término "usar" como otro verbo rector dentro del delito de difusión de información de circulación restringida. En cualquiera de los dos escenarios, la idoneidad del criterio diferenciador se basa en el cumplimiento del principio de intervención mínima dentro del derecho penal, sin embargo se recomienda no fijar una cantidad tan excesivamente alta como la estipulada dentro de la legislación española pues vuelve la configuración del delito prácticamente inaplicable.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

Referencias

ALBÁN GÓMEZ, Ernesto. *Manual de derecho penal ecuatoriano*. Primera Edición. Quito: Ediciones Legales, 2015. págs. 102-103. ISBN 978-9978-81-169-6.

BASCUÑÁN, Antonio, Posesión, uso y explotación de la información privilegiada como elementos del insider trading en el derecho comparado del mercado de valores. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. 2017, 23, págs.453-532. ISSN 0718-3399.

BONILLA PELLA, José. *Memento Penal Económico y de la Empresa*. Primera Edición. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2011. pág. 598. ISBN 978-84-15056-43-0.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor y VALIENTE IVAÑEZ, Vicente. *Fraude a consumidores y derecho penal: fundamentos y talleres de leading cases*. Primera Edición. Madrid: Edisofer, 2016. pág. 448. ISBN 978-84-15276-49-4.

ESTRADA, Albert. Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 CP). *Revista para el análisis del derecho Indret*. 2014, 1, págs. 1-50. ISSN 1698-739.

GARCÍA, Gonzalo, Modelo de protección en normas administrativas y penales que regulan el abuso de Información Privilegiada en la legislación chilena. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. 2013, 15, págs. 23-63. ISSN 0718-3399.

GARCÍA SANZ, Judit. El delito de abuso de información privilegiada. *Anales de la Facultad de Derecho*. 2012, 29, págs. 55-71. ISSN 0075-7732.

GONZÁLEZ CUSSAC, José. El abuso de información privilegiada. *Cuadernos de política criminal*. 1989, 37, págs. 119-154. ISSN 0210-4059.

GÓMEZ INIESTA, Diego. *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*. Primera Edición. Madrid: McGraw-Hill, 1997. pág. 294. ISBN 978-84-48109-71-4.

HURTADO POZO, José. *El delito de explotación de información privilegiada en código penal suizo. Hacia un derecho penal económico europeo*. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann (Hurtado et al). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1995. pág. 428. ISBN 84-340-0697-9.

JERICÓ OJER, Leticia. *Utilización de información privilegiada en el ámbito del mercado de valores*. *Derecho Penal de la Empresa* (Jericó et al). Pamplona: Universidad Estatal de Navarra, 2002. pág. 197. ISBN 84-95075-92.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*. Segunda Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. pág. 298. ISBN: 84-8456-261-1.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Decimoséptima Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. pág. 233. ISBN: 978-84-9876-616-5.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Cuarta Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. pág. 56. ISBN: 978-8484569091.

NÚÑEZ PLAZA, Luisa. *La Información Privilegiada en el Mercado de Valores*. Valparaíso: Universidad Adolfo Ibañez, 1998. pág. 9.

PRADO PUGA, Arturo. Acerca del concepto de información privilegiada en el mercado de valores chileno: su alcance, contenido y límites. *Revista Chilena De Derecho*. 2003, Vol. 30, 2, págs. 237-269. ISSN: 0716-0747.

REAÑO PESCHIERA, José. La problemática del bien jurídico protegido en el delito de insider trading y su técnica de protección. *Revista de Derecho Themis*. 2001, 42, págs. 337- 349. ISSN: 1810-9934.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. 2016. *Tratado de Derecho Penal*. Primera Edición. Lima: Legales, 2016. pág. 221. ISBN: 978-612-4321-10-8.

ROXIN, Claus. 2014. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Civitas, 2014. pág. 327. ISBN: 978-8447050246.

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis. *Protección Penal del Mercado de Valores: Infidelidades en la Gestión de Patrimonios*. Primera Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. pág. 120. ISBN: 978-84-80024-62-4.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico Parte Especial*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2012. págs. 314-320. ISBN: 978-9972-04-371-0.

VÁSQUEZ, María Fernanda, Caso LAN y uso de información privilegiada: un análisis de la correcta delimitación de las infracciones legales. *Ius et praxis*. 2010, 16, págs. 461-484. ISSN: 0717-2877.

VEGA, José. *El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en el derecho penal español (artículo 285 CP)*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2010. pág. 159.

YÁVAR, Fernando. *Orientaciones COIP desde el art. 1 al 250*. Primera Edición. Guayaquil: Producciones Jurídicas Feryanú, 2015. págs. 574-575.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*. Referido al Libro Primero Parte Especial. Primera Edición. Quito: Corporación de Estudios y publicaciones, 2014. pág. 248. ISBN: 978-9942-10-157-0.

ZAVALA EGAS, Jorge, *Peculado General y Bancario*. Primera Edición. Quito: Murillo Editores, 2015. pág. 80. ISBN: 978-9942-21-253-5.

LA INCLUSIÓN DEL ABUSO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA COMO TIPO PENAL DENTRO DEL COIP

Legislación utilizada

Código Orgánico General de Procesos promulgado en el Registro Oficial 506 el 22 de mayo del 2015.

Código Orgánico Integral Penal promulgado en el Registro Oficial 180 el 10 de febrero del 2014.

Código Orgánico Monetario y Financiero, promulgado en el Registro Oficial Suplemento 215 el 22 de febrero del 2006. Libro II "Ley de Mercado de Valores" agregado el 12 de septiembre del 2014 por la Ley No. 00, publicado en Registro Oficial Suplemento 332.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública promulgada en el Registro Oficial Suplemento 337 el 18 de mayo del 2004.