

# Dogmática jurídica de los delitos de violación de secreto empresarial

---

Volumen I

Albert Estrada i Cuadras  
**Director:** Jesús-María Silva Sánchez





*Als meus pares i a la meua germana,  
pel seu suport incondicional.*



## Agradecimientos

Pocas creaciones intelectuales representan mejor que esta tesis la idea de avance –si es que se tiene a bien considerarla un avance– por acumulación histórica de esfuerzos individuales y colectivos. Entre ellos no solo se cuentan las contribuciones bibliográficas y jurisprudenciales de las que esta obra bebe, sino también las de las personas e instituciones que han hecho posible que quien suscribe estas líneas pudiera leerlas, comprenderlas y trabajarlas.

Me gustaría dejar constancia de mi agradecimiento a esas personas e instituciones. En primer lugar, al Ministerio de Educación del Gobierno de España, por concederme en el año 2006 una beca de Formación de Profesorado Universitario de cuatro años de duración, en el marco de la cual tuve la oportunidad de realizar tres estancias de investigación en la *Ludwig-Maximilians-Universität* de Múnich, Alemania, con una duración total de trece meses.

También quiero dar las gracias al Departamento de Derecho de la Universität Pompeu Fabra y al Área de Derecho penal, por el privilegio de disfrutar de un contrato de ayudantía que me ha permitido continuar la investigación durante el tiempo y en las condiciones necesarias para poder terminarla. Y, de nuevo al Departamento de Derecho, por concederme una beca con la que pude cubrir parte de los costes de mi última estancia en Múnich, en el año 2014.

Ninguna de las excursiones a Alemania habría sido posible sin las invitaciones del Prof. Bernd Schünemann, siempre dispuesto a acogerme, a cambio de nada, en su *Institut für Strafrecht, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik*, en la LMU. Él me abrió las puertas de la lengua y de la ciencia jurídico-penal alemanas, y a él debo buena parte de las ideas rectoras de esta investigación. También quiero agradecer a su equipo, los Dres. Peter Kasiske, Mariana Sacher y Benjamin Roger, a Anna Richter y a Frau Hillebrand, y, especialmente, al Prof. Luís Greco, su enorme hospitalidad.

Las puertas al mundo de la competencia desleal y de la propiedad intelectual e industrial me las abrió el *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*. Sin el acceso a una de las mejores bibliotecas del mundo

sobre estas disciplinas difícilmente habría tenido la oportunidad de descubrir el verdadero estado de la técnica en materia de violaciones de secreto empresarial. A esta institución quiero darle las gracias, y a Ester Marco por descubrírmela.

Jamás habría podido asimilar la pequeña parte de todo ese conocimiento que, hasta hoy, he conseguido asimilar, sin la ayuda de un equipo como el que ha creado y formado el profesor Silva Sánchez en el Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra. Ramon Ragués se encargó de instalar la teoría del delito en mi cabeza con la lucidez que le caracteriza. La genialidad de David Felip e Íñigo Ortiz de Urbina se ocupó de descubrirme enfoques insospechados a las cuestiones con las que iba tropezando. Ricardo Robles se cuidó de que no me perdiera por el camino, siempre con un «sí, pase» detrás de su puerta. Esos «síes», junto a su dominio de la dogmática jurídico-penal, fueron refugio providencial. Nuria Pastor fue la encargada de contagiar optimismo y pasión por la investigación. El compañerismo y el cuidado hasta el último detalle lo encarnaron Mariona Llobet y Raquel Montaner, convirtiendo en un privilegio el trabajar a su lado. Compartir despacho y discusiones con Ivó Coca será un lujo difícil de olvidar, más aun de sustituir. Poco tiempo ha sido necesario para comprobar que con Héctor García, el último fichaje, la continuidad del compañerismo y el rigor científico está garantizada en este equipo. Iván Navas representó a todos los hermanos latinoamericanos que han pasado por el área, siempre con ganas de sumar y a quienes resulta imposible no echar de menos. A todos ellos ¡gracias, familia!

Quiero dar las gracias a la Prof.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Teresa Castiñeira por haberme integrado en ese grupo humano y por haber intentado protegerme como una madre en mis primeros pasos de la carrera académica. Al Prof. Jesús-María Silva Sánchez quiero agradecerle el haberme aceptado sin condiciones como discípulo. También su comprensión y paciencia, sin las cuales nunca habría podido terminar la investigación que aquí se presenta. Quiero aprovechar esta ocasión para darle las gracias por todo el esfuerzo y todas las renunciaciones que ha hecho y sigue haciendo para tener siempre una respuesta, no sólo sólida, sino brillante, a cualquier duda que uno pueda plantearle sobre el Derecho penal y las ciencias penales. Ha sido un privilegio poder formarme a su lado.

También me gustaría dar la gracias a Cristina, por su paciencia, por su comprensión, y por devolverme una y otra vez el equilibrio que a menudo se pierde con la concentración y constancia que toda tesis requiere.

Por último, quiero dar las gracias a mi familia, la biológica, por poner a mi disposición todo lo necesario para realizar esta investigación. La entrega por el trabajo y por sus hijos ha caracterizado las vidas de mis abuelos y de mis padres. Esta tesis no puede explicarse sin su esfuerzo y sacrificio. Tampoco sin la garra de mi hermana. Ellos son los verdaderos autores. Mi único deseo es haber estado a su altura como mero brazo ejecutor.

En Barcelona, el 30 de septiembre de 2015.





## Resumen

El objetivo de la investigación es determinar las conductas penalmente típicas de violación de secreto empresarial de forma axiológicamente coherente, comprensible y verificable. Por ello, en primer lugar, se hacen explícitas las premisas metodológicas y político-criminales de las que se parte, así como el concepto material de delito que se deriva de ellas. Seguidamente, se determina el bien jurídico-penal considerado protegido por los tipos estudiados, el concepto jurídico-penal de secreto empresarial y los criterios de reconocimiento jurídico-privado de pretensiones de exclusión sobre el mismo. A continuación, se procede a la concreción de las conductas penalmente relevantes de espionaje industrial, de disposición desleal y de extensión desleal de secreto empresarial. Por último, se determinan las consecuencias penológicas de los diferentes grados de lesividad que presentan, desde una perspectiva *ex post*, las conductas penalmente típicas de violación de secreto empresarial.

## Summary

This work aims at establishing the scope of the Spanish trade secret crimes in an axiological coherent, understandable and verifiable manner. Therefore, first of all, the methodological and criminal policy premises are made explicit, as well as the substantive concept of crime that the author assumes. After that it is determined the legal interest which, according to those premises, those crimes would harm. The definition of the criminal concept of trade secret and the identification of the criteria to allocate confidentiality rights come next. After that it is established the kind of behaviour that constitutes the espionage crime, the unfair disclosure crime and the unfair spreading of the former trade secret violation crime. Finally, it is proposed that the punishment imposed reflects the amount of harm caused with the particular trade secret violation, taking into account an *ex post* perspective.



# ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>23</b>
1. Objeto de la investigación	25
2. Fin de la investigación	36
<b>II. PREMISAS METODOLÓGICAS, POLÍTICO-CRIMINALES Y CONCEPTO (MATERIAL) DE DELITO</b>	<b>43</b>
1. Premisas metodológicas	45
1.1. Teoría de la interpretación	46
1.2. Criterios interpretativos	49
a) El criterio gramatical	49
b) El criterio histórico	52
c) El criterio teleológico-objetivo	54
d) El criterio sistemático	58
1.3. El tenor literal: ¿Límite de la dogmática jurídico-penal?	62
2. Premisas político-criminales	67
3. El concepto (material) de delito	80
3.1. Concepto personal de bien jurídico- <i>penal</i>	89
3.2. Delimitación de ámbitos de responsabilidad penal	99
3.3. Concepto de injusto (penal) personal	103
a) Imputación objetiva del resultado	113
<b>III. DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO</b>	<b>117</b>
1. Introducción	119
2. Interpretaciones posibles	123
2.1. La libertad de voluntad del titular del secreto empresarial	124
2.2. El patrimonio	129

a) El interés patrimonial individual del resto de competidores en el mercado relevante	135
2.3. La competencia (leal) como institución	137
<b>3. Toma de postura</b>	<b>143</b>
<b>IV. CONCEPTO (JURÍDICO-PENAL) DE SECRETO EMPRESARIAL</b>	<b>147</b>
<b>1. Introducción</b>	<b>149</b>
1.1. Terminología empleada	150
1.2. Definiciones legales	153
1.3. Concepto dogmático de secreto empresarial	158
<b>2. Información relacionada con el ejercicio legal de una actividad empresarial</b>	<b>160</b>
2.1. Secreto de empresa <i>vs.</i> secreto empresarial	161
2.2. Información relacionada con el ejercicio ilegal de una actividad empresarial en un mercado legal	163
2.3. Ejemplos de información considerada secreto empresarial	169
<b>3. La ausencia de notoriedad de la información</b>	<b>174</b>
3.1. Introducción	174
3.2. El carácter <i>relativo</i> del secreto	175
3.3. Criterios incorrectos de delimitación entre lo <i>público</i> y lo <i>secreto</i>	179
a) Criterios cuantitativos	179
b) Criterios cualitativos erróneos	182
3.4. Concreción del modelo de distinción correcto	184
a) El público relevante	185
i) ¿El competidor medio o el competidor individualmente considerado?	189
ii) ¿Competidor medio actual o potencial?	190
b) Condiciones de accesibilidad determinantes del carácter secreto o público de la información	191
i) La dificultad en el acceso legítimo a la información: acceso independiente	191
α) ¿Mera accesibilidad, accesibilidad conocida o acceso efectivo?	192

a') ¿Mera accesibilidad como presunción de destrucción del secreto?	192
b') ¿Accesibilidad consciente?	196
c') ¿Acceso efectivo?	197
β) El grado de dificultad exigible en el acceso a la información para que la misma sea considerada secreta	199
ii) La pérdida de control sobre la información por parte del legítimo titular: acceso por comunicación directa o indirecta	203
3.5. La prueba del carácter secreto de la información (dificultad de acceso)	205
<b>4. Interés objetivo en el mantenimiento del secreto de la información</b>	<b>207</b>
4.1. Introducción	207
4.2. La teoría del interés frente a la teoría de la voluntad	209
4.3. Contenido del requisito	214
4.4. Alcance del requisito	217
4.5. Prueba del requisito	219
<b>5. La voluntad de mantener el carácter secreto de la información por parte de su legítimo titular</b>	<b>222</b>
5.1. Introducción	222
5.2. La superada <i>reconocibilidad objetiva</i> de la voluntad de secreto	224
5.3. La inaceptable <i>presunción</i> de la voluntad de secreto por parte del legítimo titular	226
5.4. La manifestación de la voluntad de secreto como <i>medida de autoprotección</i> inexigible en la configuración del concepto de secreto empresarial	229
5.5. La tesis correcta: la configuración puramente objetiva del concepto de secreto empresarial	232
<b>6. La exclusividad en la detención de la información</b>	<b>234</b>
<b>7. El uso previo de la información</b>	<b>237</b>
<b>8. Las medidas de protección del carácter secreto de la información</b>	<b>238</b>
<b>9. ¿Concepto unitario o concepto penal autónomo de secreto empresarial?</b>	<b>242</b>

9.1. Estado de la cuestión	243
9.2 La conveniencia de un concepto penal autónomo de secreto empresarial	248
9.3. Propuestas de un concepto penal autónomo de secreto empresarial	252
a) La tipología de la información: secretos industriales – secretos comerciales – secretos organizativos, relacionales o de gestión	252
b) El interés objetivo <i>cualificado</i> en el mantenimiento de la reserva	255
c) El criterio correcto: la <i>especial entidad</i> del valor patrimonial de la información	256
<b>V. CRITERIOS DE RECONOCIMIENTO JURÍDICO- PRIVADO DE EXPECTATIVAS DE EXCLUSIÓN SOBRE EL SECRETO EMPRESARIAL</b>	<b>259</b>
<b>1. Introducción</b>	<b>261</b>
<b>2. Criterios de atribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial</b>	<b>264</b>
<b>3. Criterios de reconocimiento jurídico-privado de expectativas de exclusión respecto de la información objeto de propiedad intelectual o industrial constitutiva de secreto empresarial</b>	<b>275</b>
3.1 Reconocimiento jurídico-privado de expectativas de reserva frente a contrapartes contractuales	278
3.2 Reconocimiento jurídico-privado de expectativas de reserva frente a terceros	286
3.3 Reconocimiento jurídico-privado de expectativas frente a los cotitulares	287
<b>4. Criterios de reconocimiento jurídico-privado de expectativas de exclusión respecto de la información constitutiva de secreto empresarial no calificable de objeto de la propiedad intelectual o industrial</b>	<b>288</b>
<b>VI. CONDUCTAS DE ESPIONAJE INDUSTRIAL PENALMENTE RELEVANTES (ART. 278 CP)</b>	<b>299</b>

<b>1. Introducción</b>	<b>301</b>
<b>2. El contenido del ilícito jurídico-privado de espionaje industrial</b>	<b>306</b>
2.1. Introducción	306
2.2. La concreción del ilícito jurídico-privado de espionaje industrial (art. 13.2 LCD)	312
a) Medios de adquisición de la información constitutivos de delito	312
b) Medios de adquisición de la información constitutivos de un ilícito extra-penal autónomo	313
c) Medios de adquisición no constitutivos <i>per se</i> de ningún ilícito o infracción contractual	314
i) Obtenciones ilegítimas de secreto empresarial por parte de <i>trabajadores o colaboradores</i> del legítimo titular	316
ii) Obtenciones ilegítimas de secreto empresarial por parte de <i>terceros</i> ajenos a la esfera de control del legítimo titular de la información	321
α) Inducciones a la revelación	321
β) Engaños	323
δ) Ingeniería inversa ( <i>reverse engineering</i> )	323
ε) Hurgar en basura ajena ( <i>dumpster diving</i> )	325
λ) Sobrevuelo de instalaciones	326
ζ) Obtención por imprudencia o dolo de terceros, o fortuitamente	329
<b>3. Interpretaciones posibles del tipo básico de espionaje industrial (art. 278.1 Cp)</b>	<b>329</b>
<b>4. Necesidad de interpretar restrictivamente el tipo penal básico de espionaje industrial</b>	<b>334</b>
4.1. Interpretación orientada al marco penal	340
a) Razones intersistemáticas de coherencia valorativa	341
<b>5. Necesidad de un modelo de interpretación restrictiva</b>	<b>344</b>
5.1. La corporeidad del medio de obtención del secreto empresarial	344
5.2. La infracción de una disposición legal o contractual autónoma	352
5.3. El criterio correcto: la superación de las barreras de protección de la esfera de reserva	357
<b>6. Bases y concreción del modelo de interpretación propuesto</b>	<b>361</b>

6.1 Principales vías de fundamentación de la relevancia de la conducta de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor	364
a) La causalidad y la previsibilidad	365
b) El consentimiento en el riesgo	367
c) El dominio del hecho: autopuestas en peligro y heteropuestas en peligro consentidas	373
d) El principio de autorresponsabilidad	381
e) La tesis víctima-dogmática	390
i) La crítica metodológica	392
ii) La crítica político-criminal	394
iii) La crítica dogmática	397
6.2 Toma de postura	403
6.3 Entidad de las barreras de (auto)protección para que su vulneración sea penalmente relevante	407
a) El casuismo estadounidense	413
i) El tipo de información	413
α) El valor económico de la información	414
β) La naturaleza de la información	416
ii) La capacidad de autoprotección del titular del secreto empresarial	419
iii) El tipo de mercado o sector de actividad	421
b) El criterio correcto: los estándares de (auto)protección de delitos patrimoniales con penas análogas	423

## **VII. CONDUCTAS DE DISPOSICIÓN DESLEAL DE SECRETO EMPRESARIAL PENALMENTE RELEVANTES (ART. 279 CP)**

<b>1. Introducción</b>	<b>429</b>
<b>2. El ilícito jurídico-privado de disposición desleal de secreto empresarial</b>	<b>434</b>
2.1. El deber de reserva en el ámbito jurídico-privado	440
2.2. El deber de secreto en el ámbito jurídico-privado alemán y estadounidense	447
a) El alcance temporal del deber	447
i) Alemania	447



ii) Los Estados Unidos de América	457
b) El alcance material del deber	461
i) Alemania	461
ii) Los Estados Unidos de América	462
c) El alcance territorial del deber	463
2.3. Conclusiones sobre el ilícito jurídico-privado de disposición desleal del secreto empresarial	464
<b>3. Estado de la cuestión en materia de interpretación del delito del art. 279 Cp</b>	<b>466</b>
3.1. El deber <i>penal</i> de reserva: surgimiento y alcance	466
3.2. Interpretaciones formales	470
a) Surgimiento del deber penal de reserva	471
b) El alcance del deber penal de reserva	476
3.3. Interpretaciones materiales	479
a) El delito de revelación desleal (art. 279 Cp) como infracción de un deber negativo	491
b) El delito de revelación desleal como infracción de un deber positivo especial	496
i) Relaciones Estado-ciudadano	497
ii) Relación de confianza especial	498
c) El delito de revelación desleal como lesión de un deber negativo o como lesión de un deber positivo	501
3.4. Conclusiones parciales	502
<b>4. Necesidad de un modelo de interpretación restrictiva</b>	<b>504</b>
4.1. Argumentos basados en un análisis del Derecho interno	504
a) Argumento histórico	504
b) Argumentos sistemático-teleológicos	506
4.2. Argumentos basados en un estudio de Derecho comparado	517
a) Interpretaciones penales españolas <i>vs.</i> interpretaciones jurídico-privadas alemanas y estadounidenses	517
b) Interpretaciones penales españolas <i>vs.</i> modelos penales extranjeros	519
i) Alemania	519
ii) El Reino Unido	520
iii) Japón	522
iv) Los Estados Unidos de América	523

<b>5. Vías de restricción del delito de disposición desleal de secreto empresarial</b>	<b>526</b>
5.1. La exigencia de rigurosas condiciones de surgimiento del deber	527
a) La previsión legal o contractual expresa del deber	527
5.2. La limitación del <i>alcance</i> del deber	529
a) La limitación temporal	529
i) La vinculación a la vigencia de la relación jurídica principal	529
ii) La introducción de límites temporales absolutos	531
iii) La asunción de un determinado límite temporal	532
b) La limitación material	533
c) La limitación territorial	535
<i>Excursus: ¿Vías de restricción de lege ferenda?</i>	535
<b>6. Toma de postura</b>	<b>538</b>
6.1. La asunción	540
a) El <i>pacto de confidencialidad</i> como fuente material del deber penal de reserva	552
b) La distinción entre secreto empresarial y conocimiento y experiencia del trabajador	559
c) La doctrina de la revelación inevitable ( <i>inevitable disclosure doctrine</i> )	565
d) La compensación económica adecuada en un pacto de confidencialidad	568
e) Los pactos de no competencia como fuente de un deber penal de reserva	569
6.2. El ejercicio de una función pública fundamental	571
6.3. La imputación de la revelación o el uso en provecho propio en comisión por omisión	576
<b>7. Delimitación entre el delito de espionaje industrial (art. 278 Cp) y el de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp)</b>	<b>578</b>
<b>VIII. CONDUCTAS DE EXTENSIÓN DESLEAL DE LA VIOLACIÓN DE SECRETO EMPRESARIAL PENALMENTE RELEVANTES (ART. 280 CP)</b>	<b>587</b>
<b>1. Introducción</b>	<b>589</b>

<b>2. El ilícito jurídico-privado de extensión de la violación de un secreto empresarial</b>	<b>591</b>
2.1 El Derecho interno	591
a) <i>Excursus</i> : el aseguramiento, la explotación o la divulgación procedentes de la inducción a la violación de un secreto empresarial	596
2.2. Estudio de Derecho comparado	601
a) Alemania	601
b) Los Estados Unidos de América	606
<b>3. Interpretaciones posibles del delito de extensión de la violación de secreto empresarial</b>	<b>608</b>
3.1. Las acciones típicas	608
3.2. Los actos ilícitos previos	612
3.3. La representación subjetiva penalmente típica	615
a) Los supuestos de <i>ignorancia deliberada</i> respecto del origen ilícito de la obtención o disposición de secreto empresarial	620
<b>4. Necesidad de interpretar restrictivamente el tipo penal de extensión de la violación de secreto empresarial (art. 280 Cp)</b>	<b>632</b>
<b>5. Vías posibles de restricción</b>	<b>637</b>
5.1. ¿Las acciones típicas prohibidas?	637
5.2. El hecho ilícito previo	638
5.3. La exigencia de dolo directo o dolo eventual respecto del hecho ilícito previo	639
a) Los supuestos de <i>ignorancia deliberada</i> respecto del origen ilícito del aseguramiento o disposición de secreto empresarial	644
<b>6. Concreción del modelo</b>	<b>645</b>
6.1. Acciones típicas	645
6.2. La naturaleza de la ilicitud del hecho previo	646
i) <i>Excursus</i> : promesas de no violación del secreto empresarial ante el nuevo empleador o tercero contratante	647
6.3. La tipicidad subjetiva	648
a) <i>Excursus</i> : notificaciones a terceros por parte del titular del secreto empresarial	651
6.4. Relaciones sistemáticas del delito de extensión de violación de secreto empresarial	653

a) <i>Participación necesaria</i> en el delito previo de violación de secreto empresarial: la mera recepción de la información	653
b) <i>Participaciones no necesarias</i> en el delito previo de violación: la oferta de una recompensa; la promesa de pago; la introducción del sujeto en contextos de revelación inevitable; la inducción a la terminación regular del contrato.	658
c) ¿Delito de extensión de la violación de secreto empresarial (280 Cp), delito de revelación desleal (279.1 Cp) o delito de espionaje industrial (278.1 Cp)?	661

## **IX. VIOLACIONES DE SECRETO EMPRESARIAL PENALMENTE SANCIONABLES** **663**

### **1. Clases de resultados y diferencias en su desvaloración jurídico-penal** **665**

### **2. Criterios de graduación de la pena de los delitos de violación de secreto empresarial basados en el principio de lesividad** **667**

2.1. Lesión <i>vs.</i> puesta en peligro	668
2.2. El grado de ejecución del plan delictivo	675
a) Tentativa (material) acabada <i>vs.</i> tentativa (material) inacabada	675
i) La revelación de secreto empresarial: tentativa de participación	679
b) Actos (materialmente) preparatorios castigados como lesiones consumadas	687
i) La revelación de secreto empresarial como acto (materialmente) preparatorio punible	696
2.3. El grado de peligrosidad inherente a la acción: tentativa idónea <i>vs.</i> tentativa inidónea	699

### **3. ¿Es punible la tentativa de violación de secreto empresarial? La tentativa (formal) de actos preparatorios y tentativas materiales** **708**

### **4. Cuadro resumen** **711**

## **X. ZUSAMMENFASSUNG** **713**

## **LISTADO DE JURISPRUDENCIA CITADA** **743**

<b>LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA CITADA</b>	<b>755</b>
<b>ANEXO</b>	<b>812</b>



## Acrónimos

et. al.	<i>et alteri</i>
n.c.	no consta
nm.	número marginal
passim	a lo largo de toda la obra
sic	<i>sic erat scriptum</i> (así fue escrito)
t.	tomo
trad.	traductor
vs.	<i>versus</i>
AA.VV.	Autores Varios
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ADI	Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ADPIC	Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AE	<i>Alternativ Entwurf</i>
ArbNErfG	<i>Gesetz über Arbeitnehmererfindungen</i>
ARSP	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i>
AuR	<i>Arbeit und Recht</i>
BAG	<i>Bundesarbeitsgericht</i>
BAGE	<i>Entscheidungen des Bundesarbeitsgericht</i>
BayOBLG	<i>Bayerisches Oberstes Landesgericht</i>
BB	<i>Betriebs Berater</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
BT-Drucks	<i>Drucksachen des Deutschen Bundestages</i>
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
COM	Comisión Europea
CR	<i>Computer und Recht</i>
DB	<i>Der Betrieb</i>
FS-	<i>Festschrift</i>
GA	<i>Goldammer's Archiv</i>
GK-UWG	<i>Großkommentar UWG</i>
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i>

GRUR Int.	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil</i>
HdBWStR	<i>Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts</i>
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i>
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
JZ	<i>Juristen Zeitung</i>
LH-	Libro homenaje
LK	<i>Leipziger Kommentar</i>
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
LCT	Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del Libro primero de la Ley de Contrato de Trabajo.
LPJDI	Ley 2/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial
LPat	Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes
LPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
LPJTPS	Ley 11/1988, de 3 de mayo, de protección jurídica de las topografías y de los productos semiconductores
LRJPOV	Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de protección de obtenciones vegetales.
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
MDR	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i>
MschrKrim	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform</i>
MuW	<i>Markenschutz und Wettbewerb</i>
MüKo	<i>Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
MüKoUWG	<i>Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht</i>



NCSSES	<i>National Center for Science and Engineering Statistics</i>
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NJW-RR	<i>Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechung Report</i>
NK	<i>Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch</i>
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
NZA	<i>Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht</i>
NZWiSt	<i>Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht</i>
OLG München	<i>Oberlandesgericht München</i>
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RG	<i>Reichsgericht</i>
RJCat	Revista Jurídica de Catalunya
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Schö/Schrö	Schönke/Schröder
St.	Sentencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
UrhRG	<i>Urheberrechtsgesetz</i>
UTSA	<i>Uniform Trade Secrets Act</i>
UWG	<i>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i>
wistra	<i>Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht</i>
WdG	<i>Walter de Gruyter</i>
ZIS	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrecht</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i>



## **I. INTRODUCCIÓN**



## 1. Objeto de la investigación

El presente trabajo de investigación tiene por objeto los delitos de violación de secreto empresarial previstos en los artículos 278, 279 y 280 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (Cp, en adelante). En estos preceptos se tipifican tres grupos de conductas. El *espionaje industrial*: apoderamiento ilegítimo de un secreto empresarial (art. 278.1), castigado de forma agravada cuando posteriormente se difunda, se revele o se ceda a terceros (art. 278.2). La *disposición desleal de secreto empresarial*: uso en provecho propio (art. 279.2) o comunicación a terceros de la información en vulneración de un deber de guardar secreto (art. 279.1). Y la *extensión de la violación del secreto empresarial*: apoderamiento, uso en provecho propio o revelación de la información con conocimiento de su origen ilícito (art. 280).

En una economía de mercado basada en el principio de libre competencia, los oferentes disponen de dos tipos básicos de estrategias competitivas: la minimización de costes o la diferenciación del producto o servicio. La primera consiste en tratar de reducir al máximo los costes de producción o prestación del servicio en relación con la media del sector. La segunda en intentar ofrecer un producto o servicio que, si bien reúna las características básicas del producto o servicio objeto del mercado relevante<sup>1</sup>, tenga, además, ciertos atributos que le hagan único –o al menos distinto a la mayoría– y que un número significativo de demandantes de dicho mercado valoren<sup>2</sup>. Entre estos atributos cabe mencionar, por ejemplo, una calidad superior del producto o servicio, o una cualidad o prestación no ofrecida por nadie hasta ese momento en el mercado relevante. Cualquier información que favorezca una u otra estrategia, reducción de costes o diferenciación, es información competitivamente relevante. Desde la relativa a un proceso de producción más económico que el empleado por los demás competidores, hasta la referida a una estrategia de mercadotecnia que consiga conferir una imagen

---

<sup>1</sup> Sobre el concepto de mercado relevante, véase LINDSAY/SCOLA, «Market Definition», en ROTH/ROSE (ed.), *European Community Law of Competition* (Bellamy & Child), 6ª ed., 2008, pp. 239-301.

<sup>2</sup> PORTER, *Ventaja competitiva*, 1987, p. 28 y ss. Identifica estas dos estrategias junto con otras más (integración vertical, flexibilidad, estrategias de cooperación), a la vez que distingue entre estrategias empresariales (competencia en un solo mercado) y estrategias corporativas (competencia en varios mercados): BARNEY, *Gaining and sustaining competitive advantage*, 3ª ed., 2007, pp. 183-586.

de exclusividad al producto o servicio. Ello nos permite avanzar, de modo provisional, una definición de “secreto empresarial”. Por tal puede entenderse toda información relacionada con una actividad empresarial que confiere una ventaja competitiva a quien la detenta, siempre y cuando sea secreta.

Si bien no siempre va a ser necesario que una información sea secreta para ser –o seguir siendo– competitivamente relevante, a veces de ello puede depender que confiera una importante *ventaja competitiva* frente al resto de oferentes o, por el contrario, que su conocimiento solamente sirva para sobrevivir en el mercado relevante. Por ello, el poseedor de información competitivamente relevante que desee explotarla económicamente tiene interés en mantenerla bajo secreto. Especialmente cuando el conocimiento de la información es fruto de una inversión (esfuerzo) en investigación y/o desarrollo.

En efecto, varios estudios demoscópicos apuntan que los empresarios consideran importantes sus secretos empresariales para el crecimiento, la competitividad y el comportamiento en materia de innovación de su negocio. También indican que los sectores de actividad que otorgan mayor importancia a la protección de sus secretos empresariales son aquellos que realizan una fuerte inversión en I+D y que, a menudo, los consideran un mecanismo de recuperación de la inversión más efectivo que la patente de invención u otros mecanismos legales de protección<sup>3</sup>. Por lo demás, aunque no se trate de datos fiables, en países líderes en I+D como Alemania o los EE. UU. se han cifrado en varios miles de millones de euros (Alemania)<sup>4</sup> o entre 2 y 400 billones de dólares

---

<sup>3</sup> DE MARTINIS/GAUDINO/RESPES, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, 2013 (estudio de BAKER&MCKENZIE por encargo de la Comisión Europea), pp. 97-105 (aproximación a varios estudios demoscópicos realizados hasta 2013), pp. 117-151 (exposición de la encuesta realizada por los autores a nivel europeo). En la misma línea, en los EE. UU., véase JANKOWSKI, «Business Use of Intellectual Property Protection Documented in NSF Survey», *InfoBrief NCSES*, febrero 2012, pp. 1-7, donde se puede apreciar que la mayoría de las empresas que invierten en I+D dan mucha importancia a los secretos empresariales, y por lo general más que a las patentes de invención.

<sup>4</sup> *MüKoUWG*/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, Vor § 17 nm. 7, con ulteriores referencias en nota 32; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht-BT*, 3ª ed., 2011, § 5 nm. 233.

al año (EUA)<sup>5</sup> el valor de las pérdidas ocasionadas por la violación de secretos empresariales.

Pero el interés del poseedor de la información competitivamente relevante en mantenerla bajo secreto no tiene por qué responder solamente a razones de utilidad. También puede responder a razones morales<sup>6</sup>. Así, si se parte de la base de que existe un *derecho natural a la propiedad* de los frutos del propio trabajo (LOCKE), puede sostenerse que cuando la posesión del conocimiento es fruto del propio esfuerzo, trabajo y perseverancia, existe el derecho natural al dominio sobre la información y, por tanto, el derecho a mantenerla bajo secreto<sup>7</sup>. Otro posible interés de orden moral es el de que se respete la *moral comercial*, según la cual la lucha competitiva debe desarrollarse con base en el principio de competencia por las propias prestaciones, también conocido como principio del avance por el propio esfuerzo<sup>8</sup>. El avance a través de la perturbación del monopolio fáctico de otros sobre determinada información competitivamente relevante sería contrario a dicho principio.

Interesados en el mantenimiento bajo secreto de la información competitivamente relevante no sólo lo están los oferentes, normalmente

---

<sup>5</sup> OFFICE OF THE NATIONAL COUNTERINTELLIGENCE EXECUTIVE, *Foreign Spies Stealing US Economic Secrets in Cyberspace*, 2011, p. 4 (consultable en: [http://www.ncix.gov/publications/reports/fecie\\_all/Foreign\\_Economic\\_Collection\\_2011.pdf](http://www.ncix.gov/publications/reports/fecie_all/Foreign_Economic_Collection_2011.pdf); última visita el 5.2.2015).

<sup>6</sup> Para una exposición más amplia de las distintas vías de fundamentación deontológica exploradas por la doctrina, véanse HETTINGER, «Justifying intellectual property», *Philosophy and Public Affairs* (18), 1989, pp. 36-47; BONE, «The (still) shaky foundations of trade secrets law», *Texas Law Review* (92), 2014, pp. 1809-1810.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 2.01; AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third. Unfair Competition*, 1995, *comment a*).

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, SÁNCHEZ CALERO, «Costumbres de probidad y secretos industriales», en SÁNCHEZ AGESTA (dir.), *La empresa y el orden económico y social*, 1966, p. 112. En la misma línea, en relación con el fundamento del ilícito concurrencial básico en Alemania: VON GODIN, «Über den Verstoss gegen die wettbewerbsrechtlichen guten Sitten», *GRUR* (3), 1966, p. 130; DROSTE, «Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb», *Wettbewerb in Recht und Praxis* (3), 1964, p. 72. Crítico, aunque con ulteriores referencias de autores alemanes que defienden esta postura actualmente, Harte/Henning/W. SCHÜNEMANN, 2ª ed., 2009, § 3 nms. 112-159.

empresarios, que la poseen. También el Estado tiene intereses al respecto como representante del *interés general*. Desde la perspectiva deontológica, el Estado tiene interés en la realización del valor justicia. Si, al igual que antes, se partiera de la existencia de un derecho natural a los frutos del propio trabajo y de la existencia del principio del avance por el propio esfuerzo como principio integrante de la moral comercial, el Estado tendría el interés en que ambos fueran efectivos.

Desde una perspectiva consecuencialista, el Estado también tendría interés en que se respete el secreto de la información competitivamente relevante. Según algunos estudios de análisis económico del Derecho, un cierto grado de protección legal de los secretos empresariales favorecería la inversión en investigación y desarrollo de un país<sup>9</sup>. La ausencia de protección legal obligaría a adoptar costosas medidas de autoprotección de la información, en detrimento de la inversión en otros factores relevantes para la competitividad de la empresa o en la propia I+D+i, produciéndose una asignación ineficiente de los recursos empresariales nacionales. Además, la ausencia de garantías legales impediría que la información competitivamente relevante circulara en el tráfico jurídico-económico nacional en el grado óptimo. Así, por ejemplo, las empresas preferirían no revelar sus secretos empresariales a un posible socio capaz de explotarlo de forma más eficiente por miedo a la pérdida de control sobre la información. Por el contrario, la protección legal del secreto empresarial favorecería la concesión de licencias (de *know-how*, por ejemplo) y, de este modo, la circulación del conocimiento en el tráfico, lo que a su vez aumentaría el nivel de innovación y desarrollo del mercado nacional de referencia<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> POSNER, «Trade secret misappropriation», *Harvard Law Review* (106), 1992, p. 472 y ss.; LEMLEY, «The surprising views of treating trade secrets as IP rights», *Stanford Law Review* (61), 2008, pp. 329 y ss., 331, 334. Para una aproximación parcial –sorprende la ausencia de estudios críticos– a los estudios de análisis económico realizados al respecto, véanse DE MARTINIS/GAUDINO/RESPESS, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, 2013 (estudio de BAKER&MCKENZIE por encargo de la Comisión Europea), pp. 85-97.

<sup>10</sup> En Alemania, menciona el interés en maximizar la investigación y el desarrollo como uno de los fundamentos de la prohibición legal de las violaciones de secreto empresarial: OHLY/Sosnitzka, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 4.



En efecto, el principal objetivo económico del Estado, como representante del interés general, es la maximización del nivel de vida de sus ciudadanos. Si se parte de la premisa de que la maximización de la inversión en innovación y desarrollo es condición necesaria para la consecución de ese fin<sup>11</sup>, y si se da por buena la tesis según la cual un cierto grado de protección legal de los secretos empresariales favorece la inversión en investigación y desarrollo, es razonable que el Estado tenga interés en proteger los secretos empresariales de los oferentes y potenciales oferentes en los mercados nacionales, al menos cuando procedan de su inversión en I+D.

En este sentido son ilustrativas las manifestaciones del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD español: «La investigación científica y técnica, el desarrollo y la innovación constituyen factores indispensables para el crecimiento económico de un país y son la base de su progreso y bienestar sociales»<sup>12</sup>. Y las de la COMISIÓN EUROPEA en su propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la protección del saber hacer y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y divulgación ilícitas, de 28 de noviembre de 2013<sup>13</sup>: «La ausencia de medios jurídicos efectivos y comparables para proteger los secretos comerciales en toda la Unión menoscaba los incentivos para emprender actividades transfronterizas innovadoras en el mercado interior e impiden que los secretos comerciales puedan liberar su potencial como motores del crecimiento económico y del empleo. Así pues, la innovación y la creación se ven desincentivadas y disminuye la inversión, con los consiguientes efectos en el buen funcionamiento del mercado interior y la consiguiente merma de su potencial como factor de crecimiento» (considerando 3).

Como es sabido, hoy los mercados relevantes de las empresas radicadas en países como España, dotados de economías de mercado abiertas al comercio internacional, son, cada vez más, de carácter internacional. Ello significa que su competitividad no sólo depende de la posesión de información competitivamente relevante en el territorio nacional, sino de que ésta lo sea, también, en el plano internacional. En la medida en que el Estado depende de la competitividad de las empresas nacionales para la consecución de su

---

<sup>11</sup> En este sentido, véase PORTER, *The competitive advantage of nations*, 1998, pp. 1-30, 20-21, 30.

<sup>12</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, *Estrategia española de ciencia y tecnología y de innovación 2013-2020*, p. 8.

<sup>13</sup> COM (2013) 813 final, Bruselas 28.11.2013. Véase también el considerando 7.

principal objetivo económico (la maximización del nivel de vida de sus ciudadanos)<sup>14</sup> es evidente que tiene interés en que los secretos empresariales de las empresas de su país sean protegidos frente a las posibles violaciones de competidores extranjeros en el marco de la lucha competitiva por el mercado internacional.

En este sentido, la oficina de la presidencia de los EE. UU. ha afirmado que «la violación de los secretos empresariales amenaza las empresas estadounidenses, socava la seguridad nacional y pone en jaque la seguridad de la economía de los EE. UU.. Estos hechos disminuyen además las perspectivas de exportación de los EE. UU. en todo el mundo y pone en riesgo los puestos de trabajo en Norteamérica»<sup>15</sup>. Por su parte, el ministerio del interior de Alemania ha llegado a recriminar a las empresas de su país la insuficiente adopción de medidas de protección de la información competitivamente relevante frente a competidores extranjeros<sup>16</sup>.

Con todo, existen tanto intereses en contra del mantenimiento bajo secreto de la información competitivamente relevante<sup>17</sup>, como dudas de que la protección de los secretos empresariales sea lo más justa o lo más eficiente de cara a la maximización del bienestar general.

Entre los intereses en contra está, en primer lugar, el del trabajador por cuenta ajena en la movilidad y promoción laborales, estando este último reconocido como derecho en el art. 35 de la Constitución española. La experiencia, entendida como el conocimiento y dominio de información

---

<sup>14</sup> PORTER, *The competitive advantage of nations*, 1998, p. 2.

<sup>15</sup> EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES, *Administration Strategy on Mitigating the Theft of U.S. Trade Secrets*, febrero de 2013, p. 1, consultable en: [http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/admin\\_strategy\\_on\\_mitigating\\_the\\_theft\\_of\\_u.s.\\_trade\\_secrets.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/admin_strategy_on_mitigating_the_theft_of_u.s._trade_secrets.pdf) (última visita el 11.1.2015).

<sup>16</sup> BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, *Verfassungsschutzbericht 2009*, 2009, p. 309, consultable en: <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2010/vsb2009.html> (última visita el 11.1.2015).

<sup>17</sup> Una clara y sucinta exposición del conflicto de intereses al que deben hacer frente tanto el Derecho de patentes como el de Competencia desleal en materia de protección del secreto empresarial en GHIDINI/FALCE, «Trade secrets as intellectual property rights: a disgraceful upgrading – Notes on an italian “reform”», en DREYFUSS/STRANDBURG (eds.), *The Law and Theory of Trade Secrecy*, 2011, p. 140 y ss.

competitivamente relevante, confiere al trabajador un valor añadido, aumentando las opciones de que otros empresarios se interesen por él y estén dispuestos a ofrecerle mejores condiciones de trabajo. Prohibir al trabajador que comunique o utilice en provecho de otro empleador los secretos empresariales que ha conocido, o que él mismo ha desarrollado, en cumplimiento de sus obligaciones laborales para con el titular de los mismos reduce su capacidad de movilidad y promoción laborales. La afectación de estos intereses se hace especialmente patente en los supuestos en los que el secreto empresarial está tan integrado en los conocimientos y habilidades del trabajador que es inevitable que los utilice o revele a otro empleador en caso de disponerse a trabajar por él. Siendo coherentes con la lógica de la protección, en estos supuestos el trabajador debería tener prohibido trabajar para cualquier competidor del titular de la información. Precisamente, algunos Tribunales de los EE. UU. han desarrollado para este tipo de casos la llamada “doctrina de la revelación inevitable” (*inevitable disclosure*): a pesar de que no exista un pacto expreso de no competencia sino, a lo sumo, uno de confidencialidad, el trabajador no puede fichar por un competidor de su empleador, titular del secreto empresarial, si existe un alto riesgo de que en ese caso revele la información<sup>18</sup>. Hay que tener en cuenta, además, el efecto desaliento que el deber de reserva del trabajador puede provocar en potenciales empleadores interesados en contratarle: sus temores a que el titular de la información les demande por violación de secreto empresarial pueden acabar frustrando la contratación del trabajador, a pesar de no conocer el secreto empresarial o de que pudiera ejercer sus funciones sin necesidad de revelarlo.

En segundo lugar, se opone a la protección de los secretos empresariales el interés de los demás competidores en la libertad de empresa, reconocida también como derecho por la Constitución española en su art. 38. Prohibir a los (potenciales) oferentes del mercado el uso y explotación de la información competitivamente relevante mantenida bajo secreto por otro competidor restringe sus posibilidades competitivas en el mercado: impide que lleven a cabo determinadas conductas dirigidas a obtener la información competitiva de sus adversarios no necesariamente prohibidas *per se* (véase *infra* VI. o VIII.), no les permite ejercer su actividad empresarial de forma

---

<sup>18</sup> PASSI, «Compensated injunctions: a more equitable solution to the problem of inevitable disclosure», *Berkeley Technology Law Journal* (27), 2012, pp. 933-936.

más eficiente conforme a información ya existente en el mercado y obstaculiza la ampliación de los ámbitos de actividad económica mediante la investigación o el desarrollo sobre conocimiento ya disponible.

Ciertamente, puede parecer contraintuitivo considerar relevante el interés de los competidores en perturbar el monopolio fáctico sobre la información competitivamente relevante de otro competidor. Sobre todo cuando el monopolio se deba a los frutos de los esfuerzos (inversión) en I+D de aquél. Sin embargo, ni la existencia de un derecho natural a los frutos del propio esfuerzo cuando éste consiste en conocimiento, ni la del principio del avance por las propias prestaciones, son pacíficas.

Respecto de la primera, se ha afirmado que la naturaleza no excluyente de los objetos intelectuales hace que la adjudicación de derechos de exclusividad sobre los mismos sea especialmente problemática. El hecho de que una idea o conocimiento pueda ser utilizado por más de una persona a la vez sin que ello haga disminuir su utilidad para los usuarios exige un fundamento cualificado para restringir artificialmente, legalmente, esta cualidad<sup>19</sup>. La idea de merecimiento, según la cual el trabajador merece sacar un beneficio de su trabajo, al menos en el caso de que persiga un fin provechoso, es una opción sólida en este sentido. Con todo, que el merecimiento permita justificar el derecho del trabajador a sacar provecho de su trabajo no significa que fundamente que el contenido de ese derecho consista, precisamente, en la explotación en exclusiva del producto intelectual de su trabajo. A menudo se confunde el objeto que fundamenta que una persona merezca ser recompensada con el tipo de recompensa merecida. La atribución de derechos de exclusiva no es la única recompensa posible, siendo múltiples las alternativas existentes: honorarios, galardones, premios, gratitud, elogio, seguridad, poder, estatus o apoyo (financiero) para la realización de nuevos proyectos<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> HETTINGER, «Justifying intellectual property», *Philosophy and Public Affairs* (18), 1989, pp. 34-35. Obviamente no puede decirse lo mismo respecto de la explotación lucrativa de la información, que necesariamente requiere una restricción del número de explotadores, pero para ello hace falta fundamentar un derecho a la explotación, lo que tampoco es pacífico, como se pone de manifiesto en el texto.

<sup>20</sup> HETTINGER, *Philosophy and Public Affairs* (18), 1989, p. 41.

En el caso de que se considerara que el trabajo da derecho al trabajador a recibir el valor de mercado del producto de su esfuerzo, habría que tener en cuenta que los productos intelectuales son fundamentalmente productos sociales: las ideas de uno dependen de forma crucial de las de otras personas que le han precedido. Así, sería necesario distinguir entre la contribución individual del trabajador intelectual y las contribuciones histórica y socialmente acumuladas en el producto de su trabajo<sup>21</sup>. Y, en efecto, incluso en el caso de que se consiguiera aislar la contribución individual, tarea evidentemente compleja, tampoco está claro cómo debería retribuirse tal contribución, pues «...el recurso al valor de mercado [recompensa en dinero] del producto del trabajo de un trabajador no puede ayudarnos aquí. Los mercados funcionan una vez establecidos y hecho efectivos los derechos de propiedad y precisamente la cuestión que nos ocupa es qué tipo de derechos de propiedad debería tener un inventor, un escritor o un directivo teniendo en cuenta que el producto de su trabajo es el fruto de la historia del intelecto humano»<sup>22</sup>.

En cuanto a la existencia del principio de avance por el propio esfuerzo como integrante de la moral comercial (convencionalismo moral), se ha afirmado que no existen pruebas empíricas de que los competidores adoptaran este principio en caso de no estar obligados por ley a observarlo. De hecho, los datos empíricos apuntarían precisamente hacia la existencia de una amplia y extendida práctica de espionaje industrial, al menos en los EE. UU.<sup>23</sup>. Y, en el caso de que efectivamente los competidores se dotasen libremente de un tal principio, no estaría claro qué efecto positivo se conseguiría añadiendo la protección legal de los secretos empresariales a la autorregulación informal del sector, existiendo el riesgo de que la única consecuencia fuera la alteración del equilibrio existente<sup>24</sup>. Por otra parte, las vías de fundamentación a través del contractualismo entendido como *fairness* también han sido cuestionadas. El velo de la ignorancia, en estos casos,

---

<sup>21</sup> HETTINGER, *Philosophy and Public Affairs* (18), 1989, pp. 36-40.

<sup>22</sup> HETTINGER, *Philosophy and Public Affairs* (18), 1989, p. 38.

<sup>23</sup> Véase BONE, «A new look at trade secret law: doctrine in search of justification», *California Law Review* (86), 1998, pp. 274 nota 147.

<sup>24</sup> BONE, «The (still) shaky foundations of trade secrets law», *Texas Law Review* (92), 2014, p. 1810. Con detalle, EL MISMO, *California Law Review* (86), 1998, pp. 294-296.

eliminaría puntos de vista egoístas que constituyen precisamente la lógica fundamental de la lucha competitiva<sup>25</sup>.

Por lo que respecta al interés general en la protección de los secretos empresariales en aras de maximizar el bienestar de los ciudadanos mediante el favorecimiento de la innovación y el desarrollo, se mencionaron dos efectos positivos de la protección de los secretos empresariales: el favorecimiento de la circulación de la información competitivamente relevante y la evitación de carreras ineficientes en costes de protección de la información *versus* costes de espionaje. Pues bien, algunos autores han puesto en duda que los efectos positivos para el favorecimiento de la innovación y el desarrollo sean capaces de superar los negativos<sup>26</sup>. Por lo demás, existen trabajos en los que se concluye que la contribución de la protección jurídica del secreto empresarial a la generación de incentivos para la investigación y el desarrollo es más bien escasa<sup>27</sup>. Otros advierten que el de la protección del secreto no tiene por qué ser el único modelo para generar incentivos a la innovación, pues, bajo ciertas condiciones, la innovación colaborativa puede resultar más eficiente<sup>28</sup>.

En relación con el favorecimiento de la circulación de la información competitivamente relevante, se ha dicho, en primer lugar, que no existen suficientes datos empíricos para concluir que los mencionados beneficios superen los costes de duplicación derivados de la protección de los secretos empresariales<sup>29</sup>, esto es, los costes en investigación y desarrollo destinados por el resto de participantes en el mercado para obtener el mismo conocimiento. En segundo lugar, tampoco está muy claro que el favorecimiento de la circulación de la información mediante licencias de transferencia de tecnología supere las limitaciones derivadas de sustraer conocimiento al público sobre qué investigar y desarrollar para crear

---

<sup>25</sup> BONE, *California Law Review* (86), 1998, p. 293.

<sup>26</sup> Una aproximación a la discusión económica al respecto en AGHION/GRIFFITH, *Competition and Growth. Reconciling theory and evidence*, 2005.

<sup>27</sup> RISCH, «Trade secret law and information development incentives», en DREYFUSS/STRANDBURG (eds.), *The Law and Theory of Trade Secrecy*, 2011, p. 154 y ss.

<sup>28</sup> VON HIPPEL/VON KROGH, «Open innovation and the private-collective model for innovation incentives», en DREYFUSS/STRANDBURG (eds.), *The Law and Theory of Trade Secrecy*, 2011, pp. 201 y ss.

<sup>29</sup> BONE, *Texas Law Review* (92), 2014, pp. 1817-1819, 1818.

conocimiento nuevo. En este sentido, conviene advertir que la transferencia de conocimiento mediante licencias se reduce a los licenciatarios y a los usos pactados con el titular del secreto empresarial<sup>30</sup>. En tercer lugar, hay que añadir también en el apartado de costes el efecto desaliento que la prohibición de la violación de secretos empresariales puede tener entre potenciales nuevas empresas (*starts-ups*) aversas al riesgo. Existen estudios empíricos que indican que la mayor parte de las violaciones de secretos empresariales se producen por ex empleados<sup>31</sup>, mientras que otros señalan que una gran parte de las *start-ups* están constituidas por ex trabajadores<sup>32</sup>. En esta línea, algunos autores que han estudiado el éxito empresarial de la región de Silicon Valley, donde los acuerdos de no competencia entre empleador-empleado no se consideran válidos, están convencidos de que, en determinados mercados, como por ejemplo aquellos en los que la innovación tecnológica se basa muy especialmente en el desarrollo en cadena de las innovaciones previas, los beneficios para la investigación y el desarrollo de una política de menor protección de los secretos empresariales son superiores que los de una de protección intensa<sup>33</sup>.

En relación con la evitación de ineficientes carreras de inversión: gasto en protección de la información *versus* inversión en nuevos métodos de espionaje capaces de eludirla, se ha advertido que la protección legal de los

---

<sup>30</sup> BONE, *Texas Law Review* (92), 2014, pp. 1817-1819, 1818.

<sup>31</sup> DE MARTINIS/GAUDINO/RESPES, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, 2013 (estudio de BAKER&MCKENZIE por encargo de la Comisión Europea), p. 107.

<sup>32</sup> BHIDE, «How entrepreneurs craft strategies that work», *Harvard Business Review* (72), 1994, pp. 150-161, consultable en: <https://hbr.org/1994/03/how-entrepreneurs-craft-strategies-that-work> (última visita 13.1.2015).

<sup>33</sup> GILSON, «The legal infrastructure of high-technology industrial districts: Silicon Valley, Route 128, and covenants not to compete», *New York University Law Review* (74), 1999, *passim*. No obstante, pone en duda que la adopción de una política de menor protección de los secretos empresariales, como por ejemplo la de no considerar válidos los pactos de no competencia entre empleador-empleado, sea un factor decisivo en el éxito empresarial de una determinada región, WOOD, «A comparison of the enforceability of covenants not to compete and recent economic histories of four high technology regions», *Virginia Journal of Law and Technology* (5), 2000, *passim*, quien pone de manifiesto que otras regiones de los EE. UU. han tenido éxito a pesar de adoptar un enfoque más proteccionista.

secretos empresariales no consigue evitar tales carreras ineficientes, sino solo trasladarlas al ámbito de lo jurídico. La carrera se traslada del binomio “inversión en medidas fácticas de autoprotección *versus* inversión en su correspondiente elusión”, al binomio “inversión en medidas de detección y prueba de la violación *versus* inversión en su evitación”. A ello hay que sumarle los elevados costes de un litigio en materia de secretos empresariales<sup>34</sup>. Además, y no menos importantes, hay que contar, por un lado, con el riesgo de que el control sobre la información se pierda durante el proceso debido a las garantías de defensa y publicidad que rigen en éste. Por otro, con los costes reputacionales (disminución del valor de las acciones del titular del secreto empresarial en el mercado secundario, por ejemplo)<sup>35</sup> derivados de reconocer, con la judicialización del caso, que se ha perdido el control sobre la información<sup>36</sup>. Y, por último, aunque sin pretensión de exhaustividad, habría que contar también con los costes derivados del uso abusivo de las acciones legales.

## 2. Fin de la investigación

Ante este complejo escenario, el legislador español ha decidido criminalizar, a través de los delitos previstos en los arts. 278 a 280 Cp, determinadas formas de violación de las posiciones de dominio consideradas legítimas sobre un secreto empresarial.

En este trabajo no se va a cuestionar ni la racionalidad valorativa ni la racionalidad instrumental de la decisión del legislador de proteger

---

<sup>34</sup> BONE, *Texas Law Review* (92), 2014, pp. 1815-1816.

<sup>35</sup> Un estudio empírico de 2001 respecto de empresas cotizadas de los EE. UU. que iniciaron procesos por violación de secretos empresariales en virtud de la *Economic Espionage Act* concluye que la judicialización y publicación del asunto tuvo consecuencias negativas económica y estadísticamente significativas en el valor de cotización de sus acciones: CARR/GORMAN, «The revictimization of companies by the stock market who report trade secret theft under the Economic Espionage Act», *The Business Lawyer* (57), 2001, p. 44 y ss.

<sup>36</sup> En este sentido, véanse los resultados de la encuesta realizada por DE MARTINIS/GAUDINO/RESPES, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, 2013 (estudio de BAKER&MCKENZIE por encargo de la Comisión Europea), pp. 129-131. El coste reputacional preocupa al 30% de los encuestados y la pérdida del control de la información durante el proceso al 14%.



penalmente dichas posiciones de dominio. Sin embargo, es sabido que la regulación de un ámbito de la realidad no se acaba en la aprobación y entrada en vigor de los enunciados legales redactados por el legislador a tal efecto. Ante la innata equívocidad y ambigüedad del lenguaje ordinario empleado para la formulación de los enunciados legales, y ante la necesidad de integrarlos de forma valorativamente coherente en el conjunto del ordenamiento jurídico, es precisa una «concreción»<sup>37</sup>, una «reconstrucción»<sup>38</sup> o, en su caso, un desarrollo creador<sup>39</sup> de las leyes por parte de quienes tengan que aplicarlas. La «reformulación» del Derecho legislado, «proponiendo precisiones para sus términos vagos, completando sus lagunas, resolviendo sus incoherencias y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos»<sup>40</sup>, de forma comprensible y verificable (racional), es el cometido de la *dogmática jurídica*<sup>41</sup> 42. Ello resulta especialmente necesario cuando el ámbito de realidad sujeto a regulación presenta tantos intereses en conflicto como los que presenta el fenómeno de las violaciones de secretos empresariales. Más aún, cuando la regulación legal hace surgir serias dudas de legitimidad, tanto con base en consideraciones de racionalidad instrumental como valorativa, tal y como se ha visto.

Pues bien, el cometido de esta investigación es, precisamente, hacer dogmática jurídica respecto de los delitos de violación de secretos empresariales. En particular, determinar cuáles son las conductas constitutivas de violación de secreto empresarial penalmente relevantes, de forma coherente con los fines que aquí se considera que persigue el Derecho penal, en general, y los delitos de violación de secretos empresariales, en

---

<sup>37</sup> MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, t. I., 9ª ed., 2004, pp. 234 y ss.

<sup>38</sup> SILVA SÁNCHEZ, «La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas», en MONTEALEGRE LYNETT/CARO JOHN (ed.), *LH-Jakobs*, 2008, p. 208.

<sup>39</sup> MIR PUIG, «Dogmática creadora y política criminal», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, p. 13 y ss. De forma similar, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, p. 13 y ss., 17-18, 23 y ss.

<sup>40</sup> NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 10ª ed., 2001, p. 326.

<sup>41</sup> BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., 1991, pp. 16-17, donde determina cuáles son los *fines* de la dogmática jurídica y en qué consiste la misma como *proceso racional* de obtención del Derecho.

<sup>42</sup> En la misma línea que los autores citados, con ulteriores referencias, KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 12 y ss., 13, 18.

particular. Y ello de modo comprensible y transparente, para que la determinación pueda ser sometida a escrutinio y verificación.

Un sector de la filosofía jurídica reclama que la dogmática jurídica se lleve a cabo distinguiendo de forma estricta entre la labor descriptiva y la valorativa. Así, aboga por dar más importancia de lo que suele darse a la primera tarea, lo que permitiría situar a los operadores jurídicos «en su justa responsabilidad en aquellos supuestos en que el derecho no permite justificar una solución» y acabar con «el disfraz de la “interpretación” valorativa de la dogmática»<sup>43</sup>. En la medida en que en este trabajo se presentan las principales opciones interpretativas de los enunciados legales objeto de estudio, y en la medida en que no se ocultan las decisiones valorativas que se han tomado en la formulación de las aquí propuestas, entiendo que quedan en buena parte satisfechas las principales demandas de este sector.

La presente investigación se centra en la determinación de las conductas de violación de secreto empresarial *penalmente típicas* (“tipo de injusto penal”). Principalmente desde una perspectiva objetiva *ex ante*, sin perjuicio de que, en algunos casos, se aborden cuestiones concretas de tipicidad subjetiva<sup>44</sup>. También se extraerán consecuencias penológicas de la mayor o menor lesividad que presenten, desde una perspectiva *ex post* (desvalor de resultado), las conductas consideradas penalmente típicas (“tipo de injusto punible o sancionable”).

La distinción entre “tipo de injusto penal” y “tipo de injusto punible o sancionable” procede de la clasificación categorial derivada del sistema de la teoría del delito propuesto por SILVA SÁNCHEZ, de orientación teleológica y construido sobre la base de la teoría de las normas. Así, el *tipo de injusto penal* establece «las condiciones que debe reunir *ex ante* una conducta para hacer necesaria y legítima (si no concurren causas de exclusión de ese injusto penal) su prohibición bajo pena»<sup>45</sup>, como una clase específica de delito. Establece, en otras palabras, las condiciones bajo las cuales la conducta vulnera una concreta norma primaria jurídico-penal, lo que la convierte en una conducta penalmente antijurídica. El *tipo de injusto punible*, o sancionable, determina «las condiciones que

---

<sup>43</sup> CID MOLINÉ/MORESO MATEOS, «Derecho Penal y filosofía analítica», *ADPCP* (44), 1991, pp. 148-157, 153.

<sup>44</sup> Ver *infra* apartado VIII.3.3.a) relativo a la ignorancia deliberada (art. 280 Cp).

<sup>45</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 589 y ss., 634.

—dada una conducta constitutiva de un injusto penal específico— deben concurrir *ex post* para que resulte necesario y legítimo sancionarla efectivamente con penas<sup>46</sup>. Determina, en otras palabras, los presupuestos de aplicación de una concreta norma de sanción jurídico-penal.

¿Es necesaria una tesis con el objeto y fines acabados de mencionar? En España, la protección penal de los secretos empresariales se remonta, al menos, hasta el Código penal de 1822<sup>47</sup>. Sin embargo, hasta lo que aquí se ha alcanzado a ver, no existen monografías en relación con los correspondientes delitos previstos por los Códigos penales anteriores al de 1995. Respecto de los delitos de violación de secretos empresariales previstos por el de 1995, hasta hoy (septiembre de 2015) sólo se han encontrado cuatro. Se trata de tres tesis doctorales<sup>48</sup> de finales de los años noventa y principios del siglo en curso, muy seguidas en el tiempo (1998, 2000 y 2002), así como de una breve monografía del año 2010 escrita por uno de los principales especialistas en Derecho penal económico de España<sup>49</sup>.

Desde una perspectiva cuantitativa, salta a la vista la escasa producción científica española sobre este tema cuando se la compara con la alemana. En esta investigación se ha trabajado con más de quince monografías sobre responsabilidad penal por violación de secretos empresariales de procedencia germánica, y ello sin que la búsqueda de bibliografía de ese país se haya realizado con ánimo de exhaustividad.

Por otro lado, desde la entrada en vigor del Código penal de 1995, los casos en materia de violación de secretos empresariales en la jurisdicción penal han ido progresivamente en aumento. Si se realiza una búsqueda en la base de datos pública CENDOJ por anualidades y con los parámetros «jurisdicción: penal» y «texto a buscar: secreto de empresa», se obtiene como resultado una progresión ascendente desde las cuatro resoluciones dictadas en 1999 hasta las 29 de 2012, con un leve retroceso los años 2009 (18) y 2010 (15) y una

---

<sup>46</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 634.

<sup>47</sup> Véanse los arts. 421 a 428 y 778.

<sup>48</sup> CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002.

<sup>49</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010.

brusca caída los años 2013 (5) y 2014 (1), que habrá que ver si se confirma como tendencia<sup>50</sup>.

Sin embargo, no es el número de monografías existentes en España, a pesar de la tendencia al continuo aumento de su importancia práctica, lo que ha motivado esta investigación. Más bien es la falta de acuerdo con la determinación de las conductas penalmente relevantes llevada a cabo en las monografías mencionadas, así como en el resto de artículos o comentarios al Código penal que la doctrina penal española ha publicado sobre el tema. El disentimiento se debe a distintas razones. Algunos autores trabajan con una metodología distinta a la aquí empleada. Otros parten de que el Derecho penal en general, o los delitos de violación de secretos empresariales en particular, persiguen fines distintos de los que aquí se considera que persiguen. Algunos coinciden con la identificación de fines aquí defendida, pero sus propuestas no los concretan del modo en que aquí se considera que deberían concretarse.

Además, y como a lo largo del trabajo trataré de demostrar, algunas propuestas interpretativas presentan deficiencias metodológicas. En ocasiones determinan las conductas penalmente relevantes de forma axiológicamente incoherente, lo que impide tratar igual lo que es materialmente igual y distinto lo que es materialmente distinto. Otras veces no son lo suficientemente precisas o exhaustivas como para permitir que los intervinientes en el tráfico económico (trabajadores, empresarios, titulares de secretos empresariales) puedan planificar sus conductas con las suficientes garantías para sus legítimos intereses. Y más a menudo de lo deseable no están lo bastante fundamentadas metodológica y político-criminalmente como para poder afirmar que estamos ante un producto de dogmática jurídico-penal y no ante un mero fruto de la arbitrariedad del intérprete.

Por todo ello, a continuación (II.) se hacen explícitas las premisas metodológicas (1.) y político-criminales (2.) de las que se parte, así como el concepto (material) de delito que se deriva de ellas (3.). Seguidamente, y como paso previo a la determinación de las violaciones de secreto

---

<sup>50</sup> Número de resoluciones por años: 1996: **0**, 1997: **0**, 1998: **1**, 1999: **4**, 2000: **4**, 2001: **7**, 2002: **6**, 2003: **11**, 2004: **10**, 2005: **15**, 2006: **18**, 2007: **24**, 2008: **23**, 2009: **18**, 2010: **15**, 2011: **21**, 2012: **29**, 2013: **5**, 2014: **1**.

empresarial penalmente típicas, se determina el bien jurídico considerado protegido (III.), el concepto jurídico-penal de secreto empresarial (IV.) y los criterios de reconocimiento jurídico-privado de pretensiones de exclusión sobre el mismo (V.). Una vez sentadas las premisas metodológicas, político-criminales y conceptuales del objeto de la investigación, se procede a la concreción de las conductas penalmente relevantes de espionaje industrial (VI.), de disposición desleal (VII.) y de extensión desleal de secreto empresarial (VIII.). Por último, se determinan las consecuencias penológicas de los diferentes grados de lesividad que presentan, desde una perspectiva *ex post* (desvalor de resultado), las conductas penalmente típicas de violación de secreto empresarial (IX.)<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Con un tratamiento más profundo y enriquecido de las premisas metodológicas y político-criminales, y con algunas posturas discordantes con las que aquí se toman, pero con una estructura muy similar a la de este trabajo: KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 1 y ss.



**II. PREMISAS METODOLÓGICAS, POLÍTICO-  
CRIMINALES Y CONCEPTO (MATERIAL) DE DELITO**





## 1. Premisas metodológicas

Detrás de todo enunciado legal está una decisión de política jurídica del legislador dirigida a la consecución de un fin (*telos* - Τέλος) de ordenación social. En este sentido, se afirma que los enunciados legales persiguen fines prácticos y realizan valoraciones. No obstante, no pueden ser aplicados de forma automática. El instrumento que el legislador debe emplear para formularlos, el lenguaje, no es lo suficientemente preciso. Por su parte, el propio legislador tampoco es capaz, debido a sus humanas limitaciones, de formular reglas exhaustivas. De ahí que la aplicación del Derecho no pueda consistir en un proceso de deducción lógica verificable en términos de verdad absoluta, sino que requiera de la labor interpretativa del aplicador, precisando o desarrollando el contenido del enunciado legal. El criterio de verificación de la corrección de este proceso de aplicación solamente puede ser la coherencia con la finalidad o valoración contenida en el enunciado legal. De este modo se adopta, en esta investigación, la que se ha dado en llamar “metodología teleológica”, cuyo origen –en la historia reciente– se ha fijado en la obra de Rudolf VON JHERING<sup>1</sup>.

Sobre el cambio de enfoque que supone la metodología teleológica en la dogmática jurídico-penal, resulta ejemplar la valoración de MIR PUIG en relación con su libro *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, en el prólogo de la segunda edición: «...por encima de las concretas opiniones que en él se sustentan, lo fundamental me parece la *relativización* de la teoría de la pena y de la teoría del delito, al sustraerles su pretensión de validez objetiva y condicionarlas a la premisa valorativa de un modelo de Estado determinado. Ello no significa que la ciencia jurídica pueda exigir la *aceptación* de ningún modelo político, pero sí la *coherencia* valorativa de sus construcciones con el punto de partida político de que se parta»<sup>2</sup>.

Con el fin de evitar que el intérprete determine de forma arbitraria cuál es el fin o la decisión valorativa contenida en la ley, vulnerando, así, el principio democrático de separación de poderes, la ciencia del método jurídico distingue actualmente entre cuatro criterios de interpretación a los que el aplicador debería ceñirse: a) el gramatical, b) el histórico, c) el teleológico-

---

<sup>1</sup> Por todos PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., 2014, pp. 141-143.

<sup>2</sup> MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., 1982, pp. 12-13.

objetivo y d) el sistemático<sup>3</sup>. Sin embargo, no existe consenso sobre el contenido y valor que cada uno de estos criterios tiene en la tarea interpretativa<sup>4</sup>. Tampoco sobre si ésta debe orientarse de forma preponderante a indagar la valoración subjetiva del legislador (teoría subjetiva), o a averiguar la valoración que, una vez la ley entra en vigor, se desliga de las valoraciones subjetivas de los parlamentarios que la aprobaron y se corresponde con las ideas de justicia o los fines jurídico-políticos susceptibles de consenso (teoría objetiva)<sup>5</sup>.

No está entre los objetivos de esta investigación realizar una descripción del estado de la discusión actual en materia de metodología jurídica, ni mucho menos formular una valoración crítica de la misma. El único objetivo de las próximas líneas es mostrar la postura metodológica tomada para la elaboración de este trabajo de investigación. Por ello, tan sólo voy a tomar posición respecto de aquellas cuestiones que afectan directamente a las propuestas interpretativas aquí formuladas. Eso sí, de manera fundamentada. Entiendo que esta es la única forma de cumplir con las exigencias de racionalidad propias de todo trabajo con pretensiones de cientificidad, como el dogmático jurídico.

### 1.1. Teoría de la interpretación

En este trabajo la labor interpretativa se lleva a cabo dando preferencia a la indagación de la valoración objetiva contenida en la ley. Los enunciados legales se interpretan como expresión de las ideas de justicia y de los fines jurídico-políticos susceptibles de consenso en nuestra sociedad. Ello no significa desconocer que, de acuerdo con el principio democrático de separación de poderes, es el Parlamento el competente primario para escoger los fines y tomar las decisiones valorativas que deben informar las leyes. Sin

---

<sup>3</sup> Aquí se sigue la clasificación realizada por una de las obras de referencia en materia de metodología jurídica: LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (1979) 1994 (4ª ed.; trad.: Rodríguez Molinero), pp. 308-344.

<sup>4</sup> Mientras algunos autores sostienen que no se pueden establecer jerarquías entre los criterios de interpretación admitidos: PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., 2014, pp. 166-167; ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 11ª ed., 2012, pp. 61-62, otros dan preferencia a alguno de ellos: CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, (1983) 1998 (trad. García Amado), p. 105, quien da prioridad al criterio sistemático.

<sup>5</sup> ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 11ª ed., 2012, § 4.II.

embargo, precisamente por razones de legitimidad democrática no sería aceptable que el legislador tomara tales decisiones conforme a su parecer personal o de acuerdo con cualquier arrebatada alteración de la opinión pública. En virtud del mandato de representación democrática debe partirse de la base de que más bien tales decisiones se toman tratando de reflejar las ideas de justicia y los fines jurídico-políticos *susceptibles* de alcanzar consenso *racional* en la sociedad que trata de ordenar<sup>6</sup>. El propio principio democrático solamente es *susceptible* de consenso *racional* si se entiende como un mandato de atender la voluntad mayoritaria con respeto hacia las minorías<sup>7</sup>. Por ello, cuando la voluntad del legislador histórico no cumpla con estas exigencias, entiendo que la valoración objetiva debe prevalecer frente a la subjetiva de los parlamentarios que aprobaron la ley. En ese caso, sin embargo, no se trata de sustituir su idea de justicia por la del intérprete o aplicador del Derecho, sino de interpretar la ley en consonancia con el resto del ordenamiento jurídico (interpretación sistemática), especialmente conforme con el consenso axiológico de la sociedad plasmado en la Constitución (interpretación conforme con la constitución)<sup>8</sup>.

Respecto del “consenso”, lo relevante no es tanto «la coincidencia fáctica de puntos de vista», que puede haberse conseguido mediante persuasión, manipulación o incluso coacción, sino de la capacidad objetiva de aspirar al consenso, lo cual dependerá de la base argumentativa del enunciado dogmático o

---

<sup>6</sup> En este sentido véase ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 11ª ed., 2012, § 4.II, empleando los términos “[die] für die Mehrheit des Volkes *konsensfähige* Gerechtigkeitsvorstellungen”.

<sup>7</sup> En esta línea, véase MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 2ª ed., 1982, p. 29: «Un Estado democrático ha de evitar que se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los *límites que debe respetar* frente a toda minoría y todo individuo» (cursiva añadida). Similar, ALCÁCER GUIRAO, «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *Doxa* (25), 2002, p. 36: «Una diferencia esencial entre el liberalismo y el comunitarismo es que en el primero, el mandato de la autonomía política exige que el ordenamiento jurídico, tanto sus normas como sus medios, sea susceptible de reconocimiento por el acuerdo de *todos* los intervinientes en el tráfico jurídico-social, para lo que es preciso que el Derecho esté asentado en presupuestos susceptibles de una aceptación racional y que responda a los intereses de los ciudadanos».

<sup>8</sup> En esta línea véase ROBLES PLANAS, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 19-21.

propuesta interpretativa. Lo relevante es, por tanto, «el consenso auténticamente fundado –esto es, en definitiva, ante todo las razones y las valoraciones que se hallan detrás de las opiniones»<sup>9</sup>.

A menudo, los fines y valoraciones contenidos en el resto de disposiciones sistemáticamente relacionadas –tanto desde una perspectiva lógica como axiológica– con el enunciado objeto de interpretación tampoco van a ser inequívocos. En estos casos la *valoración* del intérprete, basada en sus puntos de vista ideológicos –filosófico-políticos, filosófico-jurídicos, antropológicos, etc.– deviene ineludible<sup>10</sup>. Ello no le quita racionalidad al trabajo dogmático-jurídico, siempre y cuando se hagan explícitas las premisas ideológicas de las que se parte y se sea coherente con las mismas<sup>11</sup>.

Especialmente críticos con la teoría objetiva de la interpretación se muestran RÜTHERS/FISCHER/BIRK<sup>12</sup>. Los autores no niegan que el aplicador del Derecho deba resolver los supuestos de hecho no contemplados por el legislador histórico (laguna legal) o los que, pese a haberlos contemplado, deben resolverse en contra de su valoración debido a que ésta fue tomada en un contexto fáctico o valorativo que en opinión del aplicador ha cambiado de forma relevante. Su propuesta alternativa consiste, no obstante, en reconocer abiertamente que, en estos casos, la decisión del aplicador del Derecho no se basa en un acto de interpretación sustentada en eventuales criterios teleológico-objetivos, sino que es un acto de creación judicial de Derecho basado en las consideraciones (subjetivas) de política jurídica del aplicador. Reconocer la naturaleza “legislativa” de la decisión del aplicador y exigirle que esté correctamente fundada desde una perspectiva cualitativa serían las únicas garantías de cientificidad<sup>13</sup>. La propuesta no me parece aceptable, por dos razones. En primer lugar, porque el juicio de corrección de la decisión del aplicador remite, necesariamente, a los criterios teleológico-objetivos que los autores desprecian en su texto ¿Cómo, si no, vamos a valorar si la decisión está adecuadamente fundada desde una perspectiva

---

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 264 y ss.

<sup>10</sup> MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, pp. 313-315. Al respecto, extensamente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 173, 193, 197, 204.

<sup>11</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 254-279, pp. 266-267.

<sup>12</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 2013, § 22, nms. 806-820.

<sup>13</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 2013, § 22, nms. 817-819.

*cualitativa?* En efecto, según estos autores, uno de los criterios para valorar la corrección del desarrollo creador del Derecho es el principio de igualdad<sup>14</sup>, cuya realización es, precisamente, la meta del razonamiento sistemático. En segundo lugar, porque calificar de creación del Derecho cualquier decisión que contradiga la valoración subjetiva del legislador histórico implicaría calificar de *analogía* cualquier decisión en el ámbito penal basada en criterios teleológico-objetivos que entrara en contradicción con la voluntad del legislador histórico, a pesar de no desbordar el tenor literal del enunciado legal. Ello reduciría a niveles dudosamente funcionales el margen de maniobra del aplicador del Derecho penal que quisiera respetar el principio de legalidad o que lo entendiera vinculado al tenor literal del enunciado jurídico-penal, pues la analogía *in malam partem* está prohibida y, en España, hay quien pone en duda la admisibilidad de la favorable a reo (ver *infra* II.1.3). Pero, aún más importante, tal concepción de la labor interpretativa tendría como resultado, al menos en el ámbito jurídico-penal, un elevado número de soluciones *axiológicamente incoherentes*. Difícilmente estos dos efectos negativos pueden justificarse con una mayor realización del principio de separación de poderes, más cuando se advierte que la adopción de una tesis objetiva de la interpretación, vinculada al tenor literal, no lo vulnera, sino que simplemente lo realiza en menor medida que la tesis subjetiva que estos autores proponen como alternativa<sup>15</sup>.

## 1.2. Criterios interpretativos

### a) El criterio gramatical

El Derecho se expresa a través del lenguaje. El Derecho penal, fundamentalmente, a través del lenguaje escrito, en virtud de la exigencia de *lex scripta* impuesta por el principio de legalidad penal<sup>16</sup>. De ahí que el punto de partida de nuestro trabajo interpretativo tenga que ser, necesariamente, la averiguación del sentido de la letra de la ley, desde las perspectivas semántica y gramatical<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 2013, § 22, nms. 888 y ss.

<sup>15</sup> Por eso puede defenderse, según entiendo, la legitimidad democrática de la dogmática jurídica post-positivista de *lege lata*: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 193-212, 208, 211.

<sup>16</sup> En Alemania, por todos, ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 5 B nm. 9. En España, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 4/15.

<sup>17</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 2013, § 22 nm. 743.

Sin embargo, las palabras que integran el lenguaje son polisémicas, imprecisas y cambiantes<sup>18</sup>. En este sentido, se distingue entre el núcleo conceptual (*Begriffkern*) y el halo conceptual (*Begriffhof*) de una palabra. El primero lo integran los objetos o casos que de forma indudable son subsumibles en el concepto en cuestión. El segundo lo integran aquellos objetos o casos que no caen ni dentro ni fuera del concepto en cuestión de manera evidente<sup>19</sup>, esto es, todos aquellos que conformarían una zona gris o de indeterminación alrededor del núcleo conceptual. En función de si se opta por restringir el significado de los términos del enunciado legal a los objetos o casos que integran el núcleo conceptual, o se extiende a todos o parte de los que integran el halo conceptual, se distingue entre *interpretación restrictiva* o *extensiva*, respectivamente<sup>20</sup>.

El término «descubrir», que en el enunciado legal del tipo básico de espionaje industrial (art. 278.1 Cp) se utiliza para describir el ánimo con el que se debe cometer la conducta para que sea penalmente relevante («para descubrir un secreto de empresa») es empleado en el lenguaje ordinario con dos significados, ambos pertenecientes a su núcleo conceptual: como el acto de manifestar o hacer patente algo, o como el acto de venir en conocimiento de algo que se ignoraba<sup>21</sup>.

Además, los sentidos de las palabras pueden cambiar en función de cuál sea la comunidad de hablantes que se tome como referencia. Un mismo término puede tener un significado en el lenguaje ordinario y otro diferente en el lenguaje especializado. En este trabajo, tanto la opción por una interpretación restrictiva o extensiva, como por una u otra comunidad de hablantes, se va a tomar con base en los demás criterios interpretativos<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 2013, § 22 nm. 743.

<sup>19</sup> PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., 2014, p. 117 y ss.

<sup>20</sup> BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., 1991, p. 440.

<sup>21</sup> Primera y quinta acepciones, respectivamente, del diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22ª edición.

<sup>22</sup> Igual, BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., 1991, p. 440; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 2013, § 22 nm. 742.

Así, por ejemplo, al término «apoderamiento», empleado por el legislador en el enunciado del tipo básico de espionaje industrial (art. 278.1 Cp), se le atribuye un significado específico en la discusión jurídico-penal en torno a los delitos patrimoniales. En este ámbito se le define como el desplazamiento físico de un objeto material desde una esfera de dominio a otra. Ello excluiría la posibilidad de entender como una forma de apoderamiento de datos, conducta prevista en el mencionado tipo legal, a la mera memorización de la información. Conducta que, de acuerdo con el significado que la comunidad general de hablantes le atribuye al término «apoderamiento»<sup>23</sup>, no presentaría ninguna dificultad para considerarla incluida incluso ya en su núcleo conceptual. La opción por uno u otro uso del término solamente puede decidirse con base en otros criterios interpretativos, como se pondrá de manifiesto más adelante en esta investigación (ver *infra* VI.3 y .5). También respecto del término «descubrir» (ver *infra* VI.3 y .5).

En ocasiones puede que exista una definición legal de alguno de los términos que integran la disposición objeto de interpretación. Respecto de los delitos de violación de secretos empresariales, por ejemplo, tanto la doctrina como la jurisprudencia mercantil recurren al art. 39.2 del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, en adelante), ratificado por España<sup>24</sup>, para definirlo. En este precepto se recogen las condiciones que, en los Estados que ratifiquen el acuerdo, debe reunir una información para que los que la tengan legítimamente bajo su control reciban protección jurídica frente a quienes quieran arrebatarles el control sobre ella mediante conductas contrarias a los «usos comerciales honestos»<sup>25</sup>. Se trata de un acuerdo internacional de mínimos en materia de protección de los secretos empresariales en el que el recurso al Derecho penal no consta expresamente como mínimo exigible. Por otro lado, en tanto que acuerdo de mínimos, tanto la protección jurídico-

---

<sup>23</sup> La tercera acepción del término apoderar en el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22ª ed., reza como sigue: «Hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder». A continuación pone como ejemplo de uso figurado del término la siguiente frase: «El pánico se apoderó de los espectadores».

<sup>24</sup> BOE núm. 20 de 24 de enero de 1995.

<sup>25</sup> En la nota al pie número 10 del Acuerdo, se especifica que: «A los los efectos de la presente disposición, la expresión "de manera contraria a los usos comerciales honestos" significará por lo menos las prácticas tales como el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción, e incluye la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas».

privada como la jurídico-penal pueden ir más allá de lo previsto en el art. 39 ADPIC. Tanto una como otra pueden partir, por ejemplo, de un concepto más amplio de secreto empresarial.

Con todo, cabe preguntarse si, en aras de la unidad terminológica como calidad deseable del ordenamiento jurídico, el concepto penal de secreto empresarial debería ser el mismo que el jurídico-privado<sup>26</sup>. La respuesta es: no necesariamente. Las definiciones legales son teleológicas, sirven a los fines del contexto de regulación en el que se integran<sup>27</sup>. De ahí que pueda afirmarse que «[e]n atención al contenido, relación y fin de la norma interpretada puede estar justificada una desviación respecto de la definición legal de un concepto»<sup>28</sup>. En la medida en que no cabe duda de la singularidad de los fines y medios del Derecho penal en relación con el resto de ramas del ordenamiento jurídico, tiene sentido que sus conceptos sean definidos de acuerdo con su singularidad, también el de secreto empresarial<sup>29</sup> (ver *infra* IV.1.2).

#### b) El criterio histórico

En virtud del principio de separación de poderes el competente primario para tomar las decisiones de política jurídica es el legislador. Por ello, la labor interpretativa se tratará de llevar a cabo con base en los fines y decisiones valorativas del legislador histórico. Es cierto que, si entraran en contradicción con las conclusiones derivadas de la interpretación basada en el criterio teleológico-objetivo, se daría preferencia a estas últimas, por las razones arriba mencionadas. Por otra parte, tampoco se considera que la frontera entre la interpretación y la creación judicial de Derecho venga determinada, no ya por el respeto al tenor literal del enunciado legal, sino por la sujeción o desviación respecto de la voluntad del legislador histórico, como abogan

---

<sup>26</sup> ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 11ª ed., 2012, § 10.I, III a).

<sup>27</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, p. 214.

<sup>28</sup> BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., 1991, p. 441.

<sup>29</sup> Constituye un referente al respecto la monografía de BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938, pp. 107-123, 296-213. En España, por todos, véanse ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, *passim*; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1ª ed., 1999, p. 26.



algunos defensores de la teoría subjetiva<sup>30</sup>. Pero nada de ello significa que las aportaciones de la interpretación histórica sean despreciadas en este trabajo. Ni mucho menos.

Tanto los materiales relativos a la tramitación parlamentaria del Código penal de 1995 (iniciativa, enmiendas, transcripciones sobre los debates de enmiendas) como su exposición de motivos han sido analizados. La exposición, bastante breve en comparación con las de las recientes reformas, no hace referencia alguna a los delitos de violación de secretos empresariales. Por lo que respecta a los materiales de la tramitación parlamentaria, en la transcripción de los debates en el Congreso en relación con las enmiendas presentadas por los grupos de la oposición, destaca una presentada por el Grupo popular en relación con el concepto de «secreto de empresa», con la que pedía que en el tenor literal del tipo básico de espionaje, el primero de los tres tipos de violación, se exigiera que la información fuera «económicamente evaluable» y que «comportara ventajas competitivas». La enmienda fue rechazada por el Grupo socialista, autor del proyecto, porque entendió que «esto forma ya parte del tipo penal»<sup>31</sup>. La interpretación del concepto penal de secreto empresarial aquí propuesta (ver *infra* IV.) es completamente fiel con la concepción manejada por el legislador histórico.

Con todo, no son las representaciones sobre el significado y alcance de las concretas disposiciones lo que interesa del legislador histórico, sino su intención reguladora, los fines perseguidos y la «tendencia» total de la ley»<sup>32</sup>. En este sentido han sido decisivos el contexto histórico en el que se aprobó el Código penal de 1995, así como los antecedentes legislativos de los delitos de violación de secretos empresariales: los antiguos arts. 497 a 499 Cp<sup>73</sup>. Los delitos previstos en los arts. 278 a 280 Cp se desvían respecto de sus antecesores en su contenido y estructura (cambio en la delimitación de los sujetos activos, aumento de la gravedad de las penas, ampliación de las conductas prohibidas), en su terminología (se sustituye el concepto de

---

<sup>30</sup> En este sentido, RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 2013, §22 nm. 788.

<sup>31</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 160, de 29 de junio de 1995, p. 8519.

<sup>32</sup> LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (1979) 1994 (4ª ed.; trad.: Rodríguez Molinero), p. 326.

“secreto de industria” por el de “secreto de empresa”) y en su ubicación sistemática (antes entre los delitos contra la libertad y la seguridad, ahora entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores). Todo ello se debe a un cambio de enfoque del legislador histórico respecto de los intereses subyacentes al fenómeno de regulación, en la línea de lo expresamente manifestado por el legislador mercantil en el preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal, aprobada justo cuatro años antes: «... la Ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección». Entre los intereses que confluyen en el sector se mencionan «[e]l interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado».

El nuevo enfoque del legislador penal, así como el contexto histórico de la regulación (legislador mercantil, consideraciones político-criminales de la doctrina científica al respecto) se ha tenido muy en cuenta en la discusión relativa a la determinación del bien jurídico protegido por estos delitos. No es sino este nuevo enfoque, junto con la ubicación sistemática de los delitos entre los que atentan contra el mercado y los consumidores, lo que ha llevado a descartar el patrimonio individual del titular del secreto empresarial como el único bien jurídico protegido por estos delitos (ver *infra* III.).

### c) El criterio teleológico-objetivo

Con la adopción del método teleológico, la determinación del fin (*telos*) y/o valoración del enunciado legal se convierte en el principal objetivo de la labor interpretativa<sup>33</sup>. Como se ha dicho, en este trabajo se opta por llevar a cabo esta determinación de acuerdo con los postulados de la teoría objetiva,

---

<sup>33</sup> Las normas se conciben como portadoras tanto de fines como de valoraciones. A los efectos de facilitar la exposición, se hablará sólo del “fin” perseguido por la norma. También el término “teleológico” va a ser empleado en un sentido amplio, «referido a toda realización de fines y valores»: en este sentido véase CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, (1983) 1998 (trad. García Amado), p. 50.

entendida como aquella que busca el fin de la proposición legal preferentemente en los fines jurídico-políticos susceptibles de consenso en nuestra sociedad, no en las manifestaciones del legislador histórico.

¿Cuáles son las valoraciones y los fines jurídico-políticos susceptibles de alcanzar un consenso *racional* en nuestra sociedad o, en todo caso, cómo se determinan? En esta investigación tales fines y valoraciones no se identifican con la opinión de una mayoría de ciudadanos. A menudo ésta va a responder a una visión interesada del conflicto social que la norma trata de resolver, o va a estar influida por la simpatía –fruto de la manipulación– por un determinado punto de vista<sup>34</sup>. Por el contrario, el consenso se va a buscar en la discusión continua, libre y abierta sobre dichos fines y valoraciones llevada a cabo por parte de la comunidad interpretativa<sup>35</sup>. En efecto, «...de lo que se trata no es de las mayorías, sino de la fuerza del mejor argumento»<sup>36</sup>.

¿Cuál es el mejor argumento? El mejor argumento se considera que es el dotado de un mayor grado de *racionalidad*. Ciertamente, sería poco honesto tratar siquiera de aproximarse a la discusión relativa al control de la racionalidad de los enunciados dogmáticos en estas líneas. Aquí sólo cabe apuntar que los criterios varían en función de la naturaleza del enunciado dogmático. No está sujeta a las mismas exigencias de racionalidad una premisa valorativa fundamental del sistema, plano en el que existe una amplia libertad, que un enunciado interpretativo perteneciente a uno de los niveles inferiores, en el que, si bien existe un notable margen de maniobra, debido, entre otras razones, a la vaguedad del lenguaje, son mayores las posibilidades de control. Si a la primera son, fundamentalmente, condiciones de racionalidad instrumental y valorativa las que se le pueden exigir, al segundo se le puede reclamar, además de esas condiciones, la corrección lógico-formal, el uso adecuado del lenguaje (control gramatical, semántico), la correspondencia con la realidad (respeto de los datos ontológicos) o la

---

<sup>34</sup> ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 11ª ed., 2012, § 3.II.c), p. 16.

<sup>35</sup> En esta línea véanse JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 4/37-38, haciendo referencia a la „cultura interpretativa“. En España, SILVA SÁNCHEZ, «Zur sogenannten teleologischen Auslegung», *FS-Jakobs*, 2007, p. 649; ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, p. 139 nota 45.

<sup>36</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 267-268; ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, p. 139.

coherencia lógica y axiológica del enunciado con el resto del sistema dogmático, entre otras<sup>37</sup>.

Teniendo en cuenta que la argumentación dogmática que aquí se va a llevar a cabo se ubica en los niveles inferiores del sistema, me parece especialmente relevante la coherencia<sup>38</sup> lógica y axiológica de los enunciados dogmáticos como exigencia de racionalidad. El mejor argumento será, pues, el que consiga, por lo menos, insertar el enunciado legal de forma lógica y valorativamente coherente en el denso complejo normativo. En efecto, la idea de coherencia nos remite a la de sistema. Ordenar de forma coherente y unitaria los elementos objeto de sistematización son los fines perseguidos por la elaboración de un sistema<sup>39</sup>. En el Estado moderno, de Derecho, es obvio que ningún enunciado legal existe en solitud.

Si, como aquí, se parte de la base de que las normas jurídicas persiguen fines, el sistema de normas jurídicas debe concebirse, necesariamente, como un sistema teleológico. Ello significa que el fin perseguido por una norma, o mejor, los fines, pues normalmente será más de uno, no pueden determinarse nunca interpretando dicha norma de forma aislada: los fines de una concreta norma dependen de los fines (normalmente también serán más de uno) del subsistema al que pertenece (“Delitos contra el mercado y los consumidores”), cuyos fines, a su vez, vienen determinados por los fines del sistema de mayor rango al que éste último pertenezca (“Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”), y así sucesivamente (fines del Derecho penal; fines previstos en la Constitución), hasta llegar a los fines que se atribuyan al propio Derecho, de acuerdo con la idea de éste (muy posiblemente suprallegal) de la que se parta<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 254-279.

<sup>38</sup> En este sentido véase PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., 2014, p. 124, quien afirma que la ausencia de contradicción es uno de los hallazgos fundamentales de la lógica.

<sup>39</sup> CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, (1983) 1998 (trad. García Amado), pp. 19 y ss.

<sup>40</sup> SILVA SÁNCHEZ, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 654-656. En esta línea véase SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, 2012, p. 36 y ss.

Así, el mejor argumento deberá ser –de nuevo: al menos– lógica y axiológicamente coherente con esa idea de Derecho. En efecto, «no es posible practicar la metodología jurídica de forma completamente aislada de la filosofía y de la teoría del Derecho»<sup>41</sup>. Como LARENZ puso de manifiesto: «toda teoría del método jurídico se basa en una teoría del Derecho o, al menos, se adhiere a una»<sup>42</sup>. Cuestión distinta, apunta BYDLINSKI, es que dicha teoría se haga siempre lo suficientemente explícita<sup>43</sup>.

En aras de cumplir con las exigencias de racionalidad, en particular, la de verificabilidad, en el siguiente apartado (*infra* II.2) voy a hacer explícitos los fines que, a grandes rasgos, entiendo que persigue el Derecho penal. Respecto a la idea de Derecho de la que aquí se parte, baste con decir que me adhiero a una idea supralegal de Derecho que abarca tres principios fundamentales: el de justicia, el de seguridad jurídica y el de idoneidad para la consecución de los fines (*Zweckmäßigkeit*). Estos tres principios tienen por objeto al Derecho positivo, identificado de acuerdo con la teoría de la coerción positivista, que integrará la idea de Derecho siempre y cuando sus proposiciones no entren en grave contradicción con los tres principios mencionados. En un tercer nivel están todas aquellas magnitudes normativas que se pueden derivar del primer y/o segundo nivel para la resolución de los problemas a los que se enfrenta la ciencia del Derecho<sup>44</sup>.

Se opta por una idea supralegal de Derecho debido a la convicción de que tanto el intérprete como el aplicador deben poder criticar desde una perspectiva externa el Derecho positivo. Con todo, una vez constatado que los enunciados legales del Derecho positivo objeto de interpretación no contradicen de manera patente los principios mencionados y, en última instancia, las exigencias de racionalidad, tales enunciados delimitan el marco de la interpretación. Otro motivo por el que se parte de una idea supralegal de Derecho es que, a menudo, el Derecho positivo no da suficientes datos para poder dar respuesta a los conflictos que está llamado a resolver. Cuál es el fin del Derecho penal, por

---

<sup>41</sup> BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., 1991, p. 183.

<sup>42</sup> LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª ed., 1979, prefacio a la primera edición, citado por BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., 1991, p. 184 nota 3.

<sup>43</sup> BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., 1991, p. 184 nota 3.

<sup>44</sup> BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., 1991, pp. 177-369, 317 y ss.

ejemplo, cuestión fundamental para construir toda la teoría de la pena y del delito, pilares, a su vez, del sistema jurídico-penal, no encuentra una respuesta unívoca en el Derecho positivo, incluida la Constitución<sup>45</sup>. Sin duda, este ofrece límites, un marco, pero no una respuesta única y precisa al respecto. La interpretación requiere de la adopción de decisiones (político-) valorativas por parte del intérprete.

Naturalmente, de acuerdo con lo dicho, debe asumirse que pueden existir tantas determinaciones del fin del concreto enunciado legal (tipo penal) como ideas del Derecho (y del Derecho penal) de las que se parta. En realidad, bastantes más que éstas, pues unas mismas premisas valorativas pueden concretarse, *racionalmente*, en distintas premisas de rango inferior, y así sucesivamente. Ello ha sido expresamente reconocido por los defensores de la interpretación teleológico-objetiva<sup>46</sup> y tiene numerosas manifestaciones, como por ejemplo las dificultades para alcanzar un consenso global en relación con la misma teoría del delito. Con todo, sería equivocado concluir que la dogmática jurídica está condenada al relativismo. Existen límites. Además, la historia ha demostrado que es posible llegar a consensos, tanto en sentido negativo: falsando determinados enunciados (concepto psicológico de culpabilidad, por ejemplo), como en sentido positivo: estableciendo enunciados que se consideran correctos (como por ejemplo el reconocimiento de un núcleo básico de garantías formales y materiales a favor del reo: humanidad, legalidad, proporcionalidad)<sup>47</sup>.

#### d) El criterio sistemático

---

<sup>45</sup> MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 2ª ed., 1982, p. 19, quien a pesar de haber visto positivizado su modelo filosófico-político de Estado, a partir del cual ha construido su teoría de la pena y del delito, reconoce que la acentuación del carácter social, democrático o de Derecho del Estado en la construcción del sistema depende de la visión política de la que se parta.

<sup>46</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, 2012, p. 37 y ss., 123-126; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 267; SILVA SÁNCHEZ, FS-*Jakobs*, 2007, p. 649; ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, p. 139.

<sup>47</sup> En contra de lo aquí defendido véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp. 197 y ss.

Si, como aquí, y como generalmente se reconoce, el principio de justicia es uno de los principios fundamentales y de mayor rango que integran la idea de Derecho, el afán de sistematicidad se impone por coherencia. Pues el principio de justicia consiste en tratar igual lo que es igual y diferente lo que es diferente, esto es, consiste en ser valorativamente coherentes, y ello solamente puede conseguirse a través del razonamiento sistemático.

Sin embargo, el legislador, aunque se pueda partir de la base de que tiene pretensiones de sistematicidad, no siempre consigue formular sus enunciados de forma lógica y axiológicamente coherente. Por ello, una de las tareas más importantes de la dogmática jurídica, si no la principal, es dotar de sistematicidad al ordenamiento jurídico. Se distingue, así, entre el “*sistema*” objeto, constituido por el ordenamiento jurídico como pretendido sistema, y el *sistema científico*, construido (en parte, de acuerdo con la idea de Derecho aquí adoptada) sobre la base del primero con el objetivo de incrementar su grado de sistematicidad<sup>48</sup>.

El “sistema” objeto admite una ulterior distinción: la que diferencia entre *sistema externo* y *sistema interno*. El primero hace referencia a la ordenación formal de los enunciados legales en códigos, libros, títulos, capítulos, secciones, etc. El segundo se refiere a la estructura teleológico-valorativa (fines y valoraciones) del ordenamiento. Para una metodología teleológica como la aquí adoptada, la ordenación formal de los enunciados tan solo tendrá valor interpretativo cuando encierre una toma de postura teleológica (en sentido amplio). En efecto, «[m]ientras la interpretación a partir del sistema externo en cierta medida no es más que la prosecución de la interpretación gramatical, la interpretación a partir del sistema interno se convierte en la prolongación de la interpretación teleológica o, mejor dicho, en un más elevado escalón dentro de ésta –un escalón en el que se pasa de la “ratio legis” a la “ratio iuris”»<sup>49</sup>.

De la exigencia de coherencia lógica y axiológica del concreto enunciado legal con la estructura valorativa del sistema científico (en tanto que

---

<sup>48</sup> En este sentido véanse CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, (1983) 1998 (trad. García Amado), pp. 20-21; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1ª ed., 1999, pp. 52-61.

<sup>49</sup> CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, (1983) 1998 (trad. García Amado), pp. 105.

mejoramiento sistemático del “sistema” legal) se deriva que el enunciado legal no puede ser interpretado de forma aislada. En nuestro caso, los delitos de violación de secretos empresariales deben ser interpretados de acuerdo con los fines y valoraciones de los subsistemas (dogmáticamente resistemizados) a los que pertenece: delitos contra el mercado y los consumidores; delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico; Derecho penal; etcétera. En este sentido es paradigmático el amplio reconocimiento en la metodología jurídica de la necesidad de interpretar la ley ordinaria conforme con los fines y valores previstos en la Constitución<sup>50</sup>. Además, de acuerdo con los postulados de ausencia de contradicción y unidad, tanto el concreto enunciado legal como los subsistemas a los que pertenece deben ser interpretados de forma coherente con el resto de subsistemas del sistema científico con los que no exista una relación vertical, sino horizontal. En nuestro caso, los postulados de no contradicción, unidad y ausencia de redundancias serán especialmente relevantes en la medida en que el fenómeno de la violación de los secretos empresariales está regulado tanto por el Derecho penal como por el Derecho mercantil (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).

La exigencia de coherencia lógica y axiológica con los demás elementos que integran el sistema obliga a que el proceso de interpretación deba ir y volver de lo particular a lo general y de lo general a lo particular. Debe consistir, necesariamente, en una continua formulación y verificación de hipótesis interpretativas que se conoce con la expresión de “círculo hermenéutico”. Expresión desafortunada porque desconoce que el intérprete avanza con cada verificación o refutación. La teoría del método jurídico hace años que ha tomado conciencia de este proceso como proceso de comprensión típico de las ciencias del espíritu, especialmente importante para la dogmática jurídica<sup>51</sup>. El orden expositivo escogido para este trabajo, que va desde la presentación del objeto de investigación hasta las concretas consecuencias penológicas de la mayor o menor lesividad que presenten, desde una

---

<sup>50</sup> PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., 2014, pp. 135-139; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 2013, § 22 nms. 763 y ss.; LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (1979) 1994 (4ª ed.; trad.: Rodríguez Molinero), pp. 337-341.

<sup>51</sup> LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (1979) 1994 (4ª ed.; trad.: Rodríguez Molinero), pp. 194-200.



perspectiva *ex post*, las conductas consideradas penalmente típicas de violación de secreto empresarial, pasando por las premisas metodológicas, político-criminales y por el concepto material de delito del que se parte, no permite dar la debida cuenta de este proceso. No obstante, las constantes remisiones internas, tanto explícitas como implícitas, deberían ser prueba bastante de ello.

El sistema de referencia a la hora de verificar la coherencia lógica y axiológica del sentido de un enunciado es, en última instancia, el científico. Así, la tarea interpretativa no se concibe tanto como el descubrimiento de sentido de un enunciado legal, como si lo tuviera desde un momento previo a su interpretación, sino, precisamente, como un proceso de adscripción de dicho significado que, tal y como vimos, se remite, en última instancia, a la idea (supralegal) de Derecho de partida<sup>52</sup>. Por su parte, el sistema científico se considera un *sistema abierto*: «el jurista, como cualquier otro científico, debe estar siempre dispuesto a poner en cuestión el sistema hasta el momento elaborado y a ampliarlo o modificarlo sobre la base de un mejor conocimiento»<sup>53</sup>.

Las principales propuestas interpretativas de este trabajo se basan en argumentos sistemático-teleológicos. Es el caso de la propuesta de reducción teleológica del delito de espionaje industrial (art. 278 Cp) mediante el requisito de que la conducta del autor vulnere medidas de (auto)protección de la esfera de reserva de la víctima de cierta entidad (véase *infra* VI.). De una interpretación analógica<sup>54</sup> de este delito con el de disposición desleal de un secreto empresarial (art. 279 Cp), así como de una interpretación analógica de ambos con otros delitos patrimoniales estructural y teleológicamente afines (delito de apropiación indebida, delito de estafa, etc.), se llega a la conclusión de que su ámbito de aplicación debe reducirse por razones de coherencia valorativa, esto es, para tratar igual lo que es igual y distinto lo que es distinto.

---

<sup>52</sup> SILVA SÁNCHEZ, FS-*Jakobs*, 2007, p. 646. En la misma línea, ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, p. 135.

<sup>53</sup> CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, (1983) 1998 (trad. García Amado), pp. 72.

<sup>54</sup> Que no debe confundirse con la analogía, GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1ª ed., 1999, pp. 61-67.

### 1.3. El tenor literal: ¿Límite de la dogmática jurídico-penal?

El tenor literal no sólo establece el punto de partida de la interpretación, sino también sus fronteras. Más allá del sentido literal posible del enunciado legal, la decisión del aplicador tan solo puede fundamentarse en un desarrollo continuador del Derecho o en la arbitrariedad. El ejercicio arbitrario del poder, siendo el jurisdiccional una de las formas del poder, no sólo es contrario a las más elementales exigencias de racionalidad y de justicia, sino que además está expresamente prohibido por la Constitución en su art. 9.3. Por el contrario, el desarrollo continuador del Derecho más allá del tenor literal y, por tanto, creador de Derecho, no sólo no está prohibido, sino que está ordenado cuando se base en razones de coherencia valorativa<sup>55</sup>. En virtud del art. 4.1 Cc: «[p]rocederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

Esa es la regla general, sometida, naturalmente, a excepciones. La legislación penal es una de ellas. Conforme con el siguiente apartado del art. 4 Cc: «Las *leyes penales*, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

El desarrollo continuador del Derecho penal más allá del tenor literal puede resultar favorable (analogía *in bonam partem*) o desfavorable al reo (analogía *in malam partem*)<sup>56</sup>. Tanto una como otra forma de desarrollar el Derecho penal por parte del aplicador parecen estar vedadas por el Código penal vigente.

---

<sup>55</sup> Sobre el concepto de desarrollo continuador del Derecho y las condiciones de su admisibilidad, véase, por todos, LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (1979) 1994 (4ª ed.; trad.: Rodríguez Molinero), pp. 359 y ss.

<sup>56</sup> La doctrina penal suele referirse al desarrollo continuador del Derecho más allá del tenor literal con el término “analogía”, a pesar de que en la metodología jurídica se distinguen varias formas de argumentación al respecto: la analogía, los argumentos relativos a la “naturaleza de la cosa”, el argumento *a maiore ad minus*, etc. (LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (1979) 1994 (4ª ed.; trad.: Rodríguez Molinero), pp. 374 y ss.). Con todo, el mismo LARENZ, en la página 374 nota 29 de la misma obra, recoge la opinión de Arthur KAUFMANN, según el cual el término analogía puede emplearse en un sentido amplio, en el que caben todas las formas de desarrollo creador del Derecho con base en la coherencia valorativa.

En el art. 4.2 se establece que «[e]n el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal». En el apartado siguiente ordena al Juez o Tribunal a acudir «al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo» (art. 4.3 Cp).

Por su parte, el artículo 25 CE eleva a derecho fundamental la garantía criminal del principio de legalidad, según la cual el ciudadano no puede ser castigado penalmente por una «acción u omisión que no estuviera prevista como delito o falta por una Ley anterior a su perpetración» (art. 4.1 Cp)<sup>57</sup>. La prohibición de analogía *in malam partem* goza, por tanto, no sólo de rango constitucional, sino de las máximas garantías sólo previstas para los derechos fundamentales.

Pues bien, tanto la prohibición de analogía *in bonam partem* como la prohibición de analogía *in malam partem* han sido rebatidas por la doctrina penal. Aunque, ciertamente, la segunda de forma mucho más minoritaria. Ello tiene importancia para esta investigación, en la medida en que una de las principales propuestas interpretativas que se formulan consiste en una reducción teleológica del delito de espionaje industrial. Como es sabido, la reducción teleológica es una forma de analogía *in bonam partem*<sup>58</sup>.

Si bien la mayoría de la doctrina penal ve el sentido literal posible de los enunciados legales que fundamentan la responsabilidad penal como la frontera infranqueable entre la interpretación y la analogía prohibida<sup>59</sup>, algunos autores

---

<sup>57</sup> MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, 4/19, 32.

<sup>58</sup> Por todos, LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (1979) 1994 (4ª ed.; trad.: Rodríguez Molinero), p. 385 y ss.

<sup>59</sup> Por todos, en Alemania, ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 5 E nm. 30. En España, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, 5ª ed., 2012, vol. II, pp. 850 y ss., 852.

ponen en duda que el tenor literal pueda cumplir la misión de contener el trabajo dogmático-jurídico en el terreno de la interpretación —el recurso a la argumentación analógica sería inevitable— y proponen recurrir a otras vías para controlar la creación judicial del Derecho penal y evitar la arbitrariedad<sup>60</sup>. Entre ellas destaca el recurso al criterio de interpretación sistemática como criterio preponderante<sup>61</sup>. En esta línea, se sostiene que el fin del principio de legalidad sería garantizar al ciudadano «una interacción entre el poder legislativo y el judicial que redunde en la producción de interpretaciones judiciales legítimas y estables: interpretaciones previsibles»<sup>62</sup>. De acuerdo con esta concepción de la legalidad, el tenor literal del enunciado legal sería indudablemente un referente en la aplicación del Derecho, pero en ningún caso un límite infranqueable. Con todo, desde estas mismas filas se reconoce que la congénita vaguedad e imprecisión de los enunciados legales no impide que existan casos claros<sup>63</sup>. Es en estos supuestos en los que no considero admisible una interpretación analógica *in malam partem* y *contra legem*.

Si se atiende al fin o fines del principio de legalidad, la prohibición de analogía *in bonam partem* se revela inaceptable. Hasta lo que se ha alcanzado a ver, tres son las principales vías de fundamentación del principio. En primer lugar, la vía de la organización política del Estado de Derecho, basada en el principio democrático de división de poderes. En segundo lugar, la vía jurídico-penal, basada en los fines del Derecho penal. En tercer lugar, la vía intermedia, que consistiría en la unión de las dos líneas de fundamentación anteriores<sup>64</sup>.

Comencemos por la primera. Según entiendo, la organización política del Estado conforme con el principio de división de poderes es una forma de organización pensada para garantizar la libertad del ciudadano frente a un ejercicio arbitrario del *ius puniendi* por parte de los poderes públicos<sup>65</sup>. Es

---

<sup>60</sup> STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 3 nms. 29-34.

<sup>61</sup> En este sentido, véanse JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 4/33 y ss., 37 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *LH-Jakobs*, 2008, pp. 210-213; SILVA SÁNCHEZ, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 656-661.

<sup>62</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 499.

<sup>63</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 501.

<sup>64</sup> Por todos, ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 5 D nms. 18-25; MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 43 y ss.

<sup>65</sup> En este sentido, véase LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, 2/10, donde afirma que el principio de legalidad «...tiene un evidente fundamento político-constitucional,

evidente que con una resolución judicial de sentido absolutorio, basada en consideraciones de coherencia valorativa, no se atenta arbitrariamente contra la libertad del ciudadano, sino todo lo contrario<sup>66</sup>. Lo arbitrario sería, más bien, castigarle de forma incoherente con la estructura axiológica del ordenamiento jurídico. Adviértase, en cualquier caso, que el principio de división de poderes tiene naturaleza garantística. Ello impide que por razones preventivas se reduzca su vigencia (analogía *in malam partem*, por ejemplo). Ahora bien, nada impide reducirla para disminuir o excluir la coacción estatal mediante la anteposición de otros fines del Derecho penal (principio de igualdad, por ejemplo) que entren en conflicto con el principio de división de poderes (analogía *in bonam partem*)<sup>67</sup>.

En cuanto a los fines del Derecho penal, primero habría que determinar cuáles son tales fines. Tomar postura al respecto es el objeto del próximo capítulo. Por el momento, basta con observar que al Derecho penal se le han atribuido fines retributivos, preventivos y garantísticos. Con base en ninguno de ellos tendría sentido prohibir la analogía a favor de reo. Los fines garantísticos irían dirigidos a proteger al reo frente a un ejercicio desproporcionado o indigno del *ius puniendi* por parte de los poderes públicos. Como antes, es evidente que la analogía *in bonam partem* no vulnera ninguna garantía del reo frente al Estado<sup>68</sup>. Todo lo contrario. Por lo que respecta a los fines retributivos, tampoco parece posible afectarlos con un desarrollo del Derecho a favor de reo basado en razones de coherencia axiológica. De nuevo, justo al contrario: una condena valorativamente incoherente frustra la realización de la justicia, que es precisamente el fin perseguido con la retribución. Tan sólo queda, por tanto, la posibilidad de que la analogía *in bonam partem* quebrante los fines preventivos del Derecho

---

proveniente de la ideología liberal de la Ilustración y de su teoría de la división de poderes (Estado de Derecho, art. 1.1 CE), y se concibe como una *garantía de libertad, certeza y seguridad jurídica (art. 9.3 CE) del ciudadano* (cursiva añadida).

<sup>66</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1ª ed., 1999, pp. 46-49, 47.

<sup>67</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 412-413, respecto de la garantía de proporcionalidad. Entiendo que los razonamientos sobre este principio garantístico en el sentido indicado son trasladables al principio de separación de poderes, también de naturaleza garantística.

<sup>68</sup> En este sentido, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 4/42; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1ª ed., 1999, pp. 46-49, 47.

penal<sup>69</sup>. Pero tampoco aquí prosperan las tesis de quienes ven frustrados o afectados tales fines con el desarrollo continuador del Derecho a favor de reo ¿Cómo puede desestabilizar las “expectativas sociales institucionalizadas por el Derecho”<sup>70</sup> una conducta valorativamente análoga a otra considerada penalmente irrelevante? ¿Qué necesidades de prevención especial pueden existir respecto de alguien que ha llevado a cabo una conducta que, desde una perspectiva axiológica, es análoga a otra que no merece o no necesita pena? Restringir la analogía *in bonam partem* por razones preventivas levanta fundadas sospechas de instrumentalización (innecesaria) del ciudadano.

A mi modo de ver, la legitimidad material del desarrollo continuador del Derecho penal a favor de reo, con base en razones de coherencia valorativa, es incontestable<sup>71</sup>. Queda por ver si la analogía *in bonam partem* es formalmente legítima en el Derecho penal español. En atención al art. 4.3 Cp, existen serias dudas al respecto. Conforme con este precepto, «cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debería serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo», el Juez o Tribunal debe «ejecutar desde luego la sentencia» y trasladar al Gobierno su disconformidad, «exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto».

La cuestión está en si la «rigurosa *aplicación* de las disposiciones de la ley» excluye la posibilidad de que el Juez o Tribunal recurra al desarrollo continuador del Derecho penal, con base en razones de coherencia valorativa, para fundamentar su resolución. La respuesta es, claramente, no. Fundamentar la solución de un supuesto de hecho en disposiciones penales en las que no es subsumible, pero que por ser muy parecido a los que sí lo son se considera valorativamente coherente aplicarle la solución prevista para aquellos, es *aplicar* las disposiciones de la ley penal. Se trata de una aplicación

---

<sup>69</sup> MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 91-100.

<sup>70</sup> MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, p. 86.

<sup>71</sup> De otra opinión, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, 2012, pp. 184 y ss.

*analógica* especialmente rigurosa de las disposiciones de la ley penal<sup>72</sup>, pues en lugar de detenerse el aplicador en el análisis semántico y gramatical de las mismas, siempre el primer paso de la labor interpretativa, va un paso más allá y hace el considerable esfuerzo de buscar una solución coherente con la estructura valorativa del ordenamiento jurídico para el concreto supuesto de hecho, tarea de una complejidad evidentemente muy superior. Es importante tener en cuenta que, a diferencia de los supuestos de analogía *in malam partem*, la alternativa de la analogía *in bonam partem* no es la abstención del Juez o Tribunal respecto del concreto supuesto de hecho, sino la condena del reo. La condena del reo con todo el peso de una ley aplicada con rigurosa desigualdad<sup>73</sup>. Entender que la clara formulación del art. 4.3 Cp impide que sea interpretado conforme con los principios de justicia y proporcionalidad, supone primar una interpretación gramatical contraria a valores fundamentales del ordenamiento jurídico frente a una interpretación sistemática, tan admisible metodológicamente como la anterior, coherente con los mismos<sup>74</sup>. Y ello sin que la primacía de la interpretación gramatical restrictiva del 4.3 Cp sirva para realizar fin alguno del ordenamiento jurídico.

## 2. Premisas político-criminales

Conforme a las premisas metodológicas de las que aquí se parte, la contextualización del enunciado legal en el sistema jurídico cumple un papel decisivo en la labor interpretativa. Los fines y valoraciones contenidos en la disposición objeto de interpretación, ejes del método teleológico-objetivo, dependen de los fines y valoraciones contenidos en los enunciados de los subsistemas jurídicos a los que pertenece.

---

<sup>72</sup> En este sentido, véase MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 4/43. Más extensamente, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, pp. 316-324.

<sup>73</sup> Defiende una interpretación conforme a los valores superiores del orden jurídico (justicia, proporcionalidad) del art. 4.3 Cp, BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», *ADPCP* (48), 1995, pp. 849-864. Subraya que la analogía favorable a reo no busca privilegiar injustamente al reo, sino, precisamente, realizar la igualdad cuando la letra de la ley lo imposibilita: MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 318.

<sup>74</sup> Si lo he entendido bien, concluye que la aplicación analógica *in bonam partem* no es lícita en Derecho penal mientras no se derogue o se declare inconstitucional el art. 4.3 Cp, MONTIEL, *Analogía favorable al reo*, 2009, pp. 106-125.

De acuerdo con la ordenación formal del ordenamiento jurídico (sistema externo), los delitos de violación de secretos empresariales pertenecen al subsistema de los delitos relativos al mercado y a los consumidores (Sección 3ª del Capítulo XI), que a su vez pertenece al subsistema de los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico, el cual constituye el Título XIII del Código penal. Como se dijo, la ordenación formal solo es relevante si tras ella laten decisiones teleológicas o valorativas. Lo decisivo es la estructura axiológica del ordenamiento jurídico (sistema interno).

En la medida en que los fines y valoraciones de los subsistemas de rango inferior vienen determinados por los de rango superior –aunque también a la inversa–, resulta imprescindible preguntarse por los fines del Derecho penal. En esto consiste la orientación de la dogmática jurídico-penal a la política criminal en su labor de interpretación y sistematización del Derecho positivo, esto es, ya *de lege lata*. Posicionamiento metodológico que hoy puede considerarse mayoritario<sup>75</sup>, pero cuya explicitación a finales de los años sesenta del siglo pasado supuso un importante giro respecto del rumbo metodológico existente por aquel entonces<sup>76</sup>. Y lo fue su explicitación, no su adopción en sí misma, porque la elaboración doctrinal de la teoría del delito, y la hermenéutica jurídico-penal en general, siempre se han orientado hacia los fines perseguidos con el Derecho penal, esto es, siempre se han orientado «a la obtención de ciertas finalidades “prácticas” en relación con la persecución de la criminalidad»<sup>77</sup>, también «cuando se *declaraba* que el sistema se construía en virtud de razonamientos puramente deductivos a partir de axiomas incontestables (pertenecientes a una determinada ontología) –esto es, de modo “ciego”–»<sup>78 79</sup>.

---

<sup>75</sup> ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo», LH-Ruiz Antón, 2004, pp. 859, 875-879, 889 y s.; SILVA SÁNCHEZ, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», LH-Roxin, 1997, p. 18.

<sup>76</sup> ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2ª ed., 2000 (2ª ed., 1973; trad. Muñoz Conde), *passim*.

<sup>77</sup> SILVA SÁNCHEZ, LH-Roxin, 1997, p. 18.

<sup>78</sup> SILVA SÁNCHEZ, LH-Roxin, 1997, p. 18.

<sup>79</sup> Una perspectiva histórica en MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, pp. 307-315, 310 y ss.



¿Cuáles son los fines del Derecho penal? El Derecho positivo no ofrece una respuesta clara y precisa, a pesar de que tanto en la Constitución como en la legislación ordinaria puedan encontrarse referencias en este sentido<sup>80</sup>. Con tales alusiones no se obtiene un esquema completo de la complejidad y grado de concreción que la construcción de todo el edificio jurídico-penal requiere<sup>81</sup>. Para conseguirlo es preciso recurrir a consideraciones de filosofía-jurídica (idea del Derecho correcto)<sup>82</sup>, de filosofía política (modelo de Estado)<sup>83</sup>, antropológicas (modelo de persona)<sup>84</sup>, etc. Ello, sin perjuicio de que las conclusiones que se obtengan de tales consideraciones deban ser encuadrables dentro del marco establecido por la Constitución y el resto de leyes positivas, si tales conclusiones se concretan en propuestas de *lege lata*<sup>85</sup>. Pero, como es sabido, esta exigencia se deriva ya de los fines atribuidos al Derecho penal, concretamente del fin garantístico, si el principio de legalidad se concibe como una de las garantías en las que aquel fin se concreta.

En cualquier caso, como afirma MIR PUIG, la Constitución como norma jurídico-positiva requiere, a su vez, de legitimidad filosófico-política *externa*. Si se aprobara una Constitución claramente antidemocrática sería calificable de ilegítima y sería razonable seguir exigiendo un Derecho penal democrático<sup>86</sup>. En efecto, este autor parece partir, como aquí, de un concepto supralegal de Derecho.

---

<sup>80</sup> PEÑARANDA RAMOS, «La pena: nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2011, pp. 255-257, con referencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que avalan esta conclusión.

<sup>81</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 313-320, 314.

<sup>82</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 211-212.

<sup>83</sup> MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 2ª ed., 1982, pp. 15-23; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, pp. 299-303.

<sup>84</sup> Con referencias a los modelos de persona detrás de cada una de las teorías de la pena, PEÑARANDA RAMOS, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2011, pp. 221-260.

<sup>85</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 187 y ss.

<sup>86</sup> MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en CARBONELL MATEU *et al.* (eds.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con motivo del sesenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, 2009, vol. II, pp. 1359 y s.

Como es evidente, no es este el lugar de profundizar en cuestiones antropológicas, de filosofía política o de filosofía jurídica. En lo que sigue me limitaré a fundamentar la postura político-criminal tomada en la medida de lo que se considera mínimamente exigible de cara a la verificabilidad y escrutinio de las propuestas interpretativas que se formularán en las siguientes partes de este trabajo.

Para determinar los fines del Derecho penal se parte del liberalismo político, concretamente de un modelo de Estado democrático que, en lo relativo al *ius puniendi*, representa la síntesis entre el predominio de la prevención de conductas socialmente lesivas, propio del modelo de Estado social<sup>87</sup>, y el aseguramiento de las garantías formales y materiales a favor del individuo propugnadas por las corrientes garantistas de las últimas décadas, superadoras del modelo de Estado liberal ideado por la Ilustración, basado principalmente en garantías formales<sup>88</sup>. Junto a estos dos fines habría que añadir un tercero: la valoración ético-jurídica de hechos socialmente conflictivos. Según entiendo, con este modelo se logra dotar de *legitimidad axiológica e instrumental* al Derecho penal, de acuerdo con lo exigido por una reflexión abstracta y racional dentro del marco valorativo establecido por la Constitución.

Se habla de prevención de conductas socialmente lesivas, en lugar de prevención de delitos, porque entiendo que hablar en estos últimos términos en este momento de la argumentación supone incurrir en una *petición de principio*: sólo después de determinar cuáles son los fines del Derecho penal puede determinarse qué conductas son constitutivas de delito. La determinación de los fines del Derecho penal es lógica y valorativamente previa a la construcción de la teoría del delito.

Por otra parte, se habla de valoración ético-jurídica de hechos socialmente conflictivos, en lugar de valoración ético-jurídica de conductas socialmente lesivas, porque el proceso penal no sólo está pensado para conocer respecto de conductas efectivamente dotadas de lesividad social, sino de conductas aparentemente lesivas que, debido a tal presunción, resultan ser conductas socialmente conflictivas. Sin embargo, conviene tener siempre presente que uno

---

<sup>87</sup> Tal y como lo entiende MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 2ª ed., 1982, pp. 20-21, 27 y ss.

<sup>88</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 449 y ss.

de los *outputs* del sistema del Derecho penal es la libertad. Junto a la pena y a la medida de seguridad debe contarse la absolución del imputado como una de las posibles consecuencias jurídicas de la aplicación del Derecho penal<sup>89</sup>.

El liberalismo político se asienta sobre dos pilares: el reconocimiento de libertad “negativa” (autonomía moral) y el reconocimiento de libertad “positiva” (autonomía política) al individuo. Existe una relación de implicación recíproca entre el reconocimiento de una y otra libertad<sup>90</sup>. La autonomía política del individuo, que obliga a legitimar el Estado y sus actuaciones mediante «un procedimiento imparcial de consenso basado en la razón práctica»<sup>91</sup>, procedimiento al que se suele hacer referencia mediante la metáfora del *contrato social*<sup>92</sup>, es «lo que permite fundamentar deontológicamente el principio de respeto a la autonomía privada y los derechos individuales»<sup>93</sup>. Sin embargo, es precisamente la autonomía moral la que impide fundamentar el Estado y sus actuaciones independientemente del individuo, esto es, legitimándolo en «instancias supraindividuales, religiosas o metafísicas»<sup>94</sup>. Por el contrario, el criterio de legitimación debe basarse en la razón individual y responder, por tanto, a los intereses de los individuos<sup>95</sup>. El Estado no se concibe como un fin en sí mismo, sino como instrumento para la realización de la autonomía e intereses de los individuos. Según la metáfora del contrato social, los ciudadanos «habrían cedido un margen de su originaria libertad en aras de establecer un marco de cooperación en el que pudieran desarrollarse pacíficamente sus intereses»<sup>96</sup>. Esa limitación de libertad habría sido «racionalmente decidida por los ciudadanos debido a que sólo de esa forma podía garantizarse –con la sanción penal, si fuera preciso– la libertad de todos»<sup>97</sup>.

---

<sup>89</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 312.

<sup>90</sup> ALCÁCER GUIRAO, «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», *ADPCP* (51), 1998, pp. 473 y ss.

<sup>91</sup> ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* (51), 1998, p. 476.

<sup>92</sup> ALCÁCER GUIRAO, «Facticidad y normatividad», *ADPCP* (52), 1999, p. 201.

<sup>93</sup> ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* (51), 1998, p. 476.

<sup>94</sup> ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* (51), 1998, p. 476.

<sup>95</sup> ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* (51), 1998, p. 476.

<sup>96</sup> ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, 2003, p. 69.

<sup>97</sup> ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 69.

De tales premisas se deriva que tampoco el Derecho penal, en tanto que constituye una de las actividades del Estado, puede concebirse como un fin en sí mismo, sino que tan solo es legítimo como instrumento al servicio de los ciudadanos: «*Der Staat ist, wie jede Gesellschaft, ein Zweckverband von Menschen (...) Alles Recht ist mithin um der Menschen willen da*»<sup>98</sup>. Por ello, su existencia no puede legitimarse en la realización de fines metafísicos o religiosos, no reconducibles al individuo, como lo sería la pretensión de hacer justicia como imperativo categórico. A ello hay que añadir que tanto la pena como la medida de seguridad estatales suponen una restricción de la libertad individual –por cierto, no sólo la de la persona a quien se impone la pena o medida de seguridad, sino también, al menos, la de todos aquellos que modificarían su conducta en ausencia de la norma de sanción–, por lo que es preciso que tal restricción esté justificada. Incluso en el caso de que la pena se vea como un “bien” (triumfo de la justicia, por ejemplo)<sup>99</sup>, es necesario justificar su existencia, pues en Estados democráticos como el español supone la restricción de derechos fundamentales del individuo. Por lo demás, el sistema de justicia penal supone un considerable gasto para las arcas públicas, lo que también requiere, en cualquier caso, una justificación racional<sup>100</sup>.

Según lo dicho, el Derecho penal se justifica como instrumento al servicio de los ciudadanos, en primer lugar, por la *prevención* de conductas socialmente lesivas y de reacciones informales ante aquéllas<sup>101</sup>. Para evitar tales conductas

---

<sup>98</sup> VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª ed., 1921, p. 3. Se remiten al liberalismo político como fuente de legitimación del Derecho penal: NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nms. 49 y ss., 62, 128 y ss., 133; SCHÜNEMANN, «Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 63 y ss., 66; EL MISMO, «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, (2003) 2007, p. 197 y ss., p. 203; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 2 C nm. 7 y ss., 8; RUDOLPHI, «Die Verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», *FS-Honig*, 1970, p. 151 y ss., 159 y ss.

<sup>99</sup> PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 12 y s., 97.

<sup>100</sup> HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, p. 16.

<sup>101</sup> En este sentido, la sociedad se considera instrumento para la satisfacción de los intereses de los ciudadanos, fundamentalmente el de realización de la libertad

el Derecho penal recurre al anuncio general y abstracto de pena (prevención general disuasoria)<sup>102</sup>, por un lado, y a la imposición concreta de la pena anunciada (prevención general disuasoria y positiva) o de una medida de seguridad (prevención especial positiva y negativa), por otro. La justificación es de naturaleza utilitarista<sup>103</sup>: el nivel de bienestar global sería inferior en ausencia del sistema penal. El recurso a la pena y a la medida de seguridad, siendo (al menos la primera) un mal, es un mal menor. Sin ellas el nivel de violencia social sería superior<sup>104</sup>.

Exigencias de racionalidad instrumental obligan a probar que las cosas son, efectivamente, así. La eficacia preventivo-especial negativa de la medida de seguridad es indiscutible. Sin embargo, no existen estudios empíricos que permitan demostrar de forma general y definitiva la efectividad preventivo-general de la pena (ni la negativa ni la positiva), ni la efectividad preventivo-especial positiva de la medida de seguridad. Ahora bien, se parte de criterios de sentido común o de plausibilidad para concluir que la pena y la medida de seguridad despliegan los demás efectos preventivos, aunque solo sea en algunos de sus destinatarios<sup>105</sup>, y que el recurso a ellas redunde en cotas de violencia menores que las que habría si se prescindiera de ellas<sup>106</sup>.

---

individual. Así, por ejemplo, RUDOLPHI, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», *FS-Honig*, 1970, p. 159 y ss.

<sup>102</sup> Tradicionalmente llamada “prevención general intimidatoria” o “prevención general negativa”. En el texto se prescinde de estas expresiones porque tradicionalmente se han asociado a un concepto de persona básicamente egoísta y desleal al Derecho, que aquí no se comparte, por reduccionista. La persona humana es mucho más compleja que eso, presentando, también, facetas socialmente comprometidas y leales al Derecho. Emplea esta expresión, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 493.

<sup>103</sup> En un Estado secularizado, la pena, en tanto que mal, no puede justificarse si no reporta una utilidad para el ciudadano. Por todos, SCHÜNEMANN, «Aporías de la teoría de la pena en la filosofía», *InDret* (2), 2008, p. 5.

<sup>104</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 339 y ss.

<sup>105</sup> HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, p. 9-10.

<sup>106</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 349 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* (51), 1998, pp. 378-390, 389; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 115-116.

No obstante, el Derecho penal de un Estado democrático y de Derecho no puede agotarse en la prevención de futuras conductas lesivas. Si se considera a los ciudadanos agentes morales, lo que en un Estado democrático como el español debería estar fuera de duda, la comunicación ético-jurídica deviene relevante<sup>107</sup>. En este sentido, entiendo que es instrumentalmente racional que cuente entre las misiones del Derecho penal la valoración ético-jurídica de los hechos socialmente conflictivos. Ya sea para emitir un mensaje de reprobación, ya sea para declarar la irrelevancia penal de la conducta. En efecto, el autor del hecho tiene un interés legítimo en que se aclare su responsabilidad respecto del hecho desde una perspectiva ético-jurídica. Incluso en el caso de que se le considere responsable, pues ello implicará tratarlo como un agente moral y no como un objeto o un animal peligroso<sup>108</sup>.

Que se considere que el autor del hecho tiene un interés legítimo en que se aclare su responsabilidad ético-jurídica respecto del hecho pasado socialmente conflictivo no significa que se le deba reconocer el derecho a una acción procesal para que la justicia penal investigue y se pronuncie sobre cada uno de los hechos socialmente conflictivos que socialmente se le imputen. Su interés, legítimo, puede considerarse jurídico-penalmente satisfecho con la tipificación como delito de las calumnias e injurias (arts. 205 a 216 Cp).

También la víctima tiene un interés legítimo en que el sistema del Derecho penal valore ético-jurídicamente los hechos que le han causado un daño. En

---

<sup>107</sup> En este sentido, véase DUFF, «Towards a theory of criminal law?», *Proceedings of the Aristotelian Society Supplementary Volume* (84), 2010, p. 3 y ss., 5. Concibe el delito y la pena como actos de comunicación sobre la estructura normativa de la sociedad: JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 13-15; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 10 y ss. En España, defiende una concepción comunicativa o simbólica de la pena, aunque, ciertamente, le atribuye una función, a mi juicio, estrictamente preventivo-general positiva: FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, 2007, pp. 536 y ss.

<sup>108</sup> Por todos VON HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtsfertigung, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 49 y ss., 51. En la misma línea, PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 97; JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, pp. 49 y ss. Advértase, no obstante, que la *pena* no es la única vía de honrar al autor del hecho como agente moral. También el *perdón* puede cumplir esta función: SILVA SÁNCHEZ, «De nuevo, el perdón», *InDret* (4), 2011, pp. 1-3; «Perdonar», *InDret* (1), 2009, pp. 1-2.

particular, tiene interés en que se declare que el daño que ha sufrido no ha sido fruto ni del destino, ni del azar, ni mucho menos de su impericia o autorresponsabilidad, sino la consecuencia de un injusto penal imputable a un tercero<sup>109</sup>. Por su parte, el resto de ciudadanos tienen un interés legítimo en que no quepa duda de que el suceso acontecido es constitutivo de un injusto penal socialmente dañino, contrario a la Ley democráticamente aprobada<sup>110</sup>. De lo contrario, la ausencia de respuesta ético-jurídica podría interpretarse como una actitud condescendiente del Estado con el autor de un hecho que, de acuerdo con la Ley *democrática*, se considera socialmente perjudicial. Desde la perspectiva de la víctima, el silencio del Estado podría considerarse discriminatorio, como si la víctima no fuera una ciudadana de pleno derecho, o no lo fuera de suficiente categoría, como para merecer la atención de la Administración de Justicia<sup>111</sup>.

Por otra parte, en la medida en que la reprobación se base en la idea de merecimiento, puede considerarse, en principio, valorativamente racional asignar al Derecho penal esta función de valoración ético-jurídica. Ahora bien, que existan buenas razones para *reprobar* conductas lesivas de los intereses de los individuos que integran la sociedad de referencia no significa que estas mismas razones permitan justificar el *castigo*, en tanto que causación de un mal severo, a su autor<sup>112</sup>. Entiendo que la función comunicativa del Derecho penal está dirigida a satisfacer los intereses de los ciudadanos en tanto que agentes morales racionales<sup>113</sup>. Por ello, no estaría justificado recurrir a la causación de dolor severo al autor como medio de comunicación con él, con la víctima y con el resto de ciudadanos. Para comunicarse con agentes morales racionales basta con el lenguaje verbal o cualquier otro que

---

<sup>109</sup> VON HIRSCH, en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Strafe – Warum?*, 2011, p. 50 y s. Que ello obligue a modificar, por ejemplo, el papel de la víctima en el proceso penal, es otra cuestión: HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, pp. 40-41.

<sup>110</sup> En esta línea, DUFF, *Proceeding of the Aristotelian Society Supplementary Volume* (84), 2010, pp. 11, 15-16, 23.

<sup>111</sup> HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, p. 40.

<sup>112</sup> MATRAVERS, «Duff on hard treatment», en CRUFT/KRAMER/REIFF (eds.), *Crime, punishment and responsibility: the jurisprudence of Anthony Duff*, 2011, p. 2.

<sup>113</sup> En la medida en que la legitimidad instrumental de la función expresiva del Derecho penal se basa en consideraciones normativas, entiendo que es correcto seguir trabajando con un concepto normativo de persona moralmente racional a la hora de discutir sobre los medios más adecuados para cumplir esa función.

permita la comunicación racional sin más dolor que el que pueda causar la reprobación. Para cumplir con esta función la causación de dolor adicional es innecesaria y, por tanto, instrumentalmente irracional<sup>114</sup>.

Pero los fines del Derecho penal no se agotan en la prevención de delitos – dirigida, esta sí, a la faceta irracional o pensamiento cortoplacista de la persona<sup>115</sup>– y la valoración ético-jurídica de conductas conflictivas. Si así fuera nos veríamos abocados, en relación con la finalidad preventiva, a la crítica de instrumentalización del individuo: el delito y la pena, siendo coherentes, deberían configurarse en función de las necesidades del colectivo social, sin que la idea de prevención –ni la general negativa ni la general positiva– permita garantizar plenamente la no instrumentalización del individuo<sup>116</sup>. Además, hacer depender los institutos “delito” y “pena” de las necesidades del colectivo social lleva aparejado un claro riesgo de escalada punitiva.

En cuanto a la finalidad expresiva o comunicativa (valoración ético-jurídica), aunque se ciña estrictamente a la idea de merecimiento y se ejecute mediante actos de comunicación que no lleven aparejado más dolor que el espiritual

---

<sup>114</sup> En la línea del texto, MATRAVERS, en CRUFT/KRAMER/REIFF (eds.), *Crime, punishment and responsibility: the jurisprudence of Anthony Duff*, 2011, pp. 77-80. Sin embargo, este autor fundamenta la función comunicativa del Derecho penal sobre la base de un concepto empírico de persona, de modo que solamente le basta la comunicación verbal con aquellas personas que, en el plano del ser, pueden internalizar la gravedad de la reprobación por ser especialmente sensibles desde una perspectiva moral. A mi modo de ver, debe partirse de un concepto normativo de persona, el cual permite considerar que en el plano moral cualquier ciudadano de un Estado social y democrático de Derecho puede captar el mensaje de reprobación. De opinión contraria, tanto respecto del autor citado como respecto de la posición defendida en esta investigación, HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, pp. 41-43; DUFF, *Proceeding of the Aristotelian Society Supplementary Volume* (84), 2010, p. 10 y ss.; JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, p. 129 y ss. En España, FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, 2007, pp. 542 y ss.

<sup>115</sup> Sobre el concepto de persona del que parte la concepción liberal del Estado a la que aquí me adhiero, véase: ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* (51), 1998, pp. 483 y ss.

<sup>116</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 324, 377, 382-386, 442-446; ALCÁCER GUIRAO, «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *Doxa* (25), 2002, pp. 17-28; EL MISMO, *ADPCP* (51), 1998, pp. 409-419, 463, 517-539.



(afectación del honor) inherente a la reprobación moral pública, cuando ésta sea la naturaleza de la valoración podría resultar, aún así, vulneradora de valores imponderables<sup>117</sup> (dignidad humana, intimidad) cuando efectivamente el acto de comunicación consista en una reprobación. Así, por ejemplo, aunque una reprobación expresada públicamente en términos humillantes o con excesiva difusión podría ser proporcionada al daño causado por el autor, existen límites infranqueables de base principialista que no permitirían superar el juicio de racionalidad valorativa.

Esto último pone en evidencia que la censura verbal es perfectamente graduable, sin necesidad de recurrir a la causación de dolor severo más allá del inherente al acto de reprobación. El lenguaje verbal y el no verbal son lo suficientemente ricos como para expresar todos los grados necesarios de desvalor frente a personas racionales<sup>118</sup>.

Por eso, junto a los de prevención y reprobación de delitos, se atribuye al Derecho penal el fin de velar por que ambas tengan lugar con respeto a una serie de garantías formales y materiales susceptibles de alcanzar un consenso intersubjetivo con base en reflexiones de *racionalidad valorativa*<sup>119</sup>. Garantías no condicionadas a la obtención de resultados, esto es, de carácter deontológico, y susceptibles de ser consideradas irreversibles, indisponibles y categóricas<sup>120</sup>, al menos en su núcleo esencial. Entre ellas se cuentan, sin

---

<sup>117</sup> Al menos en su núcleo esencial. Sobre la existencia de valores imponderables, véase GRECO, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret* (4), 2010, *passim*.

<sup>118</sup> En este sentido, véase MATRAVERS, en CRUFT/KRAMER/REIFF (eds.), *Crime, punishment and responsibility: the jurisprudence of Anthony Duff*, 2011, pp. 77-79, quien llega incluso a sostener que a menudo las conductas más reprobables requieren menor grado de expresividad comunicativa para transmitir el mensaje de censura que otras de mucha menor gravedad.

<sup>119</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, 2012, pp. 101 y ss., 162-224; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 397-442. En una línea similar, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, 2012, p. 27-28, 161 y ss., 162-163, 207-209, Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 109 y ss. En Alemania, NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nms. 176 y ss., 193.

<sup>120</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, 2012, p. 110 y ss., 195 y ss. En la misma línea, véase GRECO, *InDret* (4), 2010, *passim* y p. 15, afirmando que así es como son consideradas, predominantemente, en el plano fáctico.

ánimo de exhaustividad, las garantías contenidas en los principios de legalidad, proporcionalidad, dignidad, igualdad y las comprendidas en la idea de resocialización. Principios que, como es sabido, se encuentran explícita o implícitamente reconocidos en el marco axiológico fijado por la Constitución.

Existen dos perspectivas en relación con la forma de acceder u obtener tales garantías: la relativa y la absoluta. La primera entiende que las mencionadas garantías (o los valores en los que se sustentan) se obtienen de la tradición o de la cultura, siendo relativas en la medida en que dependen de la evolución histórica o de la correspondiente sociedad de referencia. Las segundas entienden que es posible fundamentar las garantías –si no todas, al menos algunas de ellas– de modo objetivo, con base en una reflexión abstracta y racional que permita universalizar sus resultados. En este trabajo se adopta la segunda perspectiva, sin perjuicio de reconocer «la evidente “relatividad” o “condicionalidad socio-cultural” del Derecho penal» respecto de sus demás fines, así como de las garantías que no puedan considerarse universalizables<sup>121</sup>.

El fin de prevención está sometido, además, a un límite derivado de su propio fundamento utilitarista: el principio de evitación del sacrificio inútil. De acuerdo con la lógica utilitarista, solamente está legitimado recurrir a la pena (o medida de seguridad) estatal cuando ello represente el mejor medio para aumentar el grado de felicidad colectiva. Siendo esto así, «nunca puede imponerse una sanción penal si existe un medio menos costoso para la evitación de aquellos comportamientos ofensivos de bienes (*principio de última ratio*) y nunca debe imponerse una sanción penal más costosa de la necesaria (*principio de humanidad*)»<sup>122</sup>. En efecto, cualquier castigo que exceda de lo estrictamente necesario constituye una injustificada disminución del nivel de felicidad global.

Prevención, reprobación y respeto de las garantías individuales se consideran tres fines a un mismo nivel. Su relación es horizontal, no vertical, y no es la

---

<sup>121</sup> Al respecto véase SILVA SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre las bases de la política criminal», en CEREZO MIR (ed.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*, 1999, pp. 215-217; SILVA SÁNCHEZ, *LH-Roxin*, 1997, pp. 25-29.

<sup>122</sup> CID MOLINÉ/MORESO MATEOS, «Derecho Penal y filosofía analítica», *ADPCP* (44), 1991, p. 161.

mera maximización de alguno de ellos lo que legitima el Derecho penal, sino el persistente empeño por alcanzar la combinación óptima de todos ellos<sup>123</sup>. Los intentos de fundamentar el Derecho penal sobre la base de una única finalidad están condenados al fracaso, ya sea por falta de completitud, ya sea por vacuidad. Los intereses de los individuos que integran cualquier sociedad son demasiado heterogéneos y la lógica del comportamiento humano demasiado compleja como para poder fundamentar en una única idea el papel que debe representar el Derecho penal<sup>124</sup>.

El carácter irreversible, indisponible y categórico de las garantías a favor del individuo no es incompatible con una co-fundamentación instrumental (consecuencialista) del Derecho penal<sup>125</sup>. El permanente conflicto entre los diferentes fines, que debe desembocar en múltiples y continuadas síntesis, no tiene por qué consistir en una ponderación de las garantías con los fines preventivos y de valoración ético-jurídica, sino que puede limitarse a la permanente búsqueda de la maximización de estos últimos con el debido respeto de las garantías. Además, cabe distinguir entre el núcleo esencial de una garantía, imponderable, y su halo de significado, ponderable.

Como es evidente, en tanto que fines de diversa naturaleza, cada uno conduce al Derecho penal en direcciones distintas, que a veces pueden coincidir, pero que a menudo entrarán en conflicto. De esa tensión, de esa «permanente antinomia» surgen las síntesis que deben dotar de contenido al delito, a la pena y al resto de conceptos que integran el sistema jurídico-penal<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 471-472. El autor admite la integración de la “dimensión simbólico-expresiva” en la teoría de la pena (y, por consiguiente, en la “teoría de los fines” del Derecho penal) en el § 9 de las adiciones de la segunda edición al texto original (p. 498). Muy similar, aunque sin atribuir al Derecho penal el fin expresivo como fin independiente del preventivo, ALCÁZER GUIRAO, *Doxa* (25), 2002, pp. 45-57, 47, 51; EL MISMO, *ADPCP* (51), 1998, pp. 539 y ss.

<sup>124</sup> En este sentido, HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, p. 60. La misma idea, respecto del concepto de persona, en MATRAVERS, en CRUFT/KRAMER/REIFF (eds.), *Crime, punishment and responsibility: the jurisprudence of Anthony Duff*, 2011, pp. 80-82.

<sup>125</sup> SILVA SÁNCHEZ, *LH-Roxin*, 1997, p. 20.

<sup>126</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 312-313, 339, 446-448, 471-472. En la misma línea, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, 2012, pp. 24, 131-224.

Por otro lado, conviene advertir que la naturaleza garantística de los principios que integran las garantías formales y materiales implica que éstas tan sólo fijen límites máximos a los fines preventivos, pero no mínimos. Así, por ejemplo, cuando la necesidad preventiva de pena sea inferior a la pena que correspondería imponer con aplicación del principio de proporcionalidad, no existe impedimento alguno en “rebasar por abajo” las exigencias de esta garantía<sup>127</sup>.

### 3. El concepto (material) de delito

De acuerdo con el método teleológico asumido como premisa metodológica en esta investigación, los fines del Derecho penal, aquellos cuya persecución legitima su existencia, deben informar toda la construcción del sistema (científico) jurídico-penal. Idea central de ese sistema y, obviamente, noción elemental para la consecución de los objetivos de esta investigación es el concepto de delito. En efecto, sólo con una imagen clara de la teleología que encierra la idea de delito es posible realizar una interpretación teleológicamente orientada de un delito específico.

Para abordar la noción de delito es preciso hacer mención de la principal herramienta empleada por el Derecho penal para la consecución de sus fines: la norma. Pues la configuración del concepto de delito es directamente dependiente de las misiones que el Derecho penal atribuye a tal instrumento. El Derecho penal emplea, principalmente<sup>128</sup>, dos tipos de normas: las *normas primarias de conducta*, dirigidas a los ciudadanos para prohibirles de forma general, abstracta y bajo amenaza de pena –por tanto desde una perspectiva *ex ante*– las conductas que desvalora y que, por ello, pretende evitar (prevenir) mediante prohibición; y las *normas secundarias de sanción*, dirigidas al juez, para obligarle a sancionar (*ex post*) las conductas concretas de sujetos concretos vulneradoras de una norma primaria que el Derecho penal no solo

---

<sup>127</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 412 y s.

<sup>128</sup> También recurre a otros tipos de normas, como las dirigidas al juez para obligarle a imponer *medidas de seguridad*. Estas normas no se pueden considerar normas secundarias de sanción, porque, más allá de lo discutible que pueda ser la naturaleza sancionadora de la medida de seguridad, estas normas no tienen como presupuesto la infracción de una norma primaria, que solo puede ser culpable. Por tanto, no son normas secundarias. En este sentido véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 637-639.

está dispuesto a prevenir (y desvalorar) mediante la amenaza abstracta de pena, sino también mediante el castigo de un sujeto individual<sup>129</sup>. A la vista de este esquema, resulta evidente que el Derecho penal puede prohibir más de lo que castiga.

Detrás de ambas normas están, respectivamente, las dos decisiones político-criminales fundamentales que toma el Derecho penal. En primer lugar, la decisión que determina el ámbito de lo *prohibido* (y *desvalorado*), a costa de la libertad general de acción. En segundo lugar, la que determina el ámbito de lo *sancionable* o meramente *reprobable*, a costa de la libertad individual. Estos dos ámbitos son, según entiendo, los que configuran las dos categorías del delito: antijuricidad penal y sancionabilidad (o mera reprochabilidad) y los que permiten definirlo como la conducta penalmente antijurídica y sancionable (o meramente reprochable)<sup>130</sup>.

No puede dejar de insistirse en que el contenido de ambas categorías se obtiene de la síntesis de los fines legitimadores del Derecho penal, a saber, la prevención de conductas socialmente lesivas, la desvaloración ético-jurídica de esas conductas y el aseguramiento de las garantías formales y materiales del individuo (proporcionalidad, dignidad, humanidad, etc.). De esa síntesis se deriva, en primer lugar, que *penalmente antijurídicos* solamente pueden ser aquellos comportamientos humanos (las normas primarias, como directivas de conducta, solamente tiene sentido que se dirijan a los individuos, no a los animales o a sucesos naturales) que desborden la esfera privada de la persona (el Derecho penal no puede establecer prohibiciones que impliquen la restricción de prerrogativas del ciudadano, en tanto que persona moralmente autónoma, consideradas inviolables e imponderables)<sup>131</sup> y que revistan una lesividad social cualificada (en contraposición a las conductas meramente inmorales y a las socialmente insignificantes) expresamente prevista en un tipo penal, siempre y cuando dicha lesividad no se vea compensada por otros efectos socialmente positivos de la conducta (ausencia de causas de

---

<sup>129</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 580-583, 610-620.

<sup>130</sup> Al respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 589 y ss.

<sup>131</sup> GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, pp. 303-354, 349 y ss.; EL MISMO, «Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?», *ZIS* (5), 2008, pp. 235 y ss.

justificación). En segundo lugar, que solamente son *penalmente sancionables* las conductas que, constituyendo una vulneración de la norma primaria, son individualmente atribuibles a un sujeto concreto (culpabilidad en sentido estricto). Aunque las consecuencias que para la sancionabilidad cabe derivar de la síntesis de fines no se agotan en la relativa a la exigencia de culpabilidad en sentido estricto. De entre ellas aquí sólo interesa mencionar que también es preciso considerar las necesidades de pena en atención a la lesividad *ex post* de la concreta conducta, en la medida en que, siendo el castigo un mal, solamente está justificado imponer el estrictamente necesario (principio de proporcionalidad en sentido amplio) para la consecución de los fines preventivos.

En este concepto bipartito de delito la tipicidad ocupa un lugar, aunque sistemáticamente subordinado, en ambas categorías. En la antijuridicidad penal fundamenta un injusto penal específico. Su función consiste en describir las clases de conducta que desbordan la esfera privada de la persona y que *prima facie* presentan una lesividad social cualificada desde una perspectiva *ex ante*, por lo que, salvo que concurran efectos sociales positivos de la concreta conducta que compensen dicha lesividad, merecen y necesitan ser prohibidas bajo amenaza de pena. En este sentido se habla de «tipo de injusto penal». En la sancionabilidad, el juicio de tipicidad sirve para seleccionar los hechos que presentan una lesividad social cualificada desde una perspectiva *ex post* y que, por ello, necesitan ser castigados. En este sentido se habla de «tipo punible»<sup>132</sup>.

Como se ve, el concepto de antijuridicidad penal y, por derivación, el de tipo de injusto penal aquí defendidos se sostienen sobre dos pilares: el desbordamiento de la esfera privada del autor y la lesividad social cualificada de la conducta. El primero hace referencia a la esfera que un Estado liberal que respete la autonomía de la persona debe conceder a todo ciudadano para que pueda desplegar su personalidad con derecho a la completa exclusión de terceros, incluido el Estado. Esfera que no se limita a la de la intimidad o privacidad y que obviamente no debe entenderse en un sentido naturalístico, como ámbito físico excluido del público<sup>133</sup>. En tanto que deontológicamente

---

<sup>132</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 631-644, 634; 670 y ss.

<sup>133</sup> GRECO, *ZIS* (5), 2008, p. 238.

fundada, su respeto no puede ser ponderado con las consecuencias negativas que para terceros puedan derivarse de la realización de la personalidad en su seno. Por lo que tan solo pueden ser objeto de prohibición o mandato jurídico-penal conductas que quepa considerar fuera de sus límites.

El segundo pilar, la lesividad social cualificada, hace referencia al carácter instrumental del Derecho penal. En la medida en que el Estado sólo es legítimo si es concebido con carácter instrumental, esto es, al servicio de los ciudadanos, el recurso a la prohibición y al castigo penales sólo se justifica si tiene por objeto conductas socialmente dañinas<sup>134</sup>: conductas que atenten contra la convivencia pacífica y organizada en sociedad, entendida como condición necesaria para la efectiva realización de la libertad individual de cada uno de sus miembros<sup>135</sup>. Si se repara en lo gravosa que resulta la pena para la libertad individual (tanto la de los sujetos que se ven obligados a modificar su conducta por la existencia de la prohibición bajo amenaza de pena, como la de los sujetos condenados), es evidente que el recurso a aquélla sólo será proporcionado (en sentido amplio) si, en primer lugar, tiene por objeto conductas *socialmente lesivas*, esto es, cuya lesividad trascienda al conflicto entre privados<sup>136</sup> y, en segundo lugar, si su lesividad social es *cualificada*. Lo primero no significa que las conductas solamente sean relevantes por su carácter socialmente disfuncional, sino que el referente para determinar la lesividad de la conducta sigue siendo el individuo y su libertad (autonomía). Sucede, simplemente, que ninguna de las dos dimensiones (individual, colectiva) es suficiente: ambas son necesarias, pero no

---

<sup>134</sup> Fundamenta el principio de lesividad (*harm principle*), en parte, en el principio de *utilidad*: ESER, «The principle of „harm“ in the concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected legal interests», *Duquesne University Law Review* (4), 1965-1966, p. 355. En nuestra tradición las consideraciones utilitaristas del “utility principle” son atendidas en el marco de los subprincipios de *necesidad e idoneidad* integrantes del principio de proporcionalidad en sentido amplio: MIR PUIG, LH-*Vives Antón*, 2009, p. 1362 y ss.

<sup>135</sup> La exigencia de legitimación instrumental del Derecho penal es uno de los hitos de la Ilustración. Al respecto, y sobre el concepto de dañosidad social (*Sozialschädlichkeit*), véase AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 1, 16 y ss.; 330 y ss.

<sup>136</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm. 70.

suficientes<sup>137</sup>. Lo segundo, el requisito de que la lesividad sea cualificada, resulta evidente cuando se observa que la función de protección social no es competencia exclusiva del Derecho penal, sino del Derecho en general. Siendo la pena la consecuencia jurídica más grave a disposición del Derecho, es obvio que lo único proporcionado es que ésta se reserve para los hechos que presenten una lesividad social cualificada<sup>138</sup>.

En el punto anterior la proporcionalidad se entiende en un sentido amplio, englobando tanto consideraciones de utilidad, esto es, de racionalidad instrumental (necesidad, idoneidad – *necesidad de pena*), como de justicia, esto es, de racionalidad valorativa (proporcionalidad en sentido estricto – *merecimiento de pena*)<sup>139</sup>.

A la concepción de la antijuridicidad penal como conducta con una lesividad social cualificada se la suele denominar *antijuridicidad (penal) material*, en contraposición al concepto de *antijuridicidad (penal) formal*, que puede definirse como la conducta contraria a la norma jurídico-penal<sup>140</sup>. Así, cuando el delito se concibe desde la perspectiva de la antijuridicidad material, se habla de *concepto material de delito*<sup>141</sup>. Sin embargo, no se trata de conceptos necesariamente excluyentes ni divergentes, sino que pueden responder simplemente a enfoques distintos de la antijuridicidad de una conducta: desde la perspectiva del fundamento político-criminal de su prohibición, en el caso de la antijuridicidad material; desde la perspectiva de la teoría de la norma, en el de la formal. En efecto, si la *norma* jurídico-penal no se identifica con el mero tenor literal del *enunciado legal*, sino que se considera el fruto de la interpretación con base en los criterios generalmente aceptados,

---

<sup>137</sup> En esta línea, KARGL, en *ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSITAT POMPEU FABRA* (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 54-59; ESER, *Duquesne University Law Review* (4), 1965-1966, p. 396.

<sup>138</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 434 y ss.; MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi», *Estudios penales y criminológicos* (14), 1989-1990, p. 209 y ss.;

<sup>139</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 453-464, 455; pp. 492-498, 495.

<sup>140</sup> Respecto de la contraposición, por todos, ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 14 B; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 233.

<sup>141</sup> Por todos, véase ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, 2003, pp. 19 y ss.



especialmente el sistemático y el teleológico, antijuridicidad formal y antijuridicidad material «dejan de ser dos formas distintas, y eventualmente contradictorias, de contrariedad a derecho para convertirse en dos perspectivas de una única antijuridicidad»<sup>142</sup>.

En la línea de distinguir entre norma (primaria de conducta, en lo que aquí interesa) y enunciado legal, resulta paradigmática la distinción propuesta por SCHMIDHÄUSER entre tipo literal (*Wortlauttatbestand*; también conocido como tipo legal – *gesetzlicher Tatbestand*) y tipo de interpretación (*Auslegungstatbestand*)<sup>143</sup>.

A diferencia de una concepción del delito centrada en el sentido semántico-gramatical del enunciado legal y en su mera desobediencia, el concepto material de delito proporciona criterios para adoptar una perspectiva crítica respecto de la legitimidad político-criminal de los mandatos y prohibiciones penales establecidos por el legislador. En efecto, permite graduar el desvalor del hecho y aporta los referentes valorativos necesarios para realizar el juicio de proporcionalidad de forma racional, lo que a su vez permite hacer efectivo el principio de igualdad. En este sentido se habla de la *función político-criminal* (o *crítica*) del concepto material de delito<sup>144</sup>. Además, y de acuerdo con la necesidad de orientar la dogmática a la política-criminal, la interpretación de los enunciados legales (tipos literales o legales) conforme a los criterios de legitimidad político-criminal en los que se basa el concepto material de delito permite resolver numerosas cuestiones dogmáticas, como por ejemplo los problemas de *bis in idem*, la determinación del objeto del dolo, la delimitación de las diferentes fases del *iter criminis*, la distinción entre la tentativa y la consumación, la trascendencia del consentimiento del sujeto pasivo, la medición de la pena o, en fin, el ámbito de aplicación de un delito de la parte especial del Código penal<sup>145</sup>. En este sentido se habla de la *función dogmática* (o *intrasistemática*) del concepto material de delito<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 45-58.

<sup>143</sup> SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, 2/4.

<sup>144</sup> ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 27.

<sup>145</sup> En este sentido, por todos, véanse ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 25-26; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 14 B nms. 6-10; ESER, «The principle of „harm“ in the concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected legal interests», *Duquesne University Law Review* (4), 1965-1966, pp. 346-347.

<sup>146</sup> ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 27.

Llegados a este punto, la concreción del contenido de la “lesividad social cualificada”, uno de los dos pilares sobre los que se sostiene el concepto de antijuridicidad penal, deviene inaplazable: ¿cuándo una conducta es socialmente dañina de un modo cualificado? Si bien existe un amplio acuerdo en que la lesividad social cualificada constituye, al menos, uno de los ejes del concepto de antijuridicidad penal material, más controvertida ha sido, y sigue siendo, la determinación de su contenido.

Históricamente cabe distinguir tres formas de concebir la lesividad social cualificada<sup>147</sup>: como el menoscabo o puesta en peligro de objetos materiales o realidades positivamente valoradas por el Derecho penal, los llamados “bienes jurídicos”<sup>148</sup>; como el cuestionamiento de la validez o vigencia del ordenamiento jurídico-penal, esto es, como la lesión ideal (negación autocontradictoria de la validez de la norma) o psicológico-social (menoscabo de la confianza en la vigencia de la norma) del Derecho mediante la infracción de un deber jurídico (*Pflichtverletzung*)<sup>149</sup>; o como ambas cosas a la vez.

Naturalmente las concepciones ideales del bien jurídico no encajarían en la primera de las dos concepciones de la lesividad<sup>150</sup>. Más bien habría que encuadrarlas en la segunda. Por su parte, las concepciones materiales del bien jurídico entienden la materialidad en un sentido especialmente amplio, de modo

---

<sup>147</sup> Distinguen las dos posturas extremas, NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm. 108. Con gran claridad al respecto, RAGUÉS I VALLÉS, «Tres grandes dilemas de la dogmática penal del s. XXI», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* (2), 2001, pp. 525 y ss.

<sup>148</sup> Así, por ejemplo, VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª ed., 1921, pp. 3-6 (aunque a la vez se le ha considerado uno de los artífices de la espiritualización del concepto de bien jurídico: AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 91 y ss., 175 y ss.); ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 2 H nms. 65-67; NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nms. 108 y ss.

<sup>149</sup> H. MAYER, «Der Verbrechensbegriff», *Deutsches Strafrecht* (3-4), 1938, p. 75 y ss., 78; JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, pp. 20, 25-27.

<sup>150</sup> Al respecto véase AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 175 y ss.

que no consideran necesario que el bien jurídico consista en un objeto corpóreo, sino que simplemente les basta con una realidad susceptible de ser alterada<sup>151</sup>.

De ahí se derivan tres formas distintas de concebir el tipo de injusto penal, en función de la dimensión del daño que se considere decisiva: la centrada en la *dimensión material*, que lo concebiría como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; la centrada en la *dimensión ideal* y/o *psicológico-social*, que lo concebiría como infracción del deber jurídico; y la que lo concibe teniendo en cuenta las tres dimensiones: la material, la psicológico-social y la ideal.

En esta investigación se opta por la tercera forma de concebir el tipo de injusto penal. En efecto, en la medida en que la sociedad se concibe como instrumento para la realización de la libertad de los individuos que la integran, socialmente lesivo solamente puede ser la lesión o puesta en peligro de los bienes o realidades *facticas* en los que se concreta la libertad de los ciudadanos (dimensión material del daño)<sup>152</sup>. Sin embargo, condición indispensable para la realización de la libertad del ciudadano a través de tales bienes o realidades es la posibilidad de disposición plena y pacífica sobre los mismos, condición que no puede satisfacerse si la vigencia de las normas penales dirigidas a garantizarla (se parte de la premisa de que las normas penales pretenden proteger bienes jurídicos) es puesta en cuestión (dimensión psicológico-social del daño). Asimismo, la falta de respeto de un ciudadano hacia alguno de aquellos bienes considerado merecedor de protección jurídico-penal, esto es, la negación de las valoraciones previstas en las normas penales, supone negar a sus conciudadanos «lo que sí pretende que éstos respeten en su caso», tratando de obtener así una «ventaja inicua»<sup>153</sup> (dimensión ideal del daño). Esta concepción del injusto se corresponde con los fines atribuidos al Derecho penal: con la prevención general disuasoria se trata de evitar la dimensión material del daño, con la general positiva la dimensión psicológico-social, y con la desvaloración ético-jurídica se

---

<sup>151</sup> ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 2 H nm. 66. Sobre el carácter material o espiritual del concepto de bien jurídico, véase ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, p. 70 y ss.

<sup>152</sup> MIR PUIG, «Límites del normativismo en Derecho penal», *RECPC* (07-18), 2005, p. 13.

<sup>153</sup> Las dos citas textuales se corresponden con el texto de SILVA SÁNCHEZ, «Delito y daño: una puntualización», *InDret Penal* (3), 2008, p. 2. La misma idea en PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, p. 90.

desacredita la negación (autocontradictoria)<sup>154</sup> de la norma en el diálogo moral<sup>155</sup>. La pena sirve a las tres funciones.

Las dimensiones material y psicológico-social se consideran, pues, relevantes a la hora de determinar el merecimiento y necesidad de pena de un tipo de conducta. Obviamente, junto a consideraciones garantísticas, con las que entrarán en conflicto. Por su parte, la dimensión ideal solamente se considera relevante para fundamentar el merecimiento de reproche en el plano del diálogo moral, el cual entiendo que puede desarrollarse satisfactoriamente sin necesidad de recurrir al dolor severo que caracteriza a la pena. Como se verá, la atribución de importancia a las dimensiones ideal y psicológico-social del daño será decisiva para fundamentar algunas de las propuestas interpretativas que se formulan en este trabajo. Así, por ejemplo, la apreciación de un mayor merecimiento de pena en la tentativa acabada que en la inacabada, a pesar de que la conducta haya generado el mismo grado de peligro objetivo para el bien jurídico protegido en ambos casos (ver *infra* IX.), se explica por el mayor daño ideal y/o psicológico-social producido por la tentativa acabada. A su vez, la estimación de la indiferencia hacia el bien jurídico-penal mostrada por el autor de la conducta como elemento constitutivo, bajo estrictas condiciones, del dolo (ver *infra* VIII.), no tiene otra explicación que

---

<sup>154</sup> SEELMANN, «Intentos de una legitimación de la pena a través del argumento del comportamiento autocontradictorio del autor del delito», en EL MISMO, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2013, p. 103 y ss.

<sup>155</sup> Sobre estas tres dimensiones del daño y la necesidad de tenerlas en consideración SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret Penal* (3), 2014, p. 7; EL MISMO, *InDret Penal* (3), 2008, pp. 1-2. Concibe la antijuridicidad penal teniendo en cuenta la pluralidad de dimensiones del daño comentada en el texto: ROBLES PLANAS, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO (ed.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, pp. 27-28. También partidario de una concepción intermedia del injusto penal: RAGUÉS I VALLÉS, *RPDJP* (2), 2001, pp. 525 y ss. Considera que ambas perspectivas deben tenerse en cuenta en la configuración del concepto material de delito, ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 94, 98, aunque la dimensión ideal no la tiene finalmente en cuenta en la configuración de la norma primaria de conducta (pp. 121 y ss.). En Alemania, con una visión integradora, KARGL, «Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho», en ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSITAT POMPEU FABRA (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 49 y ss., 57.

la causación de un daño ideal y/o psicológico-social equivalente al de la comisión con conocimiento del riesgo concreto para un bien jurídico-penal generado con la propia conducta.

### 3.1. Concepto personal de bien jurídico-*penal*

La exigencia de que la conducta constituya una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-*penal* –con las correspondientes repercusiones psicológico-sociales e ideales– para ser considerada penalmente antijurídica, es una ulterior concreción del principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio, esto es, englobando tanto consideraciones de utilidad (necesidad de pena) como de justicia (merecimiento de pena)<sup>156</sup>. En efecto, únicamente con la lógica de la lesividad social cualificada se hace difícil respetar las garantías del individuo, cuyo aseguramiento es también uno de los fines del Derecho penal. Y ello porque la lógica de la protección social, llevada hasta sus últimas consecuencias, puede desembocar fácilmente en la subordinación del individuo a las necesidades del colectivo social mayoritario o dominante<sup>157</sup>.

El concepto de bien jurídico no es un concepto ni originario ni exclusivo del Derecho penal. Pertenece a la teoría general del Derecho y es empleado para referirse a los objetos de protección de las respectivas ramas del ordenamiento jurídico<sup>158</sup>. En la medida en que, por las razones de proporcionalidad a las que se viene aludiendo, el Derecho penal no protege todos los bienes jurídicos, sino sólo los más importantes para la convivencia libre y pacífica en sociedad, se habla de bienes jurídico-*penales*<sup>159</sup>. Otra concreción del principio de proporcionalidad es la que da lugar al principio de *fragmentariedad*: el Derecho penal no sólo no

---

<sup>156</sup> MIR PUIG, LH-*Vives Antón*, 2009, vol. II, p. 1361 y s. En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 424 y ss., 453 y ss.

<sup>157</sup> Lo reconoce el mismo AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, por lo que se ve obligado a recurrir a límites deontológicos externos (valores liberales) a la lógica del daño al sistema social para poder asegurar las garantías individuales: pp. 388 y ss.

<sup>158</sup> AMELUNG, «El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 227 y ss.

<sup>159</sup> MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi», *Estudios penales y criminológicos* (14), 1989-1990, p. 205 y ss.

protege todos los bienes jurídicos, sino que los que protege *tan solo los tutela frente a los ataques más graves*<sup>160</sup>.

Ciertamente, el recurso a la idea de bien jurídico-penal no es la única vía de concreción de consideraciones de merecimiento y necesidad de pena en el marco de un modelo de Estado social y democrático de Derecho. También desde la perspectiva de la infracción de deber se ha tratado de concretar premisas filosófico-políticas cercanas a las tomadas como punto de partida en este trabajo. Sin embargo, soy de la opinión que la teoría jurídico-penal del bien jurídico sigue siendo el mejor instrumento para concretarlas con el mayor grado de fidelidad y racionalidad posible en el sistema dogmático.

Así, por ejemplo, Michael PAWLIK rechaza la teoría del bien jurídico, concibe el delito como infracción de deber y, no obstante, considera que fin del Derecho penal es el aseguramiento de las condiciones reales de libertad del individuo, por lo que entiende el delito como una lesión a la libertad de la persona<sup>161</sup>.

En cualquier caso, para que el concepto de bien jurídico-penal pueda cumplir el cometido garantista que le ha sido encomendado, es preciso dotarle de un contenido político-criminal adecuado para ello. Como AMELUNG demostró en su monografía de 1972, por sí mismo, el concepto de bien jurídico es un concepto político-criminalmente vacío, neutro, capaz de adaptarse a cualquier programa político-criminal<sup>162</sup>. Por eso se equivocan quienes ven en él una herramienta conceptual intrínsecamente liberal. Que BIRNBAUM recurriera a él para poder legitimar delitos que le parecían difícilmente legitimables con la idea de lesión de un derecho subjetivo, como por ejemplo los delitos contra las creencias religiosas del pueblo, es clara prueba de ello. Como también lo es la defensa del concepto por parte de autores de ideología declaradamente nacionalsocialista durante la Alemania nazi<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Por todos, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 4/49.

<sup>161</sup> *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 82-156.

<sup>162</sup> AMELUNG, «El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 228-233, 232; EL MISMO, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 4 y ss., 44 y ss. 113 y ss., 240 y ss., 246 y ss., 302 y ss.;

<sup>163</sup> Sobre Birnbaum, véase AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 43-51. Sobre los autores nacionalsocialistas a favor del concepto de bien jurídico, véase, como ejemplo paradigmático, KLEE, «Das Verbrechen als Rechtsguts- und als

A mi modo de ver, el concepto de bien jurídico mejor preparado para cumplir con la mencionada misión es el denominado “concepto personal” de bien jurídico<sup>164</sup>. No es este el lugar de reproducir con detalle el contenido de esta conocida concepción. En lo que sigue me limitaré a exponer sus postulados básicos y a señalar las consecuencias más significativas que para el objeto de esta investigación se siguen de la asunción de tal concepción.

La concepción personal parte de la base de que el Derecho penal debe proteger intereses fundamentales del individuo (bienes jurídicos individuales) o de la sociedad (bienes jurídicos colectivos)<sup>165</sup>. El criterio para discriminar los intereses fundamentales de los no fundamentales es la Constitución, en tanto que norma donde se plasma el consenso axiológico fundamental de la sociedad. Fundamentales son los intereses que de forma explícita o implícita estén reconocidos en la Constitución<sup>166</sup>. Obviamente, en la medida en que implícitamente pueden considerarse reconocidos numerosos intereses en la norma fundamental, no se desconoce la vaguedad de este criterio. Con todo, se trata de un primer paso en el proceso de concreción al respecto<sup>167</sup>.

En cualquier caso, el Derecho penal no puede utilizarse para subordinar al individuo a las necesidades del conjunto social como fin en sí mismo o, peor, para subordinarlo a las necesidades de los grupos mayoritarios o dominantes<sup>168</sup>. Al contrario, las necesidades colectivas solamente merecen la

---

Pflichtverletzung», *Deutsches Strafrecht* (1-2), 1936, p. 2 y ss. Con perspectiva histórica: AMELUNG, en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 234.

<sup>164</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nms. 62 y ss., 110 y ss., 131 y ss.; HASSEMER, «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico» (traducción de su contribución al FS-Kaufmann, de 1989), *Doctrina penal* (45-48), 1989, pp. 275-285; EL MISMO, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 68 y ss., 76 y ss. En España, ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 67 y ss.

<sup>165</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm. 62.

<sup>166</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nms. 63-64. En España, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 434 y ss.; MIR PUIG, «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi», *Estudios penales y criminológicos* (14), 1989-1990, p. 210.

<sup>167</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 434 y ss.

<sup>168</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nms. 131 y ss.

atención del Derecho penal «en la medida en que condicionen la vida de los individuos»<sup>169</sup>. El fundamento no es otro que las premisas filosófico-políticas de las que se parte, esto es, la concepción liberal del Estado<sup>170</sup>: «se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo se ponga al servicio del sistema»<sup>171</sup>.

Así, objeto del daño penalmente relevante deben ser intereses necesarios para «garantizar a cada ciudadano la posibilidad de conducir su vida de modo autónomo»<sup>172</sup>. Sin embargo, para la autonomía del ciudadano no sólo son relevantes los bienes relacionados de forma más inmediata con su libertad, como por ejemplo la vida, la integridad física o la libertad ambulatoria. También otros bienes que no integran el ámbito inmediato de autonomía del individuo y sobre los que no puede disponer libremente, esto es, bienes de carácter colectivo (universales), son relevantes para su autonomía: la administración de justicia, la hacienda pública, el medio ambiente, etcétera.

Sin embargo, postulado esencial de la concepción personal es que los bienes jurídicos universales (o colectivos) sólo pueden ser protegidos penalmente de forma legítima si son funcionalizados a partir del individuo: su protección penal sólo es legítima en la medida en que sea condición necesaria para la protección de la persona<sup>173</sup>. La funcionalización de los intereses generales a partir del individuo tiene importantes consecuencias valorativas. Por un lado, implica una jerarquización de los intereses, en la que los generales quedan

---

<sup>169</sup> MIR PUIG, *Estudios penales y criminológicos* (14), 1989-1990, p. 212.

<sup>170</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nms. 128 y ss., 133; HASSEMER, *Doctrina penal* (45-48), 1989, p. 281. En España ha fundamentado extensamente la derivación de la concepción personal del bien jurídico de las premisas filosófico-políticas del liberalismo, ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 67 y ss.; EL MISMO, *ADPCP* (51), 1998, p. 541 y ss.

<sup>171</sup> MIR PUIG, *Estudios penales y criminológicos* (14), 1989-1990, p. 212. Pionero en esta línea, HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 231.

<sup>172</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 432.

<sup>173</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm. 132; HASSEMER, *Doctrina penal* (45-48), 1989, p. 281 y ss. En España, en esta misma línea véase CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, pp. 175 y ss., 182, pp. 183 y ss., 204.



por debajo de los individuales<sup>174</sup>. Por otro, implica entender que los bienes jurídicos colectivos poseen una legitimidad derivada (*Ableitungsbeziehung*)<sup>175</sup>. Su protección no es legítima por sí misma, sino como medio para la protección de intereses individuales. Así, desde esta perspectiva material, los tipos que protegen bienes jurídicos colectivos se consideran *tipos de peligro* con respecto a bienes jurídicos individuales<sup>176</sup>.

De ahí se sigue, en primer lugar, que para considerar legítima la protección penal de un bien jurídico colectivo deban concurrir necesidades cualificadas de protección del bien. En segundo lugar, que la técnica de protección deba ser comparativamente más benigna que la utilizada para los delitos contra bienes jurídicos individuales: marcos penales más reducidos, renuncia al castigo de las modalidades de comisión imprudentes, no punición de las formas imperfectas de ejecución, etc.<sup>177</sup> Aproximación restrictiva que, en la medida en que las consideraciones político-criminales son relevantes para la construcción dogmática del sistema, debe trasladarse, lógicamente, a la labor interpretativa de este tipo de delitos<sup>178</sup>.

Como se verá, ello afecta directamente a nuestro objeto de investigación, pues parte de la doctrina y algunas sentencias de la Sala segunda del Tribunal Supremo español consideran que el bien jurídico protegido por estos delitos es un bien jurídico supraindividual: la competencia como institución<sup>179</sup>.

---

<sup>174</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm. 137; HASSEMER, *Doctrina penal* (45-48), 1989, p. 283.

<sup>175</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm. 132.

<sup>176</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm. 137.

<sup>177</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm. 137. En España, les sigue SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 462 y s.

<sup>178</sup> En efecto, la función dogmática del concepto de bien jurídico bebe de la función político-criminal. En este sentido, véanse SCHÜNEMANN, «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 199; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 19 y s.

<sup>179</sup> En España, en la doctrina, véanse FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, pp. 102 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., 2013, p. 469, aunque algo ambiguo al respecto. En la jurisprudencia, véase: STS de 12 de mayo de 2008, p. Monterde Ferrer, FJ 1º punto 2: «el bien específicamente tutelado consistirá en la *competencia leal* entre las empresas». Sentencia que ha sido

La idea de que la protección de los bienes jurídicos colectivos sólo está justificada desde la perspectiva personalista tiene otra consecuencia importante: el *merecimiento de pena* debe ponerse en función de la capacidad que la clase de conducta en cuestión tenga para afectar los intereses de cada individuo en particular. Ello no excluye que el merecimiento también se ponga en función de la capacidad de ese tipo de conducta para afectar, a la vez, a los intereses de amplio número de personas. La extensión social de la lesividad de la conducta es relevante, pero no debería justificar la intervención penal cuando el daño para cada individuo, aunque sean muchos en total, sea de poca importancia. Una conducta que puede afectar a los intereses de muchos, pero con una intensidad leve, puede no merecer pena, como por ejemplo la venta de alcohol o tabaco<sup>180</sup>. En definitiva, el merecimiento de pena debe atender tanto a la *extensión social* del daño como a su *entidad individual*, pero especialmente a este último factor.

En relación con el objeto de investigación en este trabajo, esta idea trae también consecuencias: lo importante no será tanto el número de competidores directos o potenciales que puedan verse afectados por la conducta, sino el potencial grado de afectación de los intereses de cada uno de ellos que pueda presentar la conducta. Ello nos llevará, en última instancia, a buscar el referente del merecimiento de pena en los intereses económicos individuales de los participantes en el mercado (ver *infra* III.).

En otro orden de cosas, la concepción personal del bien jurídico aquí asumida parte de la base de que los bienes jurídicos poseen un substrato empírico<sup>181</sup>, esto es, parte de la base de que consisten en algo *real*<sup>182</sup>, no en

---

tomada expresamente como referente interpretativo en las sentencias de varias Audiencias Provinciales: SAP Córdoba de 12 de diciembre de 2014, p. Degayón Rojo; SAP Valencia de 7 de enero de 2014, p. Rodríguez Martínez; SAP Ciudad Real de 17 de septiembre de 2012, p. Alarcón Barcos, entre otras. En Alemania un buen número de autores consideran que estos delitos protegen la competencia como institución, ya sea como único bien jurídico protegido, ya sea junto al patrimonio: ver *infra* III.2.

<sup>180</sup> La idea y el ejemplo en MIR PUIG, *Estudios penales y criminológicos* (14), 1989-1990, p. 212-213.

<sup>181</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nms. 66, 112. En España, ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 70-79, 99-116.

algo ideal<sup>183</sup>. En efecto, dada la dimensión fáctica, corporal, de la persona, parece evidente que la protección de su libertad debe pasar por la protección de bienes o realidades fácticas, pues aquella se concreta necesariamente, dada su –vulgar, si se quiere– naturaleza terrenal, a través de tales bienes o realidades<sup>184</sup>. Ello sin necesidad de desconocer su innegable dimensión espiritual. Por otra parte, una vez asumido el carácter instrumental del Derecho penal sólo será posible controlar racionalmente si cumple con su fin de protección si los objetos que debe proteger se encuentran sometidos a las leyes de la causalidad y, por tanto, son susceptibles de ser lesionados o puestos en peligro<sup>185</sup>. En esta línea, también exigencias de racionalidad instrumental obligan a que el Derecho penal proteja realidades, pues lo ideal no es lesionable y, por tanto, no requiere protección. Sería instrumentalmente irracional recurrir a un medio de protección –como es el Derecho penal– para “proteger” algo que no requiere protección, como por ejemplo ideas, conceptos o valores<sup>186</sup>. Por lo demás, tan sólo con un concepto fáctico de bien jurídico-penal es posible distinguir entre el *desvalor de conducta* y el *desvalor de resultado*, hito dogmático que parece irrenunciable en la medida en que permite tener en cuenta tanto la ética del acto como la ética del resultado en la valoración jurídico-penal del hecho. Ello aumenta las posibilidades de distinción y, por tanto, supone una evidente ganancia en términos de igualdad y justicia<sup>187</sup>. Y es que cuando lo que se considera objeto

---

<sup>182</sup> ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 2 H nm. 66.

<sup>183</sup> Defienden una concepción ideal de bien jurídico: JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 259 y s.

<sup>184</sup> En este sentido, véanse MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 6/42; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 492-498, 498; SCHÜNEMANN, «La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 634 y ss., 658 y ss.

<sup>185</sup> Aboga por definir los bienes jurídicos con referencias empíricas claras en aras de facilitar la verificación empírica, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEconPG*, 2ª ed., 2007, pp. 161-162, 162. En Alemania, véase, por todos, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 28 y ss., 30.

<sup>186</sup> KARGL, «Friedenssicherung durch Strafrecht», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (82), 1996, pp. 491 y ss. En la misma línea, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 175.

<sup>187</sup> En este sentido, véase ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 43-48, 70-79, 100-119, donde además fundamenta con detalle otras ventajas dogmáticas del concepto material de bien jurídico.

de protección no es algo real, sino ideal, el desvalor de conducta lleva necesariamente inherente el desvalor de resultado: lo único relevante es el plano ideal, el plano comunicativo, y éste se agota en la conducta como exteriorización de la voluntad. Sin embargo, como WELZEL trató de subrayar en su día, presupuesto necesario de todo (des)valor de acto es un estado de cosas valorado (*Sachverhaltswert*). Los valores del acto (abnegación, lealtad, entrega, valentía, etc.) «presuponen que el fin por el que el esfuerzo se realiza [determinados estados de cosas], tiene un valor para la comunidad o para el individuo»<sup>188</sup>. En efecto, «¿qué sentido tendría la honradez si no existiera la propiedad como estado de cosas valorado?»<sup>189</sup>. Ambas perspectivas éticas, la centrada en el acto y la centrada en el resultado, son relevantes de cara a la valoración jurídico-penal de un hecho.

De acuerdo con todo lo dicho, será proporcionado en sentido estricto, sin perjuicio de ulteriores consideraciones (ver *infra* II.3.2.), recurrir a la amenaza y, en su caso, a la imposición de pena, para proteger intereses fundamentales directos (individuales) o indirectos (colectivos) de los ciudadanos, explícita o implícitamente reconocidos en la Constitución y con una dimensión de realidad. Tales intereses constituyen bienes jurídicos *merecedores* de protección jurídico-penal: bienes jurídico-*penales*. Sin embargo, la sola existencia de razones de justicia (merecimiento) no es suficiente para justificar la intervención penal. Deben satisfacerse, además, ulteriores exigencias de racionalidad instrumental. A saber, que la protección penal de dichos bienes sea *necesaria*, por no existir medios de protección menos lesivos, e *idónea*: una restricción de derechos inútil, gratuita, no es justificable en un Estado de carácter instrumental, al servicio de los ciudadanos<sup>190</sup>. Se trata de la entrada en juego de los conocidos principios de subsidiariedad, *ultima ratio* e intervención mínima, principios limitadores del *ius puniendi* derivados del principio de proporcionalidad en sentido amplio<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> WELZEL, «Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes», FS-Kohlrausch, 1994, p. 104 y ss., 105. Recientemente, en la misma línea, SCHÜNEMANN, en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 656, 659.

<sup>189</sup> WELZEL, FS-Kohlrausch, 1994, p. 105.

<sup>190</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 453-459. 453-459; MIR PUIG, LH-*Vives Antón*, 2009, vol. II, pp. 1362 y ss.

<sup>191</sup> MIR PUIG, LH-*Vives Antón*, 2009, vol. II, pp. 1362 y ss.

La enérgica adhesión a la concepción personal del bien jurídico no desconoce las numerosas críticas que se han vertido contra la teoría del bien jurídico-penal, en general, y contra la teoría personal del bien jurídico-penal, en particular. Sin embargo, ninguna de ellas me parece insuperable para una concepción político-criminal y metodológicamente robusta como la personal. No es este el lugar de analizar con detalle el contenido de tales críticas, así como el de las réplicas que se han formulado o se pueden formular. Por ello, aquí solamente voy a centrarme en dos de esas críticas: una por atacar un rasgo del concepto de bien jurídico-penal aquí defendido que me parece especialmente importante de cara a la interpretación de los delitos de violación de secretos empresariales. La otra por tratarse, en mi opinión, de la principal objeción contra la teoría personal. Me refiero, en cuanto a la primera, al reproche de pecar de excesivo naturalismo al exigir una dimensión fáctica en todo bien jurídico-penal<sup>192</sup>. En cuanto a la segunda, a la incapacidad de explicación de determinados delitos previstos en la parte especial de nuestro Código penal, así como en los de otros países de nuestro entorno jurídico-cultural, en los que no se protegería bien jurídico alguno, sino más bien sentimientos o convicciones morales fuertemente arraigadas en nuestra sociedad (por ejemplo: delito de maltrato de animales domésticos o amansados – art. 337 Cp; delito contra los sentimientos religiosos – art. 525 Cp; delito de violación de sepulcro – art. 526 Cp)<sup>193</sup>.

Una teoría personal del bien jurídico-penal que concrete con rigor las premisas de una política criminal fundada en el liberalismo político no peca de la vaguedad

---

<sup>192</sup> Esta fue la crítica vertida durante los años treinta del s. XX a las concepciones materiales del bien jurídico: SCHAFFSTEIN, «Das Verbrechen eine Rechtsgutverletzung?», *Deutsches Strafrecht* (4), 1935, p. 100, donde califica a la concepción material del bien jurídico de “materialismo primitivo”; GALLAS, «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung», *FS-Gleispach*, 1936, p. 54 y s.

<sup>193</sup> JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, p. 22 y ss.; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 1991, 2/16-25; VON HIRSCH, «El concepto del bien jurídico y el principio del daño», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, (2003) 2007, pp. 47-52; STRATENWERTH, «Sobre la legitimación de los “delitos de conducta”», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 237 y ss., 238-244; FRISCH, «Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, (2003) 2007, pp. 314-315.

e incapacidad crítica que algunos atribuyen a la teoría del bien jurídico-penal<sup>194</sup>  
<sup>195</sup>. Otra importante crítica es la relativa a las dificultades para encontrar una  
definición precisa y consensuada de «bien jurídico-penal»<sup>196</sup>. Sin embargo, lo  
cierto es que con la teoría del bien jurídico-penal no se pretende dar una  
respuesta *more geometrico* respecto del objeto de protección de todo tipo penal<sup>197</sup>,  
sino una «directriz normativa» para determinarlo<sup>198</sup>.

Pues bien, que se exija una dimensión fáctica a todo bien jurídico-penal no  
significa ni que el concepto se agote en ella, ni que la exigencia de facticidad  
se entienda en un sentido material, corpóreo. En efecto, entre los defensores  
del concepto personal se reconoce, también, una dimensión normativa al  
concepto de bien jurídico-penal<sup>199</sup>: «un “bien” es siempre *algo más* que una  
“cosa”. Pero también es esa “cosa”, sólo que contemplada en su valor  
funcional: el bien es una *cosa valiosa*, entendiendo aquí por cosa toda realidad  
existencial con independencia de su carácter material o inmaterial. El  
concepto de bien jurídico es, pues, expresión de una relación dialéctica de  
realidad y valor»<sup>200</sup>. Por su parte, la dimensión fáctica basta que se dé en  
fenómenos o estados de cosas *reales*, no necesariamente en objetos corpóreos  
o materiales: «...la alternativa a lo “ideal” no se llama “material” (corpóreo),  
sino “real”. Y la realidad no sólo consta de objetos corpóreos, sino también  
de causalidades en el ámbito de los fenómenos mentales-intelectuales. Estos  
fenómenos no se sustraen a las leyes de la causalidad, a diferencia de las  
imágenes ideales. Son estados de cosas susceptibles de ser lesionados»<sup>201</sup>. Así,  
es evidente que el honor no es un objeto material, «pero posee realidad social

---

<sup>194</sup> En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003,  
pp. 67 y ss., 78.

<sup>195</sup> Para la crítica véanse, por ejemplo, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 131-  
137; FRISCH, «Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el  
contexto de la legitimación de la pena estatal», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien  
jurídico*, (2003) 2007, pp. 309-319.

<sup>196</sup> STRATENWERTH, «Zum Begriff des “Rechtsgutes”», *FS-Lenckner*, 1998, pp. 377-  
383.

<sup>197</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm. 145.

<sup>198</sup> SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, (2003) 2007, pp.  
200-203.

<sup>199</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nms. 66, 140, 144.

<sup>200</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 6/42.

<sup>201</sup> KARGL, *ARSP* (82), 1996, p. 493. Le sigue HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im  
Strafrecht*, 2002, p. 28.

y ésta puede ser lesionada mediante injurias, difamaciones y calumnias»<sup>202</sup>, lo que permite considerarlo objeto susceptible de protección jurídico-penal.

En cuanto a la crítica relativa a los déficits de capacidad explicativa de la teoría personal del bien jurídico-penal, caben tres posibles respuestas: a) reconocer las deficiencias y renunciar a la teoría por considerarlas insuperables; b) complementar la teoría con el reconocimiento de otros criterios de legitimación (*offense principle*, paternalismo, etc.), o c) optar por la heroicidad –en palabras de NEUMANN– de mantenerse firme a las premisas político-criminales liberales y defender que los delitos que no protegen directa o indirectamente intereses fundamentales del individuo son normas penales ilegítimas<sup>203</sup>. A mi modo de ver, la opción más coherente con las premisas metodológicas y político-criminales de las que aquí se parte es la tercera, aún al precio de que, de *lege lata*, el concepto de delito aquí defendido sea incapaz de explicar delitos que pueden haber sido considerados legítimos por el Tribunal Constitucional<sup>204</sup>.

### 3.2. Delimitación de ámbitos de responsabilidad penal

A pesar de que la teoría (personal) del bien jurídico-penal se considera la mejor vía para determinar las conductas que presentan una lesividad social cualificada de acuerdo con las premisas político-criminales de las que aquí se parte, presenta el riesgo de maximizar de forma unilateral el fin preventivo atribuido al Derecho penal<sup>205</sup>. Es cierto que la interpretación de los tipos (legales) penales en torno al concepto de bien jurídico-penal personal puede considerarse una síntesis de fines, en la que no sólo se tienen en cuenta consideraciones preventivas, sino también garantísticas. Como se dijo, la teoría personal del bien jurídico-penal puede entenderse como una concreción del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Sin embargo, se trata de una síntesis intermedia. Para dar debida cuenta de los

---

<sup>202</sup> ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 2 H nm. 66.

<sup>203</sup> NEUMANN, «Alternativas: ninguna. Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico», *CPC* (93), 2007, pp. 11-13, 12.

<sup>204</sup> Esta sería la situación en Alemania respecto del delito de incesto (§ 173 StGB), declarado constitucional por el *Bundesverfassungsgericht* alemán. Sobre ello, por todos, GRECO, *ZIS* (5), 2008, pp. 234 y ss.

<sup>205</sup> ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 114-116, 115.

finés garantísticos son precisas síntesis ulteriores<sup>206</sup>. La interpretación de los tipos legales en torno al concepto personal del bien jurídico-penal es condición necesaria, pero no suficiente<sup>207</sup>.

Y ello porque la protección de bienes jurídicos a través de mandatos y prohibiciones respaldados con pena implica, por definición, una restricción de la libertad general de acción de los ciudadanos, al menos la de todos aquellos que modifican su conducta en atención a tales mandatos y prohibiciones<sup>208</sup>. Aunque lo dicho sea una evidencia, igual de evidente es que con demasiada frecuencia se olvida que, por ello, no cualquier riesgo que ponga en peligro un bien jurídico considerado digno de protección penal puede tener relevancia penal<sup>209</sup>. El Derecho penal no puede pretender realizar el interés de protección de bienes jurídicos de forma ilimitada, obligando a todos a tratar de evitar todos los posibles daños a bienes jurídico-penales derivados de todos y cada uno de sus contactos sociales: «si así fuere, se produciría una paralización inmediata de la vida social»<sup>210</sup>. De ahí que se afirme, por ejemplo, que la fundamentación del riesgo permitido (uno de los *topoi* de la teoría de la conducta típica) está emparentada con la ponderación de intereses en el estado de necesidad, siendo evaluable no sólo la magnitud del riesgo, sino también la utilidad (en la que se contaría la libertad general de acción) y el perjuicio<sup>211</sup>. Por ello, el Derecho penal, con el fin de alcanzar una protección óptima de los bienes jurídicos con atención al interés (también general) en la maximización de la libertad general de acción,

---

<sup>206</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 453-464, pp. 620 y ss., 627; AMELUNG, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en SCHÜNEMANN/SILVA SÁNCHEZ (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, pp. 96-99.

<sup>207</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm. 147.

<sup>208</sup> Véase ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., 1983, p. 185: «Muy a menudo, quizá siempre, la protección de un interés a través del Derecho significa relegar otro interés».

<sup>209</sup> FRISCH, *Comportamiento típico e imputación de resultado*, (1988) 2004, p. 86 y ss.

<sup>210</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, p. 21.

<sup>211</sup> JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 7/35. En la misma línea, en relación con la noción de creación de riesgo penalmente desaprobada, véase FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, pp. 84-94. En relación con los delitos imprudentes, magistral SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, p. 149 y ss.



no sólo atribuye tareas de protección a los potenciales autores, sino también a las víctimas<sup>212</sup>. Así, un curso lesivo puede explicarse como el comportamiento incorrecto del autor, como el comportamiento incorrecto de terceros, como el comportamiento incorrecto de la víctima, como una desgracia (*casum sentit dominus*)<sup>213</sup>, o como una combinación de todos o parte de los tres primeros comportamientos incorrectos.

Por eso, una vez constatado que el tipo penal posee un objeto (bien jurídico) digno de protección penal, lo decisivo es determinar en qué medida los terceros pueden ser hechos penalmente responsables por la integridad de dicho bien jurídico<sup>214</sup>. Con razón señala PAWLIK que «con el descubrimiento de que determinados intereses son fundamentalmente merecedores de protección, no se ha dicho aún nada respecto de qué forma y con qué medios estos intereses deben ser protegidos»<sup>215</sup>.

En esta línea, autorizados representantes de la dogmática jurídico-penal ya habían venido insistiendo durante las últimas décadas en que con la determinación del bien jurídico protegido no ha concluido el trabajo dogmático, sino que más bien acaba de empezar<sup>216</sup>. Quedan por determinar tanto la *estructura* del delito como los *ámbitos de responsabilidad*: «...en el marco de los delitos puros de resultado, se reconoce desde hace tiempo que para la desaprobación jurídica de esa conducta (...) no es suficiente con la posibilidad unida a una determinada conducta de que en el desarrollo de tal conducta se produzca el menoscabo de bienes y libertades de los demás. Por

---

<sup>212</sup> KRATZSCH, «Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht», en FS-Oehler, 1985, pp. 67-68.

<sup>213</sup> JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, p. 16.

<sup>214</sup> PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 127 y ss.

<sup>215</sup> PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 138 y nota 774.

<sup>216</sup> Así, por ejemplo, SCHÜNEMANN, «Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 65-68, 80 y ss.; JAKOBS, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012, p. 20; VON HIRSCH/WOHLERS, «Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, (2003) 2007, p. 287; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., 2004, § 5 nm. 8. En la misma línea, entre las nuevas generaciones, KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, p. 4.

el contrario, tal conducta puede considerarse desaprobada y prohibida sólo cuando la evitación del posible curso causal unido a ella pertenece al *ámbito de responsabilidad* del agente en la relación jurídica entre éste y una víctima potencial, esto es, debe esperarse tal evitación por parte del agente –y no por la víctima– (...). Más allá del ámbito de los delitos puros de resultado, por ejemplo en el § 263 StGB [delito de estafa] en lo referente al engaño o en el § 240 StGB [delito de coacciones] en relación con el juicio de reprochabilidad, tales consideraciones sobre los ámbitos de responsabilidad también desempeñan un papel central en el marco de la concreción del derecho y de la conformación judicial del tipo»<sup>217</sup> (cursiva añadida).

Aunque intuitivamente pueda parecer que todos estos esfuerzos por desarrollar criterios adicionales de relevancia penal más allá de la exigencia de un bien jurídico digno de protección penal solo pueda tener sentido para los delitos puros de resultado, en los que el tipo legal simplemente prohíbe la lesión de un bien jurídico y, por lo tanto, se hace preciso restringir su ámbito de aplicación a través de este tipo de criterios para evitar una limitación insostenible de la libertad general de acción (toda conducta que generara un riesgo de lesión sería penalmente relevante, por pequeño que fuera), estos criterios o *topos* (como el de la distribución de ámbitos de responsabilidad) también son necesarios para la determinación de la conducta penalmente relevante en relación con tipos de medios determinados, como por ejemplo el delito de coacciones o el de estafa. Ciertamente, en esta clase de delitos podría sostenerse que el legislador ya ha llevado a cabo la distribución de ámbitos de responsabilidad a través de los concretos medios de comisión exigidos. Sin embargo, los términos empleados por el legislador para describir esta distribución («violencia», «engaño») no dejan de ser igualmente víctimas de la ambigüedad del lenguaje ordinario al cual pertenecen. Ello, sumado a las necesidades de sistematicidad y coherencia valorativa derivadas

---

<sup>217</sup> Son palabras de FRISCH, «Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, (2003) 2007, p. 324. Un par de páginas después el autor celebra que la discusión sobre las limitaciones de la legitimación de la pena no se haya concentrado en el bien jurídico, sino que progresivamente se hayan introducido nuevos elementos como la estructura del delito: p. 326. En términos muy similares SCHÜNEMANN, «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, (2003) 2007, p. 225.

del hecho de que el tipo legal en concreto no puede interpretarse de forma aislada, sino como integrante de un sistema más amplio (el Derecho penal, el ordenamiento jurídico en su conjunto), nos llevan a interpretar de forma constructiva, reformuladora o creadora el tipo legal. Y en esta tarea de interpretación, el *topos* de la distribución de ámbitos de responsabilidad debe tener sin duda un papel, aunque sólo sea como vía de concretización de la distribución que el legislador ha delineado (ha programado<sup>218</sup>) a través de la exigencia de determinados medios<sup>219</sup>.

A pesar de que sea bastante amplio el acuerdo existente en torno a la necesidad de no detener la reconstrucción material de los tipos penales en la determinación del bien jurídico merecedor y necesitado de protección penal, han sido diversas las vías tomadas para ir más allá de la determinación del bien jurídico protegido. Las principales propuestas que se han formulado en este sentido serán analizadas críticamente en el capítulo relativo a la interpretación del delito de espionaje industrial (*infra* VI.6.2), donde se tomará postura al respecto (VI.6.3).

### 3.3. Concepto de injusto (penal) personal

La lesividad social cualificada de la conducta puede valorarse desde una perspectiva *ex ante*, atendiendo al potencial lesivo que para un espectador objetivo presenta el comportamiento planificado por el autor antes de su ejecución, o desde una perspectiva *ex post*, atendiendo a los efectos que su ejecución ha producido en el orden social, también de acuerdo con el punto de vista intersubjetivo<sup>220</sup>.

En atención a estas dos perspectivas de valoración, se distingue entre «desvalor de conducta» y «desvalor de resultado». Aunque, ciertamente, no existe consenso en torno a la definición de estos conceptos<sup>221</sup>. Aquí, por

---

<sup>218</sup> MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, t. I., 9ª ed., 2004, pp. 217 y ss.

<sup>219</sup> Así, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, p. 87 y nota 11 con ulteriores referencias.

<sup>220</sup> MIR PUIG, «La perspectiva “ex ante” en Derecho penal», *ADPCP* (36), 1983, p. 5 y ss.

<sup>221</sup> No existe consenso sobre el contenido de estos conceptos: STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 8 nm. 60; ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, p. 265, 327-332, 346-350. Con definiciones análogas a

«desvalor de conducta» se entiende la valoración negativa, desde una perspectiva *ex ante*, del comportamiento del sujeto que realiza la acción (u omisión) penalmente típica, tanto en sus elementos objetivos (acciones típicas, medios comisivos y otras condiciones objetivas: ser administrador de una sociedad de capital, por ejemplo) como en los subjetivos (dolo, imprudencia y finalidades exigidas por el tipo). Por «desvalor de resultado» se entiende la valoración negativa, desde una perspectiva (necesariamente)<sup>222</sup> *ex post*, de los efectos de la conducta en el orden social.

Los instrumentos a disposición del Derecho penal para la consecución de su fin de prevención son las normas jurídicas, entre ellas, las normas de conducta. El Derecho penal trata de evitar las conductas que presentan una lesividad social cualificada mediante el recurso a normas de conducta: «a través de una estrategia preventiva que pasa por dirigir imperativos de conducta a los ciudadanos que les motiven mediante la amenaza de pena a realizar conductas conformes a tales imperativos»<sup>223</sup>. En efecto, «[e]l Derecho penal no puede prohibir que se produzcan resultados dañosos –¡no puede prohibir que los hombres mueran o enfermen!–, sino sólo que los ciudadanos lleven a cabo voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados. Un resultado, en sí mismo, no puede infringir las normas jurídicas ni ser, por tanto, contrario a

---

las del texto, STRATENWERTH, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, 2ª ed., (1963) 2006, p. 26; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 10 G nm. 101, en relación con el concepto de desvalor de conducta. Subraya que el desvalor de resultado no debe identificarse en los efectos de la conducta, sino en la causación de los mismos mediante la conducta *ex ante* desvalorada: KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 60; EL MISMO, *AT*, 6ª ed., 2013, § 9 nm. 7. Para una aproximación al estado de la discusión en Alemania véase *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nms. 52/53 y ss.

<sup>222</sup> MIR PUIG, «La perspectiva “ex ante” en Derecho penal», *ADPCP* (36), 1983, pp. 11, 13, *passim*; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 505-685, 610 y ss., 620. En Alemania, por todos, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, p. 69 y ss.

<sup>223</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 623.

Derecho –por mucho que pueda suponer la lesión de un bien protegido jurídicamente»<sup>224</sup>.

Siendo esto así, parece evidente que la afectación de los bienes jurídico-penales no sólo debe tener relevancia desde una perspectiva *ex post*, en el marco del juicio de (des)valoración de los efectos de la conducta (resultado/s), sino ya desde una perspectiva *ex ante*, en el juicio de (des)valoración de la conducta. Si la estrategia de protección de los bienes jurídico-penales pasa por prevenir su puesta en peligro o lesión mediante el envío de directivas de conducta a los ciudadanos, es obvio que, para ser eficaces, tales directivas de conducta deberán cumplir, al menos, con dos condiciones: 1) tener como contenido operadores deónticos (prohibiciones, mandatos, etc.) que traten de evitar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal por parte de un ciudadano y 2) imponer el imperativo al ciudadano en un momento en el que aún pueda cumplirlo, esto es, antes de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal<sup>225</sup>.

De ahí se deriva que, para ser penalmente relevante, una conducta humana debe ser, ya desde una perspectiva *ex ante*, potencialmente lesiva para un bien jurídico-penal. Ello obliga a preguntarse si la exigencia de lesividad se agota en la potencialidad lesiva de la conducta como condición necesaria para ser considerada penalmente disvaliosa. En todo caso, considerar que así es, de modo que la potencialidad lesiva de la conducta fije el límite superior de su merecimiento de pena, no tiene por qué dar lugar a que las consecuencias (*ex post*) más o menos lesivas de la conducta (*ex ante*) no puedan desempeñar ningún papel en el juicio sobre su mayor, menor o nula sancionabilidad.

Según entiendo, esta es la forma de ver las cosas de quienes defienden un concepto de injusto personal. La lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico depende, en cierta medida, de la casualidad: «[e]l hecho de que una acción quede sin resultado, ocasionalmente puede basarse, por cierto, en la insuficiente capacidad de conducción final o en la deficiente capacidad de

---

<sup>224</sup> MIR PUIG, *ADPCP* (36), 1983, p. 10 y s. La misma idea en WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, p. 25 y ss. Recientemente, véanse, por todos, STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 6 nm. 2.

<sup>225</sup> MIR PUIG, *ADPCP* (36), 1983, pp. 5-10; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, p. 25 y ss.

perseverancia de la voluntad; entonces, existe un menor disvalor de acto. Pero la ausencia de resultado de la acción también puede ser atribuida a la mera casualidad, por tanto, a circunstancias que son completamente independientes de la finalidad y del autor»<sup>226</sup>. Así, por ejemplo, el disparo de un arma de fuego apuntando con dolo a escasa distancia contra otra persona es *ex ante* altamente peligroso para la vida, pero *ex post* puede que acabe en una bala perdida sin consecuencia lesiva alguna porque el autor movió su brazo en un acto reflejo provocado por el ruido de un trueno en el momento de disparar. Por el contrario, un remate de cabeza reglamentario en un partido amistoso de fútbol puede acabar en la muerte del defensa adversario si, después de que el autor del remate colisionara con él, se atraganta fortuitamente con su propia lengua.

Si la función del Derecho penal es prevenir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, solamente tiene sentido prohibir con amenaza de pena aquello que sea evitable por la persona humana. En la medida en que la efectiva producción del resultado lesivo depende –aunque solo sea en cierta medida– de la casualidad, no tiene sentido incluir la efectiva producción del resultado como objeto de la norma de conducta. En efecto, como señala MIR PUIG: «[u]n Derecho preventivo no puede desvalorar lo que no se puede evitar. La “valoración” de la antijuridicidad presupone ya la posibilidad de “determinación” del sujeto. El comportamiento no evitable por la motivación normativa no será tampoco evitable por medio de la amenaza penal, y no podrá desplegarse respecto a él la función de prevención que justifica la norma penal en el Estado social»<sup>227</sup>.

Por ello, los defensores del injusto personal, con un concepto fuertemente enraizado en la teoría de las normas, excluyen el desvalor de resultado del contenido de injusto penal, entendido como contrariedad a la norma primaria penal (antijuridicidad penal)<sup>228</sup>: «...la calificación de un hecho como

---

<sup>226</sup> ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado* (trad. Sancinetti), (1973) 1990, p. 146.

<sup>227</sup> MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, 2006, p. 122.

<sup>228</sup> En este sentido, véanse, por todos, ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado* (trad. Sancinetti), (1973) 1990, p. 162 y ss; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, pp. 542-549; MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, 2006, p. 138; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp.

*infractor de normas primarias penales* requiere, en primer lugar, que éste revista carácter de acción, en la medida en que la prevención por normas sólo puede tener por objeto *acciones*, esto es, comportamientos humanos conscientes y voluntarios, y no fenómenos de la naturaleza, o hechos del hombre que no manifiesten su personalidad sino sólo su corporeidad»<sup>229</sup>. En efecto, «un resultado, *en sí mismo*, no puede infringir las normas jurídicas ni ser, por tanto, contrario a Derecho, –por mucho que pueda suponer la lesión de un bien protegido jurídicamente–»<sup>230</sup>. La antijuridicidad penal se concibe, por tanto, como antinormatividad; y en la medida en que la finalidad de la norma penal es la prevención de lesiones de bienes jurídicos a través de su función motivacional, la perspectiva de valoración debe ser necesariamente *ex ante*, pues la norma penal preventiva debe apuntar al momento de realización de la conducta, intentando motivar a su evitación<sup>231</sup>. Una de las conclusiones más llamativas que se derivan de esta concepción de la antijuridicidad penal es que el contenido de injusto de la tentativa acabada idónea es exactamente el mismo que el del delito consumado<sup>232</sup>.

Ello no es óbice, no obstante, para que, desde una perspectiva *ex post*, y en el marco de la norma de sanción, los defensores de un concepto personal de injusto tengan en cuenta la falta de realización del resultado como una razón para renunciar o aminorar la reacción punitiva ante el injusto, permitiendo asignar, de este modo, penas inferiores a los injustos que no llegan a consumar la lesión del bien jurídico. Hasta lo que se ha alcanzado a ver, todos los autores que defienden una concepción personal del injusto penal, incluso los que lo hacen de forma más rigurosa, prevén la posibilidad de aminorar o renunciar a la pena, por razones político-criminales de menor necesidad de pena, cuando el riesgo desaprobado *ex ante* no se realiza, *ex post*,

---

505-677, p. 670 y ss.; EL MISMO, «El resultado, siempre el resultado», *Editorial Indret Penal* 2/2013, p. 2.

<sup>229</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 613.

<sup>230</sup> MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, 2006, p. 133 y s.; EL MISMO, *ADPCP* (36), 1983, p. 10 y s.

<sup>231</sup> MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, 2006, p. 137.

<sup>232</sup> ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado* (trad. Sancinetti), (1973) 1990, p. 162 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 675.

en el resultado<sup>233</sup>. De este modo, la concepción personal del injusto tiene también en cuenta la lesividad *ex post* de la conducta, aunque no para la determinación del contenido de injusto de la conducta, sino de cara a su sancionabilidad.

Según entiendo, ZIELINSKI concibe el juicio de necesidad de pena de forma binaria, esto es, los factores relacionados con la necesidad de pena solamente decidirían sobre el “sí” de la sancionabilidad del hecho, no sobre el “*quantum*” de la sanción. Así, por ejemplo, concluye que, cuando el legislador haya considerado necesario castigar la tentativa acabada de un determinado delito, ésta tendrá que ser sancionada con la misma cantidad de pena que la consumación<sup>234</sup>. La única vía para medir la cantidad de pena sería, entonces, la intensidad del injusto. Con todo, existen defensores del injusto personal que conciben la necesidad de pena de forma graduable, de modo que las conclusiones a las que se llegue en materia de necesidad de pena no tienen por qué desembocar en dos únicas opciones: pena sí o pena no, sino que pueden dar lugar a un amplio abanico de penas más o menos aminoradas respecto de la que fija el injusto como límite superior<sup>235</sup>.

Se han alegado diversas razones a favor de la (mayor) necesidad de reaccionar con pena ante un injusto penal con resultado lesivo. Por un lado, esta clase de injustos son los que manifiestan el menosprecio o contrariedad al ordenamiento jurídico de forma más evidente. En un plano ideal, la validez de la norma se ve fuertemente cuestionada, por lo que el recurso a la pena devendría necesario para reafirmarla en el diálogo moral público jurídicamente formalizado. En un plano psicológico-social, la lesión culpable del bien jurídico provoca inseguridad entre los miembros de la sociedad, por lo que la reacción con pena resultaría especialmente necesaria para

---

<sup>233</sup> ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado* (trad. Sancinetti), (1973) 1990, pp. 234-253; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, pp. 546-549; MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, 2006, pp. 138-145, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 676.

<sup>234</sup> ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado* (trad. Sancinetti), (1973) 1990, p. 252. Le interpreta igual que en el texto, STRATENWERTH, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, 2ª ed., (1975) 2006, p. 80.

<sup>235</sup> MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, 2006, pp. 138-145; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 676. Si lo he entendido bien, también FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, pp. 546-549.



restablecer la vigencia de la norma y, con ella, la paz jurídica<sup>236</sup>. A ello se ha añadido que, si la finalidad del Derecho penal es fundamentalmente de carácter preventivo, condicionar la imposición de pena a la producción de un resultado incrementaría su legitimidad<sup>237</sup>, pues se reservaría para los injustos que precisan de mayor prevención general positiva. En este sentido, cabe destacar los injustos que producen un resultado desvalorado que se manifiesta de forma permanente en el tiempo. En estos casos la vigencia de la norma se cuestiona de forma perenne y el daño psicológico-social rebrota cada vez que un nuevo ciudadano se cruza con dicho resultado. Piénsese, por ejemplo, en la muerte de un padre de familia, en una lesión crónica o en la destrucción de un edificio histórico<sup>238</sup>. Por último, se ha señalado que el resultado desempeña una función indiciaria del injusto, por lo que frente a injustos de menor gravedad lo más razonable sería reservar el recurso a la pena para aquellos supuestos en los que su prueba fuera más sólida. Este sería el caso de los injustos materializados en un resultado de lesión<sup>239</sup>.

Como ya se comentó *supra* II.2, entiendo que la necesidad de reafirmar la validez de la norma en el plano comunicativo, esto es, en el plano del diálogo moral público jurídicamente formalizado, puede satisfacerse mediante actos o manifestaciones de reprobación ético-jurídica, sin necesidad de recurrir a penas que trasciendan el plano de la comunicación. El recurso a males que vayan más allá del inherente a la reprobación (lesión del honor, si es que se puede considerar una lesión en lugar de un acto de reconocimiento del mismo) considero que solamente está instrumentalmente justificado si persigue fines preventivos. Para la comunicación, para el diálogo moral, basta con el lenguaje. Por ello, la mayor manifestación del cuestionamiento de la validez de la norma cuando se produce un resultado material no sería una razón atendible, de acuerdo con las premisas de las que aquí se parte, para justificar una mayor reacción punitiva en estos casos.

La exclusión del desvalor de resultado del injusto por parte de los defensores del concepto de injusto personal choca con la postura de la doctrina

---

<sup>236</sup> FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, pp. 546-549.

<sup>237</sup> FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, p. 548; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 676.

<sup>238</sup> ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 207-209.

<sup>239</sup> ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 209-211.

mayoritaria en Alemania. Si bien es cierto que actualmente la mayoría de autores ha integrado en sus respectivos conceptos de injusto penal el juicio *ex ante* de desvalor de conducta reivindicado por el finalismo<sup>240</sup>, no lo es menos que buena parte de ellos no ha renunciado a mantener, en sede de injusto, el juicio *ex post* de desvalor de resultado. Así, consideran que el injusto de la tentativa acabada es siempre y en todo caso menor que el injusto del delito consumado, por lo que la pena asignada a la primera debería ser, forzosamente –no facultativamente, con base en razones de necesidad de pena–, menor a la asignada al segundo. La tentativa acabada merece, en su opinión, menos pena que el delito consumado<sup>241</sup>. Esta aproximación ha sido incluso defendida por quienes han tratado de construir el concepto de injusto penal sobre la base de la teoría de las normas. En este sentido, se ha negado la necesidad de que norma de determinación y norma de valoración, que integran la norma primaria, deban tener un mismo objeto. Por el contrario, se ha sostenido que la norma de valoración puede tener mayor alcance que la de determinación, abarcando también las consecuencias de la conducta<sup>242</sup>. Más aún, según SCHÜNEMANN: «[d]ado que los enunciados de deber que mandan o prohíben un comportamiento determinado (*imperativos*), a diferencia de las expresiones relativas al ser, pueden derivarse de *juicios de valor* (y viceversa), desde un punto de vista lógico no puede existir duda alguna de que cabe construir una teoría de las normas coherente con cualquier sistema del Derecho penal (y a la inversa)». Luego, «a partir de una norma de valoración, pueden desarrollarse muy distintas normas de determinación, de modo que ni el sistema del Derecho penal ni, con mayor motivo, las cuestiones materiales pueden verse

---

<sup>240</sup> STRATENWERTH, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, 2ª ed., (1975) 2006, p. 69.

<sup>241</sup> Por todos, véanse ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § nms. 88-101; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 6/69-76; *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 59; STRATENWERTH, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, 2ª ed., (1963, 1975) 2006, pp. 46-54, 76; SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en EL MISMO (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, pp. 67-68; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, pp. 48-51.

<sup>242</sup> STRATENWERTH, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, 2ª ed., (1963) 2006, p. 42-54; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, p. 25 y ss., 26, 46 y ss.

prejuzgados por la adhesión a una norma de determinación que se deriva de modo no necesario, sino contingente»<sup>243</sup>.

Estamos, en efecto, ante dos formas distintas de concebir el injusto y la culpabilidad. Dos aproximaciones que, tal y como han sido formuladas, son ambas constitucionalmente admisibles y político-criminalmente defendibles<sup>244</sup>. Como el propio STRATENWERTH reconoce, si nos ceñimos a un concepto de culpabilidad estricto, circunscrito a la reprochabilidad de la conducta por su contrariedad a la norma (ilicitud), sólo la conducta humana que sea expresión de la voluntad es relevante; los procesos causales que escapan al dominio del hombre son completamente irrelevantes: no pueden ser objeto de un juicio de reprochabilidad<sup>245</sup>. Con todo, si se adopta un concepto más amplio de culpabilidad, que no sólo se refiera a la reprochabilidad de la conducta sino también «a la falta en su aspecto total, tanto como carencia en la conducta responsable como lesión de otro a la que conduce»<sup>246</sup>, resultan relevantes para el concepto de injusto tanto el desvalor de conducta como el desvalor de resultado<sup>247</sup>. En la medida en que solamente se tengan en cuenta los desvalores de resultado objetivamente imputables al desvalor *ex ante* de la conducta, como hace la mayor parte de los autores que defienden la inclusión del desvalor de resultado en el injusto<sup>248</sup>, no se produciría instrumentalización alguna del sujeto al que se castiga en atención al resultado producido. Se respetaría, por tanto, el mandato de justicia entendida como *fairness*<sup>249</sup>: el ciudadano no sería sancionado por la producción de resultados imprevisibles.

---

<sup>243</sup> SCHÜNEMANN, en EL MISMO (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, pp. 75-76.

<sup>244</sup> Con una conclusión similar, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 6/70-72.

<sup>245</sup> STRATENWERTH, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, 2ª ed., (1963) 2006, p. 50.

<sup>246</sup> STRATENWERTH, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, 2ª ed., (1963) 2006, p. 52.

<sup>247</sup> Sobre la posibilidad de concebir el injusto y la culpabilidad desde diferentes perspectivas, véanse, también, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, p. 545 y s.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, p. 125 y s.

<sup>248</sup> Por todos, *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nms. 60, 71 y ss., 91; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § nm. 98.

<sup>249</sup> WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, p. 125 y s.

Como se ha dicho, la conformidad constitucional de ambas concepciones y su sostenibilidad político-criminal no impiden que se pueda apreciar mayor corrección en una de ellas. A mi modo de ver, la concepción personal del injusto se ajusta mejor a una fundamentación deontológica del injusto penal que, en mi opinión, es la más correcta en atención al contenido ético-social de la pena. Me estoy refiriendo, claro está, a la fundamentación positiva del injusto, esto es, a la tipicidad penal. Obviamente, las causas de justificación deben fundamentarse en consideraciones de carácter consecuencialista, sin perjuicio de que sean sometidas a límites deontológicos<sup>250</sup>. Pues bien, creo que la fundamentación del injusto, en el nivel mencionado de la tipicidad, debe concebirse en términos deontológicos, libre de consideraciones consecuencialistas como la mayor o menor gravedad de las efectivas consecuencias de la conducta del autor, no dominables por su voluntad. El merecimiento de pena (reproche ético-social) sólo puede venir determinado por el desvalor intrínseco de la conducta que, a pesar de haber podido ser dominada y (re)conducida por el autor conforme a la norma penal legítima, se opone a ella. Ello sin perjuicio de que las consecuencias potenciales (lesividad *ex ante*) se tengan en cuenta a la hora de fundamentar el injusto y de que, en un momento posterior, la mayor o menor gravedad de las consecuencias (lesividad *ex post*) sea tenida en cuenta en otras categorías de la teoría del delito, en particular, en el momento de decidir si se impone pena, y con qué intensidad (sancionabilidad). Pero en mi opinión, el merecimiento de pena, la culpabilidad como reproche de la conducta en sentido estricto, debe fijar siempre y en exclusiva el límite superior de la pena legítima.

La exigencia de lesividad potencial en la conducta para ser considerada penalmente relevante y, por tanto, para que exista injusto penal, puede entenderse propia de una configuración consecuencialista del injusto penal. Así es. La mera manifestación externa de una voluntad contraria a los bienes jurídicos penalmente protegidos no basta para fundamentar el injusto penal. Es preciso que la manifestación externa de la voluntad vaya acompañada de la creación de un peligro objetivo para el bien jurídico penalmente protegido. En este sentido, el concepto de injusto aquí defendido se fundamenta en

---

<sup>250</sup> En este sentido, véase NEUMANN, «Die Moral des Rechts. Deontologische und Konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral», en BYRD/HRUSCHKA/JOERDEN (eds.), *Zurechnung von Verhalten. Jahrbuch für Recht und Ethik*, t. 2, 1994, pp. 85 y ss.

consideraciones deontológicas y consecuencialistas. Sin embargo, a diferencia del concepto mayoritario de injusto, el concepto personal tan solo tiene en cuenta las consideraciones consecuencialistas para restringir el alcance de la responsabilidad penal. En el concepto mayoritario, en cambio, las consecuencias se tienen en cuenta tanto para restringirla, cuando incorpora la exigencia de lesividad *ex ante* del finalismo, como para ampliarla, cuando se entiende que la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico incrementa el injusto del hecho.

a) Imputación objetiva del resultado

Para que un resultado desvalorado sea determinante de una mayor o menor necesidad de pena debe incidir en las variables, o al menos en algunas de ellas, que integran el juicio de necesidad de pena de la conducta *ex ante* desvalorada. Como se ha visto *supra*, un resultado desvalorado inclina la balanza a favor de la necesidad de pena cuando su presencia perturba la paz jurídica (o aumenta la perturbación ya generada por la conducta desvalorada *ex ante*) o cuando es prueba de su idoneidad lesiva.

La pregunta es, por tanto, cuándo el resultado desvalorado incide en estas variables a favor de la necesidad de pena. La respuesta ha de buscarse, en todo caso y como es obvio, en un juicio *ex post*. En este sentido, es doctrina asentada exigir una relación de causalidad entre el resultado desvalorado y la conducta *ex ante* desvalorada<sup>251</sup>. En los delitos de comisión activa, se exige que esta relación sea de carácter fáctico y se base en leyes causales demostrables o cuya existencia esté generalmente admitida por la disciplina científica competente. Si existen dudas en la comunidad científica, difícilmente puede hablarse, desde una perspectiva normativa, de perturbación de la paz jurídica; mucho menos de prueba de la idoneidad de la lesividad de la conducta<sup>252</sup>. En los delitos de comisión por omisión, la relación de causalidad exigida es de carácter hipotético. Como es sabido, no existe relación de causalidad fáctica alguna entre una omisión y un estado de cosas desvalorado. No obstante, sí es posible concluir, conforme a máximas de experiencia, si una determinada conducta hubiera podido evitar un determinado resultado o, al menos, disminuir las posibilidades de que se

---

<sup>251</sup> Por todos, véase *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 71 y ss.

<sup>252</sup> FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, pp. 551-555.

produjera. Esta capacidad hipotética de evitación del resultado o de disminución del riesgo de realización es lo que se exige en los delitos de comisión por omisión para imputar el resultado desvalorado a la conducta omisiva *ex ante* desvalorada<sup>253</sup>. Así pues, cuando el resultado guarde una relación de causalidad, real o hipotética, con la conducta *ex ante* desvalorada, podrá afirmarse que es realización del concreto riesgo desaprobado creado o incrementado por la conducta *ex ante*.

Con todo, si bien la relación de causalidad puede considerarse una condición necesaria para la imputación objetiva del resultado desvalorado a la conducta, no es condición suficiente. Existen resultados que son la efectiva realización del riesgo desaprobado generado o incrementado por la conducta, pero que no se consideran objetivamente imputables a aquélla. A pesar de la existencia de relación de causalidad entre la conducta desvalorada y el resultado, en algunos casos la producción del resultado desvalorado no incrementa, desde una perspectiva normativa, la perturbación de la paz jurídica. Básicamente porque la norma no pretende evitar ese tipo de conductas. Se trata de los supuestos de creación o incremento de un riesgo que produce un resultado desvalorado que, de todas formas, se habría producido igualmente con un comportamiento alternativo conforme a Derecho<sup>254</sup>. En estos supuestos no cabe imputar el resultado a la conducta *ex ante* desvalorada, esto es, no existe necesidad de pena o, en todo caso, existe una menor necesidad de pena que la que sería necesaria si el resultado sí fuera objetivamente imputable. Este grupo de casos demuestra que la imputación objetiva del resultado no se basa exclusivamente en juicios fácticos o naturalísticos, basados en máximas de experiencia (relación de causalidad), sino también en consideraciones de carácter normativo, extraídas de la razón de ser de la exigencia de desvalor de resultado en la teoría del delito<sup>255</sup>.

El concepto de imputación objetiva del resultado que aquí se emplea es el considerado «concepto de imputación objetiva “en sentido estricto”»<sup>256</sup>. A pesar de su apertura a consideraciones de carácter normativo, como ocurre

---

<sup>253</sup> Por todos, véanse *Schö/Schrö-STREE/BOSCH*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff nm. 149; *MIR PUIG, PG*, 10ª ed., 2015, pp. 336-337.

<sup>254</sup> *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 99.

<sup>255</sup> *FRISCH, Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, p. 561 y ss.

<sup>256</sup> *FRISCH, Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, pp. 65-82.

con los comportamientos alternativos conformes a Derecho, el juicio de imputación objetiva del resultado se concibe, principalmente, como un proceso de mera constatación *ex post* de la realización en el resultado del riesgo *ex ante* desvalorado. Esto significa que el grueso de la valoración jurídico-penal del hecho se lleva a cabo en sede de desvalor de conducta, esto es, en el juicio de (des-)aprobación *ex ante* del riesgo creado o incrementado por la conducta<sup>257</sup>. Allí es donde se trata de ponderar y conciliar, con base en el principio de proporcionalidad en sentido amplio, los fines contrapuestos del Derecho penal, en particular, el fin de protección de bienes jurídicos y el de preservación de la libertad general de acción. Así es como se determina, de entre los múltiples riesgos que puede generar una conducta, cuáles de ellos están penalmente desaprobados<sup>258</sup>. Por ello, desde la perspectiva *ex post*, la necesidad de realizar ulteriores valoraciones normativas debería ser escasa.

---

<sup>257</sup> En esta línea véanse FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 70-86, 139-147; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 146-153, 177-188, donde concibe la norma de conducta como regla de coordinación entre el interés en la protección de bienes jurídicos y el interés en la libertad general de acción.

<sup>258</sup> MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, 2006, p. 366, 370, 378 y s.





### **III. DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**



## 1. Introducción

Conforme a las premisas metodológicas (II.1) y político-criminales (II.2) de las que se parte en este trabajo y, concretamente, conforme al concepto material de delito asumido (II.3), la primera pregunta que debe plantearse antes de entrar a interpretar los concretos enunciados legales de los delitos de violación de secretos empresariales es si éstos tienen por finalidad la protección de algún bien jurídico-*penal*. Ello sin perjuicio de que, además, persigan otras finalidades, como la preservación de la libertad general de acción como fin garantístico (II.3.2).

No parece problemático responder afirmativamente a dicha cuestión, incluso desde una concepción personal del bien jurídico-*penal*. Como se expone en el primer capítulo de este trabajo (*supra* I.1), existen tanto intereses directos (individuales) como indirectos (colectivos) del ciudadano en la prevención de las violaciones de secretos empresariales. Entre los directos se mencionó el interés patrimonial del ciudadano en recuperar y explotar sus inversiones en investigación y desarrollo. También su interés en disponer libremente sobre sus bienes patrimoniales, entendiendo el secreto empresarial como bien inmaterial capaz de formar parte del patrimonio de una persona.

Entre los intereses indirectos, se aludió al interés de todo ciudadano en la maximización de la inversión en investigación y desarrollo, en la medida en que ello aumenta —o al menos así se presume— el nivel de vida de la sociedad. Asimismo se mencionó el interés de todo ciudadano en que se realice el valor justicia, entendiendo que las conductas de violación de secreto empresarial implican precisamente la realización de lo contrario, ya sea por atentar contra la libertad de disposición sobre el patrimonio jurídicamente reconocido, ya sea por atentar contra los principios integrantes de la moral comercial, concretamente contra el principio del avance por el propio esfuerzo.

Todos ellos son intereses fundamentales de la persona directa o indirectamente reconocidos en la Constitución. Los intereses patrimoniales directos del individuo pueden considerarse directa o indirectamente reconocidos en el derecho constitucional a la propiedad privada (art. 33 CE)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> En este sentido véase, *MüKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 6. Sobre el estado de la cuestión en Alemania, véase *OHLY/Sosnitza, UWG*, 6ª ed., 2014, § 17

y/o en el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE)<sup>2</sup>. El interés de todo ciudadano en la maximización de la calidad de vida de la sociedad –interés patrimonial indirecto, al menos en parte– encuentra anclaje constitucional en la denominada Constitución económica (arts. 39 y ss. CE), en la que el progreso social y económico se fija como uno de los objetivos de los poderes públicos (art. 40 CE). Por su parte, el valor justicia es establecido como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español en el artículo primero de la Constitución.

No se cuestiona en esta investigación ni la racionalidad valorativa ni la instrumental del reconocimiento y protección jurídica de estos intereses. La decisión del legislador de reconocer jurídicamente pretensiones de exclusión sobre el secreto empresarial (*infra* V.) no constituye una vulneración flagrante de los principios supralegales que permiten enjuiciar críticamente el Derecho positivo conforme a la idea de Derecho de la que aquí se parte (*supra* II.1.2.c): se trata de los principios de justicia, seguridad jurídica e idoneidad para la consecución de los fines perseguidos. En relación con este último principio, que viene a cristalizar las exigencias de racionalidad instrumental, se parte de la *prerrogativa de evaluación* del legislador<sup>3</sup> al respecto, mientras no se publique ningún estudio que demuestre de forma convincente lo contrario. En cualquier caso, las debilidades de legitimación indicadas puedan tenerse en cuenta a la hora de concretar el contenido y alcance de las normas de conducta dirigidas a proteger tales intereses. En relación con la prerrogativa de evaluación del legislador en materia de idoneidad de las medidas adoptadas para los fines perseguidos, cabe decir que el hecho de que países como el Reino Unido<sup>4</sup> prescindan de una intervención penal sobre la materia permite adoptar una postura cautelosa al

---

nm. 8. Por otra parte, adviértase que en los EE. UU. existe un importante sector doctrinal que fundamenta la protección jurídica del secreto empresarial en el derecho de propiedad: MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 2.01. Sobre el estado de la cuestión, POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 1.02, quien adopta una postura ecléctica que no desconoce el derecho de propiedad como fundamento (§ 1.02[8](d)).

<sup>2</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 23; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, (tesis) 2002, p. 319 y ss.; CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, p. 148 y s.

<sup>3</sup> LAGODNY, «El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional», en Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 132.

<sup>4</sup> THE LAW COMMISSION, *Legislating the Criminal Code: Misuse of Trade Secrets*, Consultation Paper n° 150, 1992, *passim*.

respecto, la cual puede traducirse en una interpretación (restrictiva) de los tipos penales a pesar de que no permita deslegitimarlos por completo.

Por lo que se refiere a la dimensión de realidad exigida a todo interés candidato a la protección penal, el único que, a mi juicio, no satisface las exigencias del concepto personal de bien jurídico-penal es el relativo a la realización del valor justicia. Si el quebrantamiento del valor justicia se circunscribe a un plano meramente ideal, no es capaz de afectar a la libertad del ciudadano. Ésta se manifiesta a través de bienes o realidades materiales, fácticas, y sólo a través de ellas puede ser lesionada. En la medida en que el recurso a la pena sólo se considera justificado para proteger, directa o indirectamente, la libertad de la persona, el mero quebrantamiento de valores ideales debe considerarse penalmente irrelevante (*supra* II.3.1). El concepto *material* de delito aquí defendido no es capaz de sostenerse exclusivamente sobre su dimensión ideal. Es preciso que disponga, a su vez, de una mínima dimensión material, fáctica. Cuestión distinta es que, por ejemplo, la protección de la moral comercial se considere condición necesaria para la protección de bienes o realidades en las que sí se manifiesta la libertad del individuo, como sus activos patrimoniales. En ese caso, como interés funcionalizado en torno a un interés con un claro sustrato material, podría admitirse su condición de bien jurídico-penal.

Se puede partir de la base, por tanto, de que la intervención penal en aras de prevenir las violaciones de secreto empresarial es legítima. Lo verdaderamente problemático es, más bien, concretar con qué finalidad se previenen tales conductas, esto es, cuál o cuáles de los intereses acabados de mencionar se pretende preservar con el recurso a la pena. De acuerdo con la metodología teleológica aquí adoptada, de esa determinación va a depender todo el proceso de concreción de las normas (penales) de conducta en materia de violación de secretos empresariales. De ello va a depender, por ejemplo, la estructura que se les atribuya a estos delitos (*infra* IX.). En función del interés o bien jurídico considerado protegido el delito deberá considerarse de lesión o de peligro<sup>5</sup>. Así, por ejemplo, tanto la moral

---

<sup>5</sup> HIRSCH, «Delitos de peligro y derecho penal moderno», en ROMEO CASABONA/SÁNCHEZ LÁZARO (eds.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, 2010, p. 111; VON HIRSCH/WOHLERS, «Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 290.

comercial como la libertad de disposición sobre el propio patrimonio pueden considerarse lesionadas con el mero aseguramiento ilegítimo de un secreto empresarial. En cambio, para que el patrimonio del titular del secreto empresarial pueda verse lesionado, es preciso que se lleven a cabo ulteriores comportamientos una vez asegurado el secreto.

De nuevo, los enunciados legales no permiten llegar a una conclusión inequívoca al respecto. Mientras, por un lado, en la sistemática del legislador (sistema externo) los delitos de violación de secretos empresariales se ubican entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores (sección 3ª, capítulo IX, Título XIII), lo que vendría a indicar que estamos ante la protección de intereses de naturaleza colectiva, por otro, en el art. 287 Cp, se condiciona la persecución penal de estos delitos a la existencia de denuncia de la persona agraviada, lo que apunta a la protección de un interés directamente individual. Por si esto fuera poco, en el mismo art. 287 se prevé la posibilidad de perseguir penalmente estas conductas en ausencia de denuncia de la persona agraviada, «cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

La solución debe buscarse en el sistema interno. En efecto, la determinación del bien jurídico protegido, más que una operación de descubrimiento de lo que pretende proteger la ley, es el fruto de un trabajo de sistematización racional de los correspondientes enunciados legales con el resto del ordenamiento jurídico, particularmente con el ordenamiento jurídico-penal, después de que éstos hayan sido, a su vez, previamente reconstruidos a través de un proceso de sistematización racional. Trabajos de sistematización en los que las decisiones valorativas son, naturalmente, indispensables. Todo ello ya ha sido puesto de manifiesto por SILVA SÁNCHEZ: «No cabe duda de que el bien jurídico viene “determinado” por un ir y venir de títulos y tenores literales de todo el sistema penal y de su (re)construcción racional. En este proceso las valoraciones son, evidentemente, indispensables»<sup>6</sup>.

Lo dicho se ve claramente en relación con la estructura del delito. Como se ha dicho, ésta depende de cuál sea el bien jurídico considerado protegido. No obstante, la adecuación de la pena asignada al delito será valorada en función

---

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, FS-*Jakobs*, 2007, p. 653 y *passim*.

de su estructura<sup>7</sup>, partiéndose de la premisa de que, por regla general, la lesión del bien jurídico presenta mayor necesidad de pena que la mera puesta en peligro (*supra* III.3.3). Por otra parte, la adecuación de la pena también deberá valorarse en función de la posición que ocupe el bien jurídico considerado protegido en la jerarquía de bienes de la que parta la teoría del bien jurídico defendida<sup>8</sup>. Estas valoraciones, junto con muchas otras (validez del consentimiento del sujeto pasivo, concursos con otras normas o con otros delitos, etc.), influirán necesariamente en la determinación del bien jurídico protegido por el tipo penal objeto de interpretación.

## 2. Interpretaciones posibles

La existencia de múltiples intereses a favor de la incriminación de las violaciones de secreto empresarial, así como su distinta naturaleza (individual, colectiva), ha dado lugar a que la doctrina que se ha ocupado de la interpretación de los delitos de violación de secreto empresarial haya identificado diversos bienes jurídicos como objeto de protección. Naturalmente, a ello también han contribuido las diferentes premisas metodológicas y político-criminales de partida de los intérpretes.

Entre los bienes jurídicos considerados protegidos destacan la libertad de voluntad del titular de la información, el patrimonio y la competencia como institución. Cada uno de estos bienes ha sido reivindicado como el objeto de protección, en exclusiva, de los delitos aquí estudiados. En Alemania, un sector importante –si no mayoritario– de la doctrina defiende que los delitos de violación de secreto empresarial previstos en los §§ 17-19 de su ley de competencia desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG*, en adelante), delitos homólogos a los arts. 278-280 Cp, protegen tanto el interés patrimonial del titular de la información, como el interés colectivo en la competencia leal, en tanto que institución fundamental del orden económico.

A continuación se procede a analizar críticamente las propuestas interpretativas que se han formulado en los términos acabados de indicar.

---

<sup>7</sup> HIRSCH, «Delitos de peligro y derecho penal moderno», en en ROMEO CASABONA/SÁNCHEZ LÁZARO (eds.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, 2010, p. 111.

<sup>8</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nms. 128 y ss., 137.

## 2.1. La libertad de voluntad del titular del secreto empresarial

Durante años, al menos desde el Código penal de 1932 hasta el Código penal de 1995, buena parte de la doctrina consideró que el bien jurídico protegido por los delitos de descubrimiento y revelación de los “secretos de la industria”, terminología empleada por los antiguos códigos, era la libertad del industrial titular del secreto<sup>9</sup>. Ello respondía, por un lado, a que desde 1848 estas figuras se ubicaban entre los delitos contra la libertad y seguridad de la persona (sistema externo) previstos por los correspondientes códigos. Por otro, en que, desde una perspectiva material (sistema interno), el secreto empresarial se concebía como concreción del más genérico derecho a la personalidad (*Persönlichkeitsrecht*), concepción que en Alemania gozó de numerosos adeptos durante las últimas décadas del s. XIX y primer tercio del s. XX<sup>10</sup>.

Aunque los delitos de violación de los “secretos de la industria” fueron ubicados entre los delitos contra la libertad y seguridad de la persona desde el Código penal de 1848, no fue hasta la aprobación del Código penal de 1932 cuando la mayor parte de la doctrina se inclinó a favor de la libertad del titular como bien jurídico protegido. Anteriormente, la mayor parte de los autores entendía que, desde una perspectiva de sistemática interna, estos delitos constituían violaciones de la propiedad<sup>11</sup>. La exigencia típica de que las conductas prohibidas se realizaran «con perjuicio» del titular del secreto avalaba su interpretación. Sin embargo, el Código penal de 1932 modificó la cláusula “con perjuicio de” por la fórmula “en perjuicio de”, lo que se interpretó como una clara configuración de

---

<sup>9</sup> Por todos, véanse ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal, parte especial*, t. II, 1949, p. 325; QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., 1972, pp. 996-1001; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed., 1994, p. 331. Tan solo de *lege lata*, LANDROVE DÍAZ, «Descubrimiento y revelación de secretos», en AA.VV., *III Jornadas de profesores de Derecho penal*, 1976, pp. 185-189, pp. 208-211.

<sup>10</sup> Eb. SCHMIDT, «Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verschärften Schutzes?», en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, pp. 126-135.

<sup>11</sup> VIADA Y VILASECA/VIADA Y RAURET, *Código penal reformado de 1870*, tomo VI, 5ª ed., 1927, p. 102; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, 2ª ed., 1913, p. 845; PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *El Código penal concordado y comentado*, t. III, 5ª ed., 1881, p. 279.



estos delitos como figuras dirigidas a la protección de la libertad del titular del secreto<sup>12</sup>.

Esta interpretación fue objeto de serias críticas<sup>13</sup>. Acertadas, cuando la consideración de la libertad como bien jurídico protegido servía de base para defender la teoría de la voluntad (*Willenstheorie*) en la definición del concepto jurídico(-penal) de secreto empresarial. En efecto, más allá de la cuestión relativa al número de personas que pueden conocer la información para poder seguir hablando de secreto, cuya respuesta depende de una decisión normativa, la determinación de si una información constituye un secreto jurídicamente relevante depende, además, del bien jurídico que se pretenda proteger con la norma que tenga por objeto material el secreto<sup>14</sup>. Así, algunos de los autores favorables a la libertad del titular de la información como bien jurídico protegido entendían que la determinación de los secretos penalmente relevantes quedaba al arbitrio del titular del secreto<sup>15</sup>. No obstante, es evidente que lo que merece ser jurídico-penalmente protegido no puede estar en manos de la decisión individual del sujeto pasivo, sino de lo que social y racionalmente se pueda considerar merecedor de protección penal. Ello fue puesto excelentemente de manifiesto por Eberhard SCHMIDT en su trabajo sobre la protección penal de los secretos empresariales publicado en el año 1930<sup>16</sup>. Contribución a partir de la cual se produce en Alemania y en los países de su influencia el paulatino abandono de la teoría de la voluntad a favor de la teoría del interés (*Interesstheorie*).

Sin embargo, el mismo SCHMIDT reconoció que sería perfectamente legítimo considerar la libertad del titular del secreto empresarial como bien jurídico protegido por estos delitos, siempre que el fundamento de su protección no fuera la voluntad del titular en sí misma, sino su valor para el orden social. En efecto, en la distribución jurídica de los bienes, la voluntad de dominio (*Herrscherville*) de los individuos desempeña un papel indispensable, pues sin

---

<sup>12</sup> ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal, parte especial*, 1949, p. 327.

<sup>13</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, 1ª ed., 1978, pp. 287-290.

<sup>14</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, 1ª ed., 1978, pp. 278 y ss., 281.

<sup>15</sup> BINDING, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, besonderer Teil*, 2ª ed., 1902, p. 502 nota 1.

<sup>16</sup> Eb. SCHMIDT, «Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verschärften Schutzes?», en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, p. 129.

ella tan solo podría hablarse de una coexistencia de bienes e individuos, sin ninguna conexión entre ellos<sup>17</sup>. En relación con los delitos de violación de secretos empresariales, esto significa que la libertad penalmente protegible no sería la que el individuo se autoatribuyera determinando arbitrariamente (teoría de la voluntad) los objetos (informaciones secretas) sobre los que ésta se proyectara, sino la que se le atribuyera mediante una determinación jurídico-objetiva (teoría del interés) de los objetos (información secreta) sobre los que dicha libertad se proyectaría. En otras palabras, proteger penalmente la libertad de disposición del individuo respecto de las informaciones secretas bajo su ámbito fáctico de dominio sería ilegítimo. No, en cambio, proteger penalmente la libertad de disposición del individuo en relación con las informaciones secretas bajo su ámbito fáctico de dominio, cuando existiera un interés jurídico en que fueran mantenidas bajo secreto. Este interés podría ser, por ejemplo, la maximización de la inversión en investigación y desarrollo, de modo que tan solo se considerara merecedora de protección penal la libertad de disposición sobre la información secreta competitivamente relevante.

Adviértase, por lo demás, que la libertad de disposición se ha considerado el bien jurídico penalmente protegido en otras figuras delictivas, como por ejemplo los delitos de fraude de subvenciones o estafa de crédito<sup>18</sup>.

Precisamente la combinación de la teoría objetiva con la consideración de la libertad como bien jurídico protegido fue la interpretación defendida por autores como QUINTANO RIPOLLÉS y GIMBERNAT ORDEIG antes de la entrada en vigor del Código penal de 1995<sup>19</sup>. Sin embargo, desde el trabajo de BAJO FERNÁNDEZ en el año 1978 y la entrada en vigor del Código penal de 1995, que ubica los delitos de violación de secreto empresarial entre los delitos contra el mercado y los consumidores (Título XIII, Capítulo XI, Sección 3ª), la mayoría de la doctrina española considera que el bien jurídico

---

<sup>17</sup> Eb. SCHMIDT, «Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verschärften Schutzes?», en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, pp. 129-130.

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, SCHÜNEMANN, «¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», en EL MISMO, *Obras*, t.II, (1992) 2009, p. 225.

<sup>19</sup> QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., 1972, pp. 996-1001, 1004-1007.

protegido por estos delitos es la capacidad competitiva del titular del secreto empresarial<sup>20</sup>. En Alemania, la mayor parte de la doctrina se divide entre quienes consideran que el bien jurídico protegido es el interés patrimonial del titular de la información, quienes consideran que es la competencia leal como institución, y quienes consideran que se protegen ambos bienes jurídicos. Con todo, en el año 2009 apareció publicada en Alemania una rigurosa tesis en la que se defiende la interpretación favorable a la libre disposición del titular de la información como bien jurídico protegido por los §§ 17-19 UWG, ello en combinación con la defensa de la teoría del interés en la definición del concepto de secreto empresarial<sup>21</sup>. Por ello, y porque esta vía de interpretación nunca ha sido por completo desacreditada, resulta necesario valorarla a continuación.

Aunque bajo determinadas condiciones la protección de la libertad de disposición del individuo sobre algunos objetos pueda legitimar la intervención del Derecho penal, no creo que en nuestro caso sea capaz de fundamentar los delitos de violación de secreto empresarial previstos en el Código penal español. Entender que el bien jurídico protegido es la libertad de disposición implica convertir los tipos de violación de secreto empresarial en tipos de lesión. Cualquiera de las conductas subsumibles en los tipos de espionaje industrial, disposición desleal o extensión de la violación de secreto empresarial constituye una lesión de la libertad de disposición del titular de la información. Ello es, como vimos, característico de una concepción ideal del injusto penal (ver *supra* II.3.1). En efecto, considerar como bien jurídico protegido la libertad de disposición del titular del secreto empresarial constituye, sin duda, una concepción marcadamente ideal de estos delitos. No es casualidad que entre los partidarios de esta interpretación se contaran

---

<sup>20</sup> Entendida como interés patrimonial: BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 530 y ss., nms. 212 y ss., 218. Le siguen: CASTRO MORENO, «El Derecho penal español ante el espionaje industrial y el secreto de empresa», *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia* (1-2), 2006, p. 50; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 802; PRATS CANUT, «Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el código penal de 1995», en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, 1997, p. 179 y ss.

<sup>21</sup> ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009. Le sigue, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht-BT*, 3ª ed., 2011, § 5 nm. 233.

autores como BINDING<sup>22</sup>, mientras que en las filas de sus detractores se encontraran autores como el ya mencionado Eberhard SCHMIDT, discípulo de VON LISZT.

Sucede, no obstante, que una concepción desmaterializada de los delitos de violación de secreto empresarial no resiste un análisis sistemático-teleológico. Las penas previstas para los tipos básicos de espionaje industrial (art. 278.1 Cp) y disposición desleal (art. 279.1 Cp) son las de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. En cambio, la pena prevista para el tipo básico de estafa es la de prisión de 6 meses a 3 años (art. 249 Cp). Sin embargo, en el delito de estafa no se protege la libertad de disposición del titular del patrimonio, sino el patrimonio mismo. Por lo demás, el marco penal asignado al tipo básico de estafa no tiene por objeto conductas de mera puesta en peligro del patrimonio, sino conductas de lesión. Si alguna duda cabía sobre ello, la reforma de los delitos de apropiación indebida y administración desleal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, permite despejarla: ambos se configuran claramente como delitos de lesión del patrimonio, siendo sus penas asignadas por remisión a las de los tipos básico y cualificado de estafa (*vid.* arts. 252 y 253 Cp).

Que la lesión del patrimonio es más grave que la lesión de la libertad de disposición sobre éste es algo evidente. Tan evidente como que la lesión del patrimonio requiere, por lo general, una reacción punitiva más intensa que la mera puesta en peligro, igual que su puesta en peligro concreto respecto de su mera puesta en peligro abstracto. Sin embargo, ninguna de estas distinciones valorativas puede ser debidamente atendida si se considera que el bien jurídico protegido es la libertad de disposición del titular del secreto. Cualquiera de las conductas subsumibles en los correspondientes tipos sería calificable como conducta de lesión. Tanto el mero apoderamiento ilegítimo de la información, como la explotación ilegítima de ésta con la captación de un tercio de los clientes del titular gracias a ello. En cambio, si el bien jurídico protegido por estos delitos se considera que es el patrimonio, la primera conducta –el apoderamiento ilegítimo– puede calificarse, desde una perspectiva material, de mero acto preparatorio, mientras que la segunda –la explotación ilegítima– puede calificarse de conducta de lesión, dando la

---

<sup>22</sup> BINDING, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, besonderer Teil*, 2ª ed., 1902, p. 502 nota 1.

debida cuenta de ello en la determinación de la pena (vid. IX.2 y ss.). En efecto, el bien jurídico patrimonio permite dotar de un mayor grado de materialidad a los injustos de violación de secreto empresarial, lo que a su vez facilita el deslinde del desvalor de resultado respecto del desvalor de acción y, con ello, la realización del principio de igualdad material, esto es, tratar igual lo que es igual y distinto lo que es distinto. Por el contrario, en las concepciones ideales del injusto, el desvalor de conducta tiende a absorber al de resultado, lo que disminuye las posibilidades de atender a diferencias valorativas relevantes.

## 2.2. El patrimonio

Buena parte de la doctrina española considera que el bien jurídico protegido en los tipos delictivos de violación de secretos empresariales es el *interés patrimonial* del empresario en mantener el secreto empresarial bajo reserva<sup>23</sup>. En Alemania, un sector importante de la doctrina sostiene que el bien jurídico protegido por los §§ 17-19 UWG es el patrimonio individual<sup>24</sup>.

A este grupo de autores debe añadirse aquellos que defienden que el bien jurídico protegido es la *capacidad competitiva de la empresa*<sup>25</sup>. El propio BAJO FERNÁNDEZ,

---

<sup>23</sup> FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, pp. 1066; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, pp. 22-23; EL MISMO, *DPEconPG*, 4ª ed., 2014, pp. 164-165; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, p. 276 y ss., 279, 281; CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, pp. 141 y ss., 143, 147.

<sup>24</sup> ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3ª ed., 2015, § 8 nm. 3; *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nms. 4-6; ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, «Whistleblowing als strafbarer Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen?», *NZWiSt* (9), 2012, pp. 328 y ss.; Maurach/Schroeder/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 10ª ed., 2009, t. I, § 41 I nm. 19; FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, pp. 32-34, 47-48.

<sup>25</sup> CASTRO MORENO, «El Derecho penal español ante el espionaje industrial y el secreto de empresa», *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia* (1-2), 2006, p. 50; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 802; PRATS CANUT, «Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el código penal de 1995»,

artífice del cambio de orientación en España desde la libertad de voluntad a la capacidad competitiva de la empresa, afirma que su tesis coincide sustancialmente con la sustentada por aquellos que consideran que el bien jurídico protegido es el patrimonio<sup>26</sup>.

En una economía de mercado basada en el principio de libre competencia, es evidente que la información que confiere ventajas competitivas en la lucha concurrencial es económicamente valiosa para quienes participan como oferentes en el mercado. La posesión de la información genera expectativas de ganancia en la actividad empresarial, ya sea porque su uso permite disminuir los costes de producción, ya sea porque permite dotar de un mayor grado de diferenciación al producto o servicio ofrecido, haciéndolo más deseable. En ocasiones, el valor competitivo de la información puede convertirla, en sí misma, en un producto de mercado, para el que exista una demanda dispuesta a pagar un precio para su uso o adquisición. Cuando el valor económico de la información depende, en todo o en parte, de su carácter secreto, esto es, del hecho de que sea desconocida por todos o parte de los competidores en el mercado, así como por la demanda, es obvio que el poseedor de la información tiene un interés económico en que se mantenga bajo secreto.

Ese interés, ¿puede considerarse un elemento integrante del concepto penal de patrimonio? No siempre. La doctrina penal mayoritaria defiende un *concepto jurídico-económico* de patrimonio, al que define como el conjunto de bienes con valor económico bajo el dominio de una persona sin la desaprobación del ordenamiento jurídico<sup>27</sup>. Como se ve, el valor económico del bien resulta decisivo a la hora de determinar si pertenece o no al patrimonio penalmente protegido de una persona. De forma mayoritaria se entiende que la evaluación debe llevarse a cabo de acuerdo con criterios

---

en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, 1997, p. 179 y ss.

<sup>26</sup> BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 531, nm. 218.

<sup>27</sup> *Schö/Schrö-PERRON*, 29ª ed., 2014, § 263 nms. 82-83; *LK-TIEDEMANN*, 12ª ed., 2012, § 263 nm. 132; *LK-SCHÜNEMANN*, 12ª ed., 2012, § 266 nms. 165-166. En España, sobre el estado de la cuestión en relación con el concepto penal de patrimonio, véase GALLEGOS SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, 2002, pp. 103-228, p. 148 y ss. (determinación de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias al respecto).

intersubjetivos, a saber, según las valoraciones del mercado relevante. Así, el valor económico de un bien debe determinarse conforme a su valor de mercado o precio (monetario) de mercado<sup>28</sup>. Asimismo, la normativa contable (*Bilanzrecht*, en Alemania) también es mencionada como referente valorativo a la hora de evaluar el carácter patrimonial de un bien<sup>29</sup>.

Sobre la base de estas premisas pocos problemas presenta la adscripción de la información secreta competitivamente relevante al concepto penal de patrimonio cuando existe una demanda respecto de la información, esto es, cuando, en sí misma, constituye el producto objeto de un determinado mercado. Así, la doctrina mayoritaria menciona recurrentemente a los secretos empresariales –entendidos como información secreta competitivamente relevante– como ejemplo de elemento patrimonial<sup>30</sup>. Y ello porque se trata de bienes inmateriales «transmisibles y con valor monetario»<sup>31</sup>.

Obviamente, el contenido del concepto de secreto empresarial depende del bien jurídico que se considere penalmente protegido por el tipo que lo prevé como objeto material de la conducta prohibida o mandada. Como es sabido, la doctrina sobre el concepto penal de patrimonio se ha desarrollado tradicionalmente en torno al delito de estafa, pues se considera el paradigma de delito patrimonial. Por ello, entiendo que cuando la doctrina mayoritaria integra el secreto empresarial entre los elementos integrantes del patrimonio penalmente relevante asume un concepto de secreto empresarial fundamentado en su *valor económico*, determinado con base en criterios intersubjetivos de valoración, en la medida en que parte de un concepto jurídico-económico de patrimonio.

Los problemas se presentan, claro está, cuando la información secreta competitivamente relevante no es objeto de mercado y, por tanto, no es posible atribuirle un valor monetario. Según la doctrina mayoritaria, en este

---

<sup>28</sup> *Schö/Schrö-PERRON*, 29ª ed., 2014, § 263 nm. 99; *LK-TIEDEMANN*, 12ª ed., 2012, § 263 nms. 126, 163-165b.

<sup>29</sup> *Schö/Schrö-PERRON*, 29ª ed., 2014, § 263 nm. 99; *MiKo-HEFENDEHL*, 2006, § 263 nms. 450 y ss.; *LK-SCHÜNEMANN*, 12ª ed., 2012, § 266 nm. 166.

<sup>30</sup> *Schö/Schrö-PERRON*, 29ª ed., 2014, § 263 nm. 85; *LK-TIEDEMANN*, 12ª ed., 2012, § 263 nm. 142; *MiKo-HEFENDEHL*, 2006, § 263 nm. 407.

<sup>31</sup> *LK-TIEDEMANN*, 12ª ed., 2012, § 263 nm. 142. Igual *MiKo-HEFENDEHL*, 2006, § 263 nm. 407.

caso no puede hablarse de bien patrimonial penalmente protegible<sup>32</sup> <sup>33</sup>. Por lo demás, parece que conforme a la normativa contable no sólo podrían quedar fuera los secretos empresariales sin precio de mercado, sino también aquellos desarrollados por el propio titular. De acuerdo con esta normativa, solamente podrían contabilizarse como activos patrimoniales los secretos empresariales (o las correspondientes licencias) que se hubieran *adquirido* en el mercado, esto es, los obtenidos derivativamente<sup>34</sup>.

Con todo, aún existe una posibilidad de considerar que la violación del dominio fáctico jurídicamente no desaprobado sobre una información secreta competitivamente relevante, pero sin precio de mercado, constituye una afectación del patrimonio penalmente protegido. Se trata de entender que estas violaciones lesionan *expectativas de ganancia* jurídicamente no desaprobadas, integrables en el concepto penal de patrimonio. Como es sabido, la doctrina mayoritaria incluye las expectativas de ganancia en el catálogo de elementos constitutivos del patrimonio penalmente relevante. Y, como se ha dicho, la información secreta competitivamente relevante puede ser económicamente valiosa en dos sentidos diferentes: como bien en sí mismo objeto de demanda, o como instrumento para aumentar las ventas de los productos o servicios ofrecidos en el mercado. La expectativa de ganancia basada en el uso de la información, en tanto que no sólo no recibiría la desaprobación del ordenamiento jurídico, sino que estaría expresamente protegida por la normativa extra-penal que directa o indirectamente protege la información competitivamente relevante (arts. 13-14 LCD, art. 5 ET, etc.), merecería ser considerada un bien patrimonial.

Naturalmente, la doctrina mayoritaria no atribuye la categoría de elemento patrimonial a cualquier expectativa de ganancia. Exige el cumplimiento de determinadas condiciones. Fundamentalmente, que no se trate de expectativas genéricas, difusas o de meras esperanzas, sino que el incremento patrimonial sea altamente probable con el desarrollo normal de los

---

<sup>32</sup> *Schö/Schrö-PERRON*, 29ª ed., 2014, § 263 nm. 137a; *LK-TIEDEMANN*, 12ª ed., 2012, § 263 nm. 163-165b.

<sup>33</sup> De otra opinión, ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, pp. 244-247.

<sup>34</sup> En este sentido véase ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, p. 286.



acontecimientos, así como lo suficientemente concreto como para ser económicamente evaluable<sup>35</sup>.

A partir de aquí es difícil encontrar una postura mayoritaria en la concreción de ulteriores condiciones. Algunos autores exigen que la expectativa de ganancia sea realizable a través de un proceso jurídicamente reglado (o con algún tipo de base normativa) en el que el perjudicado tenga una posición procesal determinable. Así, por ejemplo, se considera expectativa de ganancia la ligada a la oferta más económica en un concurso público<sup>36</sup>. Otros son mucho más exigentes y requieren, además, que quien tenga la expectativa de ganancia ocupe una posición jurídicamente protegida frente a quien se la tiene que satisfacer, esto es, exigen que el titular del objeto patrimonial que el tenedor de la expectativa espera obtener no pueda frustrarla sin recibir algún tipo de sanción jurídica<sup>37</sup>. En el ámbito de la violación de secretos empresariales, esta última postura significa que solamente se deberían considerar penalmente relevantes la frustraciones de expectativas de ganancia basadas, por ejemplo, en encargos o pedidos pendientes de ejecución de los que los clientes no se pueden desligar sin consecuencias jurídicas de carácter sancionatorio. Naturalmente, en la medida en que en la actividad comercial rige el principio de libre contratación, la mayor parte de las expectativas de ganancia del titular del secreto empresarial no se basan en este tipo de vínculos con sus clientes, sino más bien en la posibilidad de establecer ese tipo de vínculos con *nuevos* clientes<sup>38</sup>.

Ejemplos de expectativas de ganancia que no merecerían protección penal, y no precisamente según la opinión de los sectores doctrinales más restrictivos, serían las que se verían frustradas por una campaña de desprestigio del producto de un competidor que tiene como resultado un incremento de las ventas del impulsor de la campaña y una disminución de las del competidor denigrado<sup>39</sup>. También se ha considerado discutible la relevancia penal de las expectativas de ganancia de

---

<sup>35</sup> *Schö/Schrö-PERRON*, 29ª ed., 2014, § 263 nm. 87 y ss., 87a; *LK-TIEDEMANN*, 12ª ed., 2012, § 263 nms. 135 y ss.

<sup>36</sup> *LK-TIEDEMANN*, 12ª ed., 2012, § 263 nm. 135.

<sup>37</sup> *MüKo-HEFENDEHL*, 2006, § 263 nms. 339 y ss., 349.

<sup>38</sup> Crítico con la capacidad de rendimiento del patrimonio como bien jurídico-penal protegido por los delitos de violación de secreto empresarial, ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, pp. 226-294.

<sup>39</sup> *Schö/Schrö-PERRON*, 29ª ed., 2014, § 263 nm. 87a.

un club de fútbol basadas en su permanencia en la primera división<sup>40</sup>. Como se ve, las expectativas de ambos ejemplos guardan notable similitud con el tipo de expectativas frustradas con la violación de secreto empresarial, basadas en la esperanza de incrementar el número de ventas con la obtención de nuevos clientes o con un incremento de los pedidos –aún por concretar– de los ya fidelizados.

Ahora bien, no es menos cierto que el concepto penal de patrimonio puede concebirse de forma más amplia, tal y como recientemente algunos sectores doctrinales se han ocupado de reivindicar. Concretamente, en relación con las expectativas de ganancia, se propone reconsiderar su pertenencia al concepto penal de patrimonio con base en criterios de imputación objetiva, prescindiendo de ulteriores requisitos, como por ejemplo el anteriormente visto, basado en la exigencia de una posición jurídicamente protegida frente al titular del objeto patrimonial sobre el que se proyecta la expectativa de ganancia. Así, «las expectativas fundadas en factores controlables por *el autor* o en factores que *el autor* debía conocer –las características de un mercado (estabilidad, rentabilidad), si se sigue desarrollando en condiciones “normales”; las características de la inversión ofrecida– sí pertenecen al patrimonio y su frustración es relevante como perjuicio patrimonial»<sup>41</sup>.

En cualquier caso, aunque el injusto penal de los delitos de violación de secretos empresariales pueda fundamentarse en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal patrimonio, esta opción interpretativa no está exenta de problemas. En primer lugar, es necesario tomar en consideración la estructura del delito, pues, como se dijo, la proporcionalidad de la pena asignada a estas figuras depende de ello. Pues bien, los autores que consideran que el bien jurídico protegido por estos delitos es de carácter patrimonial individual, comparten la opinión de que estas figuras constituyen *delitos de peligro*<sup>42</sup>. Con mayor precisión, alguno de ellos les ha atribuido la

---

<sup>40</sup> LK-TIEDEMANN, 12ª ed., 2012, § 263 nm. 136.

<sup>41</sup> PASTOR MUÑOZ, «La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 97 y ss.; LA MISMA, FS-Wolter, 2013, pp. 1447 y ss.

<sup>42</sup> En España, MORALES PRATS/MORÓN LERMA, «Arts. 278-280», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Código penal*, 9ª ed., 2011, pp. 864, 874; BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 545 nm. 283;

naturaleza de delitos de *peligro abstracto*<sup>43</sup>. No les falta razón. Si el bien jurídico protegido por los delitos previstos en los arts. 278 a 280 Cp es el patrimonio individual, de la lectura de sus enunciados no se puede concluir sino que estamos ante estructuras de peligro, más concretamente, de peligro abstracto. Al menos desde la perspectiva de las condiciones mínimas de subsunción. Esto es, sin perjuicio de que conductas de lesión o de peligro concreto del patrimonio individual también sean abarcadas por estos tipos.

Sucede, no obstante, que si efectivamente estamos ante delitos de peligro abstracto del patrimonio individual, las penas que les han sido asignadas son manifiestamente desproporcionadas. Ello se pone en evidencia cuando se comparan con las asignadas a delitos patrimoniales clásicos, como el hurto (art. 234 y ss. Cp), el robo (art. 237 y ss. Cp), la estafa (art. 248 y ss. Cp), la apropiación indebida (art. 253 Cp) o, más recientemente, la asignada al delito de administración desleal (art. 252 Cp). Ante tal incoherencia valorativa, resulta jurídico-dogmáticamente inaceptable que se identifique el patrimonio individual como bien jurídico protegido, que se constate luego la estructura de peligro abstracto de las figuras delictivas estudiadas y que todo ello quede sin consecuencia alguna en la interpretación de los correspondientes tipos. Por ello, la única forma de defender el patrimonio individual como bien jurídico protegido por estos delitos de modo jurídico-dogmáticamente aceptable es formulando propuestas interpretativas que traigan cuenta de las consideraciones sistemático-teleológicas que se acaban de poner de manifiesto, tratando de conciliar la estructura de estas figuras con las penas que les han sido asignadas.

- a) El interés patrimonial individual del resto de competidores en el mercado relevante

---

SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 803, 807. En Alemania, véanse Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 4; WAWRZINEK, *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2010, p. 86.

<sup>43</sup> En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 88, donde concretamente habla de delitos de “peligro de aptitud”. Sobre el concepto de “delito de aptitud”, véase EL MISMO, *DPEconPG*, 2ª ed., 2007, p. 211, donde se considera una especie dentro de los delitos de peligro abstracto.

Una cuestión que plantea la interpretación de estos delitos como protectores del bien jurídico-penal patrimonio es la de si el patrimonio protegido es el del *titular* del secreto empresarial o el de *cualquiera de los oferentes* del mercado relevante. En efecto, en la definición del concepto de secreto empresarial, concretamente en relación con el requisito del interés objetivo que se considera que debe reunir toda información candidata a la categoría de secreto empresarial, ha hecho fortuna una fórmula empleada originariamente por Harro OTTO, según la cual existe un interés objetivo en todo secreto cuya revelación es *idónea para mejorar la posición competitiva de al menos un competidor y/o de empeorar la posición del titular de la información*<sup>44</sup>. Quienes emplean esta fórmula, que como se ha dicho ha sido ampliamente acogida<sup>45</sup>, parece que deberían considerar penalmente relevantes no sólo las revelaciones que efectivamente provocan una frustración de las expectativas de ventas del titular del secreto empresarial, sino también las que, no afectándolas, mejoran las del autor de la violación. Obviamente, teniendo en cuenta el sistema de funcionamiento de los mercados, estas últimas sólo pueden mejorar en detrimento de las de otro(-s) competidor(-es).

A mi juicio, las expectativas de ganancia de los oferentes en el mercado basadas en el desarrollo normal de los acontecimientos, en particular, basadas en que todos los participantes en el mercado respetarán las reglas (jurídicas) de la competencia leal, también son merecedoras de protección, siempre que superen los filtros de la teoría de la imputación objetiva. De hecho, incluso podría decirse que son tan merecedoras de protección como las expectativas de ganancia del titular de la información. Piénsese, por ejemplo, en un campeonato en el que el ganador es el participante con mayor puntuación después de enfrentarse a todos los demás participantes, puntuando solamente las victorias. Las victorias conseguidas de forma desleal perjudican tanto a los rivales de los concretos partidos como al resto de participantes del campeonato. Pues bien, la estructura de la competencia económica es análoga a un campeonato de estas características. En efecto, la configuración del patrimonio individual viene fuertemente condicionada,

---

<sup>44</sup> *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 15.

<sup>45</sup> *MüKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 22; *OHLY/Sosnitza, UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 12; *Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 10. En la misma línea de OTTO, quizá ya antes que él *Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm*, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 9.

entre otras cosas, por la observación de las reglas de la competencia leal por parte de los participantes en el mercado. Constituyen uno de los pilares de nuestro modelo económico, basado en una economía de mercado regida por el principio de libre competencia. Y, evidentemente, el modelo económico juega un papel crucial en la asignación de los recursos entre los miembros de una sociedad.

### 2.3. La competencia (leal) como institución

El modelo económico vigente en España encarga al mercado –entendido como el sistema de organización de la propiedad de los medios de producción y el intercambio de bienes o servicios– importantes decisiones directamente relacionadas con la cobertura de las necesidades de la población: qué se produce, qué se consume, cuánto y en qué se ahorra, cuánto y en qué se invierte, etcétera<sup>46</sup>. Si se asume la premisa de que el respeto de las reglas de probidad previstas en la normativa de competencia desleal (fundamentalmente en la Ley 3/1991, de 3 de enero) es condición necesaria para que el mercado pueda cumplir con su función de forma eficiente y eficaz, resulta innegable que interesados en que tales reglas se respeten no sólo lo están los participantes en el mercado como oferentes, sino también los que participan como consumidores, así como el resto de personas integrantes de la sociedad. Este es el punto de partida de la doctrina mayoritaria en materia de Derecho de la competencia desleal<sup>47</sup>, del que también parte de manera explícita la última Ley de competencia desleal alemana (§ 1 UWG), de 2004, y del que no muy alejada se encuentra la Ley española de competencia desleal (*vid.* preámbulo y art. 1 LCD), de 1991.

En la medida en que la violación de secreto empresarial se considera un acto de competencia desleal (arts. 13 y 14 LCD; §§ 17-19 UWG), resulta inevitable preguntarse si lo protegido por los tipos delictivos de violación de secreto empresarial debe ir más allá de los intereses patrimoniales del titular

---

<sup>46</sup> SÁNCHEZ ANDRÉS, «Del mercado en general», en EL MISMO, *Estudios jurídicos sobre el mercado de valores*, 2008, p. 30.

<sup>47</sup> En España, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Artículo 1. Finalidad», en EL MISMO (dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, 2011, p. 75 y ss. En Alemania, véanse, por todos, Harte/Henning/W. SCHÜNEMANN, 2ª ed., 2009, § 1 nms. 56 y ss.; OHLY/Sosnitza, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nms. 1 y ss., 31.

de la información. Los intereses de los demás competidores, los de los consumidores y el interés general en que el mercado funcione en las condiciones de competencia económica normativamente previstas devienen posibles candidatos a la protección. No obstante, en este apartado me centraré en la posibilidad de que el *interés general* en la protección de la competencia (leal) como institución sea considerado el bien jurídico protegido. Los intereses patrimoniales individuales del resto de competidores en el mercado ya han sido analizados en el apartado anterior. En cuanto a los consumidores, entiendo que el único interés por su parte en que no se produzcan violaciones de secretos empresariales se corresponde con el general. Como colectivo, su interés en que se preserven los monopolios fácticos jurídicamente no desaprobados sobre los secretos empresariales es nulo. Más bien, su interés va en la dirección contraria: en que no existan monopolios sobre la información competitivamente relevante, sino que ésta fluya y permita, o bien reducir los costes de producción y prestación de los productos y servicios, respectivamente, o bien aumentar la calidad de los mismos; o ambas cosas a la vez.

Al argumento material favorable a considerar la competencia (leal) como el bien jurídico-penal protegido hay que sumarle dos argumentos de carácter formal. El primero se basa en la decisión del legislador de ubicar los delitos de violación de secreto empresarial entre los “delitos relativos al mercado y a los consumidores” (Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Cp). Ello jugaría a favor de concebir estos delitos en términos más socioeconómicos que patrimoniales, lo que implicaría atribuir mayor peso a los intereses colectivos que a los individuales en la interpretación de los tipos<sup>48</sup>. El segundo se basa en los requisitos de procedibilidad previstos en el art. 287 Cp, según el cual estos delitos tan solo serán perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales, salvo cuando la comisión del delito afecte a los *intereses generales* o a una *pluralidad de personas*. La referencia a los intereses generales sería prueba de que, tras los intereses patrimoniales del titular de la información y los de sus competidores, se protege el interés general en la competencia como institución<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, p. 110.

<sup>49</sup> En España, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, pp. 330-331. En Alemania, WAWRZINEK, *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*,

A la luz de los argumentos materiales y formales expuestos, un sector de la doctrina defiende que el bien jurídico protegido por los delitos de violación de secreto empresarial es la competencia (leal) como institución. Ya sea como único bien jurídico protegido<sup>50</sup>, ya sea en paralelo con los intereses patrimoniales individuales del titular de la información<sup>51</sup>.

Ni los argumentos materiales ni los formales están libres de réplica. Empezaré por los segundos. La *ubicación* de los delitos objeto de interpretación en el sistema externo, esto es, el diseñado por el legislador, tiene una importancia relativa. Lo decisivo es su *encaje* valorativo en el sistema interno, esto es, el obtenido fruto del trabajo científico realizado sobre el sistema externo con el fin de dotarle de coherencia axiológica (*vid. supra* II.1.2.d)). Por lo que respecta a las específicas condiciones de perseguibilidad previstas en el art. 287 Cp, en absoluto son determinantes del carácter colectivo del bien jurídico protegido por estos delitos. En todo caso, precisamente lo contrario, pues si lo primariamente protegido son intereses colectivos, poco sentido tendría dejar la persecución del delito, por regla general, en manos del particular perjudicado. En cualquier caso, basta con advertir que, justamente, la regla general de perseguibilidad de los delitos es la de persecución pública. No por casualidad el Derecho penal se considera Derecho público: en la comisión de todo delito, también cuando afecta a un bien jurídico *estrictamente individual*, existe un interés general en su persecución<sup>52</sup>.

---

2010, p. 84; TÖBBENS, «Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb», *Wettbewerb in Recht und Praxis* (5), 2005, p. 555.

<sup>50</sup> En España, véanse FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, pp. 102 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., 2013, p. 469, aunque algo ambiguo al respecto.

<sup>51</sup> Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 2; OHLY/Sosnitza, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 1; Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 4; Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 4; WAWRZINEK, *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2010, pp. 80-85; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nms. 4 y 5.

<sup>52</sup> Sobre el carácter público de todo delito, también de los „privados“, „semiprivados“ o „semipúblicos“, así como sobre algunas de las razones de la existencia de estos últimos, véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho*

Precisamente por ello, la existencia de los llamados delitos “privados”, “semiprivados” o “semipúblicos” (*absolute* o *relative Antragsdelikte/Privatklagedelikte*) –delitos en los que se restringe la persecución pública del delito– ha sido históricamente criticada: tales restricciones se compadecen mal con los intereses generales que fundamentan la existencia del Derecho penal<sup>53</sup>. Actualmente, quienes tratan de justificar su existencia apelan a dos tipos de razones. Por un lado, la escasa relevancia de la conducta típica para el interés general, lo que reduciría la necesidad de intervenir penalmente a los supuestos en los que la persona agraviada deseara ejercer la acción penal. Por otro, la necesidad de respetar el eventual interés preponderante de la persona agraviada en que no se investigue o enjuicie el delito. La investigación o enjuiciamiento (público) de determinadas figuras delictivas puede dar lugar a la causación de perjuicios añadidos a la persona agraviada como consecuencia directa de dicha investigación o enjuiciamiento<sup>54</sup>. Este podría ser el caso de los delitos de violación de secreto empresarial. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de que el valor de las acciones de una sociedad cotizada titular de un secreto empresarial caiga en picado una vez haya trascendido la noticia de que la sociedad ha sido objeto de un delito de espionaje industrial<sup>55</sup>. Asimismo, la necesidad de realizar actividad probatoria respecto de la información constitutiva de secreto empresarial en caso de que se judicialice la violación tampoco ayuda a que sus titulares deseen recurrir a la Administración de justicia: los riesgos de

---

*penal*, vol. I, 5ª ed., 2012, pp. 57-59. Para un análisis en profundidad, véase ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal*, 2002, p. 131 y ss., 519 y ss., 523.

<sup>53</sup> NK-KARGL, t. 1, 4ª ed., 2013, Vor. §§ 77 ff. nm. 8 y ss.; ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal*, 2002, pp. 331-341.

<sup>54</sup> *Schö/Schrö*-STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, 29ª ed., 2014, § 77 nm. 4. Con una fundamentación algo distinta, NK-KARGL, t. 1, 4ª ed., 2013, Vor. §§ 77 ff. nm. 10, quien considera que las restricciones a la persecución pública del delito solamente pueden fundamentarse en consideraciones pragmáticas coyunturales, concretamente, en la necesidad de corregir la tendencia a la expansión del Derecho penal material de las últimas décadas. En España, para un análisis en profundidad de los fundamentos de la restricción de la perseguibilidad de oficio de los ilícitos penales véase ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal*, 2002, pp. 317-341.

<sup>55</sup> Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 2; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 303.



revelación de la información a terceros se disparan<sup>56</sup>. Ello explicaría la importante *cifra negra* que, según parece, existiría en materia de violaciones de secreto empresarial<sup>57</sup>.

Desde la perspectiva material, es difícil cuestionar el merecimiento de protección penal de la competencia (leal) como institución. La existencia de un interés general en el funcionamiento eficiente del mercado como uno de los principales instrumentos de la política económica del Estado es evidente. Además, satisface perfectamente las características definitorias del concepto de bien jurídico-penal colectivo. Se trata de un bien de *uso no privativo*, pues cualquier ciudadano tiene derecho a participar en el mercado así como a beneficiarse del funcionamiento del modelo económico conforme a lo normativamente previsto; su *consumo no es excluyente*, pues la participación de un ciudadano en el mercado o de sus funciones no impide la participación de cualquier otro ni disminuye su utilidad; y es *indivisible*, esto es, la competencia (leal) como institución no puede fraccionarse en pequeñas porciones y repartirse entre los interesados en disponer de ella<sup>58</sup>. De ahí que se haya considerado un bien jurídico digno de protección penal, en relación con determinados delitos, incluso por autores que, en principio, son partidarios de reconocer la existencia de bienes jurídico-penales de carácter colectivo *cum grano salis*<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*-BT, 3ª ed., 2011, § 5 nm. 233; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 218 y ss.

<sup>57</sup> BUNDESKRIMINALAMT, *Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität* 2006, septiembre de 2007, p. 17 y s. En la doctrina, véanse, Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 2; WAWRZINEK, *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2010, p. 29 y s.; ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 319.

<sup>58</sup> Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEconPG*, 4ª ed., 2014, p. 188 y ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 18-20, 11-113.

<sup>59</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEconPG*, 4ª ed., 2014, pp. 183, 205, 227; SCHÜNEMANN, «¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», en EL MISMO, *Obras*, t.II, (1992) 2009, p. 228; SCHÜNEMANN, «Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 73 y s. A favor de la legitimidad de que el contenido de injusto de un delito pueda consistir en la afectación de un bien jurídico supraindividual: CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, pp. 175 y ss.

Ahora bien, que la competencia económica como institución pueda constituir el bien jurídico-penal protegido por determinadas figuras delictivas no significa, como es obvio, que deba considerarse el protegido por los delitos de violación de secreto empresarial. Al menos, no en exclusiva, esto es, en detrimento de los intereses patrimoniales individuales del titular del secreto empresarial o del resto de competidores. En efecto, la institución competencia económica puede merecer la protección del Derecho penal, pero ello no significa que la merezca en los términos previstos por los delitos de violación de secreto empresarial previstos en los arts. 278 a 280 Cp. Una interpretación sistemático-teleológica de estos delitos demuestra que no la merece. Mejor dicho: demuestra que, por sí sola, la protección de la competencia económica no puede explicar las penas asignadas a estos delitos.

El término de comparación lo aporta el delito de alteración de precios que habrían de resultar de la libre competencia económica, previsto en el art. 284 Cp. De forma mayoritaria, la doctrina entiende que el bien jurídico protegido por este delito es de naturaleza colectiva. Además, su contenido es muy próximo a la competencia económica como institución. De hecho, se trata de una de sus funciones: la fijación de los precios de los bienes y servicios<sup>60</sup>. La pena prevista para este delito es la privación de libertad de seis meses a dos años o, alternativamente, la multa de doce a veinticuatro meses. Las diferencias con las previstas para los delitos de violación de secreto empresarial saltan a la vista: el tipo básico de espionaje industrial (mero apoderamiento ilegítimo de la información – art. 278.1 Cp) tiene prevista una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Ciertamente, la estructura del delito de alteración de precios es la de peligro abstracto<sup>61</sup>. Pero no otra sería la del tipo básico de espionaje industrial (mero apoderamiento) si el bien jurídico considerado protegido fuera la competencia leal como institución. Lo mismo cabe decir respecto de los demás tipos de violación de secreto empresarial.

---

<sup>60</sup> Por todos, véanse MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEconPG*, 4ª ed., 2014, p. 184; ESTRADA I CUADRAS, «Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 Cp)», *InDret* (1), 2014, p. 5 y ss.

<sup>61</sup> ESTRADA I CUADRAS, *InDret* (1), 2014, pp. 7, 13.

El delito de alteración de precios del art. 284 Cp no es el único delito de la sección tercera (“De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”) que se considera que protege un bien jurídico colectivo. También el delito de maquinación de aparatos contadores, previsto en el art. 283 Cp, se entiende que protege un interés colectivo<sup>62</sup>. Las penas que le han sido asignadas son muy similares a las previstas para el art. 284 Cp. En coherencia con el carácter colectivo del bien jurídico protegido, en ambos casos los perjuicios patrimoniales individuales causados con la conducta típica se entiende que deben ser castigados en concurso de delitos con el correspondiente delito patrimonial: normalmente el de estafa (art. 248 Cp)<sup>63</sup>.

La enorme diferencia de pena entre el delito de alteración de precios (art. 284 Cp) y la del tipo básico de espionaje industrial (art. 278.1 Cp), idéntica a la prevista para el tipo básico de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279.1 Cp), sólo puede explicarse por la protección de otro bien jurídico. Este otro bien jurídico sólo puede ser, a mi juicio, el patrimonio.

### 3. Toma de postura

El patrimonio individual como bien jurídico-penal protegido por estos tipos delictivos es, en efecto, la opción interpretativa más coherente con el concepto personal de bien jurídico del que aquí se parte. Concepción que se corresponde con la configuración constitucional del Estado y de sus funciones en torno a la persona<sup>64</sup>. Con base en estas premisas filosófico-políticas y político-criminales se exige, por un lado, una fundamentación cualificada de la intervención penal para la protección de bienes jurídicos colectivos<sup>65</sup>. Se impone, por otro, el principio de prudencia a la hora de

---

<sup>62</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEconPE*, 4ª ed., 2013, p. 301 y ss.; MORALES PRATS, «Artículo 283», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., 2011, p. 898.

<sup>63</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEconPE*, 4ª ed., 2013, p. 311 y s.; MORALES PRATS, «Artículo 283», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., 2011, p. 899.

<sup>64</sup> En este sentido véase el trabajo de HEFENDEHL al respecto en relación con la constitución alemana, de la que la española no se separa en lo sustancial, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 59-82.

<sup>65</sup> NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm. 137; HASSEMER, «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico» (traducción de su

atribuir la protección de un bien jurídico de esta clase a un determinado delito. Ello se ha traducido en una clara directriz interpretativa: «si un tipo penal puede fundamentarse directamente en bienes jurídicos individuales, no hay ninguna razón para hipostasiar bienes jurídicos colectivos»<sup>66</sup>.

Por otra parte, el bien jurídico-penal colectivo entendido como bien de uso no privativo, de consumo no excluyente e indivisible, no permite distinguir entre conductas de lesión, conductas de peligro concreto y conductas de mero peligro abstracto con tanta facilidad como el bien jurídico patrimonial<sup>67</sup>. Ello reduce las posibilidades de distinción en la valoración del hecho delictivo, lo que resulta indeseable por dificultar la maximización del principio de justicia (entendida como igualdad), fin último de la idea de Derecho de la que aquí se parte.

Por lo demás, en la medida en que el ataque a la competencia (leal) como institución a través de la violación de un secreto empresarial presupone, en cualquier caso, la lesión o puesta en peligro de un interés patrimonial individual (el del titular del secreto o el de alguno de sus leales competidores), el desvalor inherente a la afectación del interés general en la mencionada institución queda cubierto por el desvalor expresado por las penas dirigidas a sancionar la lesión o puesta en peligro de los intereses patrimoniales individuales.

A mi modo de ver, la afectación del interés general no representa, en estos delitos, un *aliud* respecto de la lesión o puesta en peligro del interés individual, sino un *minus*. Ello se deriva de la concepción personal del bien jurídico-penal de la que aquí se parte y de la configuración constitucional del Estado y de sus funciones en torno a la persona.

Probablemente por ello las propuestas interpretativas de quienes consideran que el bien jurídico protegido es el patrimonio y las de quienes defienden que es la competencia económica como institución (o las de quienes entienden que se trata

---

contribución al FS-Kaufmann, de 1989), *Doctrina penal* (45-48), 1989, pp. 283 y ss.; EL MISMO, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, pp. 71 y ss., 86.

<sup>66</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 27, 82.

<sup>67</sup> SCHÜNEMANN, «Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 73 y s.

de la protección de ambos bienes jurídicos) no difieren en lo sustancial<sup>68</sup>. Ello dejando de lado el hecho de que considerando la competencia económica (leal) como bien jurídico protegido sería posible fundamentar importantes reducciones teleológicas de estos tipos. Adviértase, por ejemplo, que para la consumación de la modalidad de manipulación del mercado financiero del delito de alteración de precios, prevista en el art. 284.2 Cp, se precisa la obtención de un beneficio o la causación de un perjuicio superior a los 300.000 euros. En la medida en que las penas previstas para los delitos de violación de secreto empresarial son mucho más elevadas, la frontera de relevancia penal se podría fijar en la obtención de beneficios o la causación de perjuicios muy superiores.

En cambio, sí es necesario distinguir entre la lesión o puesta en peligro del patrimonio del titular del secreto empresarial y la lesión o puesta en peligro de los intereses patrimoniales de sus competidores leales. Cuando ambos intereses se vean afectados por la conducta desleal del autor de la violación de secreto empresarial, deberá apreciarse un concurso ideal de tantos delitos de violación de secreto empresarial como intereses patrimoniales se hayan afectado. Obviamente, la prueba de la afectación de los intereses patrimoniales de los competidores leales será extremadamente compleja, no siéndolo menos la de la afectación de los intereses patrimoniales del titular de la información. Pero ello no quita un ápice de coherencia lógica y valorativa a la solución del concurso ideal de delitos aquí propuesta.

En cuanto a las limitaciones del concepto penal mayoritario de patrimonio para fundamentar los tipos de violación de secreto empresarial, entiendo que son perfectamente superables, como se ha visto, con un replanteamiento del concepto jurídico-económico de patrimonio a la luz de criterios de imputación objetiva<sup>69</sup>.

Recientemente, a la consideración del patrimonio como bien jurídico protegido también se le ha criticado que convierte los tipos de violación de

---

<sup>68</sup> Así, por ejemplo, compárense las concreciones del § 17 UWG de BRAMMSEN (patrimonio), TÖBBENS (competencia) y OTTO (patrimonio y competencia leal): *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nms. 4-6; TÖBBENS, *Wettbewerb in Recht und Praxis* (5), 2005, pp. 555-559; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 4.

<sup>69</sup> PASTOR MUÑOZ, «La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 97 y ss.; LA MISMA, *FS-Wolter*, 2013, pp. 1447 y ss.

secreto empresarial en complejas estructuras de peligro abstracto<sup>70</sup>. Especialmente, cuando para la lesión del patrimonio es necesaria la intervención de un tercero doloso autorresponsable. Sin desconocer la necesidad de atender a la parte de verdad que contiene esta crítica, en el último capítulo de este trabajo se abordarán las razones que permiten fundamentar la legitimidad del castigo de buena parte de estas estructuras (ver *infra* IX.).

En el apartado anterior se ha dicho que la única forma de defender el patrimonio individual como bien jurídico protegido por estos delitos de modo jurídico-dogmáticamente aceptable es formulando propuestas interpretativas que traten de conciliar la estructura de estas figuras con las penas que les han sido asignadas. A ello se dedica buena parte del último capítulo de este trabajo (ver *infra* IX.2).

---

<sup>70</sup> ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, pp. 247 y ss.

**IV. CONCEPTO (JURÍDICO-PENAL) DE SECRETO  
EMPRESARIAL**





## 1. Introducción

Los delitos estudiados en este trabajo tienen por objeto material el «secreto de empresa». En el presente capítulo se analizarán los posibles rasgos definitorios de este elemento de los tipos penales investigados (IV.2, .3, .4, .5, .6, .7, .8), con el fin de obtener una definición jurídico-penal de éste (IV.9). Antes, empero, resulta necesario abordar una serie de cuestiones previas de carácter terminológico (IV.1.1) y metodológico (IV.1.2 y .1.3).

El Derecho español vigente utiliza diferentes términos a la hora de referirse a la información reservada con valor empresarial. A mero título de ejemplo, el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, en su art. 35, relativo a las deducciones por innovaciones tecnológicas, utiliza el término «know-how». Por su parte, el art. 124 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, habla de «secretos técnicos o comerciales». El Código penal, en la sección relativa a los delitos contra el mercado y los consumidores, recurre al término «secreto de empresa» para referirse al objeto de protección de los delitos previstos en sus arts. 278 a 280 Cp. Por último, la Ley 3/1991, de 3 de enero, de Competencia Desleal (LCD, en adelante), se refiere a los «secretos industriales» y a los «secretos empresariales» a la hora de tipificar en sus arts. 13 y 14 las conductas de acceso, uso o revelación ilegítima de este tipo de información como actos de competencia desleal.

Esta ausencia de unidad terminológica plantea varias cuestiones. En *primer* lugar, cabe preguntarse si existen diferencias semánticas entre los términos citados o si, por el contrario, se trata de meros sinónimos en una demostración de riqueza léxica del legislador. En *segundo* lugar, cabe averiguar si existen definiciones legales de dichos términos y, en su caso, plantearse si son vinculantes para la interpretación de las normas que utilizan tales términos o sus sinónimos o si, por el contrario, se trata de meras definiciones *ad hoc* para el concreto ámbito de aplicación de la norma que las contiene. En fin, se plantea la duda en torno a si las eventuales definiciones que puedan encontrarse en las distintas ramas del ordenamiento sobre los conceptos acabados de mencionar («know-how», «secretos industriales», «secretos empresariales», etc.) son compatibles o excluyentes entre sí y, en todo caso, si son de algún modo vinculantes para el intérprete y aplicador penal de los

delitos de violación de «secretos de empresa» previstos en los arts. 278-280 Cp.

En lo que sigue se tratará de dar respuesta a estas cuestiones en la medida estrictamente necesaria para fijar el significado *jurídico-penal* del objeto material de los delitos de los que trata esta investigación.

### 1.1. Terminología empleada

La disparidad terminológica existente a la hora de referirse a la información reservada con valor empresarial obliga a ser cauteloso en el empleo de los distintos términos al uso. Las diferencias no son de mera etiqueta y, en la mayoría de los casos, ni el contenido de los propios términos individualmente considerados es pacífico. Sin embargo, una parte importante de la doctrina a menudo los emplea de forma indistinta. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con los términos *know-how* y secreto empresarial, los cuales son considerados equivalentes por un buen número de autores. O con el concepto de secreto industrial, que un sector de la doctrina ha interpretado en sentido amplio para abarcar en él a la información de naturaleza comercial, eliminando, así, las diferencias con el concepto de secreto empresarial.

Tradicionalmente, la información reservada con valor empresarial se ha clasificado en dos grupos: la de carácter comercial (secretos comerciales), y la de carácter técnico-industrial (secretos industriales). Por su parte, el concepto de secreto empresarial o de empresa se ha empleado como el concepto genérico que engloba a ambos tipos de información. En España, no obstante, un sector importante de la doctrina penal ha interpretado de forma extensiva el término «secreto industrial». Desde el Código penal de 1848 hasta el vigente, de 1995, el objeto de protección de los delitos de espionaje y revelación desleal fueron los *secretos de la industria*. Si bien históricamente la expresión fue interpretada, especialmente en el ámbito jurídico-penal, de manera estricta, entendiendo por tales tan solo los referidos al ámbito técnico-productivo<sup>1</sup>, a finales de los años setenta se alzaron algunas voces a

---

<sup>1</sup> En este sentido véanse LANDROVE DÍAZ, «Descubrimiento y revelación de secretos», en AA. VV., *III Jornadas de profesores de Derecho penal*, 1976, p. 205; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed., 1994, p. 336;

favor de una interpretación extensiva del concepto de «secreto industrial» que englobara, también, a los de carácter comercial<sup>2</sup>. La transformación y progresiva modernización de la economía española, en la que el sector servicios tomaba un papel cada vez más importante, obligaba a ensanchar el objeto de protección de los delitos de espionaje y revelación desleal de los arts. 497 a 499 Cp73 para incluir en ellos la información relevante para este nuevo sector. De este modo, el concepto de secreto industrial quedaba equiparado al de secreto empresarial.

Por su parte, el término *know-how*, procedente de la expresión inglesa «knowledge how to do it»<sup>3</sup>, fue inicialmente utilizado para designar aquellos conocimientos relativos al uso o explotación de una invención, no constitutivos de ésta, que, si bien no constaban en la descripción pública de la patente, permitían usarla o explotarla de manera mucho más eficiente<sup>4</sup>. Sin embargo, con el paso del tiempo, se ha ido ensanchando su significado para abarcar todo tipo de información empresarialmente relevante y susceptible de transmisión. Así, y a pesar de que no siempre ha sido cuestión pacífica<sup>5</sup>, actualmente se consideran subsumibles bajo este concepto tanto los secretos comerciales como los empresariales, de modo que una parte importante de la doctrina considera este concepto equivalente al de secreto empresarial<sup>6</sup>. No

---

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 7ª ed., 1988, p. 148; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 1987, vol. 1, p. 210; SERRANO-PIEDRACASAS, *ADPCP* (43), 1990, p. 873. Desde el ámbito jurídico-privado, véase GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, pp. 46-63, 362-370.

<sup>2</sup> El primero en proponer una interpretación extensiva del concepto de secreto de industria fue BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal Económico*, 1978, pp. 296-297. Le sigue TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, 1995, p. 169.

<sup>3</sup> DESSEMONTET, *The legal protection of know-how in the USA*, 2ª ed., 1976, p. 15 y ss.

<sup>4</sup> GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, 1974, pp. 137-143, p. 138.

<sup>5</sup> Con referencias en este sentido FISCHER, *GRUR Int* (7), 1970, p. 240; GAUL, *NZA* (7), 1988, p. 227. En España defendió inicialmente esta posición GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, pp. 159-163. Poco más tarde cambió, no obstante, su opinión e hizo extensivo el uso del término para la información comercial: EL MISMO, *Actas de Derecho Industrial* (7), 1981, pp. 208-209.

<sup>6</sup> En este sentido, en España, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 27; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, pp. 41, 70 y ss.; LLOBREGAT HURTADO, *La protección del secreto empresarial en el marco del Derecho de la competencia*, 1999, pp. 48-60, pp. 54-60; GALÁN CORONA en *LH-José Girón Tena*,

obstante, la doctrina más especializada insiste en distinguir ambos conceptos, pues el de *know-how* lo consideran más amplio. Entre su contenido incluyen incluso información no secreta<sup>7</sup>, en aras de favorecer una mayor fluidez en la transferencia de tecnología<sup>8</sup>.

Ante esta diversidad terminológica y semántica parece importante, pues, emplear con cautela los diferentes términos al uso para referirse a la información reservada con valor empresarial. En este trabajo, por tanto, se empleará el término secreto industrial en su sentido estricto, como referido únicamente a la información técnico-industrial. Por su parte, la noción de *know-how* no se considerará sinónima de la de secreto empresarial o de empresa, sino portadora de un significado autónomo. En cuanto a los matices existentes entre el empleo de los términos «secreto empresarial» y «secreto de empresa», nos remitimos a los argumentos que se ofrecen *infra* (IV.2.2.1) a favor de considerar preferible el uso de la primera expresión.

Por último, es preciso hacer una aclaración más de carácter terminológico. Se trata de los términos con los que a lo largo de este trabajo nos vamos a referir a quien entendemos que está legitimado para reclamar protección jurídico-penal por la violación de la información objeto de tutela en los delitos previstos en los arts. 278 a 280 Cp. De forma recurrente hablamos del “legítimo titular de la información”. Con esta expresión, sin embargo, no se está empleando el concepto «titularidad» en un sentido fuerte o estricto, pues es dudoso que pueda hablarse en tales términos en materia de secretos empresariales. En la medida en que tanto el régimen jurídico-penal de

---

1991, pp. 426-427; MASSAGUER FUENTES, *El contrato de licencia de Know-how*, 1989, p. 35 nota 1. En Alemania, Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, vor §§ 17-19, *passim*; Achenbach/Ransiek/EBERT-WEIDENFELLER, *HdbWirtStrfR*, 3ª ed., 2012, *passim*; ANN, GRUR (1), 2007, pp. 39-43; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, pp. 2-4; *HeidelbgKommWettR*/KOTTHOFF/GABEL, 2ª ed., 2005, § 17 *passim*; SALGER/BREITFELD, BB (3), 2005, pp. 154-158.

<sup>7</sup> Así MEILI, *Der Schutz von Know-how nach Schweizerischem und Internationalem Recht – Anpassungsbedarf nach dem TRIPS-Abkommens?*, 2000, pp. 4-18; STUMPF, *Der Know-How-Vertrag*, 3ª ed., 1977, p. 27; KRASSER, GRUR, 1970, pp. 588, 597; FISCHER, GRUR, 1970, pp. 240-241. En España, SERRANO-PIEDECASAS, ADPCP (43), 1990, pp. 867-873.

<sup>8</sup> Expresamente en este sentido GAUL/BARTENBACH, *Patentlizenzen- und Know-how-Vertrag*, 3ª ed., 1993, p. Q 2-3.

protección de los «secretos de empresa» como el jurídico-privado previsto en los arts. 13 y 14 LCD no conceden derechos de exclusiva sobre la información, sino que simplemente protegen una situación de hecho, esto es, el estado de confidencialidad en el que se mantiene la información, no cabe hablar, en puridad, de titularidad alguna sobre ésta. No obstante, por economía lingüística, la noción de titularidad me parece la forma más adecuada de referirme a quien está jurídicamente legitimado para impedir que alguien acceda o revele un secreto empresarial sin su consentimiento.

## 1.2. Definiciones legales

El Derecho interno español desconoce, tanto en la actualidad como en el pasado, definición alguna de los conceptos de *know-how*, secreto industrial, secreto comercial o secreto de empresa. Sin embargo, en las últimas décadas, y de la mano del Derecho comunitario y del Derecho internacional, se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico varias definiciones del concepto de *know-how*, así como una del concepto de secreto empresarial. Por un lado, tanto el Reglamento (UE) n° 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, como el Reglamento (UE) n° 1217/2010, de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, tienen como uno de sus objetos de regulación a los llamados “conocimientos técnicos” –en la versión española de los reglamentos– o *know-how* –en las versiones inglesa y alemana–, que definen en sus arts. 1(i) y 1(1)i), respectivamente<sup>9</sup>. Por su parte, el art. 39.2 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC, en adelante), ratificado por España el 30 de diciembre de 1994<sup>10</sup>, contiene también una definición que la doctrina

---

<sup>9</sup> También puede encontrarse una definición de este concepto en el Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

<sup>10</sup> En España, conforme a los arts. 96.1 CE y 1.5 Cc los tratados internacionales válidamente celebrados obligan al Estado español desde su entrada en vigor en el orden internacional. Y tras su publicación oficial en España forman parte del

especializada ha identificado con el concepto de secreto empresarial<sup>11</sup>. En esta línea, conviene señalar que un sector importante de la jurisprudencia del orden civil viene asumiéndola de forma persistente, al menos desde hace un lustro<sup>12</sup>.

Ninguna de estas definiciones es, no obstante, vinculante para el intérprete o el aplicador jurídico-penal. Ni los delitos de violación de secretos de empresa (arts. 278 a 280 Cp) se configuran como una ley penal en blanco en la definición de su objeto de protección, ni la ausencia de una definición penal expresa del concepto de «secreto de empresa» hace al intérprete penal dependiente de las definiciones de este concepto u otros equivalentes que puedan encontrarse en otras ramas del ordenamiento<sup>13</sup> (véase *supra* II.1.2.a)). Sin duda, las definiciones contenidas en las normas arriba mencionadas pueden servir como referente interpretativo a la hora de dar contenido al concepto de «secreto de empresa» de nuestro Código penal, pero en ningún caso deben verse como definiciones vinculantes.

Es cierto que las definiciones de los Reglamentos de la Comisión arriba mencionados, así como la del art. 39.2 ADPIC, podrían considerarse la cristalización del estado de la cuestión en torno a los conceptos de *know-how*

---

ordenamiento interno automáticamente, sin necesidad de la mediación de una ley o disposición de incorporación. El Acuerdo ADPIC fue publicado en el Suplemento núm. 20 del BOE de 24 de enero de 1995, pp. 2 y ss., 173 y ss. (DOCE 1994 L/336).

<sup>11</sup> Así, véanse MEILI, *Der Schutz von Know-how nach schweizerischem und internationalem Recht*, 2000, pp. 140-142; MÜLLER, *Der Schutz von Know-how nach dem TRIPS-Übereinkommen*, 2003, pp. 123-124; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 111.

<sup>12</sup> Por todas véase la SAP Barcelona de 31 de marzo de 2015, p. Boet Serra; SAP Zaragoza de 17 de diciembre de 2014, p. Pastor Oliver; SAP Madrid de 12 de diciembre de 2014, p. Arribas Hernández; SAP Madrid de 25 de febrero de 2011, p. García García; SAP Bilbao de 9 de febrero de 2011, p. Arranz Freijo; SAP Zaragoza de 17 de mayo de 2010, p. Pérez García; SAP Alacant de 29 de enero de 2010, p. Soler Pascual; SAP Madrid de 22 de enero de 2010, p. Zarzuelo Descalzo; SAP Barcelona de 29 de diciembre de 2009, p. Sancho Gargallo; SAP Barcelona de 12 de junio de 2009, p. Boet Serra.

<sup>13</sup> Constituye un referente al respecto la monografía de BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938, pp. 107-123, 296-213. En España, véanse, por todos, ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, pp. 134-135; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1ª ed., 1999, p. 26.

y de secreto empresarial, respectivamente. Pero conviene ser precavidos en este sentido. Por un lado, y en relación con las definiciones de *know-how* contenidas en los Reglamentos, porque se considera que tienen un marcado carácter *ad hoc*, esto es, específico del ámbito de aplicación de dichos reglamentos: la transferencia de tecnología y los acuerdos de investigación y desarrollo. Sus definiciones no se consideran trasladables, al menos no de forma automática, ni tan solo a la construcción del concepto jurídico-privado de secreto empresarial<sup>14</sup>. Con más razón debe negarse su carácter vinculante para la definición del concepto *penal* de «secreto de empresa». Pues se trata de conceptos pertenecientes a dos sistemas valorativos distintos: el del régimen de protección penal frente a las violaciones de secretos de empresa (arts. 278 a 280 Cp), fundamentalmente condicionado por los principios de fragmentariedad, *ultima ratio* y proporcionalidad, y el de la transferencia de tecnología y los acuerdos de investigación y desarrollo, más preocupado de las tensiones entre el fomento del progreso tecnológico y las restricciones a la libre competencia<sup>15</sup>.

En cuanto a la definición contenida en el art. 39.2 ADPIC, si bien un sector de nuestra doctrina<sup>16</sup> y jurisprudencia<sup>17</sup> jurídico-privatistas han recurrido a ella en la integración del concepto de secreto empresarial contenido en el art.

---

<sup>14</sup> Así, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 144-145.

<sup>15</sup> Advierten de que los requisitos configuradores del concepto de *know-how* se han venido configurando como filtros para hacer frente a la transferencia de tecnología con meros fines colusorios RITTER/BRAUN, *European Competition Law*, 3ª ed., 2005, p. 801 nota 414.

<sup>16</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 105-193, en cuyas pp. 105, 190 puede apreciarse con toda claridad como la aportación de la autora en relación con el concepto de secreto de empresa consiste en el desarrollo interpretativo del concepto de secreto de empresa establecido por el art. 39.2 ADPIC. En esta misma línea, véase, PORTELLANO DÍEZ, en IGLESIAS PRADA (coord.), *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Organización Mundial del Comercio*, vol. 1, pp. 335-362.

<sup>17</sup> En este sentido, por todas, Por todas véase la SAP Barcelona de 31 de marzo de 2015, p. Boet Serra; SAP Zaragoza de 17 de diciembre de 2014, p. Pastor Oliver; SAP Madrid de 12 de diciembre de 2014, p. Arribas Hernández; SAP Madrid de 25 de febrero de 2011, p. García García; SAP Bilbao de 9 de febrero de 2011, p. Arranz Freijo; SAP Zaragoza de 17 de mayo de 2010, p. Pérez García; SAP Alacant de 29 de enero de 2010, p. Soler Pascual; SAP Madrid de 22 de enero de 2010, p. Zarzuelo Descalzo; SAP Barcelona de 29 de diciembre de 2009, p. Sancho Gargallo; SAP Barcelona de 12 de junio de 2009, p. Boet Serra.

13 LCD, conviene hacer algunas precisiones al respecto y, en particular, sobre su viabilidad como referente interpretativo en el ámbito jurídico-penal. En primer lugar, resulta interesante advertir que el art. 39 ADPIC no es más que un mandato de protección de mínimos dirigido, en principio, a los legisladores de los Estados que hayan ratificado el Acuerdo. Que en España se considere que este precepto tiene carácter auto-ejecutivo<sup>18</sup> no impide al intérprete, tanto del ámbito jurídico-privado como del jurídico-penal, desviarse de dicha definición en la integración del concepto de «secreto empresarial» (términos empleados por la LCD) o «de empresa» (términos empleados por el Cp), respectivamente, siempre y cuando se respete el estándar de mínimos que aquél fija<sup>19</sup>. El mismo art. 1.1 ADPIC lo dice expresamente:

«Los Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos».

---

<sup>18</sup> La redacción del art. 39.2 ADPIC se considera lo suficientemente precisa como para ser de aplicación directa sin necesidad de un ulterior desarrollo legal o reglamentario que represente la voluntad de los Estados contratantes. En este sentido, entre la doctrina especializada, véanse SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 70-72; MONTAÑA MORA, en AA.VV., *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia. Homenaje a A. Bercovitz*, 2005, pp. 734-739; GÓMEZ SEGADÉ, *ADI*, 1994-1995, pp. 34-79. Sobre la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en torno a los requisitos de aplicabilidad directa de una disposición procedente de un Tratado internacional, véanse las STS Sala de lo Civil, de 10 de mayo de 2011, p. Corbal Fernández; STS Sala de lo Contencioso, de 22 de abril de 2010, p. Lesmes Serrano; STS Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 2009, p. Ferrándiz Gabriel; STS Sala de lo Contencioso, de 10 de marzo de 1998, p. Hernando Santiago.

<sup>19</sup> Prevé la posibilidad de que los Estados miembros protejan más de lo que exige el propio art. 39 ADPIC, DESSEMONTET, en CORREA/YUSUF, *Intellectual Property and International Trade*, 2008, pp. 284-285; MÜLLER, *Der Schutz von Know-how nach dem TRIPS-Übereinkommen*, 2003, p. 104. En España, GÓMEZ SEGADÉ, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (16), 1994-1995, p. 62.



En este sentido, precisamente la combinación del art. 1.1 con el art. 39 ADPIC permite concluir que el cumplimiento del Acuerdo por parte de España en absoluto pasa por la protección de este tipo de información por vía penal. En virtud de la autonomía del Derecho penal en la definición de sus conceptos, y en la medida en que ya existe un régimen de protección jurídico-privado (arts. 13 y 14 LCD) que cumple con los requisitos mínimos del Acuerdo, el intérprete y/o aplicador jurídico-penal español dispone de libertad total, tanto por exceso como por defecto, a la hora de llenar de contenido el concepto penal de «secreto de empresa» en relación con el art. 39.2 ADPIC.

Esta conclusión podría cambiar si llega a aprobarse la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del saber hacer y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y divulgación ilícitas, presentada por la Comisión Europea el 28 de noviembre de 2013 (COM(2013) 813 final). En ella se contiene una definición del concepto de “secreto comercial” casi idéntica a la prevista en el art. 39.2 ADPIC. Además, preocupada por los efectos restrictivos de la competencia económica que la protección de los secretos empresariales pueda tener, la Comisión fija límites superiores a la protección jurídica de esta información (*vid.* art. 4). Estos límites sí serían, sin lugar a dudas, vinculantes para el Derecho penal.

En segundo lugar, y como se pondrá de manifiesto en los siguientes apartados relativos al análisis de los requisitos que se han considerado configuradores del concepto de secreto empresarial, la definición contenida en el art. 39.2 ADPIC es claramente tributaria de la tradición conceptual estadounidense en materia de secretos empresariales<sup>20</sup>. Especialmente en relación con el requisito de su apartado c), relativo a la adopción de medidas razonables para mantener el carácter secreto de la información. Esta exigencia, que naturalmente puede limitar de forma considerable el alcance del concepto si se concreta con estrictos estándares de autoprotección, no se corresponde con la tradición conceptual de la Europa continental, especialmente con la tradición germánica<sup>21</sup>. En realidad, el acervo conceptual

---

<sup>20</sup> En este sentido, véase DESSEMONTET, en CORREA/YUSUF, *Intellectual Property and International Trade*, 2008, pp. 284-285.

<sup>21</sup> La misma observación en KRASSER, «The protection of trade secrets in the TRIPs agreement», en BEIER/SCHRICKER (eds.), *From GATT to TRIPs*, 1996, p. 224.

germánico y el de los países de su influencia se vería reflejado, por su parte, en las definiciones de *know-how* contenidas en los Reglamentos de la Comisión arriba comentados, salvando los matices que responden a las necesidades de su concreto ámbito de aplicación.

En conclusión, parece evidente que, ante la ausencia de una definición legal vinculante del concepto de «secreto de empresa», la determinación de su contenido se presenta como una tarea eminentemente dogmática, en manos de la doctrina y la jurisprudencia.

### 1.3. Concepto dogmático de secreto empresarial

El estudio del concepto de secreto empresarial (arts. 13-14 LCD), o de empresa (arts. 278-280 Cp), es relativamente reciente en España. La primera monografía al respecto apareció en 1971, de manos de un mercantilista<sup>22</sup>, y referida, en realidad, al antiguo concepto de secreto industrial. Si bien el número de trabajos que le han sucedido ha aumentado sustancialmente desde la aprobación de la LCD en 1991 y desde la modernización de los delitos existentes sobre la materia con el Código penal de 1995, la producción científica sigue siendo más bien escasa en comparación con la que puede encontrarse en países como Alemania o los Estados Unidos de América. Por este motivo, y por la riqueza casuística que dos de las mayores y más sofisticadas economías del mundo pueden aportar en materia de disputas por el conocimiento competitivamente relevante, en este trabajo se van a estudiar, junto a las contribuciones españolas, las procedentes de la tradición germánica, así como, de forma complementaria, algunas de las más importantes de la doctrina especializada en los EE. UU.

En segundo lugar conviene advertir, de entrada, que los principales trabajos en materia de conceptualización de los secretos empresariales (o de empresa) pertenecen, con frecuencia, al ámbito jurídico-privado. Especialmente en nuestro país y en los EE. UU. Y ello porque ambos gozan, a diferencia de Alemania, de una regulación específica del fenómeno de la violación de secretos empresariales tanto en el ámbito jurídico-privado como en el jurídico-penal. En el país germánico, por el contrario, la regulación directa de los secretos empresariales se ha realizado, tradicionalmente, a través de tipos

---

<sup>22</sup> GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974.

penales<sup>23</sup>, lo que ha contribuido a que las aportaciones de autores penalistas en esta materia sean más numerosas. Por este motivo, y por la idéntica técnica de definición de estos conceptos en ambos ámbitos, concretamente, a través de definiciones abiertas basadas en una combinación de requisitos configuradores relativamente genéricos, en este trabajo se va a recurrir a las aportaciones procedentes tanto de la disciplina jurídico-privada como, naturalmente, de la jurídico-penal. En efecto, la definición de estos conceptos a partir de la combinación de varios requisitos considerados como configuradores hace posible una discusión interdisciplinar al respecto, sin perjuicio de las oportunas matizaciones que deban hacerse a la hora de concretar definitivamente dichos requisitos en las respectivas ramas del ordenamiento, así como de la propuesta, en un apartado posterior de este trabajo (ver *infra* IV.9), de un criterio de relevancia penal que permita distinguir el concepto penal de secreto empresarial del jurídico-privado.

En esta línea, se van a tener también en cuenta los esfuerzos uniformadores que en materia de secretos empresariales han hecho en los EE. UU. tanto el *American Law Institute* como la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, los cuales han cristalizado en el *Restatement (First) of the Law of Torts*, de 1939 y el *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, y la *Uniform Trade Secrets Act* de 1979, respectivamente. Todos ellos son trabajos que pretenden fomentar la homogeneización de la regulación jurídico-privada de los distintos Estados de la federación. Todos ellos contienen una definición del concepto de secreto empresarial que suele ser una fotografía bastante ajustada de la posición de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias en el momento en que fueron elaborados. Del mismo modo, también se tendrá en cuenta la definición adoptada por la ley penal federal en materia de espionaje industrial: la *Economic Espionage Act*, de 1996.

En fin, en las siguientes páginas se procede a analizar críticamente los requisitos que doctrina y jurisprudencia han barajado como configuradores del concepto de secreto empresarial en nuestro país y en los dos tomados

---

<sup>23</sup> Así ha sido durante el último siglo, desde los §§ 9 y 10 de la Ley contra la competencia desleal de 1896, de 27 de mayo (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG*, en adelante), en los que se introdujeron los primeros tipos de violación de secretos empresariales, de naturaleza estrictamente penal, hasta los §§ 17 a 19 de la vigente UWG, de 3 de julio de 2004.

como referencia. Entre ellos, cabe citar los siguientes: a) que la información esté relacionada con una determinada empresa, con la actividad empresarial de una determinada empresa o, simplemente, con una actividad empresarial; b) que la información sea secreta; c) que el legítimo titular de la información tenga la voluntad de mantenerla bajo reserva; d) que exista un interés objetivo en el mantenimiento de la reserva de la información; e) que la información sea detentada en régimen de exclusividad por el legítimo titular; f) que se hayan adoptado medidas de protección del carácter secreto de la información y; g) que la información sea o haya sido utilizada por quien reclama protección. Veámoslos, con el debido detalle, a continuación.

## **2. Información relacionada con el ejercicio legal de una actividad empresarial**

El primer requisito que los tribunales españoles exigen para otorgar el rango de secreto de empresa a una información es que la misma guarde relación «con la empresa»<sup>24</sup> o «con una actividad empresarial»<sup>25</sup>. En efecto, si convenimos en que el bien jurídico protegido por los delitos comprendidos en los arts. 278 a 280 Cp es el patrimonio individual de los oferentes de un determinado mercado, parece razonable descartar como objeto de protección toda información que no tenga un valor económico para su titular por su trascendencia en la lucha competitiva por el mercado.

Lo que no resulta tan evidente, sin embargo, es a qué se refiere nuestra jurisprudencia cuando, de forma aleatoria, a veces afirma que la información debe guardar relación «con la empresa», y otras que debe hacerlo con una «actividad empresarial». La opción por una u otra formulación puede ser relevante si, como algún sector doctrinal ha apuntado, cuando se habla de información relacionada «con la empresa» lo que se está diciendo es que la

---

<sup>24</sup> Véanse, por ejemplo, las SAP A Coruña de 25 de marzo de 2011, p. Taboada Caseiro; SAP Barcelona de 28 de febrero de 2011, p. Cugat Mauri; SAP Córdoba de 12 de marzo de 2007, p. Vela Torres; SAP Sevilla de 19 de octubre de 2007, p. Carmona Ruano.

<sup>25</sup> Véanse, por ejemplo, el AAP Santa Cruz de Tenerife de 20 de marzo de 2009, p. Mulero Flores y la SAP Barcelona de 10 de mayo de 2006, p. Martín García.

información debe estar en relación con una *determinada empresa*, esto es, debe ser atribuible a un actor en el mercado que opere con la forma de *empresa*<sup>26</sup>.

La consecuencia de tal entendimiento es clara: toda información que guarde relación con una actividad empresarial (la fórmula química de un nuevo producto disolvente, por ejemplo), pero que no pertenezca a un actor en el mercado que tome la forma de una empresa, no será protegible a través del régimen jurídico-penal de protección de los secretos de empresa. De este modo, por muy generoso que se pueda ser a la hora de interpretar los conceptos de «empresa» o «empresario», quedarían fuera del círculo de informaciones objeto de protección las que pertenecieran a todas aquellas personas físicas o jurídicas que actuaran en el mercado –ya fuera de forma actual o potencial– pero que no se organizaran como una empresa: la máquina desarrollada por un trabajador por cuenta ajena en su casa y en su tiempo libre, el nuevo material conductor desarrollado por el personal investigador de una universidad pública, la información comercialmente valiosa titularizada por la misma universidad pública o por funcionarios o administraciones públicas, institutos o centros de investigación, etcétera<sup>27</sup>. Esta postura no puede compartirse.

## 2.1 Secreto de empresa *vs.* secreto empresarial

Si bien la expresión «secreto de empresa» adoptada por el legislador penal<sup>28</sup> invita a pensar que el secreto debe pertenecer o hacer referencia a una determinada empresa, concretamente la que reclama protección, no es menos cierto que no es este el único sentido que puede atribuirse al complemento del nombre «de empresa». Junto al sentido posesorio mencionado, que vendría a concebir el concepto de «secreto de empresa» como el secreto de *una* empresa, el complemento del nombre también puede

---

<sup>26</sup> Así Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 5: «Eine Tatsache muss, um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis zu sein, im Zusammenhang mit einem bestimmten Geschäftsbetrieb stehen, ihm also zuzuordnen sein». En los mismos términos, GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, p. 120-121.

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 11; Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 9; GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, p. 120-121.

<sup>28</sup> El legislador mercantil habla de «secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales», véase art. 13 LCD.

interpretarse en su sentido tipológico, esto es, como indicativo del tipo de información a la que hace referencia el secreto. Así, el concepto de «secreto de empresa» puede entenderse como todo secreto relacionado con la actividad de una empresa o, lo que es lo mismo, como todo *secreto* relacionado con una actividad *empresarial*.

La expresión *secreto empresarial* nos parece la más adecuada para referirnos a la información merecedora de protección en virtud del régimen previsto en los arts. 278 a 280 Cp. Fundamentalmente porque con ella se consigue evitar, al menos en el plano terminológico, la confusión entre *tipología* y *titularidad* de la información que encierra la expresión «secreto de empresa». En este nivel de análisis, en el que tratamos de determinar qué tipo de información, de todo el universo de informaciones existente, merece protección bajo el régimen jurídico-penal de violación de los secretos de empresa, sería analíticamente incorrecto preguntarse por quién es el titular de la misma y si éste puede considerarse (sujeto pasivo) merecedor de protección penal. La delimitación de la información objeto de protección por los tipos penales aquí estudiados debería discurrir al margen de la discusión en torno a la delimitación del círculo de *sujetos pasivos*<sup>29</sup>.

Lo relevante, pues, es que la información esté relacionada con el ejercicio de una actividad empresarial en el mercado, esto es, que guarde relación con la participación competitiva de los oferentes en el mercado (bien jurídico protegido). Naturalmente, el mercado en el que se lleve a cabo dicha actividad empresarial debe ser un mercado legal, pues como es evidente los delitos de violación de secreto empresarial no se dirigen a proteger la competencia económica de mercados ilegales. Tampoco, a proteger las expectativas de ganancia en este tipo de mercados: se trata de posiciones económicas jurídicamente desaprobadas que, por tanto, quedan fuera del concepto jurídico-económico de patrimonio penalmente protegible<sup>30</sup>. Así,

---

<sup>29</sup> La misma crítica en SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 114. También parecen haber advertido la importancia de la distinción WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, pp. 19-20, pues en su manual distingue entre “carácter comercial de la información” (*Gewerblicher Informationscharakter*) y “asignación de la información” (*Informationszuordnung*); MÜKOW/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, § 17 nms. 12-14.

<sup>30</sup> Sobre el concepto de patrimonio penalmente protegible en términos generales, LK-TIEDEMANN, 12ª ed., 2012, § 263 nm. 132; LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2012, §

por ejemplo, nunca podrán ser consideradas secretos empresariales las informaciones secretas y competitivamente valiosas referidas a la producción y/o comercialización de estupefacientes, o a la extracción y tráfico de órganos.

Sin embargo, ¿qué sucede con las prácticas ilegales, secretas y competitivamente valiosas, de una empresa que desempeña sus actividades en un mercado legal? ¿Cabe proteger como secreto empresarial frente a conductas de espionaje o revelación desleal el sistema de evacuación de residuos de una empresa, secreto e ilegal, y que le supone importantes ahorros de producción, lo que la hace más competitiva frente al resto de oferentes del mercado relevante en el que opera?

## 2.2. Información relacionada con el ejercicio ilegal de una actividad empresarial en un mercado legal

La continua expansión del Derecho, especialmente del Derecho penal y administrativo sancionador, con su pretensión de regular una realidad cada vez más amplia y compleja, trae consigo que quienes participan en ella con el ejercicio de una actividad empresarial incurran con mayor facilidad en ilícitos o contravenciones de la numerosa normativa que pretende regularla: desde la normativa en materia medioambiental hasta la relativa a la propiedad intelectual e industrial, pasando por la normativa en materia de competencia o *antitrust*, de competencia desleal, fiscal, laboral, de seguridad y salud en el trabajo, de protección de los consumidores, y tantos otros ejemplos.

Ante este escenario, la discusión en torno a la conveniencia de proteger los llamados “secretos ilícitos” a través del régimen de protección de los secretos empresariales recupera toda su actualidad. Ante un cada vez más factible ejercicio ilegal, aunque solo sea de manera coyuntural, de la actividad empresarial, ¿puede un empresario impedir que un trabajador suyo le delate ante las autoridades o un medio de comunicación al amparo de la normativa en materia de secretos empresariales?

---

266, nms. 165-166; *Schö/Schrö-PERRON*, 29ª ed., 2014, § 263 nms. 78 y ss. En relación con los delitos de violación de secretos empresariales, véanse ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, «Whistleblowing als strafbarer Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen?», *NZWiSt* (9), 2012, pp. 328 y ss.

La doctrina se ha mostrado históricamente dividida a la hora de dar respuesta a esta pregunta. Quienes se muestran partidarios de la protección de la información con contenido ilegal han esgrimido varios argumentos. En primer lugar, a favor de su protección se ha advertido del peligro de *debilitamiento de la confianza dentro de la empresa* en caso de que la información de contenido ilegal no fuera protegida: el trabajador debe poder confiar en que su colaboración con el empresario no es ni ilícita ni constitutiva de delito, lo que se pondría en duda en caso de considerar que el trabajador no tiene un deber de reserva respecto de la información con contenido ilegal, pues, en ese caso, muy probablemente pesaría sobre él un deber de denuncia o una prohibición de colaboración<sup>31</sup>. En segundo lugar, se ha afirmado que el trabajador no puede convertirse *ni en un censor ni en un órgano de control del empresario*, de manera que él mismo determine el alcance de su deber de reserva en función de la adecuación a derecho de los objetos o hechos relacionados con su empresa a los que tenga acceso en el ejercicio de sus funciones. Y ello porque, en caso de error en su apreciación –posibilidad, por lo demás, estimada como muy probable– sería incapaz de reparar a la empresa el incalculable perjuicio causado<sup>32</sup>. En tercer lugar, algunos autores se han preguntado por qué no debe merecer protección jurídica, incluso jurídico-penal, la información con contenido ilícito cuando el Derecho penal también protege al ladrón frente al ladrón, o al estafador frente al estafador, o a las personas físicas en sus secretos íntimos de contenido ilícito (secreto profesional del abogado, por ejemplo)<sup>33</sup>. En este sentido –se dice– tan pronto como se advierte que el bien jurídico protegido por este delito es el patrimonio del empresario „titular“ de la información, resulta evidente que existe un interés en mantener los secretos ilícitos bajo reserva, pues su revelación puede lesionar o poner perfectamente en peligro el bien jurídico

---

<sup>31</sup> SCHRAMM, *Betriebsespionage und Geheimnisverrat*, 1930, p. 7.

<sup>32</sup> El argumento es, originariamente, de NOLTING-HAUF, «Patentverletzung und Geheimnisschutz», *GRUR* (9), 1930 p. 907. Le siguen TÖBBENS, *NStZ* (10), 2000, p. 506; OHLY/Sosnitzka, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 12; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 16.

<sup>33</sup> El argumento es, originariamente, de ROSENTHAL, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 9ª ed., 1969, p. 536 nm. 10. Le siguen, *GmbH-Strafrecht Kommentar*/TIEDEMANN, 2002, § 85 nm. 13; *MiKoUWG*/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 24; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 22 nm. 52; Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 21.



protegido al causar una disminución de las ventas de la empresa por el desprestigio de la actividad ilícita, o incrementar los costes del ejercicio debido a una multa millonaria o debido a la misma prohibición de la práctica ilegal<sup>34</sup>. Obviar el potencial lesivo de este tipo de información sería, en quinto lugar, tanto como vaciar de contenido la distinción entre tipicidad y antijuridicidad penal<sup>35</sup>. A todas estas razones, alegadas de forma recurrente por los partidarios de la protección de los secretos empresariales „ilícitos“ durante el último siglo, se deben añadir dos argumentos más de reciente incorporación. Se trata, por un lado, de los problemas de delimitación conceptual que generaría el hecho de que una misma información pudiera ser considerada secreto empresarial en unas ramas del ordenamiento jurídico (en el orden jurídico-laboral, por ejemplo) y no en otras (en el orden jurídico-penal, por ejemplo). Esto daría lugar, además, a una evidente erosión de la seguridad jurídica en esta materia<sup>36</sup>.

Ni estos argumentos son definitivos, ni la conclusión que pretenden fundamentar es compartible. En primer lugar, a quienes se remiten a la necesidad de garantizar un clima de confianza dentro de la empresa para justificar la protección de la información con contenido ilegal, cabe objetarles que la mejor forma de fomentar dicha confianza entre los trabajadores y el empresario, y entre aquéllos entre sí, es que la actividad empresarial se desarrolle dentro de los más estrictos cauces de la legalidad. Un empresario que no respeta la legalidad, o que no se afana en adecuarse a ella tan pronto como se entera de la existencia de irregularidades dentro de su negocio, difícilmente va a transmitir confianza a sus trabajadores y/o colaboradores. Imponer un deber de secreto respecto de la información empresarial de contenido ilícito difícilmente contribuiría a una mejora de la confianza, más bien a lo que contribuiría sería, en realidad, a generar más confusión. En segundo lugar, a la objeción de que el trabajador no puede convertirse ni en censor ni en controlador de su empresario se le ha criticado que parte de la

---

<sup>34</sup> Así TÖBBENS, *NStZ* (10), 2000, p. 506; *GmbH-Strafrecht Kommentar*/TIEDEMANN, 2002, § 85, p. 231, nm. 13; Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 21; *MiKoUWG*/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 24; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 22 nm. 52.

<sup>35</sup> Véase *MünchKommUWG*/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 24.

<sup>36</sup> Ambos argumentos son de WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 22 nm. 52.

premisa de la incompetencia del trabajador para discernir correctamente lo lícito de lo ilícito. Sin embargo, estas opiniones olvidan que el Derecho penal, en sí mismo, presupone dicha capacidad al ciudadano medio, pues no puede ser de otra manera cuando se yergue como un instrumento director de conductas, esto es, como un medio de control social que confía en la capacidad de adecuación del ciudadano medio a los imperativos de las normas jurídico-penales<sup>37</sup>. Además, el argumento pierde toda su fuerza cuando se advierte que no sólo los empleados por cuenta ajena pueden acceder a este tipo de secretos y revelarlos, sino también terceros ajenos a la empresa<sup>38</sup>. Tampoco las remisiones a la protección penal de conductas, informaciones u objetos ilícitos como la conocida protección del ladrón frente al ladrón, o la protección de los crímenes confesos al abogado, están exentas de réplica. Este argumento se basa, en realidad, en una falacia<sup>39</sup>. Y ello porque se pretende justificar la protección de la información con contenido ilícito por el mero hecho de que, en ocasiones, el Derecho penal protege determinados objetos, informaciones o conductas ilícitas. Sin embargo, como exhaustivamente demuestra RÜTZEL<sup>40</sup>, los supuestos en los que el Derecho penal protege a objetos ilícitos son excepcionales y, en cualquier caso, comparten un denominador común: existe un interés general en la protección de los mismos preponderante respecto del bien jurídico o bienes jurídicos protegidos por las normas infringidas por el objeto ilícito. Así, por ejemplo, la confesión de un crimen a un abogado se protege jurídico-penalmente porque el interés general en la eficacia del derecho fundamental a la defensa (art. 24 CE) prepondera frente al interés –individual y colectivo– en el esclarecimiento del delito. No es este el caso de los delitos de violación de secreto de empresa. No existe ningún interés general en proteger los monopolios (o cuasi monopolios) sobre información competitivamente relevante basada en prácticas ilícitas. El interés general en proteger el patrimonio individual solamente alcanza las posiciones de interés económico no desaprobadas por el ordenamiento jurídico: concepto

---

<sup>37</sup> RÜTZEL, *GRUR* (8/9), 1995, pp. 560-561. Sobre el carácter director de conductas del Derecho penal, véase, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 291-504, pp. 505-656.

<sup>38</sup> GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, pp. 122-123.

<sup>39</sup> Se trata de una falacia de afirmación de consecuente: A es B; C es B; por lo tanto C es A.

<sup>40</sup> *GRUR* (8/9), 1995, pp. 558-560.

jurídico-económico de patrimonio penalmente relevante<sup>41</sup>. Por su parte, el interés general en la competencia económica como institución no requiere la protección de este tipo de información<sup>42</sup>. La competencia económica basada en prácticas ilegales no es ni funcional ni leal, es más bien contraproducente<sup>43</sup>. En quinto lugar, las razones dogmáticas invocadas para justificar la protección de los secretos “ilícitos”, a saber, la necesidad de mantener la distinción entre las categorías de la tipicidad y de la antijuridicidad, tampoco resultan convincentes. Relegar los conflictos surgidos a raíz de las revelaciones de información empresarial ilícita a la categoría de la antijuridicidad no es ni necesario ni conveniente para garantizar la distinción de esta categoría con la de la tipicidad. Básicamente porque la revelación de secretos ilícitos no plantea un conflicto de intereses entre la lesión típica del bien jurídico protegido y los intereses generales o de terceros (cuestión de antijuridicidad), sino que, más bien, lo que sucede es que no existe ni lesión ni puesta en peligro alguna del bien jurídico protegido (ausencia de tipicidad), como se acaba de explicar arriba.

Finalmente, y en sexto lugar, tampoco los *problemas de delimitación* y de *inseguridad jurídica* recientemente advertidos por WESTERMANN justifican una protección *penal* de la información empresarial secreta de contenido ilícito<sup>44</sup>. Por un lado, porque los problemas de delimitación alegados por el autor presuponen que las diferentes ramas del ordenamiento tomarán posturas diferentes frente a este tipo de información, protegiéndola algunos y no haciéndolo otras. Sin embargo, no necesariamente tiene por qué ser así<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, *NZWiSt* (9), 2012, pp. 328 y ss.

<sup>42</sup> BRAENDELIN, *Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse*, 1918, p. 21; Así, TREADWELL, *Der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen*, 1956, p. 28; SCHAFHEUTLE, *Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat*, 1972, pp. 86-87; GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, pp. 122-123; RÜTZEL, *GRUR* (8/9), 1995, pp. 558-560.

<sup>43</sup> Así, BLUM, *MuW*, 1931, p. 478; *HeidelbgKommWettR*/KOTTHOFF/GABEL, 2ª ed., 2005, § 17 nm. 8; MÜLLER, *Der Schutz von Know-how nach dem TRIPS-Übereinkommen*, 2003, p. 34; ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, pp. 359 y ss., 351.

<sup>44</sup> WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 22 nm. 52.

<sup>45</sup> Así, por ejemplo, niega con rotundidad el deber de lealtad de los comerciales en estos casos, TAEGER, *Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1988, p. 165 nota 8: «Die Treuepflicht endet dort, wo das Unternehmen selbst den Boden der

Pero, incluso cuando éste fuera el caso, ¿cuál sería el problema si en el orden penal se considerara que una determinada información no merece ser calificada como secreto empresarial y, en el jurídico-laboral, sí? ¿Acaso no son órdenes jurisdiccionales distintos, en los que se aplican ramas del ordenamiento jurídico con finalidades distintas? ¿Desde cuando las diferentes ramas del ordenamiento jurídico deben dar una respuesta homogénea a un determinado problema? Precisamente, característico del Derecho penal es su carácter fragmentario y su papel de *ultima ratio*<sup>46</sup>, lo que a menudo significa que no interviene donde otras ramas del ordenamiento sí lo hacen<sup>47</sup>.

En cuanto a la seguridad jurídica, parece evidente que no será mayor la conseguida con la protección –penal– de la información empresarial secreta de contenido ilícito, más bien al contrario: lo único a lo que puede contribuir es a incrementar el desconcierto que ya provoca el mero hecho de que la actividad empresarial se desarrolle al margen de la legalidad.

En contra de la protección –al menos de la jurídico-penal– de los secretos empresariales ilícitos, algunos autores han abogado por la aplicación analógica de la cláusula de exclusión de la patentabilidad de las invenciones cuya explotación pueda ser contraria al orden público o a las buenas costumbres, prevista en el § 2 (1) de la *Patentgesetz* alemana, de 16 de diciembre de 1980 y, en nuestro ordenamiento, en el art. 5 (1) de la Ley española 11/1986, de 20 de marzo, de patentes de invención y modelos de

---

Rechtsordnung verlässt» (El deber de lealtad [laboral] termina allí donde la misma empresa abandona el terreno del ordenamiento jurídico). Escépticos, en el ámbito laboral, PREIS/REINFELD, «Schweigepflicht und Anzeigerecht im Arbeitsverhältnis», *Arbeit und Recht* (12), 1989, p. 363.

<sup>46</sup> Por todos, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 4/47 y ss.

<sup>47</sup> Abogan por la exclusión de la protección penal de la información empresarial secreta de contenido ilícito, sin perjuicio de su eventual protección en el ámbito laboral: ELSTER, *GRUR* (1), 1932, p. 34; PREIS/REINFELD, *AuR* (12), 1989, p. 363.

utilidad<sup>48</sup>. Esta es, por lo demás, la postura adoptada por nuestra jurisprudencia<sup>49</sup>.

En conclusión: para que una información pueda ser considerada secreto empresarial, el primer requisito que tiene que cumplir es que esté *relacionada con el ejercicio legal de una actividad empresarial, también legal*.

### 2.3. Ejemplos de información considerada secreto empresarial

En una economía de libre mercado, donde los productos y servicios de ilícito comercio son la excepción, casi cualquier información puede ser *potencialmente* calificable como secreto empresarial<sup>50</sup>. Habrá que ver, en todo caso, si concurren el resto de requisitos configuradores. Por ello, en realidad, cualquier listado o catálogo ejemplificativo de información calificable como secreto empresarial peca, necesariamente, de sobre- e infrainclusión. De sobreinclusión porque a menudo los tipos de información mencionados no van a reunir, en el caso concreto, los requisitos configuradores necesarios para considerar dicha información merecedora de protección. De infrainclusión porque la realidad siempre supera la ficción, más en un ámbito como el de los secretos empresariales, en el que las informaciones objeto de litigio suelen tener pretensiones de ser innovadoras, aunque la novedad no sea requisito necesario para calificar como secreto empresarial (ver *infra* IV.3 y .4).

La información calificable como secreto empresarial se clasifica en tres subgrupos o categorías, en función de la faceta o sector de actividad empresarial al que se refieran. Así, se distingue entre los secretos industriales, los comerciales y los organizativos, relacionales o de gestión. Se consideran *secretos industriales* todas aquellas informaciones que hacen referencia al sector técnico o productivo de la actividad empresarial. Bajo el concepto de *secreto*

---

<sup>48</sup> En este sentido, KISSLING, *Der nach § 17 UWG strafbare Verrat von Geschäftsgeheimnissen*, 1957, pp. 34-35; PREIS/REINFELD, *AuR* (12), 1989, p. 363.

<sup>49</sup> Véanse la STS de 12 de mayo de 2008, ponente Monterde Ferrer (FJ 1º). Le siguen el AAP Burgos de 31 de marzo de 2011, p. Marín Ibáñez y la SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes.

<sup>50</sup> Por todos, WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 2 nm 4: «Das Know-how-Schutzregime erfasst also ohne Beschränkung von Gestalt und Umfang «Kenntnisse, Erfahrungen und Informationen aller Art»».

*comercial* se incluye toda la información relacionada con la comercialización del producto o servicio objeto de la actividad empresarial. Y, con la etiqueta de *información organizativa, relacional o de gestión* se conoce toda la información relativa a la esfera interna de la sociedad (situación financiera, fiscal, recursos humanos, etc.), la relativa a la interacción de la empresa con los demás agentes del mercado (información contractual, licencias, etc.), así como la relativa a la dirección o gestión del negocio.

Si bien esta clasificación tripartita de la información es comúnmente aceptada por nuestros operadores jurídicos<sup>51</sup>, es importante advertir que solo se lleva a cabo a los meros efectos expositivos, pues a menudo puede resultar difícil –cuando no imposible– trazar una verdadera frontera entre dichas clases de información<sup>52</sup>. Precisamente, algunos autores prescinden de la categoría relativa a la información organizativa, relacional o de gestión como categoría autónoma, pues integran este tipo de información bajo el concepto de secreto comercial<sup>53</sup>.

Además, es lugar común tanto en la doctrina como en la jurisprudencia entender que, por lo que a merecimiento de protección se refiere –ya sea jurídico-penal, ya sea jurídico-privada–, la distinción entre los diferentes tipos

---

<sup>51</sup> Entre la jurisprudencia, a mero título de ejemplo: AAP Barcelona de 8 de octubre de 2008, p. Segura Cros; AAP Barcelona de 24 de julio de 2008, p. Rodríguez Santamaría; AAP Madrid de 18 de octubre de 2007, p. Perdices López; AAP Castellón de la Plana de 15 de mayo de 2006, p. Garrido Sancho; SAP Granada de 24 de octubre de 2006, p. Ginel Pretel. Entre la doctrina, véanse, por todos, GÓMEZ SEGADE, «Secreto industrial», en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, p. 6084; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, pp. 25 y ss.

<sup>52</sup> En este sentido, ya THANNER, *Der Schutz gegen Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 1910, p. 34. Más recientemente, GK-UWG/OTTO, 1991, § 17 nm. 10. De hecho, los autores estadounidenses prescinden por completo de esta clasificación, optando por enumeraciones totalmente tópicas: véase, por todos, MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.09.

<sup>53</sup> Así MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, 1999, pp. 385-386; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, p. 492. Esta es la opción tomada por doctrina y jurisprudencia alemanas: por todos, véase Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nms. 4-4a y 12.

de información es del todo irrelevante, considerándose todos merecedores del mismo grado de protección<sup>54</sup>.

El consenso no es absoluto. Como veremos con mayor detalle más adelante (*infra* IV.9.3.a)), algunos autores consideran que la información organizativa, relacional o de gestión, por su menor valor añadido en términos de innovación y desarrollo, no merece ser objeto de protección *penal*<sup>55</sup>.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos de informaciones que han sido calificadas como secretos empresariales, ya sea por la doctrina<sup>56</sup>, ya sea por la jurisprudencia. Baste con advertir, en todo caso, que los catálogos que siguen en ningún caso eximen de que, en cada caso concreto, se verifiquen uno por uno los requisitos configuradores necesarios y suficientes para calificar a la información correspondiente como secreto empresarial. Con un perfil predominantemente técnico-industrial se han considerado secretos empresariales el proceso de producción o ensamblaje de un determinado producto<sup>57</sup>, planos, diseños y mediciones de construcción<sup>58</sup>, investigaciones

---

<sup>54</sup> En España, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 192; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 28. En Alemania, Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nms. 4-4a y 12; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 10 y 20; BURGSTALLER, en RUPPE (ed.), *Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben*, 1980, pp. 12-13. En los EE.UU., por todos, MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.09[8], p. 1-615.

<sup>55</sup> CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, pp. 143, 251-252.

<sup>56</sup> En Alemania, por todos, Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 12. En España, por todos, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 117-120; CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN, «Secreto de empresa», en BOIX REIG (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, p. 854 y ss; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, 1999, pp. 385-386 nm. 4. En los EE. UU., por todos, MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.09.

<sup>57</sup> Así, por ejemplo, en Alemania las sentencias del BGH 21.12.1962 – *Industrieböden* (GRUR 1963, p. 367); BGH 7.11.2002 – *Präzisionsmessgeräte* (GRUR 2003, p. 628). En los EE. UU., véase la sentencia del caso *SI Handling Systems, Inc. vs. Michael E. Heisley et al.*, 753 F.2d 1244 (U.S. Court of Appeals, 3<sup>rd</sup> Circuit, 27 de febrero de 1985). En nuestro país, el AAP Madrid de 7 de julio de 2010, p. Carmena Castrillo considera secreto empresarial la previsión de la cosecha de adormideras.

<sup>58</sup> En Alemania las sentencias del BGH 10.07.1963 – *Petromax II* (GRUR, 1964, p. 31); BGH 19.11.1982 – *Stapel-Automat* (GRUR 1983, p. 179). En los EE. UU., véase

físicas y/o químicas, interpretación y evaluación de los test y protocolos, libros de modelos y muestras para nuevos productos, en especial fórmulas<sup>59</sup>, la información relativa al producto mismo, o a su reparación, su mantenimiento o utilización óptima, así como la información relativa a la forma de prestar un determinado servicio, o la relativa al servicio mismo, el sistema de almacenamiento (*stocks*) o de producción, la configuración del centro de trabajo, nuevos usos para productos o ingredientes comunes y disponibles por el público<sup>60</sup>, los ingredientes de una receta<sup>61</sup>, un programa de ordenador o software<sup>62</sup>, especificaciones respecto del mismo o, incluso, el modo como dos programas de ordenador no secretos interactúan<sup>63</sup>.

Entre la información con un perfil más comercial, se han considerado constitutivos de secreto empresarial, aunque no siempre de forma pacífica,

---

la sentencia *United States vs. Lange*, 312 F.3d 263 (U.S. Court of Appeals, 7<sup>th</sup> Circuit, 26 de noviembre de 2002).

<sup>59</sup> En Alemania, las sentencias del BGH 7.11.2002 – *Präzisionsmessgeräte* (GRUR 2003, p. 628); BGH 12.02.1980 – *Pankreaplex II* (GRUR 1980, p. 750). En los EE. UU., las sentencias de los casos *United States vs. Prince Kumar Arora*, 860 F. Supp. 1091, 1099 (D. Md. 1994), confirmada por la *United States vs. Prince Kumar Arora*, 56 F.3d 62 (U.S. Court of Appeals, 4<sup>th</sup> Circuit, 25 de mayo de 1995); *Pioneer Hi-Bred Int'l vs. Holden Found. Seeds, Inc.*, 35 F.3d 1226 (U.S. Court of Appeals, 8<sup>th</sup> Circuit, 12 de julio de 1994); *Metallurgical Industries, Inc. vs. Fourtek, Inc.*, 790 F.2d 1195 (U.S. Court of Appeals, 5<sup>th</sup> Circuit, 2 de junio de 1986).

<sup>60</sup> En los EE. UU., véase la sentencia del caso *Organic Chemicals, Inc. vs. Carroll Products, Inc.*, 1981 U.S. Dist. LEXIS 9997 (U.S. District Court, West District of Michigan, 7 de mayo de 1981).

<sup>61</sup> En los EE. UU., véase la sentencia del caso *Coca-Cola Bottling Co. vs. Coca-Cola Co.*, 107 F.R.D. 288 (U.S. District Court, District of Delaware, 20 de agosto de 1985).

<sup>62</sup> En Alemania, véanse las sentencias del BGH 10.11.1994 – *Computerbetrug (wistra* 1995, p. 105); BGH 17.03.1992 – *Kundenadressen als Geschäftsgeheimnis* (CR 1993, p. 236); BayObLG 28.8.1990 – *Geldspielautomat* (GRUR 1991, p. 694).

<sup>63</sup> En los EE. UU., véanse las sentencias *Rivendell Forest Products Ltd. vs. Georgia-Pacific Corp. and Timothy L. Cornwell*, 28 F.3d 1042 (U.S. Court of Appeals, 10<sup>th</sup> Circuit, 30 de junio de 1994); *Integrated Cash Management Services, Inc. et al. vs. Digital Transactions, Inc. et al.*, 920 F.2d 171 (U.S. Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circuit, 4 de diciembre de 1990); *Aries Information Systems, Inc. vs. Pacific Management Systems Corp.*, 366 N.W.2d. 366 (Minnesota Court of Appeals, 23 de abril de 1985).



los listados de clientes<sup>64</sup>, el catálogo de productos, precios y novedades de una determinada empresa para la campaña de Navidad<sup>65</sup>, las ofertas realizadas a determinados clientes<sup>66</sup>, listados de productos catalogados con todas sus referencias<sup>67</sup>, listados de vendedores<sup>68</sup>, la oferta que una empresa quiere presentar en un concurso público<sup>69</sup>, cálculos y estrategias de mercado<sup>70</sup>, listados de proveedores<sup>71</sup>, la estrategia comercial y la política de ventas<sup>72</sup> o también los anuncios y campañas publicitarias<sup>73</sup>.

En cuanto a la información organizativa, relacional o de gestión, se han considerado constitutivas de secreto empresarial, también de forma controvertida<sup>74</sup>, las partidas contables<sup>75</sup>, los memorándums internos<sup>76</sup>, el

---

<sup>64</sup> En este sentido véanse la SAP Zaragoza de 16 de octubre de 2008, p. Arriero Espes y la SAP Granada de 2 de febrero de 2007, p. Saenz Soubrier, y los autos AAP Barcelona de 20 de octubre de 2009, p. Benlloch Petit; AAP Madrid de 6 de octubre de 2008, p. Sainz de Robles Santa Cecilia; AAP Donostia-San Sebastián de 19 de febrero de 2007, p. Unanue Arratibel.

<sup>65</sup> SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. López y López de Hierro; SAP Granada de 24 de octubre de 2006, p. Ginel Pretel. En contra de considerar secreto empresarial los listados de precios de venta al público el AAP Madrid de 23 de septiembre de 2009, p. Rodríguez González-Palacios.

<sup>66</sup> AAP Barcelona de 15 de mayo de 2009, p. Benlloch Petit.

<sup>67</sup> SAP Granada de 2 de febrero de 2007, p. Saenz Soubrier.

<sup>68</sup> SAP Granada de 2 de febrero de 2007, p. Saenz Soubrier.

<sup>69</sup> AAP Madrid de 18 de octubre de 2007, p. Perdices López.

<sup>70</sup> SAP Oviedo de 14 de julio de 2003, p. Vázquez Llorens.

<sup>71</sup> AAP Madrid de 6 de octubre de 2008, p. Sainz de Robles Santa Cecilia.

<sup>72</sup> STS, Sala 1ª, de 21 de octubre de 2005, p. Corbal Fernández.

<sup>73</sup> En Alemania, las sentencias del OLG München 26.10.1995 – *Kleinanzeige* (NJW-RR 1996, p. 1134) y del BayObLG 25.9.2000 – n.c. (NSiZ 2001, p. 202).

<sup>74</sup> A favor de considerarla calificable como secreto empresarial véanse el AAP Barcelona de 8 de octubre de 2008, p. Segura Cros; AAP Barcelona de 24 de julio de 2008, p. Rodríguez Santamaría; AAP Madrid de 18 de octubre de 2007, p. Perdices López; AAP Castellón de la Plana de 15 de mayo de 2006, p. Garrido Sancho.

<sup>75</sup> SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes. En contra de que la información financiera y contable pueda calificar como secreto empresarial véanse el AAP Murcia de 18 de noviembre de 2009, p. Jover Carrión; AAP Santa Cruz de Tenerife de 20 de marzo de 2009, p. Mulero Flores; AAP Bilbao de 13 de junio de 2008, p. Erroba Zubeldía.

<sup>76</sup> SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes

organigrama de la empresa<sup>77</sup>, la forma de organizar un negocio<sup>78</sup>, la información financiera y fiscal de la empresa, un proceso de negociación con terceros, el listado de agentes comerciales de una empresa en un determinado territorio y su volumen de ventas, planes estratégicos, análisis sobre rendimiento laboral y políticas de promoción interna, etc.<sup>79</sup>

### 3. La ausencia de notoriedad de la información

#### 3.1. Introducción

El carácter secreto de la información es un requisito fundamental y complejo del concepto de secreto empresarial, con importantes implicaciones que no siempre son expuestas con el suficiente orden y claridad. A pesar de que no siempre se emplee la misma terminología para hacer referencia a esta cualidad de la información, pues a veces se habla del “carácter oculto”<sup>80</sup> de la información, o de su “ausencia de notoriedad”<sup>81</sup>, en realidad siempre se está hablando de lo mismo: de que la información no sea *generalmente* conocida. Pero no nos confundamos. Que la información, para ser considerada secreta, no pueda ser generalmente conocida, no significa que solamente pueda estar en la mente de su legítimo titular (*secreto absoluto*). De otro modo, la prohibición penal de las conductas de disposición desleal de secreto empresarial del art. 279 Cp no tendría sentido, pues parte de la base de que no sólo el titular del secreto conoce la información. Conductas que, por lo demás, también prohíbe el art. 13 LCD, así como todos los regímenes jurídico-penales y jurídico-privados de protección de los secretos empresariales de los países de nuestro entorno jurídico-cultural. Se parte, en efecto, de un concepto *relativo* de secreto empresarial<sup>82</sup>. Lo que significa que

---

<sup>77</sup> SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes

<sup>78</sup> STS, Sala 1ª, de 21 de octubre de 2005, p. Corbal Fernández

<sup>79</sup> Para un listado exhaustivo de ejemplos véase MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.09.

<sup>80</sup> Con estos términos GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, p. 187 y ss.

<sup>81</sup> Con estos términos BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 526 nm. 200 y ss.; CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, p. 237 y ss.

<sup>82</sup> Por todos, en España, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 35; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 126. Por todos, en Alemania, THANNER, *Der Schutz gegen Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*,

la información puede ser conocida por más de una persona y, por tanto, que su carácter secreto depende de cuál sea el público relevante. Ello, junto a otras cuestiones determinantes de la frontera entre lo público y lo secreto a efectos *jurídicos*, debe determinarse normativamente. La cuestión es con qué criterio.

A mi juicio, a los efectos de interpretar los delitos de violación de secreto empresarial, la respuesta debe buscarse en el bien jurídico-penal que pretenden proteger estas figuras. Como en su momento se fundamentó (*supra* III.), en esta investigación se considera que dicho bien es el patrimonio individual, en particular, las expectativas objetivas de ganancia en el ejercicio lícito de una actividad empresarial. Siendo esto así, el criterio normativo para determinar la frontera entre lo público y lo secreto debe ser la posibilidad de frustrar expectativas objetivas de ganancia con la violación del secreto empresarial. Ello solamente será posible cuando la información obtenida, revelada o explotada ilegítimamente no sea de fácil acceso, por vías legítimas, para el competidor medio (actual o potencial) del mercado relevante.

Con lo dicho se ha revelado ya la tesis defendida en este trabajo en relación con el contenido del requisito configurador del concepto de secreto empresarial que ahora nos ocupa. En lo que sigue se ahondará, en primer lugar, en las implicaciones del carácter relativo del concepto de secreto del que parten los regímenes jurídicos de protección del secreto empresarial tanto nacionales como extranjeros (3.2). En segundo lugar, se analizarán críticamente algunos criterios legal, doctrinal o jurisprudencialmente utilizados para distinguir lo público de lo secreto (3.3). En tercer lugar, se concretará el modelo de distinción aquí defendido (3.4). Por último, se realizarán algunas consideraciones probatorias en relación con este requisito configurador (3.5).

### 3.2 El carácter *relativo* del secreto

---

1910, p. 37; ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, p. 8 y ss.. Por todos, en los EE. UU., POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[2], p. 4-25; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.07.

Una buena forma de exponer ordenadamente cuales son el sentido y las consecuencias de exigir solamente el secreto relativo de la información es comparar este requisito con el de *novedad* propio del Derecho de patentes (arts. 4, 6.1 Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes de invención y modelos de utilidad. LPat, en adelante). Veamos, a continuación, y de forma sucinta, cuáles son los requisitos de patentabilidad previstos por nuestra Ley de patentes –en su mayor parte compartidos con la normativa de patentes de los países de nuestro entorno jurídico-cultural<sup>83</sup>–, para analizar, después, las similitudes y diferencias entre los requisitos de novedad (invención patentable) y de carácter secreto de la información (secreto empresarial).

La patente se concede sobre una invención. Como los secretos empresariales, las invenciones consisten en información, aunque la de las invenciones se limita, en principio, a la de carácter técnico. Para obtener el derecho de patente sobre una invención es preciso que ésta sea susceptible de ser patentable por razón de la *materia* (existe un listado de materias expresamente excluidas por el legislador, arts. 4 y 5 LPat), que sea *nueva*, que implique una *actividad inventiva* (art. 4 LPat) y que se cumpla con una serie de *requisitos formales* en la solicitud (arts. 21 y ss. LPat). El requisito de patentabilidad por razón de la *materia* es, en cierta medida, equivalente al requisito del carácter empresarial de la información para que la misma pueda ser calificada como secreto empresarial. El que ahora interesa es el requisito de *novedad*.

Para que una invención pueda ser patentada es necesario que sea nueva, esto es, que no esté comprendida en el *estado de la técnica* (art. 6.1 LPat). Lo que debe entenderse por *estado de la técnica* nos lo aclara el mismo legislador en el apartado inmediatamente posterior: «todo lo que antes de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio». Esta noción de novedad, unificada en los países de nuestro entorno

---

<sup>83</sup> Art. 1 del Convenio sobre la Unificación de Ciertos Elementos del Derecho de Patentes de Invención, adoptado el 27 de noviembre de 1963 en Estrasburgo, del que España no es parte pero sí la mayoría de los países de nuestro entorno territorial y jurídico-cultural.

territorial y cultural<sup>84</sup>, es de carácter *absoluto*. Esto significa lo siguiente: en primer lugar, que el juicio es *territorialmente ilimitado*. La comprobación de si la invención ya existía antes de la presentación de solicitud de patente abarca cualquier lugar del mundo, por remoto que sea respecto del lugar donde se pretende explotar la invención. En segundo lugar, significa que la información puede pasar a formar parte del estado de la técnica (divulgación)<sup>85</sup> *por cualquier medio*. Así, eliminan el carácter novedoso de la invención tanto la previa descripción de la misma en un soporte escrito o bibliográfico (registros, libros, diseños, revistas especializadas), independientemente de la antigüedad de los mismos, como su uso previo por cualquier persona o empresa, así como su descripción oral (costumbres) o por cualquier otro medio imaginable<sup>86</sup>. Los únicos límites en este sentido van a ser los derivados de la carga de la prueba que, bien es cierto, no van a ser pocos. De todas maneras, las implicaciones de un baremo de novedad tan estricto son obvias.

El concepto de secreto empresarial contiene un juicio equivalente al de *novedad* propio del Derecho de patentes. Se trata del aquí analizado *juicio de notoriedad* inherente al requisito del carácter secreto de la información. Sin embargo, y de ahí la importancia de la comparación, la principal diferencia radica en el alcance de este juicio. Si en el ámbito del Derecho de patentes hemos dicho que el juicio era de carácter *absoluto*, con todo lo que ello implicaba, en el régimen de los secretos empresariales el juicio es de carácter *relativo*<sup>87</sup>. De este modo, el hecho de que la información sea conocida o

---

<sup>84</sup> En su art. 4, el Convenio sobre la Unificación de Ciertos Elementos del Derecho de Patentes de Invención establece una noción de novedad absoluta, como la del art. 6.2 LPat.

<sup>85</sup> *Divulgación* es el término empleado en el ámbito del Derecho de patentes para hacer referencia al fenómeno consistente en que una determinada invención pasa a formar parte del estado de la técnica.

<sup>86</sup> CORNISH/LLEWELYN/APLIN, *Intellectual Property*, 8ª ed., 2013, p. 187 y ss.

<sup>87</sup> En España, por todos, BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 523 nms. 185 y ss., 188; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 126 nota 329. En Alemania, por todos, ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, pp. 8-21, 35-37; CALMANN, *Der unlautere Wettbewerb. Kommentar*, 2ª ed., 1932, p. 530 nm. 4e. En los EE. UU., por todos POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[2], p. 4-26; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.07[2].

utilizada en un territorio alejado respecto del mercado relevante no va a eliminar, automáticamente, el carácter secreto de la información. Por el contrario, el alcance territorial del juicio se limita al del mercado relevante y al de territorios con influencia en aquél.

Así, por ejemplo, en Alemania se ha considerado secreta una invención patentada en los EE. UU.<sup>88</sup>

Del mismo modo, el carácter secreto de la información tampoco se va a considerar destruido ante cualquier tipo de revelación de la información. Al contrario: tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias son constantes en este sentido, insistiendo en que se trata de un juicio de carácter fáctico-probatorio que debe realizarse caso por caso<sup>89</sup>.

Así, por ejemplo, suele afirmarse que no tiene por qué destruir necesariamente el carácter secreto de una información un supuesto de acceso o revelación desleal<sup>90</sup>. O el hecho de enseñar muestras o modelos secretos a potenciales clientes<sup>91</sup>. O el supuesto de que el pasajero de un tren encuentre un maletín con documentos

---

<sup>88</sup> Así, véase la sentencia del BGH 16.10.1962 – *Kieselsäure* (GRUR 1963, p. 207). Comparten la postura del BGH, por todos, Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 13; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 14.

<sup>89</sup> En España, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 135; GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial*, 1974, p. 191. En Alemania, Achenbach/Ransiek/EBERT-WEIDENFELLER, *HdbWirtStfR*, 3ª ed., 2012, nm. 69; OHLY/Sosnitzka, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 8; *MüKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nms. 15-18, 16; Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nms. 12 y 14; SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1997, p. 137; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 13; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 219 nm. 307. En los EE. UU., POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[3], p. 4-34; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.03, pp. 1-263 a 1-266; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 85.

<sup>90</sup> Así, la sentencia del BayObLG 25.9.2000 – n.c. (NStZ 2001, p. 202). Entre la doctrina *MüKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 16.

<sup>91</sup> Así, véanse las sentencias del RG 13.4.1912 – *Muster englischer Tuchstoffe* (*MuW* 1911/1912, pp. 473); RG 2.7.1909 – *Renaissancemöbelmuster mit Preisverzeichnis* (RGSt 42, p. 394) y la del BGH 13.12.1977 – *Hydraulischer Kettenbandantrieb* (GRUR 1978, p. 297). Entre la doctrina *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 14. MÖHRENSCHLAGER, en Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 9.

que contienen secretos empresariales y los muestre a sus conocidos, sin que ninguno de ellos sea competidor del legítimo titular<sup>92</sup>.

Todo ello puede fundamentarse con el criterio normativo del que aquí se parte para determinar el carácter secreto de la información a los efectos de los delitos de violación de secreto empresarial, a saber, la posibilidad de frustrar expectativas de ganancia con la violación del monopolio (o cuasi monopolio) de la información. Esta posibilidad no desaparece cuando la información es conocida por otras personas además de su legítimo titular. Pero, naturalmente, la admisión del carácter relativo del secreto de la información plantea una pregunta ineludible: ¿dónde se encuentra la frontera entre lo público y lo secreto?

### 3.3 Criterios incorrectos de delimitación entre lo *público* y lo *secreto*

Existen dos criterios de distinción de lo público y lo secreto tan intuitivos como incorrectos. Se trata de los criterios basados en el *número* de personas que conocen la información y los basados en el *tipo* de personas que conocen la información.

#### a) Criterios cuantitativos

Si el paradigma de información secreta es aquella que tan solo es conocida por una sola persona (secreto absoluto), lo intuitivo es pensar que el límite entre el secreto relativo y la información considerada pública se encuentra en el *número de personas* que conocen la información: si los conocedores son pocos, la información podrá considerarse secreta. Si son muchos, más bien estaremos ante un secreto a voces. Esta sería la idea latente en el requisito de que la información no sea generalmente conocida, exigido por la definición propuesta en la *Section* 1(4)i de la UTSA, en la del art. 1(1)(i)(i) del Reglamento (UE) n° 316/2014, de la Comisión, o en la del mismo art. 39.2 a) ADPIC.

La delimitación entre lo público y lo secreto en función de la cantidad de personas que conocen la información es la más intuitiva, la más recurrente y,

---

<sup>92</sup> Así, Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 7a. Con la misma idea POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[3][f].

no obstante, la menos exitosa. Prueba de ello es que antiguamente<sup>93</sup> —y aún hoy<sup>94</sup>— se afirmaba que para que una información pudiera ser calificada como secreta debía ser conocida por un número limitado de personas. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia mayoritarias nunca han concretado esta idea en un número determinado de personas como criterio de delimitación entre lo público y lo secreto. Y ello porque salta a la vista que establecer límites cuantitativos concretos puede resultar absolutamente arbitrario. Así, fijar un número o porcentaje concreto de trabajadores o competidores que pueden conocer la información sin que la misma pierda su carácter secreto, solo puede dar lugar a injusticias materiales, pues a menudo obligaría a tratar igual lo que es distinto si se tiene en cuenta que cada mercado y cada competidor tienen sus propias particularidades, generalmente relevantes a los efectos de determinar si la información sigue siendo desconocida por una parte significativa de los competidores<sup>95</sup>.

Piénsese, por ejemplo, en una empresa organizada de forma horizontal, con personal altamente cualificado y con una división del trabajo basada en estrictos criterios de especialidad. En un caso como el descrito, probablemente la mayoría, si no todos los integrantes de la empresa, necesitarán conocer la información reservada de ésta, pues todos contribuyen a su desarrollo. Luego la introducción de límites cuantitativos concretos al número de trabajadores que pueden conocer la información resulta claramente injusta. En esta misma línea, adviértase que en los EE. UU. se ha llegado a considerar secreta una información que su legítimo

---

<sup>93</sup> Véanse, por ejemplo, THANNER, *Der Schutz gegen Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 1910, pp. 35-39; RINGIER, *Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse*, 1923, p. 22; BAUMBACH, *Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, 1929, p. 452 nm. 4.

<sup>94</sup> Así, por ejemplo, WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 222. En nuestra jurisprudencia, por ejemplo, AAP Barcelona de 18 de enero de 2010, p. Planchat Teruel.

<sup>95</sup> Contempla la posibilidad de que el número de conocedores de la información sea muy elevado, sin necesidad de que la información pierda su carácter secreto ya BRAENDELIN, *Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse*, 1918, p. 26, en relación con grandes empresas. En general, en contra de criterios cuantitativos, en la doctrina alemana THIELE, *Das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis in § 17 UWG*, 1934, p. 5; TREADWELL, *Der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen*, 1956, p. 13 y s.; Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3<sup>a</sup> ed., 2013, § 17 nm. 3. En la española, por todos, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 126 y ss. En la jurisprudencia alemana RGSt 38/108 y ss.; RGSt 40/407.



titular comunicó a más de cuatro mil clientes, en la medida en que las circunstancias del caso así lo exigían<sup>96</sup>.

Por este motivo, las propuestas en sentido cuantitativo se han hecho de modo más bien complementario, como límites o correctivos a los criterios de delimitación generales. Así, por ejemplo, la propuesta de TROLLER<sup>97</sup>, quien, después de reconocer que la cuestión de si la información ha alcanzado el carácter público es algo que debe decidirse caso por caso, sostuvo que, de todas formas, cuando la información fuera conocida por más de la mitad de los competidores de un determinado mercado, la información no podría ser considerada secreta. La propuesta resulta insostenible por muy razonable que pueda parecer en un primer momento. Solo hace falta pensar en un mercado oligopólico en el que más de la mitad de los competidores conocen la información, tres de cinco, por ejemplo, pero los otros dos que la desconocen ostentan unas cuotas de mercado que sumadas representan más del 50% del mercado relevante. Evidentemente, en un caso como el descrito tiene sentido que la información siga siendo considerada secreta, pues un sector importante del mercado la desconoce, aunque desde la perspectiva del número de participantes sean minoría.

A favor de TROLLER podría alegarse que su propuesta yerra en el rasgo concreto tomado como referencia para determinar la relación de fuerzas entre conocedores y desconocedores de la información: el *carácter de participante* del conocedor de la información en el mercado, pero no en la intuición de fondo. Si el rasgo adoptado fuera la *cuota de mercado* ostentada por el conocedor de la información, el límite de TROLLER sería correcto: la información dejaría de ser secreta cuando los conocedores de la información fueran mayoría en términos de poder de mercado. Pero tampoco esta matización consigue salvar al límite cuantitativo. Baste con imaginar un mercado en el que dos oferentes conocen la información, que mantienen bajo secreto. Uno ostenta una cuota de mercado del 15%, y el otro del 36%. Desde la perspectiva apuntada, más de la mitad del “mercado” conocería la

---

<sup>96</sup> *Data General Corp. vs. Digital Computer Controls, Inc.*, 357 A.2d 105 (Court of Chancery of Delaware, New Castle County, 7 de noviembre de 1975). En términos similares, véase, también, *Religious Technology Center et al. vs. Netcom On-Line Communications Services, Inc. et al.*, 923 F. Supp. 1231 (U.S. District Court, Northern District of California, 22 de septiembre de 1995).

<sup>97</sup> TROLLER, *GRUR* (8/9), 1958, p. 386.

información, aunque en realidad solamente la conocerían los dos empresarios mencionados, frente al resto de competidores: uno, dos, cuatro, siete o veinte, pero que, entre todos, no controlarían más del 49% del mercado relevante. Naturalmente, en tal caso no tendría ningún sentido considerar que la información es pública, puesto que, precisamente, podría ser una de las razones por las que los dos titulares de la misma ostentan una posición tan ventajosa en el mercado, en el que existiría una verdadera situación de competencia entre todos los participantes. Incluso en el caso de que los titulares de la información ostentaran cuotas de mercado del setenta o del ochenta por ciento tendría sentido seguir hablando de *secreto* empresarial: la información sería desconocida por los *potenciales* competidores, que si la conocieran o tuvieran la oportunidad de conocerla podrían tener buenas razones para decidir entrar en el mercado y disputar las cuotas de mercado de los titulares de la información.

En vista de la criticable arbitrariedad que cabe predicar de los criterios cuantitativos concretos de delimitación, las propuestas doctrinales que han querido mantener un toque cuantitativo en su formulación han tenido que optar por formulaciones extremadamente vagas e imprecisas. Este es el caso, por ejemplo, de la fórmula del «círculo cerrado y restringido de personas con el interés común de mantener la información bajo secreto», firmada por Eb. SCHMIDT<sup>98</sup> y acreedora de importantes seguidores hasta nuestros días<sup>99</sup>. Sin embargo, el problema de estas fórmulas radica, precisamente, en que su vaguedad e indeterminación no consiguen aportar límite practicable alguno entre lo público y lo secreto<sup>100</sup>.

#### b) Criterios cualitativos erróneos

Otro intuitivo criterio de distinción es el basado en el *tipo de personas* que conocen la información. En una primera aproximación parece razonable excluir el carácter secreto cuando la información es conocida por un

---

<sup>98</sup> Eb. SCHMIDT, en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, p. 122 y ss.

<sup>99</sup> Véanse, por ejemplo, Achenbach/Ransiek/EBERT-WEIDENFELLER, *HdbWirtStrfR*, 3ª ed., 2012, nm. 68; WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 222.

<sup>100</sup> En este sentido, véanse las críticas de SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 122-131; ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, p. 37 y ss.

competidor o por un tercero sin deber de guardar reserva. En efecto, parece chocante la idea de considerar constitutiva de secreto empresarial la información de un oferente en el mercado que es, a su vez, conocida por alguno o algunos de sus *competidores*. Sin embargo, el acceso a la misma por aquellos competidores que la desconocen puede frustrar expectativas objetivas de ganancia para el que la detenta. De ahí que históricamente la doctrina española, así como la doctrina y jurisprudencia alemanas y estadounidenses, vengán entendiendo desde hace décadas que la información sigue siendo secreta a pesar de que sea conocida por varios competidores en un mismo mercado, siempre y cuando estos también mantengan su carácter reservado respecto de los demás competidores y actores<sup>101</sup>.

La doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, seguida de forma mayoritaria por la jurisprudencia (penal) menor, constituye una inusual excepción en este sentido. Así, exige que la información sea detentada por su legítimo titular en régimen de *exclusividad* (ver *infra* IV.6). No obstante, una comprensión tal del concepto de secreto empresarial choca frontalmente con el común y acertadamente aceptado carácter *relativo* del secreto de la información.

Mientras la información no sea fácilmente accesible al competidor medio existirán razones objetivas para que su legítimo poseedor tenga expectativas de ganancia con su detentación. Por ello, también tiene sentido considerar que no se ha destruido el carácter secreto de la información incluso cuando es conocida por alguien que no tiene el interés ni la intención de mantenerla en secreto. Todo dependerá de si tiene o no la capacidad suficiente para difundirla en el mercado relevante y convertirla en fácilmente accesible para el resto de los actores de dicho mercado<sup>102</sup>. Del mismo modo, también tiene sentido afirmar que la revelación excepcional de la información a un grupo

---

<sup>101</sup> En España, por todos, BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 523 nms. 185 y ss., 188; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 126 nota 329. En Alemania, por todos, ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, pp. 8-21, 35-37; *MünchKommUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nms. 17 y 18, con referencias jurisprudenciales. En los EE. UU., por todos POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[2], p. 4-26; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.07[2], ambos con referencias jurisprudenciales.

<sup>102</sup> WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 16 nm. 36; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.07.

de personas en una exposición promocional no tiene por qué implicar, necesariamente, su ingreso al dominio público<sup>103</sup>.

Si la violación del secreto empresarial puede frustrar expectativas de ganancia incluso cuando es conocida por un competidor o por un tercero sin interés en mantenerla bajo reserva, con más razón podrá frustrarlas cuando los únicos que la conocen, además del titular, son quienes trabajan o negocian con él. Por ello, tampoco en este sentido se han propuesto límites ni desde la doctrina ni desde la jurisprudencia. La información se considera secreta tanto si los que la conocen le deben un deber legal de lealtad al titular (el trabajador por cuenta ajena, por ejemplo), como si se trata de personas ajenas a su círculo de confianza legalmente garantizado. Cuestión distinta es que, para evitar que la información devenga notoria o generalmente conocida, el titular tenga que preocuparse de arrancar un compromiso de confidencialidad a quienes, no debiéndole un deber legal de reserva, acceden a la información de forma legítima. Pero esto ya no tiene que ver con el *tipo* de personas que pueden conocer la información sin que la misma pierda su carácter secreto, sino con la *forma* en la que deben conocerla para que pueda seguir siendo considerada información reservada (ver *infra* IV.3.4.b.ii)).

En fin, no existen límites válidos al carácter secreto de la información basados en el tipo de personas que acceden a ella, pues la violación de la información puede seguir frustrando expectativas objetivas de ganancia de quien la detenta, a pesar de que sea conocida por sus trabajadores y colaboradores, por alguno o algunos de sus competidores o incluso por terceras personas ajenas al titular de la información y al mercado relevante en el que opera.

#### 3.4. Concreción del modelo de distinción correcto

Descartados tanto el *número* como el *tipo* de personas conocedoras de la información como criterios válidos para la delimitación entre la información secreta y la de dominio público a los efectos de los delitos de violación de secreto empresarial, ha llegado el momento de desarrollar el criterio de

---

<sup>103</sup> Con referencias al respecto POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[3][h], p. 4-40.1 y s.; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.05[3].

distinción correcto, a saber, el relativo a *la accesibilidad de la información para el competidor medio (actual o potencial) del mercado relevante*.

A continuación se van a concretar las condiciones de accesibilidad determinantes del carácter secreto o público de la información competitivamente valiosa (IV.3.4.b)). Antes, sin embargo, conviene explicar con mayor grado de detalle la respuesta a una cuestión que no siempre ha recibido la debida atención por parte de la doctrina y que, probablemente por esta razón, en ocasiones ha llevado a los operadores jurídicos a tomar decisiones equivocadas. Se trata de la cuestión relativa al *público relevante* a la hora de evaluar la accesibilidad de la información. En la fórmula arriba aportada se resuelve de forma clara: el público relevante es el representado por el competidor medio (actual o potencial) del mercado relevante. Sin embargo, las cosas no están tan claras para los operadores jurídicos que se han ocupado de la protección legal de los secretos empresariales. Por ello, antes de entrar a analizar las concretas condiciones de accesibilidad determinantes del carácter secreto o público de la información, se expondrá críticamente el estado de la cuestión en esta materia (IV.3.4.a)).

#### a) El público relevante

La cuestión relativa al público relevante no es baladí, pues en función de cuál consideremos que es el referente a tener en cuenta, el alcance del concepto de secreto empresarial puede variar sustancialmente. Así, por ejemplo, si se identifica el público relevante con *el público en general*, el concepto de secreto empresarial se amplía considerablemente, pues a poco que un sector de actividad tenga un mínimo nivel de sofisticación, el acceso a la información revestirá ciertas dificultades para cualquier tercero ajeno al mismo, a pesar de que los participantes en el sector conozcan la información o sepan que pueden hacerse con ella con facilidad y, por lo tanto, no sea secreta para ellos<sup>104</sup>. Este es el público que se toma como referencia en la definición de secreto empresarial de la *Economic Espionage Act*<sup>105</sup> (*vid.* § 1839(3)(B)), la Ley federal de protección *penal* de los secretos empresariales de los EE. UU. Una de las normas más severas en esta materia entre los países de nuestro entorno jurídico-cultural. Sin embargo, con un referente tan amplio, el juicio

---

<sup>104</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 138 y ss.

<sup>105</sup> Public Law 104-294, 104th Congress, 11.10.1996.

de accesibilidad pierde su carácter selectivo, pues lo normal será que en la mayoría de los casos la información no sea fácilmente accesible para el público general. Ello significa hundir el estándar de reserva exigido prácticamente a cero. Por eso ha sido criticado por la doctrina estadounidense, que ha propuesto interpretar restrictivamente este requisito configurador, de forma análoga a como se viene interpretando en relación con la UTSA (*Uniform Trade Secrets Act*), proyecto de ley uniformizadora en materia de protección jurídico-privada de secretos empresariales elaborado por la *Uniform Law Commission* y que un buen número de Estados de la federación ha adoptado. En este ámbito, el carácter secreto de la información se interpreta tomando como público relevante a los competidores del titular de la información en el mercado relevante<sup>106</sup>.

En esta línea, la doctrina mayoritaria en España y Alemania entiende que el referente deben darlo *los interesados en la información*<sup>107</sup>. En efecto, cercando el universo de público relevante a quienes tienen un efectivo interés en acceder a la información, y en la medida en que, normalmente, éstos van a coincidir con los competidores del legítimo titular en el mercado relevante, la solución mayoritaria permite evitar que se vacíe de contenido el juicio de accesibilidad a la información. Sin embargo, como bien se reconoce, los interesados en la información no siempre van a coincidir con los competidores de su legítimo titular en el mercado relevante. En la medida en que no se discrimina en función del tipo de interés por la información, es obvio que este no tiene por qué ser de carácter competitivo. Lo que resulta dudoso, en ese caso, es por qué tiene que ser relevante la facilidad o dificultad en el acceso a la información por parte de terceros que no tienen un interés competitivo en la misma. ¿Qué relevancia puede tener a la hora de determinar si una

---

<sup>106</sup> POOLEY/LEMLEY/TOREN, «Understanding the Economic Espionage Act of 1996», *Texas Intellectual Property Law Journal* (5), 1996-1997, p. 191.

<sup>107</sup> En España, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 35; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 139; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 388. En Alemania Achenbach/Ransiek/EBERT-WEIDENFELLER, *HdbWirtStrfR*, 3ª ed., 2012, nm. 69; Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 9; *MiKoUWG*/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 15; *GK-UWG*/OTTO, 1991, § 17 nm. 12; BURGSTALLER, en RUPPE (ed.), *Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben*, 1980, p. 13; ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 328; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 219 nm. 307.

información es constitutiva de secreto empresarial que la misma sea fácilmente accesible o no a un grupo de interesados en ella pero cuyo interés no tenga nada que ver con la lucha competitiva por el mercado? Así, por ejemplo, ¿debemos considerar que una información empresarial es secreta cuando, a pesar de ser conocida por la mayoría de los competidores en el mercado de su legítimo titular, es desconocida por un equipo de periodistas de investigación que la revelan en un documental cinematográfico? O, a la inversa, ¿debemos dejar de considerar secreta la información empresarial fácilmente accesible a un equipo de especialistas en estudios de mercado, a pesar de que sea desconocida por los competidores del legítimo titular de la información?

A mi juicio, todas las cuestiones que plantea la concreción de este requisito configurador se responderán dando palos de ciego mientras no se enfoque el problema desde el bien jurídico protegido por la concreta norma de protección del secreto empresarial interpretada. En nuestro caso, el bien jurídico considerado protegido por los delitos objeto de esta investigación es el patrimonio individual. En particular, los intereses patrimoniales basados, o bien en el valor patrimonial de la información en sí misma cuando es mantenida bajo reserva, esto es, en su valor como activo patrimonial contabilizable (bien inmaterial), o bien en las expectativas objetivas de ganancia basadas en la detentación de la información bajo secreto. Pues bien, como ya se anticipó al inicio de este punto (*supra* IV.3.1), el criterio para delimitar lo secreto de lo público es la idoneidad de la conducta de violación de la información para frustrar una expectativa objetiva de ganancia basada en la detentación de la información bajo secreto. Expectativa que puede ser tanto del titular de la información, como de uno de sus competidores en el mercado relevante.

La idoneidad para frustrar una expectativa de ganancia también es el criterio normativo de distinción entre lo público y lo secreto respecto de la información con valor patrimonial por tener valor de mercado en sí misma, más concretamente, por ser contabilizable como activo patrimonial. En efecto, si este tipo de información tiene un valor de mercado es porque genera expectativas objetivas de ganancia basadas en el uso o explotación de la información bajo reserva. Mientras las violaciones de esta información sean idóneas para frustrar este tipo de expectativas, la información deberá considerarse secreta. Cuestión distinta es que el valor patrimonial de la información como activo contabilizable disminuya o devenga nulo por el hecho de haberse producido una pérdida de

control sobre la misma. Ello, obviamente, constituye una lesión del bien jurídico-penal protegido, pero no tiene por qué implicar la destrucción del carácter secreto de la información: mientras no se pueda considerar fácilmente accesible por el competidor medio (actual o potencial) del mercado relevante, puede seguir siendo racional tener una expectativa de ganancia basada en el uso o explotación de la información.

Ello solamente será posible, esto es, la conducta de violación solamente será idónea para frustrar una expectativa objetiva de ganancia, cuando la información no sea fácilmente accesible al competidor medio (actual o potencial) del mercado relevante. En efecto, cuando la información le sea fácilmente accesible al competidor medio actual o potencial, la violación de la información, independientemente de quién sea el autor de la conducta (un competidor, un tercero completamente ajeno a la lucha competitiva, como por ejemplo un periodista, etc.), será incapaz de frustrar expectativa *objetiva* de ganancia alguna. En este sentido es importante tener clara la siguiente distinción: una cosa es que la información sea competitivamente relevante y otra es que su conocimiento por parte del competidor medio en el mercado relevante pueda frustrar expectativas objetivas de ganancia. El valor competitivo de una información no depende necesariamente de su carácter secreto. Un proceso indispensable para elaborar o prestar el correspondiente producto o servicio puede ser conocido por el competidor medio. En este sentido es innegable que la información al respecto es competitivamente relevante. No obstante, *no se puede considerar* secreta a los efectos (*normativos*) de proteger los intereses patrimoniales basados en expectativas de ganancia. Porque el conocimiento de dicha información por parte de los competidores o de cualquier tercero es inocua para las expectativas de ganancia de cualquier competidor en el mercado relevante, pues debe partir de la base de que dicha información ya es conocida. Por tanto, no cabe fundamentar expectativas *objetivas* (razonables) de ganancia con base en el conocimiento de dicha información. A pesar de que la información sea  *fácticamente*  secreta para terceros ajenos al mercado relevante, o incluso para alguno o algunos de los participantes en el mercado,  *normativamente*  la información no puede considerarse secreta a los efectos de la protección de expectativas objetivas de ganancia, esto es, a los efectos de la protección penal de intereses patrimoniales individuales.



Esta es, por lo demás, la opción a la que parece apuntar, aunque no con la suficiente precisión, la definición contenida en el art. 39.2 ADPIC –asumida por la reciente Propuesta de Directiva europea en materia de protección de secretos empresariales– cuando establece que la información no debe ser «generalmente conocida ni fácilmente accesible para *personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza* el tipo de información en cuestión» (cursiva añadida). No lo suficientemente precisa, como digo, porque la referencia a las “personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza” este tipo de información evoca al criterio de delimitación basado en la referencia a los conocimientos de técnicos o especialistas en el sector (*Fachkreise*). Sin embargo, en la medida en que no se trate de competidores del legítimo titular en el mercado relevante, su accesibilidad a la información como criterio para determinar su carácter secreto es absolutamente irrelevante. Así, es perfectamente posible que una información sea fácilmente accesible por un determinado sector o ámbito de conocimiento. La física, por ejemplo. Ahora bien, la información podría ser aplicada en un mercado que nada tiene que ver con aquellos en los que normalmente interactúan los físicos. En ese caso, y siendo ello desconocido por los oferentes del mercado relevante, la información es perfectamente merecedora de protección penal a los efectos de proteger las expectativas objetivas de ganancia de quien sí conoce el valor competitivo de la información en el mercado relevante. Quien confía en sacar provecho del conocimiento de una información en el mercado relevante por el hecho de ser desconocida por el competidor medio de esa plaza, tiene una expectativa razonable de ganancia penalmente relevante de acuerdo con un concepto (penal) jurídico-económico de patrimonio. Ello, obviamente, siempre y cuando la información sea, en efecto, competitivamente valiosa (ver *infra* IV.4).

i) ¿El competidor medio o el competidor individualmente considerado?

En su manual en materia de secretos empresariales, el autor estadounidense James H.A. POLLEY advierte de la necesidad de distinguir entre el desvalor subjetivo de la conducta (concretamente, la intención del autor) y el desvalor objetivo. Aunque pueda parecer una distinción obvia, no siempre es observada por los operadores jurídicos, tal y como el autor, muy atento a la

praxis, demuestra con referencias a algunas resoluciones jurisprudenciales de los EE. UU.<sup>108</sup>

Lo dicho en el apartado anterior sienta las bases para tener clara la distinción así como sus consecuencias jurídicas. Solamente la información desconocida por el competidor medio (actual o potencial) del mercado relevante merece protección penal. Si algún competidor (actual o potencial) del mercado relevante o, en fin, cualquier tercero lleva a cabo conductas típicas de espionaje industrial con el fin de obtener una información conocida por el competidor medio (actual o potencial) del mercado relevante, la conducta es penalmente irrelevante a los efectos de los delitos de violación de secreto empresarial. Y no sólo en términos de consumación, sino también de tentativa. Si desde una perspectiva *ex ante* la información que el autor quería conseguir era desde la perspectiva del competidor medio una información fácilmente accesible, la conducta solo puede calificarse de tentativa irreal de delito de espionaje industrial, impune en el Código penal español. La tentativa es irreal por absoluta inidoneidad del objeto sobre el que recae la acción (información conocida por el competidor medio) para lesionar el bien jurídico protegido: el hecho de que un competidor inepto o un tercero torpe tomen conocimiento de la información no frustra ninguna expectativa objetiva de ganancia basada en la exclusión del acceso de terceros a la información. Frustra, en todo caso, una expectativa objetiva de ganancia por *la torpeza* de algunos competidores en el mercado relevante. Pero estas expectativas ya no forman parte del objeto de protección de los delitos de violación de secreto empresarial.

## ii) ¿Competidor medio actual o potencial?

SUÑOL LUCEA advierte de la necesidad de que entre el público relevante para la determinación del carácter secreto de la información debe incluirse no sólo a los *competidores actuales* del legítimo titular, sino también a sus *competidores potenciales*<sup>109</sup>. En efecto, la información no solo puede ser valiosa y, por tanto, merecedora de protección, por el hecho de ser desconocida o de difícil acceso para el competidor actual medio del legítimo titular. También cuando

---

<sup>108</sup> POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 6.01, p. 6-5 y ss., p. 6-6, con referencias jurisprudenciales.

<sup>109</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 129 y 139.

el competidor medio actual conozca o sea consciente de que puede acceder fácilmente a la información, ésta puede ser valiosa si es desconocida o de difícil acceso para el competidor medio *potencial*. Este podría ser el caso, por ejemplo, en un mercado oligopólico, en el que los pocos oferentes conocen la información, pero la mantienen bajo reserva respecto de potenciales competidores. Precisamente, la contribución de la información a mantener cerrado el mercado relevante frente a nuevos competidores es lo que la convierte en competitivamente y patrimonialmente valiosa y, por tanto, en digna de protección jurídico-penal.

b) Condiciones de accesibilidad determinantes del carácter secreto o público de la información

Cabe distinguir dos grandes vías de acceso a la información: el acceso independiente y el acceso por comunicación directa o indirecta del legítimo titular. Respecto de cada una de estas vías de acceso, doctrina y jurisprudencia han desarrollado un criterio normativo para determinar si, a pesar de que la información sea accesible por estas vías, puede seguir siendo considerada jurídicamente secreta. Estos dos criterios son, por un lado, *el acceso (legítimo) directo a la información* respecto de los accesos independientes y, por otro, *el mantenimiento del control sobre el carácter secreto de la información por parte del legítimo titular* respecto de los accesos que se basan en las comunicaciones que éste hace a terceros de la información. En lo que sigue se van a analizar las condiciones de accesibilidad determinantes del carácter secreto o público de la información en función de estas dos vías de acceso a la misma.

i) La dificultad en el acceso legítimo a la información: acceso independiente

Un competidor en el mercado puede acceder de forma independiente a la información que otro competidor intenta guardar en régimen de secreto empresarial por dos vías distintas: a) a través del *desarrollo* independiente de la información y, b) a través de las diversas *fuentes de información legítimas y disponibles* en el dominio público: registros y bases de datos públicas, revistas especializadas, catálogos, propaganda, información legalmente publicada en internet, ex trabajadores del titular sin deber de reserva, proveedores del titular sin deber de reserva, expertos del sector, el mismo producto o servicio que la lleva incorporada (ingeniería inversa – *reverse engineering*), etcétera.

Debido a la propia naturaleza del régimen de protección de los secretos empresariales (ver *infra* V.), en ningún caso puede impedirse que un competidor acceda a la información de otro congénere a través de cualquiera de las dos vías de acceso mencionadas. La cuestión es, por tanto, determinar cuándo los accesos independientes a la información van a destruir su carácter secreto.

De forma recurrente se afirma que *cuando se pueda acceder de forma legítima a la información sin grandes dificultades ni esfuerzos*, la información deberá considerarse notoria, esto es, perteneciente al dominio público y, por tanto, no merecedora de protección<sup>110</sup>. Esta fórmula plantea dos cuestiones: en primer lugar, cuán fácil o difícil debe ser el acceso independiente a la información para que sea considerada pública o secreta. En segundo lugar, si la destrucción del carácter secreto de la información depende del acceso efectivo del público relevante a la información o si, por el contrario, basta con la mera accesibilidad consciente (menor grado de normativización del juicio) o inconsciente (mayor grado de normativización) de dicho público relevante. A continuación se exponen las respuestas que se han dado a estas cuestiones así como las que, a mi modo de ver, deberían haberse dado desde el punto de vista aquí defendido. La exposición sigue el orden inverso al acabado de plantear.

α) ¿Mera accesibilidad, accesibilidad conocida o acceso efectivo?

a') ¿Mera accesibilidad como presunción de destrucción del secreto?

---

<sup>110</sup> En España MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 35; FARRANDO MIGUEL, *El deber de secreto de los administradores*, 2001, p. 123 y ss.; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 131 y ss. En Alemania Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32<sup>a</sup> ed., 2014, § 17 nm. 8; Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3<sup>a</sup> ed., 2013, § 17 nm. 3; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, pp. 11-12; Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 12. En los EE. UU., POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[4], pp. 4-41 y ss.; QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 15.

De forma mayoritaria doctrina<sup>111</sup> y jurisprudencia<sup>112</sup> consideran que la información pierde su carácter secreto cuando es fácilmente *accesible*. Esto significa que, a pesar de que las virtudes de la aplicabilidad de un determinado material en la producción de un producto no sean *de facto* conocidas por los competidores del correspondiente mercado relevante, no pueden considerarse secretas si les son fácilmente accesibles. La divulgación de la información y, por tanto, la pérdida de su carácter secreto *se presumen*, pues, de acuerdo con la tesis mayoritariamente defendida.

Las discrepancias afloran, sin embargo, tan pronto como se hace preciso concretar el grado de normativización admisible de este juicio. Paradigmática en este sentido fue la sentencia dictada por el *Reichsgericht* el 29.11.1907<sup>113</sup>. Los hechos consistían en la publicación de un pretendido secreto empresarial en una revista especializada. El Tribunal, en lugar de presumir la destrucción automática del carácter secreto de la información, entendió que debía tenerse en cuenta la *tirada* y el *círculo de lectores* de la revista a efectos de determinar si efectivamente había devenido notoria a raíz de su publicación. La decisión fue duramente criticada por un sector importante de la doctrina, a pesar de que la contundencia de su crítica contraste con la escasez y flaqueza de sus argumentos. Así –se dijo–, del mismo modo que debe presumirse la destrucción del secreto en los supuestos de solicitud y publicación de una patente de invención<sup>114</sup>, también en los casos de publicación de la información en una revista especializada debe entenderse que ésta pierde su

---

<sup>111</sup> En Alemania, véanse SCHRAMM, *Betriebsespionage und Geheimnisverrat*, 1930, p. 2; CALMANN, *Der unlautere Wettbewerb. Kommentar*, 2ª ed., 1932, p. 530 nm. 4c; TREADWELL, *Der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen*, 1956, p. 15; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 219 nm. 307; ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, pp. 328-329; KRÜGER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses im Wettbewerbsrecht*, 1984, p. 21-25.

<sup>112</sup> En Alemania véanse las sentencias del RG 7.11.1933 – *Gaskesselschweissung* (*MuW* 1934, p. 63); RG 2.7.1937 – *Faltenrobrmaschine* (*GRUR* 1938, p. 906); BGH 10.10.1974 – *Kunststoffschaumbahnen* (*GRUR* 1975, p. 206); BGH 8.7.1975 – *Polyurethan* (*GRUR* 1976, p. 140).

<sup>113</sup> RG 29.11.1907 – n.c. (*RGSt* 40, p. 407).

<sup>114</sup> En este sentido, en nuestra jurisprudencia, véanse la STS de 24 de abril de 1989, p. Montero Fernández-Cid, FJº 5, y la SAP Barcelona de 28 de febrero de 2011, p. Cugat Mauri.

carácter reservado tan pronto como se encuentre a disposición de su público lector<sup>115</sup>. El único motivo alegado fue de carácter probatorio: en este tipo de casos nunca se podrá probar que quienes efectivamente han accedido a la información son solamente un grupo reducido de interesados que comparten la voluntad de mantenerla bajo reserva<sup>116</sup>. Luego, la imposibilidad de probar el carácter secreto de la información haría presumir su contrario: la divulgación.

A día de hoy, y secundada por la doctrina mayoritaria, la presunción de destrucción del carácter secreto de la información ha evolucionado en la elaboración de listas más o menos extensas de supuestos que se considera eliminan la posibilidad de considerar jurídicamente reservada la información. Así, por ejemplo, se aboga por presumir la destrucción del secreto en caso de publicación de la información en algún medio de comunicación de masas (radio, televisión, internet), cuando se muestre o exponga en ferias o exposiciones, o cuando se comunique a terceros sin dar relevancia a su carácter confidencial. No todos los autores que han seguido esta línea doctrinal son igual de categóricos en este sentido. Así, algunos formulan estos listados como presunciones *iuris tantum* con expresiones del tipo “en tal caso debe partirse de la divulgación del secreto”<sup>117</sup> o “en tal caso, por regla general, se destruye el secreto”<sup>118</sup>. En cambio, otros, normalmente penalistas, son mucho más terminantes al respecto y afirman la destrucción automática (presunción *iuris et de iure*) del carácter secreto de la información<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> KISSLING, *Der nach § 17 UWG strafbare Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen*, 1957, p. 10-22; SCHAFHEUTLE, *Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat*, 1972, p. 80-82; KRASSER, *GRUR* (4), 1977, p. 179; SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1997, pp. 136-137; KIETHE/HOHMANN, *NStZ* (4), 2006, p. 187.

<sup>116</sup> Eb. SCHMIDT, en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, p. 124. Se adhiera a este argumento ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 328.

<sup>117</sup> Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 7.

<sup>118</sup> Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 4; OHLY/Sosnitza, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 9.

<sup>119</sup> Achenbach/Ransiek/EBERT-WEIDENFELLER, *HdbWirtStrfR*, 3ª ed., 2012, nm. 69; Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 9; KIETHE/HOHMANN, *NStZ* (4), 2006, p. 187; *MüKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 18; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 14.

Hasta lo que se ha alcanzado a ver, más allá de las razones procesal-probatorias históricamente alegadas, la doctrina mayoritaria actual no ha profundizado en los fundamentos detrás de la presunción de destrucción del carácter secreto de la información en estos grupos de casos. Sin embargo, el argumento de la imposibilidad de probar el carácter secreto de la información es, ciertamente, débil. Lo decisivo, a los efectos de aplicación de los delitos de violación de secreto empresarial, es si existe una expectativa razonable (objetiva) de ganancia por parte del titular de la información. Y ello depende de si la información es efectivamente conocida o no por el competidor medio, actual o potencial, del mercado relevante. Además, aunque en muchos casos puede resultar difícil probar los conocimientos del público relevante sobre la accesibilidad de la información, no puede descartarse tal posibilidad. Así, el testimonio de expertos medios en el sector sobre el grado de penetración de la comunicación en el mercado relevante puede resultar determinante en este sentido, y no especialmente dificultoso de conseguir. Por otro lado, tampoco cabe despreciar el valor de la prueba indiciaria: en el caso enjuiciado por el *Reichsgericht*, por ejemplo, la tirada y el círculo de lectores de la revista podrían ser indicios del grado de difusión.

Debe reconocerse, no obstante, que existen buenas razones –y de naturaleza sustantiva– a favor de las presunciones de destrucción del carácter secreto de la información. Y es que, como se habrá advertido, las presunciones de divulgación automática son favorables a reo, pues suponen negarle el carácter de secreto empresarial a la información y, por tanto, la protección jurídico-penal. Lo que parece muy razonable cuando el legítimo titular de la información no se ha ocupado de preservar su carácter reservado. El problema, sin embargo, es que las publicaciones en medios de comunicación de masas, en revistas especializadas o en ferias del sector no siempre van a responder a actos de liberalidad o desidia del legítimo titular de la información, sino a errores, a infortunios o, en la mayor de las veces, a negligencias o actos de deslealtad de los propios empleados del legítimo titular. Y, precisamente, las presunciones de divulgación automática ante determinados tipos de publicación de la información no distinguen en este sentido. Lo que significa que, en casos de negligencia o deslealtad de un trabajador, por ejemplo, debería negarse el carácter secreto de la información a pesar de que, en un plano fáctico, el legítimo titular pudiera demostrar que la información sigue siendo de difícil acceso por el competidor medio del

mercado relevante (ver *infra* bb) y cc)). ¿Por qué deberíamos negar la protección penal a la expectativa de ganancia legítima y razonable del titular de la información cuando su publicación, inocua en términos fácticos, no le es objetivamente imputable?

En nuestra opinión, si bien una fuerte normativización del carácter secreto de la información basada en la presunción automática de divulgación en los casos arriba mencionados resulta especialmente favorable a reo, desprotege intereses patrimoniales legítimos de forma injustificada. Más cuando la carga probatoria del carácter secreto de la información pesa sobre la acusación, lo que reduce significativamente el valor añadido en términos garantísticos de una normativización en tal sentido<sup>120</sup>.

b) ¿Accesibilidad consciente?

Del mismo modo, tampoco resulta comprensible considerar que la información ha perdido su carácter secreto cuando, a pesar de ser fácilmente accesible por parte del público relevante, ninguno de sus miembros es consciente de dicha posibilidad. El supuesto fue planteado a principios del siglo pasado en Alemania por SELIGSOHN, quien entendió que para que la presunción de destrucción del carácter secreto pudiera operar, era necesario que la facilidad de acceso a la información fuera conocida por el público relevante<sup>121</sup>. Aunque sin éxito entre la doctrina mayoritaria alemana<sup>122</sup>, la misma tesis fue adoptada por los redactores de la UTSA en sus comentarios a la propuesta de definición en ella contenida<sup>123</sup>. Compartimos esta

---

<sup>120</sup> THIELE, *Das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis in § 17 UWG*, 1934, pp. 6-7; KISSLING, *Der nach § 17 UWG strafbare Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen*, 1957, p. 18, citando como ejemplo a NIEDERS; ROSENTHAL, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 9ª ed., 1969, § 17 nm. 16.

<sup>121</sup> SELIGSOHN, *Geheimnis und Erfindungsbesitz*, 1921, pp. 16-18. La propuesta no tuvo buena acogida entre sus contemporáneos. Así, por ejemplo, SCHRAMM, *Betriebsspionage und Geheimnisverrat*, 1930, p. 2; ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 328. Actualmente la cuestión ha quedado fuera de la discusión doctrinal alemana entorno al requisito del carácter secreto.

<sup>122</sup> Expresamente en contra, ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 328, con ulteriores referencias en nota 24.

<sup>123</sup> COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 85 y nota 91.



aproximación. La información merece protección cuando ofrece a quien la detenta una ventaja competitiva frente a los demás lo que permite fundamentar la expectativa objetiva de ganancia que justifica la intervención penal. Presupuesto necesario de esta cualidad de la información es que la misma sea desconocida por el competidor medio del mercado relevante, pues, en caso de que deviniera pública, el uso o revelación a terceros de la información ya no sería capaz de ofrecer ventaja alguna a quien la detenta. Sin embargo, una información fácilmente accesible para los competidores puede mantener todo su valor competitivo y, por tanto, cumplir con el requisito de merecimiento de protección, si el resto de competidores del mercado relevante desconocen la posibilidad de acceder a ella a pesar de su utilidad para la lucha competitiva.

c) ¿Acceso efectivo?

Por último, queda por analizar la postura de quienes, de forma minoritaria, se oponen a la accesibilidad de la información como criterio de delimitación entre lo público y lo secreto. En su opinión, la condición de secreta de la información es un dato de carácter estrictamente fáctico, objetivamente constatable. Luego, lo decisivo a efectos de determinar si una información puede considerarse secreta no es, en ningún caso, su fácil o difícil accesibilidad por parte del público relevante, sino si efectivamente dicho público ha accedido o no a la información<sup>124</sup>. En efecto, el carácter secreto de la información es una cuestión que permite ser analizada desde una perspectiva estrictamente fáctica. Que esto es así y que, además, se considera relevante en la configuración jurídica del concepto de secreto empresarial lo demuestra el perenne énfasis que la doctrina mayoritaria viene poniendo en la necesidad de analizar el carácter secreto de la información caso por caso<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, pp. 198-202. Le sigue CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, p. 241.

<sup>125</sup> En España, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 135; GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, p. 191. En Alemania, Achenbach/Ransiek/EBERT-WEIDENFELLER, *HdbWirtStrfR*, 3ª ed., 2012, nm. 69; OHLY/Sosnitzka, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 8-9; *MüKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 16; Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nms. 12 y 14; SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1997, p. 137; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 13; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 219 nm. 307. En los EE. UU., POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[3], p. 4-34; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on*

Si, además, corregimos la postura mayoritaria con la exigencia del conocimiento de la posibilidad de acceder fácilmente a la información, resulta evidente que la realidad fáctica es tomada en consideración en la delimitación entre lo público y lo secreto.

Sin embargo, conceder relevancia a la realidad fáctica en el juicio del carácter secreto de la información no tiene por qué ser un obstáculo para que, en el momento de ofrecer pautas concretas para la delimitación entre lo público y lo secreto, se recurra a criterios normativos como el de la dificultad en el acceso a la información. Esto es, precisamente, lo que parece haber olvidado este sector minoritario, pues si ni los criterios cuantitativos ni los cualitativos basados en el número o tipo de personas que pueden acceder a la información son válidos como criterios delimitadores, ni tampoco el criterio de la dificultad en el acceso, ¿cómo podemos determinar cuándo una concreta información es secreta o notoria? De hecho, si se llevan los postulados de este sector minoritario de forma coherente hasta sus últimas consecuencias, parece que lo que se debería acabar afirmando es que la información es secreta frente a todo aquel que la desconozca. Esta conclusión, sin embargo, no puede compartirse. Piénsese, por ejemplo, en un mercado relevante en el que todos los competidores menos uno conocen una determinada información útil para la lucha competitiva pero que, en la medida en que es conocida por el 99% de los competidores, no aporta ventaja competitiva alguna a quien la detenta, sino que solamente –aunque no sea poco– sirve para mantenerle vivo en la lucha competitiva. La información, naturalmente, concedería una ventaja competitiva al 99% de los competidores frente al único competidor que la desconoce, por el hecho de serle desconocida. Sin embargo, ¿cabe hablar de secreto empresarial? No. La ventaja competitiva sobre este competidor no se basa en el carácter secreto de la información, sino en su impericia. En efecto, existe una expectativa objetiva y legítima de ganancia respecto de este competidor, pero no se basa en la detentación en exclusiva (o cuasi en exclusiva) de la información, sino en la torpeza del competidor. Este tipo de expectativas de ganancia no son el objeto de protección de los delitos de violación de secreto empresarial (ver *supra* IV.3.4.a.i)).

---

*Trade Secrets*, 2010, § 1.03, pp. 1-263 a 1-266; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 85.

β) El grado de dificultad exigible en el acceso a la información para que la misma sea considerada secreta

Para que una determinada información pueda ser considerada secreta en un mercado considerado como relevante, el acceso legítimo a la misma por parte del competidor medio (actual o potencial) tiene que ser difícil. Generalmente esta dificultad se ha entendido en un sentido material: el acceso tiene que ser costoso en términos de *tiempo, esfuerzo* o *dinero*<sup>126</sup>. Sin embargo, los costes también pueden ser inmateriales: *ingenio, habilidad, creatividad*, o, incluso, *probabilísticos*<sup>127</sup>. En efecto, no solo la información que ha requerido de una gran inversión en investigación y/o desarrollo merece el calificativo de secreta. También la información obtenida fruto del ingenio, la creatividad o la casualidad puede ser de difícil acceso, pues, precisamente, los competidores necesitarán de ese excepcional (y, por lo tanto, difícil de conseguir) momento de suerte o lucidez para acceder a ella. En conclusión, una información será considerada secreta si, a pesar de ser accesible a través de la investigación independiente o las fuentes de información legítimas disponibles en el dominio público, el acceso a la misma resulta costoso o dificultoso, ya sea en términos cuantitativos (tiempo, dinero o esfuerzo), cualitativos (ingenio, habilidad, creatividad) o probabilísticos.

En este sentido, no se han considerado constitutivas de secreto empresarial las medidas de un producto que un especialista en el sector podía determinar en “*pocas horas*”<sup>128</sup>. Tampoco se han considerado cantidades de tiempo suficiente para que la información mereciera protección entre *ocho y diez horas*<sup>129</sup> de análisis

---

<sup>126</sup> Generalmente solo se hace referencia a los costes cuantitativos. Así, por ejemplo KIETHE/HOHMANN, *NStZ* (4), 2006, p. 187.

<sup>127</sup> En este sentido, MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.02[2]; QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 13; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, p. 53.

<sup>128</sup> En los EE. UU., véase *Wilson Certified Foods, Inv. vs. Faribury Food Products, Inc.* et al., 370 F. Supp. 1081 (U.S. District Court, District of Nebraska, 10 de enero de 1974).

<sup>129</sup> En los EE. UU., véase *Flotec, Inc. vs. Southern Research, Inc.*, 16 F. Supp.2d 992 (U.S. District Court, Southern District of Indiana, Indianapolis Division, 9 de junio de 1998).

de un proceso, ni *dos días de estudio* de un producto por parte de un ingeniero<sup>130</sup>. En cambio, sí se ha considerado secreto empresarial la información contenida en un producto comercializado que requería *entre 30 horas y cuatro meses* para ser descifrada a través de ingeniería inversa<sup>131</sup>, o las *70 horas de observación y 5000 marcos alemanes* (≈ 2500 €) en jugadas destinados a descifrar el programa informático que hacía funcionar un determinado modelo de máquina tragaperras<sup>132</sup>.

No puede dejar de insistirse en que la información que el competidor medio del mercado relevante no puede conseguir fácilmente a través de las *fuentes de información legítimas y disponibles en el dominio público* también debe considerarse secreta, a pesar de que sea información de público acceso. Así, por ejemplo, la sistematización o compilación de información disponible en el dominio público, la recuperación de información antiguamente pública pero que ha caído en el olvido, la dotación de nuevos usos a productos o servicios presentes y conocidos en el mercado, la interacción entre programas ya conocidos, etcétera.

En este sentido resultan equivocadas aquellas resoluciones jurisprudenciales que consideran que la información no puede considerarse secreta por haberla comunicado su legítimo titular a sus clientes<sup>133</sup> o por estar disponibles en el dominio público: listados de precios<sup>134</sup> o carteles identificativos en el edificio del cliente<sup>135</sup>. La cuestión no es si la información es accesible de forma libre y

---

<sup>130</sup> *Wesley-Jessen, Inc. vs. Reynolds et al.*, U.S. Dist. LEXIS 8383 (U.S. District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 23 de mayo de 1974).

<sup>131</sup> En los EE. UU., véase *Kubik, Inc. et al., vs. James S. Hull et al.*, 56 Mich. App. 335 (Michigan Court of Appeals, 6 de noviembre de 1974).

<sup>132</sup> BayObLG 28.08.1990 – *Geldspielautomat* (GRUR 1991, p. 694).

<sup>133</sup> Incorrectamente, en este sentido, véase, en la jurisdicción civil, la STS, Sala 1ª, de 16 de enero de 2002, p. Martínez-Pereda Rodríguez. Para una aproximación acertada, véase el AAP Barcelona de 15 de mayo de 2009, p. Benlloch Petit.

<sup>134</sup> Niega el carácter secreto de un listado de precios de venta al público de los productos del denunciante por ser información disponible en el dominio público el AAP Madrid de 23 de septiembre de 2009, p. Rodríguez González-Palacios.

<sup>135</sup> El AAP Bilbao de 23 de julio de 2010, p. Erroba Zubeldía niega el carácter secreto del listado de clientes porque el denunciante ponía un cartel identificativo en los edificios de sus clientes, de forma que a través de estos carteles se podía saber quiénes eran sus clientes. No se evalúa, sin embargo, si la elaboración del listado era

legítima para quien tenga interés en acceder a ella. La cuestión es si dicho acceso es *fácil* o no. En los casos de comunicación de la información a los clientes, sin duda, si las relaciones entre los clientes del legítimo titular y sus competidores son fluidas y constantes, de manera que estos se percatan de la comunicación de la información y su buena relación con los clientes les permite un fácil acceso a la misma, habrá que afirmar la destrucción del secreto. Sin embargo, no parece que sea este el escenario habitual en los mercados. Lo mismo cabe decir de los listados de precios de venta al público. En efecto, los productos o servicios pueden estar a disposición del público, ya sea en tiendas minoristas, mayoristas, en catálogos o en páginas de internet. Sin embargo, la cuestión es si para el competidor es fácil o no acceder al listado de precios de los productos o servicios del legítimo titular de la información. Pues, por mucho que los productos y sus precios se encuentren a disposición del público, realizar un listado exhaustivo y/o clasificado de los productos de un determinado competidor puede resultar verdaderamente *costoso*.

Tampoco cabe negar el carácter secreto a un listado de clientes por el hecho de que se puede contactar libremente con las personas —los clientes o consumidores— que integran dicho listado. Sin duda, no existe restricción alguna a quien quiera dirigirse al público consumidor para ofrecer un producto o servicio. El problema es que, precisamente, lo que resulta difícil es saber cuáles, de entre todo el universo de potenciales consumidores, tienen o han mostrado en algún momento un efectivo interés en el producto o servicio que se ofrece. Los costes que puede ahorrar una información en este sentido, así como las oportunidades reales de negocio que puede brindar, le confieren un indudable valor competitivo merecedor de protección. Y en la medida en que esta información sea de difícil acceso para el competidor medio (actual o potencial) del mercado relevante, la información deberá considerarse secreta<sup>136</sup>.

En cambio, no puede considerarse secreto un *conocimiento obvio* o *evidente*<sup>137</sup>, ni aquel que puede captarse con la *mera observación*<sup>138</sup> del producto o servicio,

---

fácil o difícil a pesar de que dedicarse a buscar los edificios de los clientes repartidos por el territorio pudiera resultar ádua tarea.

<sup>136</sup> Niega el carácter secreto del listado de clientes porque cualquier competidor puede acceder libremente a la información captando a dicha clientela, la SAP Girona de 19 de febrero de 2008, p. Rodríguez Ocaña. Afirma el carácter secreto de un listado de clientes con un análisis acertado del requisito del carácter secreto el AAP Madrid de 26 de noviembre de 2009, p. Beltrán Núñez.

<sup>137</sup> En este sentido, por todos POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[4], p. 4-41. En la jurisprudencia española, niega el carácter secreto a un sistema de facturación

con un *mínimo análisis*<sup>139</sup> o cuando simplemente la *información esté disponible en el dominio público* y pueda accederse a ella con facilidad.

Así, por ejemplo, se niega correctamente el carácter secreto de las *cuentas de resultados* de una determinada empresa<sup>140</sup> o su *capital social*<sup>141</sup>, por estar disponibles en un registro público. Igualmente, se niega dicho carácter a un *pliego de bases técnicas* para un contrato público<sup>142</sup>. El hecho de que la información conste en un registro público no es, sin embargo, motivo de destrucción automática del carácter secreto. A pesar de que la información esté publicada, es posible que no sea fácil encontrarla en el registro, o que simplemente se desconozca su existencia o aplicación competitivamente valiosa<sup>143</sup>. En este sentido, una *invención patentada en un país extranjero* puede considerarse secreta en el mercado relevante nacional<sup>144</sup>.

Es importante advertir, en cualquier caso, que el estándar de dificultad en el acceso a la información no debe confundirse, en ningún caso, con los de *altura inventiva* u *originalidad* propios del Derecho de patentes y de la propiedad intelectual, respectivamente. Bajo el concepto de secreto empresarial son subsumibles tanto invenciones patentables como obras literarias, artísticas o científicas, así como modelos de utilidad, diseños industriales y cualquier otra información protegible bajo el Derecho de la propiedad intelectual o industrial. Sin embargo, también son subsumibles informaciones que no llegan a los estándares de actividad inventiva (arts. 4.1 y 8 LPat), originalidad

---

estándar el AAP Madrid de 27 de octubre de 2010, p. Ollero Butler. Igualmente, niega el carácter secreto a un método de cálculo conocido en el sector desde 1956 la SAP Madrid de 10 de marzo de 2008, p. Cubero Flores.

<sup>138</sup> Por todos, COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 92.

<sup>139</sup> En este sentido, por todos, WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 12 nm. 29.

<sup>140</sup> Así, el AAP Madrid de 24 de junio de 2008, p. Molina Marín.

<sup>141</sup> Así, el AAP Bilbao de 13 de junio de 2008, p. Erroba Zubeldía.

<sup>142</sup> Así, el AAP Bilbao de 13 de junio de 2008, p. Erroba Zubeldía.

<sup>143</sup> Sin embargo, consideran destruido el carácter secreto de la invención cuando se obtiene la patente la STS de 24 de abril de 1989, p. Montero Fernández-Cid, FJ° 5, y la SAP Barcelona de 28 de febrero de 2011, p. Cugat Mauri.

<sup>144</sup> En este sentido véase la sentencia del BGH 16.10.1962 – *Kieselsäure* (GRUR 1963, p. 207 y ss.), en la que se consideró que una patente estadounidense no destruía el carácter secreto de la información en Alemania.

(art. 10.1 TRLPI) o a los demás de carácter cualitativo operativos en las demás formas de propiedad industrial o intelectual (modelos de utilidad, diseño industrial, etc.). Lo relevante a efectos de los delitos de violación de secreto empresarial es que la detentación de la información genere una expectativa objetiva de ganancia, lo cual no depende de que sea objeto de propiedad intelectual/industrial o no. Además, la finalidad de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, no es tanto garantizar el desarrollo tecnológico (finalidad del Derecho de propiedad industrial) o de la cultura (finalidad del Derecho de propiedad intelectual), como garantizar un mercado competitivo regido por el avance por el propio esfuerzo<sup>145</sup>, por lo que lo importante no es la aportación tecnológica o cultural de la información, sino su valor competitivo que, obviamente, no va a ir necesariamente ligado a su valor tecnológico o cultural. Por otro lado, mientras que los Derechos de propiedad industrial e intelectual reconocen monopolios legales a sus titulares, el régimen de protección de los secretos empresariales tan solo protege situaciones de hecho, que, por su parte, no siempre consisten en monopolios de hecho sobre la información, sino que puede tratarse de “(cuasi)monopolios” u “oligopolios” debido al carácter relativo del secreto.

ii) La pérdida de control sobre la información por parte del legítimo titular: acceso por comunicación directa o indirecta

Parte de la doctrina menciona el control del carácter secreto de la información por parte del titular del secreto empresarial como uno de los criterios de delimitación entre lo público y lo secreto<sup>146</sup>. Este criterio tendría como ámbito de aplicación los supuestos de comunicación directa o indirecta de la información a terceros por parte del titular del secreto empresarial. En efecto, si el titular consiguiera mantener el control de la información mediante la adopción de medidas de aseguramiento fáctico o jurídico de la reserva, la comunicación no destruiría el carácter secreto de la misma.

Así, por ejemplo, la comunicación de la información a un trabajador o a un potencial cliente en condiciones de confidencialidad jurídicamente garantizada (mediante la adopción de un pacto de confidencialidad, por

---

<sup>145</sup> En idéntico sentido véase el *comment b*) al § 757 del *Restatement (First) of Torts* de 1934.

<sup>146</sup> Así, por ejemplo, Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 2013, 3ª ed., § 17 nm. 4.

ejemplo) no destruiría el carácter secreto de la información. Aunque el competidor medio pudiera contratar al trabajador del titular del secreto en cualquier momento o entablar relaciones con su cliente, el deber de reserva que pesaría sobre ellos vetaría en cualquier caso el acceso a la información. Desde una perspectiva normativa, el acceso del competidor medio a la información no es que fuera difícil, es que sería ilegítimo.

En cuanto a las medidas fácticas de aseguramiento del carácter secreto de la información en contextos de comunicación directa o indirecta por parte del titular, quizá el mejor ejemplo sea el de la comercialización del producto o servicio que contiene la información. Pues bien, si el titular de la información ha adoptado medidas para dificultar el acceso a la información mediante ingeniería inversa, es posible seguir considerando la información constitutiva de secreto empresarial, a pesar de que sea legítimamente accesible para cualquiera.

Naturalmente, las comunicaciones coyunturales, como por ejemplo la comunicación a un trabajador o a un determinado cliente, son más fáciles de controlar que las comunicaciones en masa, como por ejemplo la comercialización de un producto que contiene la información o la publicación de un estudio en una revista especializada. En cualquier caso, habrá que estar a las circunstancias de cada supuesto concreto y analizar si, en atención a las mismas, el acceso a la información por parte del competidor medio (actual o potencial) es fácil o difícil.

Por ello, en la medida en que, en última instancia, este tipo de supuestos remiten necesariamente al criterio de la dificultad en el acceso a la información por parte del competidor medio, no tiene sentido introducir un nuevo criterio de delimitación. Al fin y al cabo, los supuestos más comunes de acceso a la información por parte del competidor medio a través de la comunicación del titular son supuestos de acceso por comunicación indirecta: comunicación por parte de un ex trabajador, comunicación indirecta a través de la comercialización del producto (ingeniería inversa); supuestos que pueden considerarse, a la vez, de acceso independiente a



través de las fuentes legítimas de información en el dominio público (supra IV.3.4.b.i))<sup>147</sup>.

En efecto, los casos de comunicación directa voluntaria al competidor medio destruyen automáticamente el secreto. Constituyen, en realidad, un acto de disposición patrimonial por parte del titular de la información, una renuncia a la protección jurídica del secreto empresarial. Así, por ejemplo, la publicación de la información en una revista técnica habitualmente consultada por el competidor medio. No así cuando la comunicación se produce por imprudencia o fortuitamente, o por la comisión de un delito o ilícito constitutivo de violación de secreto empresarial. En estos casos habrá que estar a las circunstancias concretas del caso y evaluar, de nuevo, el impacto de la comunicación en el mercado relevante de acuerdo con el baremo de la dificultad en el acceso por parte del competidor medio, actual o potencial.

### 3.5. La prueba del carácter secreto de la información (dificultad de acceso)

Una vez demostrado que el criterio de la dificultad en el acceso a la información es el más adecuado para evaluar, en cualquier caso, si la misma puede considerarse jurídico-penalmente secreta o no, es momento de examinar cómo debe probarse esta característica de la información.

En tanto que requisito configurador de un elemento positivo del tipo la carga de la prueba del carácter secreto de la información recaerá sobre la parte acusadora<sup>148</sup>. La mejor forma de probar esta condición es, sin duda,

---

<sup>147</sup> Entiende que lo apropiado es trabajar únicamente con el criterio de la dificultad en el acceso a la información SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 131. También rechaza el criterio del «control sobre la información» para quedarse, exclusivamente, con el de la dificultad en el acceso ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, p. 38.

<sup>148</sup> Así, por todos, en España, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 135. En Alemania, WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 10 nm. 23. En los EE. UU., MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 15.01. Si bien las fuentes española y estadounidense consisten en trabajos de naturaleza jurídico-privada que, por tanto, se refieren al proceso civil, es evidente que la carga de la prueba no se va a invertir en el proceso penal. Antes al contrario, en todo caso aún podría resultar más gravosa para la parte acusadora.

demostrar que el oferente o competidor medio del mercado relevante no puede acceder a la información en cuestión a menos que invierta una cierta cantidad de tiempo, dinero, esfuerzo o creatividad en ello. El instrumento probatorio más adecuado para este fin será la *prueba pericial*, que en estos casos deberá consistir en el informe o declaración de un especialista o actor medio del sector, en el que determine cuál es el estado de la técnica o los conocimientos (comerciales, por ejemplo) generalmente conocidos en el mercado relevante<sup>149</sup>. Esto no significa, sin embargo, que en todos y cada uno de los casos la acusación deba aportar prueba pericial a estos efectos. El juez puede alcanzar la convicción judicial respecto del carácter secreto de la información por otras vías. Así, por ejemplo, si la información fuera patentable –y aún no patentada ni publicada en ningún registro oficial<sup>150</sup>–, parece evidente que, a su vez, sería secreta, pues, como hemos visto, el requisito de novedad exigido por el art. 6 LPat es incluso más exigente que su equivalente –el carácter secreto de la información– en el régimen jurídico de protección de los secretos empresariales.

En esta línea, cabe mencionar como *indicios* de la dificultad de acceso a la información los siguientes: el desconocimiento o falta de utilización de la información por parte de los competidores o, lo que es lo mismo, el carácter único o exclusivo del producto o servicio; el tiempo, dinero, esfuerzo o creatividad empleados por el legítimo titular de la información para desarrollarla u obtenerla; la naturaleza y entidad de las medidas de protección del carácter secreto adoptadas por el legítimo titular; que los terceros competidores hayan pagado o estén dispuestos a pagar para acceder a la información (contratos de licencia de know-how o franquicias); que estén

---

<sup>149</sup> En este sentido, y para un análisis exhaustivo de los instrumentos y problemas probatorios propios de todo proceso por violación de secreto empresarial, véase MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 15.01.

<sup>150</sup> Los regímenes español y europeo de patentes se caracterizan por publicar en un registro abierto al público la invención por la que se ha solicitado la concesión de patente, incluso a pesar de que la patente no se acabe concediendo, transcurridos 18 meses desde la presentación de la solicitud y una vez el solicitante ha pedido el informe sobre el estado de la técnica: art. 32 LPat. Esto significa que, en la mayoría de casos, la solicitud de patente implica la destrucción del carácter secreto de la información, aunque no siempre tiene que ser necesariamente así.

dispuestos a llevar a cabo conductas ilícitas para tal fin<sup>151</sup>; que los terceros competidores tengan dificultades para reproducir la información o, por último, que la información confiera a quien la detenta una visible ventaja competitiva en el mercado relevante<sup>152</sup>.

#### 4. Interés objetivo en el mantenimiento del secreto de la información

##### 4.1. Introducción

Junto al carácter *empresarial* y *secreto* de la información se entiende, de forma mayoritaria, que la misma debe ser, además, *objetivamente valiosa* para ser merecedora de protección. Se trata de una configuración objetiva del concepto de secreto empresarial, frente a la configuración fundamentalmente subjetiva defendida por las *tesis subjetivas* o *de la voluntad*, hoy minoritarias, cuyos partidarios consideran que debe ser el legítimo titular de la información empresarial y secreta quien decida, sin mayores controles externos, cuál de ella debe protegerse como secreto empresarial.

En efecto, la histórica discusión entre las teorías objetivas o del interés (*Interessentheorie*) y las teorías subjetivas o de la voluntad (*Willenstheorie*) ha quedado zanjada a favor de las primeras. Tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>153</sup> mayoritarias exigen que exista un *interés objetivo en el*

---

<sup>151</sup> En este sentido, véase la SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes: «El carácter de secreta, confidencial o reservada aparece reforzado por la forma subrepticia de obtener la información contenida en el listado».

<sup>152</sup> También con listados de indicios del carácter secreto de la información, véanse SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 135 y s.; POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[4], p. 4-45; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, pp. 82-85. En este sentido, también el *Restatement (First) of Torts*, de 1934, § 757 Comment b. Exhaustivo, MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 15.01.

<sup>153</sup> Entre nuestra jurisprudencia, hablan en este sentido, entre otras, las STS de 12 de mayo de 2008, p. Monterde Ferrer; SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes; SAP Córdoba de 12 de marzo de 2007, p. Vela Torres; y los AAP Santa Cruz de Tenerife de 20 de marzo de 2009, p. Mulero Flores; AAP Barcelona de 24 de julio de 2008, p. Rodríguez Santamaría; AAP Bilbao de 13 de junio de 2008, p. Erroba Zubeldía y el AAP Madrid de 13 de noviembre de 2006, p. Pereira Penedo. En Alemania, por ejemplo, las sentencias del BGH 7.11.2002 –

*mantenimiento de la reserva*<sup>154</sup>, un *interés legítimo* en la reserva<sup>155</sup> o que la información tenga un *valor competitivo* para quien la detenta<sup>156</sup>, sin que las diferencias terminológicas lleven implícita ninguna diferencia sustancial de contenido. Consenso que, por lo demás, se ha visto reflejado en la definición del art. 39.2 ADPIC, en cuyo apartado b) se exige que la información «tenga un valor comercial por ser secreta». Lo mismo cabe decir de las definiciones propuestas en el § 757 *Comment b* del *Restatement (First) of Torts*, de 1939, que requiere que la información ofrezca a su legítimo titular la oportunidad de obtener una ventaja sobre los competidores que no la usan o no la conocen, la contenida en el § 39 del *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, que habla de que la información tenga suficiente valor como para aportar una ventaja económica, actual o potencial, sobre los demás competidores, o la prevista en el § 1(4) de la UTSA, que exige un valor económico independiente a la información, actual o potencial. Definiciones que coinciden, por lo demás, con el sentir general de la doctrina y jurisprudencia estadounidenses<sup>157</sup>.

A continuación se exponen los motivos por los que se han impuesto los postulados de las *tesis objetivas* o *del interés* en la configuración del concepto de

---

*Präzisionsmessgeräte* (GRUR 2003, p. 628); BGH 27.04.2006 – *Kundendatenprogramm* (GRUR 2006, p. 1044) o BGH del 15.3.1955 – *Möbelpäste* (GRUR 1955, p. 424).

<sup>154</sup> Así, por ejemplo, GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, pp. 238-249; CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, p. 249-251; CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN, «Secreto de empresa», en BOIX REIG (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, p. 854; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 37.

<sup>155</sup> Esta es la expresión más extendida en Alemania para referirse a este requisito: así, por ejemplo, Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 12; Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 6; Achenbach/Ransiek/EBERT-WEIDENFELLER, *HdbWirtStrfR*, 3ª ed., 2012, nm. 71; Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 10. TIEDEMANN habla de un “*wirtschaftliches (materielles) Interesse [an der Geheimhaltung]*“: *Wirtschaftsstrafrecht-BT*, 3ª ed., 2011, § 5 nm. 235.

<sup>156</sup> Entre otros, MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 389 nm. 12; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, pp. 54-67.

<sup>157</sup> En este sentido véanse POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.05, p. 4-46 y ss.; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.03, p. 1-273 y ss.; QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, pp. 10-14; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, pp. 94-96.

secreto empresarial, para analizar, luego, cuál debe ser el contenido del valor objetivo que se dice debe reunir la información, su alcance, y la forma de probar su concurrencia.

#### 4.2. La teoría del interés frente a la teoría de la voluntad

El mensaje de la tesis subjetiva es simple y claro: si el legítimo titular de la información tiene derecho a que no se entrometan ilegítimamente en su esfera de reserva, y a que no la quebranten con revelaciones desleales, quién mejor que él para decidir qué información, de toda la que integra dicha esfera de reserva, es valiosa para merecer protección<sup>158</sup>. Fruto del temor a un juez insensible a los intereses del titular de la información, la principal fijación de estos autores es, en efecto, impedir el control judicial externo en la determinación de la información (empresarial y secreta) que debe considerarse valiosa para la participación competitiva en el mercado<sup>159</sup>.

En el momento álgido de la discusión entre teorías del interés y teorías de la voluntad, alrededor del primer tercio del s. XX, los argumentos de las tesis subjetivas fueron normalmente acompañados de un particular posicionamiento en torno al bien jurídico considerado protegido por los delitos de violación de secretos empresariales. Así, los defensores de la teoría de la voluntad solían entender que lo que estos delitos protegían era, precisamente, la voluntad de secreto del legítimo titular de la información, como manifestación de sus derechos de la personalidad (*Personlichkeitsrechte*). Aunque el posicionamiento a favor de la voluntad del titular como bien jurídico protegido no es presupuesto necesario para defender una concepción subjetiva del concepto de secreto empresarial, encontrar la finalidad perseguida por la norma en la voluntad de reserva del legítimo titular facilita enormemente, sin lugar a dudas, la fundamentación de las tesis subjetivas. Buen ejemplo de ello son las palabras de Lothar KÄCKELL, en su réplica a la crítica de Franz VON LISZT<sup>160</sup> exigiendo un interés general o de la vida (*Lebensinteresse*) en el mantenimiento del secreto de la información, más

---

<sup>158</sup> KÄCKELL, *Der Schweigepflicht*, 1920, pp. 121-124; DEGEN, *MuW*, 1927, p. 432; SCHRAMM, *Betriebspionage und Geheimnisverrat*, 1930, pp. 6-9.

<sup>159</sup> Explícita, en este sentido, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 147-154.

<sup>160</sup> VON LISZT, «Der Begriff des militärischen Geheimnisses», en *FS-Brunner*, 1914, pp. 221-222.

allá de la mera voluntad de secreto de su legítimo titular: «No se ve por qué la lesión de la voluntad ajena no puede constituir un “injusto material”, ni por qué el Estado no debería tener ningún interés en proteger la voluntad de reserva; el Estado protege la posesión, la vida, la salud, la libertad, sin prestar atención a si el poseedor o cualquier otro titular de un bien jurídico tiene algún interés en la posesión o en el correspondiente bien jurídico»<sup>161</sup>.

La respuesta no se hizo esperar. De hecho, se encontraba implícita en las propias palabras de KÄCKELL: el Estado protege los bienes jurídicos –al menos en el ámbito jurídico-penal– con independencia de la voluntad de su eventual titular. Así es, y así lo expresó Eberhard SCHMIDT con una claridad y contundencia que dejarían definitivamente por terminada –a favor de las primeras– la histórica discusión entre tesis objetivas y subjetivas:

«Que algo pueda ser considerado un “bien jurídico” depende de que este algo se yerga como valor por encima de la esfera individual, esto es, que sobresalga como valor cultural en la esfera social. Naturalmente, la voluntad de un individuo integrante de la sociedad puede recibir reconocimiento como valor social o cultural, o puede ser que una determinada forma de manifestación de la voluntad individual sea co-constitutiva de un valor cultural. Pero incluso en estos casos la voluntad individual no es nunca, por sí misma, el bien jurídico, pues al valor cultural jurídicamente reconocido y protegido siempre debe acompañarle algo que permita que la voluntad individual aparezca como valiosa»<sup>162</sup>.

Si bien la discusión doctrinal entre las teorías de la voluntad y las del interés puede considerarse superada desde el trabajo de Eb. SCHMIDT en 1930, hoy ha recobrado protagonismo, al menos en España, a raíz de la reciente publicación de la monografía de SUÑOL LUCEA en materia de violación de secretos empresariales<sup>163</sup>. Con argumentos renovados, la autora retoma la configuración subjetiva del concepto de secreto empresarial. Los más

---

<sup>161</sup> KÄCKELL, *Der Schweigepflicht*, 1920, p. 123.

<sup>162</sup> Eb. SCHMIDT, en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, pp. 129-130.

<sup>163</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 140-156. En la jurisprudencia, con un concepto manifiestamente subjetivo del secreto empresarial, véase la SAP Sevilla de 19 de octubre de 2007, p. Carmona Ruano. De forma menos clara, pero en esa línea, véanse la SAP Granada de 24 de octubre de 2006, p. Ginel Pretel; SAP Zaragoza de 3 de diciembre de 1999, p. Rodríguez de Vicente Tutor y el AAP Zamora de 3 de septiembre de 2002, p. n. c.

importantes son tres. El primero y más desafiante consiste en la afirmación de que los costes de que un juez no considere competitivamente valiosa una información cuando, en realidad, sí lo es, son superiores a los costes de conceder protección por una información trivial o irrelevante<sup>164</sup>. En segundo lugar, la autora es de la convicción de que el valor competitivo de la información no proviene de su contenido (el problema técnico que soluciona, por ejemplo), sino de su carácter secreto, esto es, del hecho de que los *interesados* en acceder a ella –los demás competidores– no pueden hacerlo con facilidad. Precisamente en estos términos hablaría el § 1(4) de la UTSA, que exige que la información derive su valor económico independiente, actual o potencial, del hecho de no ser generalmente conocida ni fácilmente accesible. Siendo esto así, el valor competitivo de la información (valor objetivo) no debería concebirse como un requisito autónomo del concepto de secreto empresarial, sino como una cualidad tributaria de su carácter secreto<sup>165</sup>. En tercer lugar, se recurre a un argumento de carácter pragmático: cuando la información no sea competitivamente valiosa, ningún titular invertirá tiempo, dinero y esfuerzos en tratar de mantenerla oculta. Luego no es necesario un control objetivo del valor de la información puesto que ya viene garantizado con la adopción de medidas dirigidas al mantenimiento del secreto por parte del titular de la información<sup>166</sup>.

Ninguno de los tres argumentos puede compartirse. El primero se basa en el carácter eventualmente ineficiente de un control externo del valor de la información realizado por el juez. El argumento parte de la premisa de que el fundamento de la protección jurídica de las posiciones fácticas de poder sobre un secreto empresarial es que ello es la forma más eficiente de aumentar la calidad media de vida en la sociedad. La protección de dichas posiciones sería la forma más eficiente de maximizar la inversión en investigación y desarrollo, condición necesaria para aumentar la calidad media de vida. Por ello, los inevitables errores humanos de un control externo por parte del juez sobre lo que merece ser protegido y lo que no sólo pueden introducir ineficiencias en el sistema de creación de conocimiento socialmente valioso. Ineficiencias que no son compensadas por la evitación de los costes derivados de conceder protección por información socialmente

---

<sup>164</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 156.

<sup>165</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 143-153.

<sup>166</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 155.

trivial. Sin embargo, este argumento choca, al menos en el sistema jurídico-penal, con la premisa de que fin del Derecho penal no sólo es la prevención de conductas socialmente dañinas, sino también el aseguramiento de las garantías del reo. Detrás del mencionado argumento late una visión unilateral del Derecho, centrada en el fin de protección de bienes jurídicos. Olvida que fin del Derecho penal y, probablemente, también del Derecho privado, es, igualmente, la protección de la libertad general de acción. El interés general en la libertad general de acción también debería tenerse en cuenta en los cálculos de eficiencia. En relación con la protección *jurídica* del secreto empresarial, en un Estado democrático de Derecho el *juez* es garante de que así sea.

Por lo demás, tampoco se aporta estudio empírico alguno que demuestre que efectivamente la introducción del requisito del valor objetivo de la información en el concepto de secreto empresarial produciría más costes que beneficios. No sólo no se señalan cuáles serían los costes a que daría lugar, ni los beneficios que se dejarían de obtener, sino que, además, es más que cuestionable que se produjera tal balance negativo. Los costes que genera la protección jurídica de los secretos empresariales en términos de restricción de la libertad general de acción y, concretamente, en términos de restricción del derecho a la movilidad, promoción y desarrollo laboral y profesional, así como en términos de restricción de la libre circulación del conocimiento, no son nada desdeñables. Costes a los que, además, deben añadirse los procedentes del efecto desaliento que la amenaza de pena produce en trabajadores o colaboradores que, pudiendo hacer uso de la información, se guardan de hacerlo por temor a la imposición de una pena.

El segundo de los argumentos esgrimidos hace referencia a la convicción de que el valor de la información radica en su carácter secreto. Así, el valor objetivo de la información estaría implícito en su carácter secreto. El argumento se basa en la idea de que una información tan solo se puede considerar secreta cuando los terceros interesados en ella (los competidores del mercado relevante) tienen dificultades para aprehenderla. Naturalmente, si la información no es valiosa, nadie estará interesado en acceder a ella. El error del argumento se debe a una inversión del orden correcto de configuración del concepto de secreto empresarial. Ciertamente, las definiciones doctrinales del concepto de secreto empresarial suelen anteponer el análisis del carácter secreto de la información al del interés



objetivo en el mantenimiento de la reserva. Sin embargo, el orden de las exposiciones no siempre coincide con el de la construcción conceptual. En la construcción del concepto de secreto empresarial, precisamente el valor competitivo de la información es un elemento previo al carácter secreto. Ello ha sido puesto de manifiesto en el punto anterior (IV.3.4): en la medida en que se parte de un concepto relativo de secreto, es preciso un criterio normativo de delimitación entre lo público y lo secreto. Este criterio solamente lo puede aportar el fundamento (objetivo) de protección, a saber (en los delitos de violación de secreto empresarial), el patrimonio individual. Tan solo la información que, o bien constituya en sí misma un activo patrimonial si se mantiene bajo reserva, o bien genera expectativas objetivas de ganancia si permanece secreta, merece protección. Luego, tan solo la información cuya violación es idónea para frustrar tales expectativas debe ser considerada secreta a efectos jurídico-penales. La alternativa es dejar la configuración del injusto en manos del particular.

Por último, se alega que el valor objetivo de la información se encuentra implícito en la adopción de medidas de protección del carácter secreto de la información. Medidas que, por lo demás, se consideran requisito configurador del concepto de secreto empresarial, como más adelante veremos (*infra* IV.8). Sin duda, es razonable pensar que ningún oferente en el mercado va a adoptar medidas para garantizar el secreto de una información trivial o irrelevante. No obstante, no es una opción descartable. La protección de información irrelevante puede utilizarse como estrategia para reducir el número de potenciales competidores. Por ejemplo, disuadiendo con eventuales deberes de confidencialidad a trabajadores o ex trabajadores que sin ellos estarían dispuestos a crear su propia empresa en el mismo sector u ofrecer sus conocimientos a otro competidor o inversor. La adopción de medidas de protección del carácter secreto de la información, por parte de su titular, puede ser *indicativo* de su valor competitivo, pero nunca *constitutivo* del mismo<sup>167</sup>.

Pero el argumento definitivo en contra de las tesis subjetivas nos lo ofrecen, de nuevo, sus mismos defensores. De forma recurrente, estos autores afirman que, en última instancia, en caso de que el legítimo titular de la

---

<sup>167</sup> Igualmente críticos con esta idea, a la que también han recurrido algunos tribunales estadounidenses, QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 10.

información hiciera un uso arbitrario de su facultad para determinar qué información es relevante y cuál no para su actividad competitiva, el Derecho dispone de suficientes instrumentos como para resolver el problema. Entre ellos, la prohibición del abuso de Derecho (art. 7.2 Cc o § 226 BGB) o los deberes de buena fe contractual (art. 1258 Cc o § 157 BGB). Pero, ¿qué son estos instrumentos sino cláusulas de cierre del sistema para que el *juez* arbitre, mediante criterios de *valoración objetiva*<sup>168</sup>, una solución jurídica a los supuestos de hecho atípicos que puedan plantearse en el tráfico jurídico?

#### 4.3. Contenido del requisito

Justificada la exigencia de que la información sea objetivamente valiosa para merecer protección, es momento de dar contenido a este requisito. ¿De qué tipo de interés estamos hablando cuando afirmamos que debe existir un interés objetivo en el mantenimiento del secreto de la información? De nuevo, el contenido de este requisito configurador debemos buscarlo en el bien jurídico considerado protegido por los delitos de violación del secreto empresarial: ¿cuál va a ser el interés objetivo en mantener una información bajo secreto sino el interés que justifica su protección?<sup>169 170</sup>

---

<sup>168</sup> La misma idea en REIMER, *GRUR* (7), 1930, p. 733.

<sup>169</sup> Recurren también al bien jurídico protegido para dar contenido al requisito del interés objetivo: VON LISZT, en *FS-Brunner*, 1914, p. 222; b. SCHMIDT, en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechshunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, p. 121 y ss.; TREADWELL, *Der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen im schweizerischen Wettbewerbsrecht*, 1956, pp. 18-20; GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, p. 246; ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, pp. 53-71; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 39 nota 51. En relación con los secretos relativos a la vida privada y familiar (intimidad), en los mismos términos: ROGALL, *NSZ*, 1983, pp. 3 y ss.

<sup>170</sup> La misma idea en AAP Bilbao de 13 de junio de 2008, p. Erroba Zubeldía: «El bien jurídico protegido es, según la doctrina, la capacidad competitiva de la empresa, de suerte que el secreto, entendido como conocimiento reservado, para ser considerado típico debe afectar a dicha capacidad». En términos parecidos la SAP Córdoba de 20 de octubre de 2004, p. Magaña Calle: «...la información, en el ámbito de la empresa y del mercado es configurada como un verdadero valor económico. Por otra parte ese valor, anudado a las notas de confidencialidad y exclusividad (...) debe ser, no ya el *presupuesto* sino el *objeto mismo de tutela*» (cursiva añadida). Se adhieren a esta comprensión los AAP Madrid de 13 de noviembre de 2006, p.

El bien jurídico-penal considerado protegido por los delitos de violación de secreto empresarial es el patrimonio individual, concretamente, el valor de la información como activo patrimonial (bien inmaterial) o las expectativas objetivas de ganancia basadas en el uso o explotación de la información. Siendo esto así, será constitutiva de secreto empresarial aquella información cuyo mantenimiento bajo reserva constituya un activo patrimonial (bien inmaterial contabilizable) o sea idóneo para generar en quien la use o explote una expectativa objetiva de ganancia. La información sólo puede tener valor como activo patrimonial o generar expectativas de ganancia a quien la usa o explota si se trata de información desconocida por el competidor medio del mercado, esto es, si proporciona al oferente del mercado relevante una *ventaja competitiva*. Luego, será constitutiva de secreto empresarial aquella información que, satisfechos el resto de requisitos exigibles, proporcione a un oferente del mercado relevante una ventaja competitiva frente al competidor medio actual o potencial.

Existe, sin embargo, cierta disparidad terminológica a la hora de referirse al contenido de este valor objetivo que se reclama a la información. Así, por ejemplo, mientras el art. 39.2 ADPIC habla en su apartado b) de «valor comercial», el § 1(4) UTSA habla de un «valor económico independiente». También entre la jurisprudencia se recurre a múltiples expresiones. Así, se habla de información dotada de un «verdadero valor estratégico y patrimonial»<sup>171</sup>, de información «que tiene para la empresa un valor económico, actual o potencial, por suponer una ventaja para el empresario frente a los competidores que la desconocen»<sup>172</sup>, o de información que afecta a la capacidad competitiva de la empresa<sup>173</sup>. Si bien estas disparidades terminológicas no tienen por qué implicar necesariamente diferencias sustanciales de significado, como lo demuestra el hecho de que el «valor económico independiente» del § 1(4) UTSA, así como el «valor comercial» del art. 39.2 ADPIC, han sido a menudo interpretados, precisamente, como

---

Pereira Penedo; AAP Barcelona de 24 de julio de 2008, p. Rodríguez Santamaría y la SAP Córdoba de 12 de marzo de 2007, p. Vela Torres.

<sup>171</sup> SAP Córdoba de 20 de octubre de 2004, p. Magaña Calle.

<sup>172</sup> Así, en la jurisdicción civil, por ejemplo la SAP Barcelona de 12 de febrero de 2009, p. Boet Serra; SAP Barcelona de 26 de octubre de 2005, p. Garrido Espa; SAP Tarragona de 10 de junio de 2009, p. Díaz Muyor.

<sup>173</sup> AAP Bilbao de 13 de junio de 2008, p. Erroba Zubeldía.

la capacidad de la información de aportar ventajas competitivas a quien la detente<sup>174 175</sup>, no es menos cierto que a veces sí se han atribuido significados distintos a algunas de estas expresiones. Así, hay quien ha interpretado los términos «valor económico independiente» en el sentido de que la información tenga un valor económico por sí misma, independientemente de la empresa o titular al que pertenezca, y que pueda ser objeto de transmisión<sup>176</sup>. En efecto, los términos «valor económico independiente» o «valor comercial», interpretados de forma literal y estricta, no tienen por qué coincidir con la capacidad de la información de proporcionar una ventaja competitiva en el mercado relevante. Así, por ejemplo, el listado de precios de los productos de un competidor puede conceder una ventaja competitiva, pues permite conocer la estrategia de precios de un competidor y modificar la propia para hacerla más atractiva a los potenciales clientes, pero no tiene valor económico independiente alguno si se la desvincula de la empresa competidora a cuyos productos hace referencia, de manera que no tendría ningún valor en el mercado. Tampoco la situación financiera de una empresa será normalmente objeto de comercio entre la empresa a la que se refiere y

---

<sup>174</sup> En relación con el «valor económico independiente», en la doctrina, véanse POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.05[1], p. 4-46; QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, pp. 10-14; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, pp. 95-96. En la jurisprudencia, por ejemplo: *Sikes vs. McGraw-Edison Co.*, 671 F.2d 150 (U.S. Court of Appeals, 5<sup>th</sup> Circuit, 25 de marzo de 1982); *Electro-Craft Corp. vs. Controlled Motion, Inc.*, 332 N.W.2d 890 (Supreme Court of Minnesota, 15 de abril de 1983); *Ruckelshaus vs. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986 (U.S. Supreme Court, 1984); *Noel D. Clark vs. State of Florida*, 670 So.2d 1056 (District Court of Appeal of Florida, Second District, 15 de marzo de 1996); *Wyeth vs. Natural Biologics, Inc.*, 395 F.3d 897 (U.S. Court of Appeals, 8<sup>th</sup> Circuit, 24 de enero de 2005); *Aetna, Inc. vs. Fluegel*, 45 CLR 18 (Connecticut Superior Court Judicial District of Hartford at Hartford, 5 de marzo de 2008).

<sup>175</sup> En relación con el «valor comercial», en la doctrina, véase SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 140-143. En la jurisprudencia (jurisdicción civil) véanse las SAP Bilbao de 9 de febrero de 2011, p. Arranz Freijo; SAP Zaragoza de 17 de mayo de 2010, p. Pérez García; SAP Barcelona de 19 de noviembre de 2007, p. Sancho Gargallo.

<sup>176</sup> En este sentido, en la doctrina CARRASCO ANDRINO, *RDPC* (7), 2001, p. 382 y ss. En la jurisprudencia, AAP Santa Cruz de Tenerife de 20 de marzo de 2009, p. Mulero Flores.

terceros<sup>177</sup>. Los contratos de licencia de *know-how*, normalmente, se refieren a información técnico-industrial o técnico-comercial (modelo de negocio, técnicas de venta, etc.). Sin embargo, el valor competitivo de la situación financiera de una empresa puede ser, en algunos casos, indudable: piénsese en el caso de un concurso de obra pública. Saber que el competidor directo tiene dificultades financieras puede ser clave para ganar el concurso, pues de este modo se puede presentar una oferta más agresiva —o menos— con la confianza de que el competidor no va a poder mejorarla.

En resumen, la disparidad terminológica no tiene por qué ser relevante si está claro que el valor objetivo de la información consiste en la idoneidad para generar una ventaja competitiva a quien la detente, esto es, a su titular o a sus competidores, en este último caso en detrimento de los intereses patrimoniales del legítimo titular. Por el contrario, cualquier otra comprensión de cuál debe ser el contenido del valor objetivo de la información se desvía de una interpretación coherente con el bien jurídico considerado protegido por la norma, dejando fuera de su ámbito de protección información apta para lesionarlo o ponerlo en peligro.

En este sentido es curioso el hecho de que incluso quienes consideran que el bien jurídico protegido no se identifica en la capacidad competitiva del legítimo titular de la información, a la hora de determinar cuál debe ser el contenido de su valor objetivo recurren a la capacidad de la información para afectar la capacidad competitiva de su titular<sup>178</sup>.

#### 4.4. Alcance del requisito

¿Dónde está la frontera entre la información cuyo mantenimiento bajo secreto merece ser penalmente protegido y la que no? La respuesta depende

---

<sup>177</sup> Califica de secreto empresarial a los llamados “*Drittgeheimnisse*” (secretos sobre terceros), TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht-BT*, 3ª ed., 2011, § 5 nm. 235 y ss., con ulteriores ejemplos y referencias, especialmente en relación con el secreto bancario.

<sup>178</sup> Así, por ejemplo, FRIEDLÄNDER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1903, p. 195, quien a pesar de entender que el bien jurídico protegido eran los *Persönlichkeitsrechte*, consideraba que el valor objetivo de la información solo existía cuando la misma podía afectar a la actividad competitiva de su titular.

del concepto penal de patrimonio, así como de la intensidad con la que quiera protegerse mediante los delitos de violación de secreto empresarial.

La información que, preservado su carácter secreto, constituye en sí misma un activo patrimonial contabilizable con valor de mercado, no presenta problemas de merecimiento. Más complejo es el caso de la información cuyo mantenimiento bajo secreto genera simplemente expectativas de ganancia en quien la use o explote en el mercado relevante. Que esta información también merece protección penal ya ha sido fundamentado en un punto anterior de este trabajo. La cuestión es, ahora, qué grado de concreción o seguridad debe reunir la expectativa de ganancia para ser penalmente relevante.

En este sentido, cabe traer a colación dos tipos de información competitivamente relevantes: la *información con valor potencial* y la llamada *información negativa*. A menudo se insiste en que no solo la información con un valor competitivo actual merece protección jurídica. También aquella que lo tiene en un estado *potencial* debe recibirla<sup>179</sup>, pues, teniendo en cuenta el grado de complejidad alcanzado en un buen número de sectores, es perfectamente posible que un determinado hallazgo en un proceso de investigación sea crucial competitivamente hablando, a pesar de que no sea inmediatamente comercializable. Del mismo modo, también se considera merecedora de protección la llamada información *negativa*<sup>180</sup> –errores o investigaciones

---

<sup>179</sup> En nuestra jurisprudencia, dando relevancia al valor potencial de la información el AAP Barcelona de 15 de mayo de 2009, p. Benlloch Petit. En Alemania, KIETHE/HOHMANN, p. 188. En los EE. UU., prevén expresamente esta posibilidad el § 39 del *Restatement (Third) of Unfair Competition* (versión de 1995), así como el § 1(4)(i) de la UTSA. En la jurisprudencia estadounidense véanse *Allis-Chalmers Manufacturing Corp. vs. Continental Aviation & Engineering Corp.*, 255 F. Supp. 645 (U.S. District Court, Eastern District of Michigan, S.D., 17 de febrero de 1966); *The Gillette Co. vs. Peter S. Williams*, 360 F. Supp. 1171 (U.S. District Court of Connecticut, 17 de mayo de 1973), en la que se protege información contenida en un plan para la introducción de productos futuros. Entre la doctrina estadounidense: POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.02[3], p. 4-17; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.02[1], p. 1-244.; QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 10; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Explotation*, 2000, pp. 95-96.

<sup>180</sup> En nuestra jurisprudencia, dando relevancia al valor indirecto de la información, véanse la SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero, y los AAP Sevilla de

fallidas, que no permiten avanzar por sí mismas en la lucha competitiva, pero que dicen lo que no hay que hacer o por dónde no hay que dirigir las investigaciones—, pues puede ahorrar importantes sumas de dinero a quien la conoce.

Que el uso o explotación de estos dos tipos de información generen expectativas objetivas de ganancia es más que dudoso. Las expectativas de ganancia basadas en una información con valor potencial equivalen a la expectativa de una expectativa. Hasta que el proceso de desarrollo o investigación no haya concluido con éxito, no se dispondrá de una información *sobre la base de la cual* pueda fundamentarse una expectativa de ganancia *por su uso o explotación*. En cuanto a la información de carácter negativo, su valor competitivo dependerá de que los competidores pretendan transitar las líneas de investigación fallidas. Si no las toman, la posesión de la información no genera ventaja competitiva alguna.

Con todo, no me parece valorativamente apropiado excluir de forma categórica la relevancia jurídico-penal de este tipo de información. En determinadas circunstancias podría ser razonable partir de la existencia de expectativas objetivas de ganancia sobre la base de este tipo de información. Ello requerirá ser especialmente cauteloso en el análisis y especialmente consciente de la precaria base sobre la que se construye la expectativa de ganancia.

#### 4.5. Prueba del requisito

El valor patrimonial de la información es una cualidad susceptible de ser objeto de prueba, cuya carga pesa, naturalmente, sobre las espaldas de la acusación<sup>181</sup>. El valor patrimonial del secreto empresarial que constituye un

---

24 de noviembre de 2006, p. Gonzaga de Oro - Pulido Sanz; AAP Lleida de 14 de febrero de 2006, p. Robledo Villar. Entre la jurisprudencia estadounidense, véase *Metallurgical Industries Inc., vs. Fourtek Inc.*, 790 F.2D 1195, 1203 (5th Cir. 1986). Entre la doctrina estadounidense: POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.02[3], p. 4-17 y 18; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.02[1], p. 1-245 y ss.; QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 11; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Explotation*, 2000, p. 94. En Alemania: SCHRAMM, *Betriebsspionage und Geheimnisverrat*, 1930, p. 7.

<sup>181</sup> Por todos POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.05[2], p. 4-49 y s.

activo patrimonial contabilizable no presenta especiales problemas de prueba. La información cuyo valor patrimonial se basa exclusivamente en las expectativas de ganancia derivadas de su uso o explotación en condiciones de reserva, sí.

Naturalmente, la mejor prueba del valor patrimonial del segundo tipo de información será la constatación *ex post* de que su revelación o acceso ilegítimo han provocado un empeoramiento en la posición de mercado (cuota de mercado) del legítimo titular, o una mejora en la del competidor desleal. Sin embargo, como es bien sabido, no solo las lesiones del bien jurídico son penalmente relevantes, sino también sus puestas en peligro. Más cuando el delito en cuestión responde a la estructura de un delito de peligro. Por tanto, lo más probable es que en la mayor parte de los casos no se disponga de una prueba del valor patrimonial de la información tan directa como la de la alteración *ex post* de la cuota de mercado del legítimo titular o de la del competidor desleal. Cuando así sea, se deberá recurrir a la prueba de indicios.

Entre los posibles *indicios* de la aptitud de la información para afectar a la capacidad competitiva de su legítimo titular se encuentra, en primer lugar, la *mejora de la posición en el mercado* del legítimo titular objetivamente imputable al uso o explotación de la información. Se trata, seguramente, de la mejor prueba de naturaleza *ex ante* del valor objetivo de la información. Junto a este se cuentan, sin embargo, muchos otros indicios.

Así, entre los indicios relacionados con el valor de la información para el desarrollo de la actividad empresarial, cabe citar la capacidad de la información para *mejorar la calidad de los productos o servicios* objeto del mercado relevante, o para *ofrecer nuevas o mejores prestaciones*, para *afectar a la reputación* de la empresa o actor en el mercado (*goodwill*), o para *abaratarse el coste de producción o prestación del servicio*<sup>182</sup> sin mermar su calidad, así como el hecho de que la información sea *útil para el desarrollo de la actividad empresarial*<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> Entre la jurisprudencia estadounidense, como ejemplos de resoluciones en las que se tuvo en cuenta la capacidad de la información para disminuir costes en términos de tiempo, dinero o esfuerzo: *Vermont Microsystems, Inc. vs. Autodesk, Inc.* 88 F.3d 142 (U.S. Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circuit, 8 de julio de 1996); *Corporate Express Office Prods., Inc. vs. Jamie Martínez et al.*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 21310 (U.S. District Court,



Igualmente, también se han tenido en cuenta como posibles indicios aquellos que se refieren al *interés mostrado por los competidores por la información*<sup>184</sup>. Interés que pueden manifestar ya sea a través de la solicitud o efectiva contratación de licencias de explotación (licencias de *know-how* o de transferencia de tecnología, por ejemplo), ya sea con la puesta en práctica de la ingeniería inversa (*reverse engineering*), o de la llamada inteligencia competitiva (*competitive intelligence*). Incluso las mismas conductas de acceso ilegítimo a la información pueden tomarse como prueba del interés mostrado por la información y, por consiguiente, como indicio de su valor competitivo en el mercado<sup>185</sup>. La teoría de los actos propios (o principio de *estoppel*) puede ser una fuente de indicios en este sentido. Así, cualquier acto previo a la denuncia en el que el imputado reconociera la condición de secreto empresarial de la información (pactos de confidencialidad, licencias de *know-how*, etc.) puede ser un buen indicio del valor competitivo de la información, así como de cualquiera de los demás requisitos configuradores del concepto de secreto empresarial<sup>186</sup>.

Formando otro grupo de indicios cabe mencionar los relacionados con el *dinero, tiempo o esfuerzo invertidos* en desarrollar la información o en protegerla. Sin embargo, conviene advertir que, si bien el desembolso de importantes sumas de dinero para *desarrollar o proteger* la información puede ser un buen indicativo de su valor competitivo, pues sería muy irracional por parte del legítimo titular de la información invertir importantes recursos en información trivial, no por ello dejan de ser lo que son: meros indicios. El mero desembolso de dinero para el desarrollo de una determinada información (un estudio de mercado, un nuevo producto o servicio, una

---

Central District of California, Southern Division, 8 de marzo de 2002); *Ovation Plumbing, Inc. vs. Darrel D. Furton*, 33 P.3d 1221 (Colorado Court of Appeals, Division III, 12 de abril de 2001).

<sup>183</sup> GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, pp. 246-247; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 95; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 21 nm. 51.

<sup>184</sup> POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.05[2], p. 4-49 y s., con referencias jurisprudenciales.

<sup>185</sup> En relación con el carácter secreto de la información, pero perfectamente trasladable al requisito del valor competitivo, véase la SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes.

<sup>186</sup> MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 15.01.

nueva prestación, etc.) no es condición necesaria ni suficiente para que la información tenga valor competitivo. No es condición necesaria porque la información puede desempeñar un papel crucial en la lucha competitiva para un determinado mercado y ser fruto, no obstante, de un acto de inspiración o de creatividad, o de la mera casualidad. Y tampoco es condición suficiente porque el mero gasto en investigación o desarrollo no garantiza, por sí mismo, valor competitivo alguno a la información, pues podría ser que un actor en el mercado se gastara mucho dinero en desarrollar una determinada prestación y que, luego, ésta no fuera valorada por el público destinatario del correspondiente mercado. Exactamente lo mismo cabe decir de la *adopción de medidas de protección de la información*, y del dinero o esfuerzos que a tal fin se hayan invertido<sup>187</sup>.

Por último, también la prueba testifical es apta en este ámbito. Así, el *testimonio de los clientes* del titular de la información o de sus competidores, el de los respectivos *trabajadores o colaboradores*, o el de un *especialista del sector* pueden aportar bastante luz en torno al valor competitivo de la información<sup>188</sup>.

## **5. La voluntad de mantener el carácter secreto de la información por parte de su legítimo titular**

### 5.1. Introducción

Es lugar común tanto en la doctrina como en la jurisprudencia entender que en el caso de que el legítimo poseedor de la información no desee mantenerla bajo secreto, no tiene sentido activar los regímenes jurídicos de protección de los secretos empresariales. La voluntad de reserva del titular es —se dice— lo que diferencia un secreto empresarial de lo meramente desconocido<sup>189</sup>. Sin embargo, si tradicionalmente las diferencias solo afloraban a la hora de

---

<sup>187</sup> Insisten en esta idea POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.05[1], p. 4-48; QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, pp. 10 y s.; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 95.

<sup>188</sup> POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.05[2], p. 4-49 y s.

<sup>189</sup> Así, GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial*, 1974, p. 223; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, pp. 67-71. En la doctrina alemana, por todos, Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 5. En la jurisprudencia alemana, BGH 10.07.1963 – *Petromax II* (GRUR, 1964, p. 31).

determinar el modo en que debía *manifestarse* dicha voluntad para considerarse concurrente, actualmente las divergencias alcanzan a la propia *naturaleza* de la misma como requisito configurador del secreto empresarial.

Históricamente, tanto en España como en Alemania se había venido considerando de forma generalizada que la voluntad de secreto del legítimo titular era un requisito configurador indispensable del concepto de secreto empresarial<sup>190</sup>. Actualmente, no obstante, existen voces disidentes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que apuntan hacia otras direcciones. Mientras unos la consideran contenida en el requisito del carácter secreto o confidencial de la información<sup>191</sup>, otros la ven implícita en la adopción de medidas de protección de la reserva<sup>192</sup>, a las que sí considerarían requisito configurador del concepto de secreto empresarial. En tercer lugar, hay quien –por ahora aún de forma muy minoritaria– directamente niega a la voluntad de secreto cualquier carácter configurador del concepto de secreto empresarial<sup>193</sup>.

El estado actual de la discusión en torno a este requisito es el fruto de un proceso de evolución histórica, directamente relacionado con la evolución

---

<sup>190</sup> Así, por ejemplo, SÁNCHEZ CALERO, en SÁNCHEZ AGESTA (dir.), *La empresa y el orden económico y social*, 1966, p. 125; QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. I, 2ª ed., 1972, p. 1004-1005; GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, p. 222 y ss.; JORGE BARREIRO, *Revista de Derecho Público* (87), 1982, p. 254; CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, pp. 247-249; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, pp. 67-71; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 36.

<sup>191</sup> En la doctrina, véase MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 390 nm. 13; FARRANDO MIGUEL, *El deber de secreto de los administradores*, Madrid (Civitas) 2001, pp. 104-152. En la jurisprudencia, véanse las STS de 12 de mayo de 2008, p. Monterde Ferrer; SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes y el AAP Burgos de 31 de marzo de 2011, p. Marín Ibáñez.

<sup>192</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 156-190, 191. En la jurisprudencia del orden jurídico-privado, véase, por ejemplo, la STS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2007, p. Montes Penadés: «...la información utilizada no es realmente secreta, en términos de utilidad y valor que el sujeto en cuestión (la actora) ha conferido a la información en cuestión, desde el punto y hora en que no ha tomado medidas para salvaguardarla o protegerla».

<sup>193</sup> Así *MüKoUWG*/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, § 17 nms. 25-28. De acuerdo con este último, Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 10.

del propio concepto de secreto empresarial, y a menudo marcado por casos reales que han puesto en evidencia las tesis defendidas hasta el momento. Veamos a continuación en qué ha consistido esta evolución.

## 5.2. La superada *reconocibilidad objetiva* de la voluntad de secreto

Concebir la voluntad de reserva del legítimo titular como requisito configurador del concepto de secreto empresarial, tal y como históricamente se había venido haciendo, implica, como todo *elemento positivo* de un tipo penal, la prueba de su concurrencia, así como la prueba de que ha sido abarcado por el dolo del autor. La mejor forma de probar la voluntad de reserva del legítimo titular de la información es, como no, a través de una *manifestación externa* de la misma, objetivamente constatable y previa a la supuesta violación del secreto denunciada.

Esto fue lo que, inicialmente, doctrina y jurisprudencia mayoritarias exigieron para considerar satisfecho el requisito de la voluntad de mantener bajo secreto la información para la que se reclamaba protección. Sin embargo, mientras algunos requerían una *manifestación expresa sobre cada concreta información* que se quisiera mantener reservada<sup>194</sup>, otros consideraban tal exigencia una carga desmesurada sobre el legítimo titular, y se conformaban con la manifestación de tal voluntad a través de *actos concluyentes*<sup>195</sup> o *cualquier tipo de manifestación genérica*<sup>196</sup> suficiente para que a los trabajadores versados en la materia les quedara clara la pretensión de confidencialidad del legítimo titular<sup>197</sup>. Y es que, en el fondo, más allá de la cuestión probatoria, lo que preocupaba era la extrema incertidumbre en la que se dejaba a los trabajadores del legítimo titular si no estaba claro qué información debía mantenerse bajo secreto. En la medida en que los trabajadores no podían

---

<sup>194</sup> Así SCHMID, citado por FRIEDLÄNDER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1903, p. 192 nota 2.

<sup>195</sup> VON LISZT, «Der Begriff des militärischen Geheimnisses», en *FS-Brunner*, 1914, p. 214-215; BRAENDELIN, *Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse in Deutschland*, 1918, p. 27; SELIGSOHN, *Geheimnis und Erfindungsbesitz*, 1921, p. 18.

<sup>196</sup> RINGIER, *Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse*, 1923, p. 23. En España, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN, «Secreto de empresa», en BOIX REIG (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, p. 853 y s.

<sup>197</sup> FRIEDLÄNDER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1903, p. 192.

emplear ni en provecho propio ni de terceros los secretos empresariales de su empleador, la indefinición al respecto generaba serios problemas de inseguridad jurídica, pues el evidente efecto desaliento que la amenaza de pena provocaba en ellos conculcaba de forma patente su derecho a la movilidad y promoción laboral.

De ahí que, a menudo, los más rigurosos en materia de manifestación de la voluntad de reserva fueran, precisamente, los defensores de las tesis subjetivas, esto es, aquellos que consideraban que para hablar de secreto empresarial bastaba con una información empresarial secreta y la voluntad de su legítimo titular de mantenerla en dicho estado. De este modo, para estos autores no era suficiente con la pretensión genérica de confidencialidad respecto de toda la información empresarial que se le podía presuponer a todo empresario, sino que se exigía un esfuerzo de su parte en términos de manifestación de la misma para merecer protección<sup>198</sup>.

Distintas eran las cosas para quienes introducían límites objetivos al concepto de secreto empresarial. Para ellos no era necesario recurrir a las formas de manifestación de la voluntad de reserva como vía para equilibrar el conflicto de intereses entre empresario (legítimo titular de la información) y trabajador. El equilibrio venía dado por el requisito configurador autónomo del interés objetivo en el mantenimiento de la reserva, el cual permitía filtrar cualquier exceso subjetivo en la determinación de la información confidencial relevante. Además, la exigencia de una manifestación de la voluntad podía ser contraproducente. Por un lado, por sus evidentes efectos criminógenos. En efecto, si para obtener protección era necesario que la voluntad se hubiere manifestado al autor, ello significaba mostrar un especial interés por una información no solo a quienes eran conscientes de su valor, sino también a quienes no lo eran, ni era necesario que lo fueran por no tener que entrar, en ningún caso, en relación con la misma. Por otro, el deber de manifestación, una vez comprendido lo inexigible de una manifestación concreta sobre cada una de las informaciones que se pretendían mantener bajo secreto, llevaba a los empresarios a la recurrente perversión de las declaraciones genéricas de reserva, dejando a los trabajadores con unas cargas de confidencialidad inmovilizantes. Por todo ello, este sector de la doctrina entendió que para

---

<sup>198</sup> DEGEN, *MdW*, 1927/28, p. 432.

considerar probada la concurrencia de la voluntad de secreto por parte de su legítimo titular bastaba con que la misma fuera reconocible por la propia *naturaleza de las circunstancias*<sup>199</sup> o por las *características de la información*<sup>200</sup>, sin necesidad de que el titular se manifestara externamente en tal sentido.

Con una visión más radical, Eberhard SCHMIDT, el principal impulsor de la tesis objetiva del concepto de secreto empresarial, abogó por *prescindir* por completo de la *reconocibilidad externa* de la voluntad de secreto, aunque sin prescindir de ésta como requisito configurador del concepto de secreto empresarial<sup>201</sup>. De esta forma se ganaba en seguridad jurídica, pues toda la discusión en torno al tipo de manifestación externa exigible para considerar probada la concurrencia de la voluntad de secreto (manifestación expresa, actos concluyentes, naturaleza de las circunstancias, características de la información, etc.) quedaba superada, al mismo tiempo que la protección del trabajador quedaba garantizada por la exigencia de dolo y por la del interés objetivo en el mantenimiento del secreto.

En realidad, aunque Eb. SCHMIDT no lo dijera nominalmente, las consecuencias de su propuesta no estaban hablando de otra cosa sino de *presumir* la concurrencia de la voluntad de reserva del legítimo titular. Algo que, en absoluta sincronía, sí se atrevió a afirmar Carl SCHRAMM en su monografía de 1930: «En muchos casos corresponderá presumir la voluntad de secreto; cuando se haya probado que la información era secreta en un determinado momento, el Tribunal deberá partir de la existencia del secreto hasta que se demuestre lo contrario»<sup>202</sup>.

### 5.3. La inaceptable *presunción* de la voluntad de secreto por parte del legítimo titular

---

<sup>199</sup> THANNER, *Der Schutz gegen Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 1910, p. 41; CALMANN, *Der unlaute Wettbewerb. Kommentar*, 2ª ed., 1932, p. 529 nm. 4a.

<sup>200</sup> ROSENTHAL, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 9ª ed., 1969, p. 540 nm. 21.

<sup>201</sup> Eb. SCHMIDT, en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, p. 125 y ss. Le siguieron TREADWELL, *Der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen im schweizerischen Wettbewerbsrecht*, 1956, p. 16 y s.; ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, pp. 330-332.

<sup>202</sup> SCHRAMM, *Betriebsspionage und Geheimnisverrat*, 1930, p. 4.

El tiempo acabó dándole la razón a Carl SCHRAMM. A mediados de los años cincuenta, el BGH se enfrentó con el llamado caso “*Anreizgerät*”: un grupo de trabajadores de una empresa, después de dar con un aparato novedoso en el transcurso de su relación laboral, deciden poner fin a la relación unilateralmente y explotarlo por su cuenta, sin notificar en ningún momento la existencia de la invención al empresario, a quien legítimamente pertenecía de acuerdo con la normativa en materia de invenciones laborales. El problema que planteaba el caso en términos de concepto de secreto empresarial era evidente: ¿podía hablarse de voluntad de secreto por parte del legítimo titular y, por tanto, de secreto empresarial, cuando era evidente que el empresario nunca pudo tener dicha voluntad por desconocer la existencia misma de la información?

El BGH salió del paso de la única forma que podía hacerlo si quería mantener la voluntad de secreto como requisito configurador del concepto de secreto empresarial: *presumiendo* la existencia de tal voluntad<sup>203</sup>. Así, en la sentencia afirmó que bajo el concepto de secreto empresarial no solo deben contarse aquellas informaciones conocidas por su legítimo titular y respecto de las cuales ha podido manifestar, de algún modo, su voluntad de reserva, sino que también deben incluirse aquellas que, aún siéndole desconocidas, son de tal relevancia que si las hubiera conocido habría querido mantenerlas bajo secreto<sup>204</sup>.

La sentencia del BGH en el caso “*Anreizgerät*” dio el golpe de gracia a la ya debilitada exigencia de la *reconocibilidad objetiva* de la voluntad de secreto. Teniendo en cuenta que nadie estaba dispuesto a renunciar a ella como elemento configurador del concepto de secreto empresarial, la doctrina hizo suya la solución del Tribunal y la llevó hasta sus últimas consecuencias. Desde entonces, la doctrina mayoritaria afirma la concurrencia de voluntad de reserva por parte del legítimo titular cuando la información es de tal relevancia para su capacidad competitiva que *puede contarse con ella*<sup>205</sup>, cuando se refiere a máquinas, aparatos u otro tipo de *conocimientos especialmente*

---

<sup>203</sup> BGH 16.11.1954 – *Anreizgerät* (GRUR 1955, p. 463).

<sup>204</sup> El Tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre este problema en la BGH 18.2.1977 – *Prozessrechner*, (GRUR, 1977, pp. 539), sentencia en la que confirmó la doctrina desarrollada en el caso *Anreizgerät*.

<sup>205</sup> KRASSER, GRUR (12), 1970, p. 590.

*complejos*<sup>206</sup>, cuando se trata de *información normalmente mantenida bajo secreto*<sup>207</sup> o, directamente, cuando se trata de *información interna, secreta y con valor competitivo* (= secreto empresarial)<sup>208</sup>. En definitiva, la voluntad de secreto del legítimo titular de la información *se presume*<sup>209</sup>.

Lo más interesante del estado actual de la discusión es que la principal consecuencia dogmático-procesal de esta opción metodológica se reconoce sin tapujos: la *carga de la prueba se invierte* y es el acusado (!) quien tiene que demostrar la falta de voluntad de reserva por parte del legítimo titular o, en todo caso, su consentimiento para el concreto uso o revelación denunciado<sup>210</sup>.

Naturalmente, presumir la concurrencia de un requisito que se considera elemento positivo de un tipo penal, con la correspondiente inversión de la carga de la prueba, es una opción difícilmente conciliable con el principio constitucional de *presunción de inocencia* que rige en el proceso penal (art. 24.2 CE). Sin perjuicio de que en el ámbito jurídico-privado sí pueda trabajarse con un concepto de secreto empresarial configurado en tales términos, ello parece imposible en el ámbito jurídico-penal<sup>211</sup>.

El problema, no obstante, es el *precio* que debe pagarse para poder ser respetuoso con las garantías contenidas en dicho principio y, a la vez, ser coherente con la exigencia de la voluntad de secreto como requisito configurador. Quienes han descartado la presunción de la voluntad de secreto como opción metodológica en el ámbito jurídico-penal, se han visto

---

<sup>206</sup> Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 10.

<sup>207</sup> Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 18.

<sup>208</sup> Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 5; Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 10; SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und die Abwerbung von Arbeitnehmern*, 1997, p. 143; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 221 nm. 310.

<sup>209</sup> WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, pp. 23 nm. 54.

<sup>210</sup> Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 5; Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 10; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 23 nm. 54; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 221 nm. 310.

<sup>211</sup> *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 18; DANNECKER, *BB*, 1987, p. 1615; *GmbH-Strafrecht Kommentar/TIEDEMANN*, 2002, § 85, p. 229.



obligados a recuperar la reconocibilidad objetiva de la voluntad de secreto<sup>212</sup> y a afirmar, en contra de las más elementales exigencias de *justicia material*, que en el caso de desconocimiento de la información por parte de su legítimo titular (casos de invenciones laborales no comunicadas como la del caso “Anreißgerät”, por ejemplo) no puede hablarse de secreto empresarial por faltar la voluntad de secreto en el legítimo titular de la información<sup>213</sup>.

5.4. La manifestación de la voluntad de secreto como *medida de autoprotección* inexigible en la configuración del concepto de secreto empresarial

La adopción de medidas para proteger la reserva de la información suele citarse como *indicio* de la voluntad de reserva por quienes consideran dicha voluntad requisito configurador del concepto de secreto empresarial y, además, exigen su reconocibilidad objetiva<sup>214</sup>. Nada cabe objetar al respecto más allá de lo que ya se ha comentado en torno a los problemas de justicia material que entraña defender una opción en tales términos.

Distinto es el caso, sin embargo, de quienes ven en la manifestación de la voluntad de reserva una medida de autoprotección exigible al legítimo titular de la información para concederle protección. La idea no es nueva. Ya en los albores del siglo pasado se encuentran citas en este sentido:

«...algún tipo de manifestación de la voluntad debe exigirse, “pues quien tiene tan poco interés en el secreto que no manifiesta ni una sola vez su voluntad de reserva, no merece protección”»<sup>215</sup>.

En esta línea, recientemente se ha propuesto compatibilizar la voluntad de secreto como requisito configurador con la exigencia de reconocibilidad objetiva de dicha voluntad (caso *Anreißgerät*, por ejemplo) a través de las

---

<sup>212</sup> DANNECKER, *BB*, 1987, p. 1615; Achenbach/Ransiek/EBERT-WEIDENFELLER, *HdbWirtStrfR*, 3ª ed., 2012, nm. 70.

<sup>213</sup> *GmbH-Strafrecht Kommentar*/TIEDEMANN, 2002, § 85, p. 229.

<sup>214</sup> En la doctrina, GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, p. 230; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 390 nm. 13. En la jurisprudencia, véase, por ejemplo la STS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2007, p. Montes Penadés.

<sup>215</sup> FRIEDLÄNDER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1903, p. 192 citando a VON HIPPE, *GA* (46), p. 263 y ss.

posibilidades de autoprotección del legítimo titular de la información. La propuesta consiste en distinguir entre dos grupos de casos: aquellos en los que el titular de la información conoce la información y, por lo tanto, puede manifestarse sobre su deseo de mantenerla bajo secreto, y aquellos en los que el titular no conoce la información, sin que su desconocimiento le sea imputable. En el primer grupo de casos se aboga por negar el carácter de secreto empresarial a la información si su legítimo titular no se ha manifestado de forma expresa o tácita al respecto. En el segundo grupo de casos, sin embargo, se considera inexigible requerir al legítimo titular la manifestación reconocible de su voluntad de reserva, por lo que se entiende que en tales casos lo correcto es prescindir de aquel requisito<sup>216</sup>.

De forma similar, se ha propuesto distinguir en función del tipo de agresión a la que se ve sometido el titular de la información. Así, en un modelo en el que la adopción de medidas de protección de la reserva de la información se considera requisito necesario para hablar de secreto empresarial, se propone adaptar la intensidad de dichas medidas, entre las que se incluye la manifestación reconocible de la voluntad de secreto por parte del titular, en función del tipo de agresión a la que aquel se ha visto sometido. Se distinguen dos tipos de agresión: las agresiones externas, esto es, cometidas por terceros ajenos a la esfera de dominio del titular de la información (espionaje industrial), y las agresiones internas, cometidas por quienes pertenecen a dicha esfera o acceden legítimamente a ella (revelaciones desleales). De este modo, la intensidad de las medidas de autoprotección exigibles, entre las que figuraría la manifestación de la voluntad de reserva, se consideraría más elevada frente a las agresiones internas que frente a las externas, ante las cuales se consideraría «suficiente» con una adecuada advertencia del carácter secreto de la información<sup>217</sup>.

La justicia de ambos planteamientos es incontestable. Su corrección analítica, no obstante, es más discutible. El arbitraje de soluciones distintas para casos distintos, como lo son los supuestos de desconocimiento de la información frente a los de conocimiento de la misma, así como los de agresiones internas frente a agresiones externas, nos parece imperativo. Canalizar dichas

---

<sup>216</sup> ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, pp. 44-53.

<sup>217</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 172-190, 186.

soluciones distintivas a través de la graduación de la intensidad de las medidas de autoprotección exigibles, también. El problema es otro: la ubicación sistemática de la exigencia de estas medidas de autoprotección. Las propuestas comentadas la sitúan en el análisis del concepto de secreto empresarial, objeto de la acción. Por el contrario, y como más adelante se intentará demostrar (ver *infra* IV.8), su correcta ubicación está en el análisis de la conducta típica, concretamente en el juicio de desvalor de acción. La adopción de medidas para la protección del carácter secreto de la información debe ser un criterio para determinar la relevancia típica de la *acción* enjuiciada (espionaje, revelación desleal, uso en provecho propio), no para determinar la relevancia típica de la *información* objeto de dicha acción.

La razón se explica con facilidad. Si se opta por ubicar la exigencia de medidas de autoprotección del carácter reservado de la información en el juicio de relevancia típica de la información objeto de litigio (concepto penal de secreto empresarial), y si, además, se tienen en cuenta las distinciones anteriormente mencionadas (conocimiento/desconocimiento de la información, agresión interna/agresión externa), una determinada información puede acabar siendo calificada, al mismo tiempo, como secreto empresarial y como información penalmente irrelevante, lo que genera serios problemas de coherencia interna del sistema. Imagínese el caso de una empresa que desarrolla un programa informático capaz de realizar modelos de cálculo de resistencia aerodinámica en automóviles. Póngase que el programa está valorado en varios miles de euros en el mercado y que es desconocido por la competencia, a pesar de que en el sector corre la voz de que dicha empresa ha conseguido mejorar el estado de la técnica. Aquella empresa, sin embargo, no adopta medidas de protección de la información, ni a nivel interno ni externo, más allá del convencional control del acceso a sus dependencias y la no revelación de la información a nadie que no sea de la empresa y necesite conocerla. Sin embargo, un día, el Sr. I, uno de sus programadores informáticos y coautor del programa informático, decide poner fin de forma absolutamente unilateral, a la vez que legal, a su relación laboral, para pasar a las filas de una empresa de la competencia, donde se dedicará a desarrollar el mismo programa. El mismo día, otra empresa de la competencia decide contratar al Sr. E, profesional del espionaje, para que, con hurto y allanamiento de morada, se haga con una copia del programa informático mencionado. Partamos de la base de que en relación con el Sr. I, la empresa ha incumplido sus más elementales deberes de autoprotección,

pues como mínimo debería haberle comunicado expresamente sus pretensiones de confidencialidad respecto de dicha información. En cambio, no cabría decir lo mismo respecto de la conducta de espionaje tramada por la otra empresa de la competencia. Pues bien, ante un caso como el descrito, y ubicando la exigencia de medidas de autoprotección de la reserva en el análisis de relevancia penal de la información, tendríamos que negar el carácter de secreto empresarial del programa informático en relación con la conducta del Sr. I y, en cambio, afirmarlo en relación con la conducta del Sr. E.

En nuestra opinión, esta dualidad conceptual no se justifica, más cuando es perfectamente evitable ubicando la exigencia de autoprotección en su debido lugar sistemático: el juicio de desvalor de la conducta. Si así fuera, se trataría igual lo que es igual y diferente lo que es diferente. Se consideraría secreto empresarial al programa informático, en los dos casos. Sin embargo, se consideraría penalmente irrelevante el desarrollo del programa por parte del ex programador en la empresa de la competencia, pues no pesaría sobre él deber de reserva alguno, mientras se consideraría penalmente relevante, como acto de violación de secretos empresariales, la conducta de espionaje industrial planeada por la otra empresa de la competencia.

#### 5.5. La tesis correcta: la configuración puramente objetiva del concepto de secreto empresarial

Últimamente han aparecido voces, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que prescinden de la voluntad de mantener la información bajo reserva como requisito configurador del concepto de secreto empresarial. Consideran que tal voluntad está implícita en el mantenimiento en secreto de la información<sup>218</sup>. Pasan por alto, sin embargo, que es perfectamente posible que la información sea secreta sin que tal circunstancia haya sido deliberadamente buscada por su legítimo titular. El planteamiento apunta en la buena dirección, pero no llega al final del camino.

---

<sup>218</sup> En la doctrina, véase MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 390 nm. 13; FARRANDO MIGUEL, *El deber de secreto de los administradores*, Madrid (Civitas) 2001, pp. 104-152. En la jurisprudencia, véanse las STS de 12 de mayo de 2008, p. Monterde Ferrer; SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes y el AAP Burgos de 31 de marzo de 2011, p. Marín Ibáñez.

Quienes sí llegan son los que niegan a la voluntad de reserva cualquier tipo de relevancia en la configuración del concepto de secreto empresarial<sup>219</sup>. Este es el modelo conceptual al que nos adherimos y la conclusión a la que deberían haber llegado doctrina y jurisprudencia si quisieran ser coherentes con la comprensión y aplicación actual y mayoritaria de este requisito, iniciada por Eberhard SCHMIDT en 1930, ratificada por el *Bundesgerichtshof* a mediados de los cincuenta y llevada hasta sus últimas consecuencias por la doctrina y jurisprudencia más recientes<sup>220</sup>.

Esto no significa, en cualquier caso, dar la espalda a la voluntad del titular de la información en la determinación del injusto (penal o jurídico-privado) de violación de secretos empresariales. Su disposición ante la información es, sin duda, relevante. El bien jurídico-penal protegido, el patrimonio individual, es plenamente disponible por parte de su titular. Siendo esto así, cualquier manifestación del titular de la información en contra de su mantenimiento bajo secreto debe ser motivo para plantear todas las consideraciones referidas a las consecuencias jurídicas de la gestión del bien jurídico por parte de su titular<sup>221</sup>, ya sea en forma de conductas que hacen que la eventual lesión o puesta en peligro le sea *preferentemente imputable a él*, ya sea en forma de un *consentimiento* que excluya la tipicidad (*Einverständnis*), o que la justifique (*Einwilligung*)<sup>222</sup>.

Esta es, por lo demás, la opción que mejor se concilia con las definiciones del concepto de secreto empresarial propuestas en el § 757 *Comment b* del

---

<sup>219</sup> *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nms. 25-28. En relación con los secretos relativos a la intimidad, con un modelo equivalente ROGALL, *NStZ*, 1983, p. 6.

<sup>220</sup> Niega la relevancia de la voluntad del legítimo titular de la información a efectos de calificación de la misma como secreto empresarial la SAP Girona de 19 de febrero de 2008, p. Rodríguez Ocaña.

<sup>221</sup> *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 28.

<sup>222</sup> Sobre la naturaleza dogmática de las distintas formas de disposición del bien jurídico por parte de su titular, en España, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2001; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 19/1 y ss. En Alemania, en relación con los delitos de secretos de la intimidad, resolviendo estos supuestos por la vía del consentimiento justificante (*Einwilligung*), LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2010, § 203 nms. 91-93.

*Restatement (First) of Torts*, de 1939, en el § 39 del *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, o en el § 1(4) de la UTSA, y que vendrían a ser un reflejo del estado actual de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia estadounidense. Ninguna de estas propuestas normativas, la última de las cuales ha sido adoptada por muchos Estados, prevé la voluntad de reserva del legítimo titular de la información como requisito configurador del concepto de secreto empresarial. Tampoco el art. 39.2 ADPIC la menciona, por mucho que quiera verse implícita en las medidas de protección exigidas en su apartado c), las cuales, como hemos dicho, y como más adelante profundizaremos en ello, no deben entenderse como un requisito configurador del objeto de la acción (secreto empresarial), sino que deben considerarse un elemento configurador del injusto (ver *infra* VI. y VII.).

## 6. La exclusividad en la detentación de la información

Durante la última década, entre la jurisprudencia menor del orden jurisdiccional penal<sup>223</sup> se ha extendido la idea, recientemente ratificada por la Sala segunda del Tribunal Supremo<sup>224</sup>, de que la información empresarial secreta y con valor competitivo solo merece protección si, además, es detentada por su legítimo titular en régimen de exclusividad, se entiende que frente a sus competidores. El requisito, si bien no ha merecido la atención de nuestra doctrina especializada hasta el momento, parece haber calado en algunas contribuciones recientes<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> En este sentido, véanse las SAP A Coruña de 25 de marzo de 2011, p. Taboada Caseiro; SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes; SAP Girona de 19 de febrero de 2008, p. Rodríguez Ocaña; SAP Córdoba de 12 de marzo de 2007, p. Vela Torres; y los AAP Burgos de 31 de marzo de 2011, p. Marín Ibáñez; AAP Barcelona de 8 de octubre de 2008, p. Segura Cros; AAP Barcelona de 24 de julio de 2008, p. Rodríguez Santamaría; AAP Madrid de 8 de mayo de 2008, p. Antón y Abajo; AAP Madrid de 3 de abril de 2008, p. Perdices López; AAP Madrid de 18 de octubre de 2007, p. Perdices López; AAP Madrid de 13 de noviembre de 2006, p. Pereira Penedo; AAP Castellón de la Plana de 15 de mayo de 2006, p. Garrido Sancho; SAP Oviedo de 14 de julio de 2003, p. Vázquez Llorens.

<sup>224</sup> Véase la STS de 12 de mayo de 2008, p. Monterde Ferrer.

<sup>225</sup> En este sentido, véanse CASTRO MORENO, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* (1-2), 2006, p. 48; DOVAL PAIS, *Eguzkilore* (22), 2008, p. 109 y s.

La idea, no obstante, choca frontalmente con el carácter relativo del secreto empresarial, esto es, la idea, aún más ampliamente aceptada (*supra* IV. 3.2), de que la información, para merecer protección, no es necesario que solo sea conocida por su legítimo titular (secreto absoluto), sino que puede ser conocida por varias personas y merecer, igualmente, el calificativo de secreta (secreto relativo). Sin embargo, la postura adoptada por nuestras Audiencias provinciales y ratificada por el Tribunal Supremo es conciliable con la letra de los tipos penales vigentes: la exigencia de exclusividad puede entenderse en el sentido de que terceros externos al ámbito de dominio del legítimo titular no conozcan la información. Así, se admitiría el carácter relativo del secreto empresarial, lo que sería coherente con la existencia del delito de disposición desleal (art. 279 Cp), pero solamente de “puertas adentro”. En el momento en que un competidor conociera la información, decaería la posibilidad de recibir protección penal en virtud de las figuras delictivas estudiadas.

No está claro por qué nuestra jurisprudencia ha optado por esta interpretación. Ninguna de las resoluciones que mencionan este requisito, ni tampoco la sentencia del TS ratificándolo, fundamentan tal exigencia. Sin duda, la necesidad de que la información sea detentada en régimen de exclusividad por parte de su legítimo titular para merecer protección jurídico-penal tiene un indudable efecto restrictivo en el alcance del concepto de secreto empresarial. Lo que, claro está, podría interpretarse como un elogiable intento de delimitación entre la información penalmente relevante y la que no merecería más protección que la jurídico-privada. El problema, no obstante, es que no parece que la exclusividad en la detentación de la información sea un buen criterio de selección de lo penalmente relevante. Lo que en último lugar debe guiar la relevancia penal de un secreto empresarial no puede ser sino su capacidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido: el patrimonio individual. La detentación en exclusiva de la información ni es garantía de su valor patrimonial, ni es condición necesaria del mismo. Así, es perfectamente posible que una información sea detentada en régimen de secreto por varios competidores de un mismo mercado relevante y que, aún así, les confiera una ventaja competitiva incalculable frente al resto de competidores. Sin duda, ostentar la misma información en régimen de exclusiva otorgaría a cualquiera de estos competidores una ventaja competitiva en el mercado mucho mayor. Pero ello no es óbice para

reconocerle valor patrimonial a la información competitivamente valiosa pero no detentada en régimen de exclusiva.

A favor de la postura defendida por nuestra jurisprudencia menor podría alegarse que, sin perjuicio de este valor competitivo, precisamente la menor capacidad lesiva de la información no detentada en régimen de exclusividad es lo que justificaría su degradación a un nivel de mera relevancia extra-penal. Sin embargo, tal argumento no puede justificar las incoherencias axiológicas derivadas de la exigencia de exclusividad en la detentación de la información como requisito configurador del concepto de secreto empresarial. En efecto, si la exclusividad se considerara un requisito necesario del concepto de secreto empresarial, sería posible que en algunos casos se concediera protección a información con un valor competitivo claramente exiguo, pero detentada en régimen de exclusividad, mientras que en otros se denegara a pesar de ofrecer a sus legítimos poseedores una ventaja competitiva valiosísima frente al resto de competidores. Imagínese que dos empresas competidoras dedicadas a la prospección y explotación de pozos de petróleo, conocen ambas, por la razón que fuere, y de forma reservada, que un determinado territorio, hasta entonces explorado sin éxito por los demás competidores, esconde abundantes yacimientos de petróleo. En atención a los beneficios de explotación esperados, la información podría estar valorada, por ejemplo, en doscientos millones de euros. De acuerdo con la tesis de la exclusividad como requisito configurador necesario del concepto de secreto empresarial, esta información debería considerarse penalmente irrelevante a efectos de un eventual acto de espionaje industrial, revelación desleal o aprovechamiento de revelaciones desleales (arts. 278-280 Cp). En cambio, una eventual mejora en el sistema de envase del producto final, que significara un ahorro anual de varios miles de euros a quien la detentara, sí se consideraría un secreto empresarial digno de protección penal, a pesar de que su valor competitivo fuera millones de euros inferior al de la otra información.

Razones obvias de coherencia valorativa desaconsejan recurrir al requisito de la exclusividad en la detentación de la información como vía de restricción del concepto de secreto empresarial. Sobre un análisis más exhaustivo de las posibles vías de delimitación entre los secretos empresariales penalmente relevantes y los que, en todo caso, no merecerían mayor protección que la que les pudiera brindar el régimen jurídico-privado, véase *infra* IV.9.



## 7. El uso previo de la información

Un requisito configurador del concepto de secreto empresarial claramente exclusivo de la tradición jurídica anglosajona es el relativo al uso actual de la información que en su día recogió el *Comment b* al § 757 del *Restatement (First) of Torts* de 1934. Reflejo de una doctrina jurisprudencial asentada por aquella época, el requisito venía a exigir que la información, para merecer protección, hubiera trascendido el mundo de las ideas y hubiese sido implementada por parte del legítimo titular en algún producto o servicio comercializable<sup>226</sup>.

La exigencia del uso previo de la información nunca ha sido acogida en la tradición jurídica continental, ni por doctrina ni por jurisprudencia<sup>227</sup>, al menos no de forma mayoritaria, y actualmente no se considera un requisito configurador ni siquiera en los EE. UU. Así, ni la definición del § 39 del *Restatement (Third) of Unfair Competition* de 1995, ni la del § 1(4) de la UTSA, implementada actualmente por la mayoría de los Estados integrantes de la federación, lo incluyen como elemento definitorio del concepto de secreto empresarial. Por su parte, la jurisprudencia reciente estadounidense cuenta con un buen número de resoluciones que conceden protección por informaciones que no alcanzaron a ser utilizadas o comercializadas por su legítimo titular<sup>228</sup>.

La razón de exigir este requisito era evidente: la efectiva utilización de la información es la mejor garantía de su valor objetivo para el ejercicio competitivo de la actividad empresarial. En efecto, el hecho de que la información sea utilizada por su titular es un claro indicio de que es valiosa en la lucha competitiva. Pero no más que eso: un mero indicio. La utilización de la información no es, en ningún caso, condición necesaria de su valor competitivo. Solo hace falta pensar en *informaciones relativas a estadios avanzados*

---

<sup>226</sup> MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.02[1].

<sup>227</sup> Contemplan la posibilidad de que la información solo contenga un valor indirecto para su titular la SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes, y los AAP Sevilla de 24 de noviembre de 2006, p. Gonzaga de Oro - Pulido Sanz; AAP Lleida de 14 de febrero de 2006, p. Robledo Villar.

<sup>228</sup> MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.02[1].

*pero no concluidos* de investigaciones o desarrollos de un producto (un medicamento, por ejemplo) o servicio; en *información relativa a una parte de un proceso de investigación* más complejo en el que intervienen representantes y se realizan aportaciones desde diferentes disciplinas; o, en fin, en la *información negativa*, que, por su propia naturaleza, no puede ser objeto de implementación o comercialización a través de un producto o servicio, sino que precisamente su valor competitivo estriba en indicar lo que no debe hacerse (ver *supra* IV.4.4).

Luego, si bien la exigencia del uso actual de la información podría resultar una potente restricción del concepto de secreto empresarial en aras de delimitar lo penalmente relevante de lo irrelevante, de nuevo nos encontraríamos con importantes incoherencias axiológicas si lo eleváramos al rango de requisito configurador. Esto no significa, sin embargo, que no pueda tener papel alguno a la hora de valorar la gravedad del hecho a efectos de determinación de la pena.

## **8. Las medidas de protección del carácter secreto de la información**

En la tradición jurídica estadounidense en materia de secretos empresariales, tanto a nivel jurídico-privado como a nivel jurídico-penal es común condicionar la protección jurídica de la información a que su legítimo titular haya adoptado las medidas de protección que resulten razonables según las circunstancias para mantener su carácter secreto<sup>229</sup>. Se trata de uno de los rasgos más característicos de aquella tradición, en contraposición con la de corte germánico<sup>230</sup> que, en principio, no las exigiría, al menos no como requisito autónomo.

La naturaleza dogmática de esta exigencia para el concepto jurídico de secreto empresarial dista mucho, sin embargo, de ser clara<sup>231</sup>. Así, mientras la

---

<sup>229</sup> En contra de su exigencia, sin embargo, se han alzado varias voces LEMLEY, «The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights», *Stanford Law Review* (61), 2008, pp. 348-350; CHALLY, *Vanderbilt Law Review* (4), 2004, pp. 1293-1296; WINGO, *Yale Law & Policy Review* (16), 1997-1998, pp. 215, 218-219.

<sup>230</sup> La misma distinción en KRASSER, en BEIER/SCHRICKER (eds.), *From GATT to TRIPs*, 1996, p. 224.

<sup>231</sup> La misma apreciación en LEMLEY, *Stanford Law Review* (61), 2008, p. 317; WIESNER/CAVA, *Maryland Law Review* (47), 1987-1988, pp. 1114-1119.

UTSA la incluye en su definición de *trade secret* prevista en su § 1(4) como requisito autónomo, el *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, se separa expresamente de dicha definición y no la menciona en la suya prevista en su § 39. De hecho, en el *Comment g* a este § 39, los autores del *Restatement (Third)* afirman que cuando el valor competitivo y el carácter secreto de la información sean claros, la prueba de que el legítimo titular de la información adoptó medidas específicas de precaución para mantenerla bajo secreto puede resultar innecesaria. Por su parte, ésta habría sido también la línea adoptada, en su momento, por el *Restatement (First) of Torts*, de 1934, que en su § 757 *Comment b* (entrada “*Secrecy*”) citaba estas medidas simplemente como indicio del carácter secreto de la información<sup>232</sup>.

Tampoco la doctrina estadounidense más reciente concede a esta exigencia un rango autónomo como requisito configurador del concepto de secreto empresarial, sino que por lo general la encuadra bajo el requisito del carácter secreto de la información<sup>233</sup>. En cuanto a la jurisprudencia, si bien la exigencia de estas medidas está profundamente arraigada<sup>234</sup>, no es menos cierto que cuando la conducta del demandado (o acusado) es flagrantemente ilegítima<sup>235</sup>, o cuando el valor y carácter secreto de la información son evidentes<sup>236</sup>, a los tribunales no parece que les preocupe tanto la adopción de las debidas precauciones por parte del titular de la información como la intolerabilidad de la conducta llevada a cabo por el demandado (o acusado)<sup>237</sup>.

---

<sup>232</sup> Entiende que la UTSA establece las medidas de protección del carácter secreto de la información como requisito autónomo, mientras que los *Restatements* solamente la consideran una prueba –aunque más bien se trataría de un indicio– del carácter secreto, LEMLEY, *Stanford Law Review* (61), 2008, p. 349.

<sup>233</sup> POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[2][b]; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.03 y 1.04; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Explotation*, 2000, p. 86 y ss.

<sup>234</sup> MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.04 *passim*, con abundantes referencias jurisprudenciales.

<sup>235</sup> POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 6.01, p. 6-5 y ss., con referencias jurisprudenciales.

<sup>236</sup> COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Explotation*, 2000, p. 87 y ss., con referencias jurisprudenciales.

<sup>237</sup> La misma idea en QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 16.

Con todo, las medidas de protección del carácter secreto de la información traspasaron las fronteras estadounidenses con la aprobación del Acuerdo ADPIC, en 1994. En su art. 39.2 se prevé, como condición para el merecimiento de protección jurídica de la información no divulgada con valor comercial, que «haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla». Adviértase que la propuesta de Directiva elaborada por la Comisión Europea en materia de protección de secretos empresariales, de 2013<sup>238</sup>, hace suya la definición del ADPIC.

A pesar de su indeterminación dogmática, la exigencia de estas medidas ha acabado calando entre nuestra doctrina y jurisprudencia jurídico-privadas a través del art. 39.2 ADPIC. Si bien, como se ha visto (ver *supra* IV.1.2), tan solo se trata de un acuerdo de mínimos respecto del que tanto el legislador como el aplicador jurídico-privado pueden desviarse por exceso (mayor protección), doctrina<sup>239</sup> y jurisprudencia<sup>240</sup> jurídico-privadas parecen haber hecho suyo el estándar de protección fijado por el art. 39.2 ADPIC, al menos en la medida de exigir estas medidas de protección. Así, cada vez es más frecuente encontrar resoluciones entre la jurisprudencia menor del orden civil en las que se toman los requisitos mencionados por el art. 39.2 ADPIC como requisitos configuradores del concepto de secreto empresarial previsto en los arts. 13 y 14 LCD<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la protección del saber hacer y la información comercial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y divulgación ilícitas. Bruselas, 28.11.2013. COM(2013) 813 final. 2013/0402 (COD).

<sup>239</sup> GALÁN CORONA, «Artículo 13», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 359 y ss., nms. 17 y ss.

<sup>240</sup> Así, por ejemplo, la STS, Sala 1ª, de 8 de octubre de 2007, p. Montes Penadés, niega la calificación de la información como secreto empresarial por el hecho de que la actora no ha conferido valor suficiente a la misma, lo que se demuestra en la ausencia de medidas de protección de la información.

<sup>241</sup> Así, por ejemplo, las SAP Barcelona de 14 de octubre de 2010, p. Garnica Martín; SAP Madrid de 14 de octubre de 2011, p. Arribas Hernández; SAP Barcelona de 20 de abril de 2011, p. Sancho Gargallo; SAP Madrid de 25 de febrero de 2011, p. García García; SAP Bilbao de 9 de febrero de 2011, p. Arranz Freijo; SAP Zaragoza de 17 de mayo de 2010, p. Pérez García; SAP Madrid de 22 de enero de 2010, p.

Menor ha sido la acogida de las medidas de protección en el ámbito jurídico-penal. Por ahora, son excepción las contribuciones doctrinales<sup>242</sup> y las resoluciones judiciales<sup>243</sup> que hacen referencia a las mismas como requisito a tener en cuenta para la concesión de protección jurídico-penal. Lo que puede resultar paradójico si se tiene en cuenta que, en la práctica, ello supone manejar en el ámbito penal un concepto de secreto empresarial más amplio que el dominante en el ámbito jurídico-privado. Así, en la medida en que el concepto de secreto empresarial manejado por la doctrina y jurisprudencia penal española bebe del concepto jurídico-privado de secreto empresarial, la no exigencia de medidas de protección de la información significa un escollo menos en su elegibilidad como secreto empresarial. Aunque una intensa restricción del injusto penal a través de las conductas consideradas penalmente relevantes podría compensar la sobreprotección derivada de un concepto penal excesivamente amplio, la idea de un concepto penal de secreto empresarial más amplio que el jurídico-privado no deja de resultar extraña.

Sin embargo, la solución no pasa, a nuestro modo de ver, por la introducción de estas medidas de protección como requisito configurador del *concepto* penal de secreto empresarial. Su lugar estaría, más bien, en la configuración de las *conductas* penalmente típicas. En efecto, la idea de condicionar la prestación de protección jurídica a que el interesado en la misma haya adoptado las medidas de autoprotección que, de acuerdo con las concretas circunstancias del caso, estaban razonablemente a su alcance, no solo es especialmente sugestiva, sino de lo más sensata. No obstante, como ya se ha dicho, la correcta ubicación sistemática de este tipo de consideraciones no se

---

Zarzuelo Descalzo; SAP Barcelona de 12 de junio de 2009, p. Boet Serra; SAP Tarragona de 10 de junio de 2009, p. Díaz Muyor.

<sup>242</sup> Exigiéndolas como manifestación de la voluntad de mantener el secreto, MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, p. 67-71.

<sup>243</sup> En este sentido, véanse la SAP Girona de 19 de febrero de 2008, p. Rodríguez Ocaña; los AAP Donostia-San Sebastián de 12 de mayo de 2006, p. Loyola Iriondo; AAP Barcelona de 18 de abril de 2006, p. Torras Coll; y la SAP Barcelona de 18 de enero de 2001, p. Sotorra Campodarve. De otra opinión, el AAP Barcelona de 19 de noviembre de 2010, p. Cardenal Montraveta, en el que se afirma que la no adopción de medidas de protección del carácter secreto de la información no es razón suficiente para negar la tipicidad de una conducta conforme al art. 278 Cp.

encuentra en el concepto de secreto empresarial. Cuando allí se ubica, o bien genera problemas de justicia material, o bien se incurre en una contradicción de carácter lógico (véase *supra* IV.5.4). El lugar analítica y sistemáticamente adecuado de las exigencias de autoprotección es el juicio de tipicidad penal de la *conducta* (ver *infra* VI. y VII.).

## 9. ¿Concepto unitario o concepto penal autónomo de secreto empresarial?

La autonomía del Derecho penal en la definición de los conceptos que emplea es una idea que goza de amplia aceptación. Así, se considera que el intérprete y el aplicador penal tienen plena independencia a la hora de llenar de contenido los conceptos de la ley penal, incluso cuando se trate de conceptos originarios o con una amplia tradición conceptual en otras ramas del ordenamiento jurídico. Con su habitual contundencia lo expresaba GIMBERNAT ORDEIG en su trabajo sobre el concepto y el método de la ciencia del Derecho penal: «...ninguna rama jurídica le determina al Derecho penal qué es lo que ha de sancionar, cómo lo ha de sancionar y qué conceptos debe emplear. Aquí el Derecho penal tiene plena independencia»<sup>244</sup>. El concepto penal de funcionario<sup>245</sup>, el de documento mercantil<sup>246</sup> o, incluso, el de persona<sup>247</sup>, son claros ejemplos de esta

---

<sup>244</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1ª ed., 1999, p. 26.

<sup>245</sup> El art. 24.2 Cp define el concepto de funcionario público a los efectos penales: «...todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas». La jurisprudencia penal ha incluido bajo este concepto todas las figuras de empleo público previstas en el art. 8.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y otras que van más allá. Así, véase, por todos, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la Administración Pública», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., 2015, p. 358 y ss.

<sup>246</sup> El art. 26 Cp define a efectos del Código el concepto de documento en general. El concepto de documento mercantil, a efectos de los delitos de falsedad documental (arts. 390 y ss. Cp), ha sido desarrollado por doctrina y jurisprudencia. Así, si bien la jurisprudencia ha manejado un concepto muy amplio de documento mercantil, entendiéndolo por tal no solo los expresamente previstos en el Código de comercio o en las Leyes mercantiles especiales, sino todo aquel que recoja una operación de comercio o tenga validez o eficacia para hacer constar o para demostrar derechos u obligaciones de tal carácter (STS de 31 de enero de 2011, p.

independencia respecto del aparato conceptual procedente de otras ramas del ordenamiento jurídico. El carácter coercitivo del Derecho penal y la gravedad de la consecuencia jurídica que asigna a la infracción de sus normas (la *pena*), la más grave de todo el ordenamiento jurídico, obligan a construir los conceptos penales a partir de un sistema valorativo propio, diferenciado del resto de ramas del ordenamiento<sup>248</sup>.

En la construcción dogmática del concepto de secreto empresarial, la autonomía del Derecho penal en la elaboración de sus conceptos no se ha traducido, sin embargo, en un concepto marcadamente autónomo de secreto empresarial. A continuación se expone el estado sobre esta cuestión en España y en los dos países tomados como referentes de comparación: Alemania y los EE. UU.

#### 9.1. Estado de la cuestión

Empecemos por la situación en España. Si bien es cierto que no hay una coincidencia absoluta entre los requisitos considerados configuradores del concepto en el ámbito penal y en el jurídico-privado, entre otras cosas porque tampoco puede hablarse de una línea mayoritaria claramente delimitada, solamente de forma testimonial se han realizado propuestas con una clara voluntad distintiva. Así, entre la doctrina especializada española, cabe citar la propuesta de CARRASCO ANDRINO, que ha abogado por limitar la protección penal a la información con un valor económico

---

Granados Pérez; STS de 20 de noviembre de 2008, p. Martínez Arrieta), desde la doctrina se aboga por un concepto más restrictivo, en la medida en que, a efectos penológicos, el Código penal los equipara a los de carácter público u oficial (art. 392 Cp). En la doctrina, por todos, SILVA SÁNCHEZ, «Las falsedades documentales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 344 y ss.

<sup>247</sup> A efectos del delito de homicidio la doctrina considera persona al niño acabado de nacer, aunque no hayan pasado las veinticuatro horas exigidas por el Código civil para considerarle persona: art. 30 Cc. Entre la jurisprudencia penal, el inicio de la vida humana a efectos penales se fija incluso antes: en el inicio del parto. Así, por todos, FELIP SABORIT, «El homicidio y sus formas», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 27 y ss.

<sup>248</sup> ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, *passim*.

independiente<sup>249</sup>. Entre la jurisprudencia española menor, puede identificarse un grupo de resoluciones que propugnan de manera explícita que en el ámbito penal se trabaje con un concepto restrictivo de secreto empresarial, cuyo criterio de restricción se basa en la tipología de la información: solamente la información técnico-industrial merecería protección. En este sentido, resulta ejemplar la SAP Madrid de 26 de septiembre de 2007, p. Carmena Castrillo:

«El derecho penal como última “ratio” represora y por su propia naturaleza sólo puede admitir un concepto restrictivo de lo que es el secreto de la empresa. En nuestra opinión el secreto de la empresa no puede ser otro que el que constituya el conjunto de datos esenciales de la actividad de la empresa y que no se pueda conocer exteriormente. La *fórmula* por ejemplo *de la fabricación* de un producto sui generis de una determinada empresa, o los *conocimientos técnicos o científicos* no descubiertos y que formen parte del patrimonio de la empresa. Sabemos que determinados tratadistas entienden que también puede constituir un secreto de empresa los métodos de trabajo de la misma pero en nuestro criterio creemos [sic] que eso implica problemas de difícil tratamiento» (cursivas añadidas)<sup>250</sup>.

Por último, queda por mencionar el requisito de exclusividad en la detentación de la información exigido de forma mayoritaria –y en solitario– por la jurisprudencia penal española (ver *supra* IV.6). A pesar de que no se trate de un requisito fruto de una meditada o, al menos, manifestada voluntad de restricción del concepto penal de secreto empresarial, no cabe duda de que este es el efecto que su exigencia consigue.

Por lo que se refiere a Alemania, doctrina y jurisprudencia penales y jurídico-privadas han trabajado tradicionalmente con un concepto unitario de secreto empresarial<sup>251</sup>. Tan solo de forma excepcional se ha puesto de manifiesto la necesidad de trazar diferencias, como la advertencia de BAUMBACH, en el

---

<sup>249</sup> CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, pp. 32, 33, 142, 143, 249, 250, 251 y LA MISMA, *RDPC* (7), 2001, pp. 377-403, p. 382 y ss.

<sup>250</sup> Con la misma fórmula, véanse los AAP Madrid de 24 de junio de 2008, p. Molina Marín; AAP Bilbao de 24 de junio de 2008, p. Rodríguez Arroyo; AAP Madrid de 30 de abril de 2008, p. Ventura Faci.

<sup>251</sup> Explícito Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 218 nm. 305; Implícito, por todos, en KRASSER, *GRUR* (4), 1977, pp. 177-232, *passim*; Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 *passim*; Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 *passim*.



contexto de la discusión entre teorías del interés y de la voluntad, de que, en el ámbito jurídico-penal, concurra un interés objetivo cualificado en la reserva<sup>252</sup>. Por lo demás, tan solo cabe citar, por un lado, las objeciones vertidas por algunos penalistas en relación con la incompatibilidad de presumir la voluntad de reserva con el principio de presunción de inocencia que rige en el ámbito jurídico-penal (ver *supra* IV.5.3). Por otro, quedaría por mencionar la tendencia de un sector de autores penalistas de normativizar el requisito del carácter secreto de la información presumiendo, a favor del reo, la destrucción del secreto –a pesar de que en el plano fáctico se pueda seguir afirmando su desconocimiento por el competidor medio– ante la prodigalidad comunicativa de su legítimo titular (ver *supra* IV.3.4.b.i).α)).

De forma muy similar se presentan las cosas en los EE. UU. En aquel país, los Estados conservan las competencias en materia penal, sin perjuicio de la normativa penal federal que, en nuestro caso, vendría representada por la *Economic Espionage Act*. Así, puede distinguirse entre Estados que no hacen mención alguna a los secretos empresariales como objeto de protección de su normativa penal<sup>253</sup>, lo que, no obstante, no significa que a través de los tipos tradicionales (robo, hurto, apropiación indebida) no sean objeto de protección, y los que, de alguna u otra forma (con leyes específicas de protección o reconociéndolos como objeto de protección en la normativa penal tradicional), sí los prevén expresamente. Entre estos últimos, cabe distinguir, a su vez, entre los Estados que definen los secretos empresariales de manera equivalente<sup>254</sup> o por remisión<sup>255</sup> a sus regulaciones jurídico-privadas, y aquellos que apuestan por un concepto penal más restrictivo de

---

<sup>252</sup> BAUMBACH, *Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, 1929, p. 453 nm. 4A.

<sup>253</sup> Así, por ejemplo, los Estados de Oregon, South Dakota o Virginia. Véase MALSBERGER, *Trade Secrets. A State-by-State survey*, 3ª ed. (actualizada a diciembre de 2008), p. 2550 – Oregon; p. 2746 - South Dakota; p. 2910 – Virginia.

<sup>254</sup> Así, por ejemplo, los Estados de California, Colorado, Georgia o Massachusetts. Véase MALSBERGER, *Trade Secrets. A State-by-State survey*, 3ª ed. (actualizada a diciembre de 2008), p. 1114 – Colorado; p. 351 – California (volumen de actualización); p. 1342 – Georgia; p. 1873 - Massachusetts.

<sup>255</sup> Así, por ejemplo, los Estados de Louisiana y Oklahoma. Véase MALSBERGER, *Trade Secrets. A State-by-State survey*, 3ª ed. (actualizada a diciembre de 2008), p. 1762 – Louisiana; p. 2524 – Oklahoma.

secreto empresarial<sup>256</sup>. Hasta aquí las posturas existentes a nivel Estatal. En el plano federal, la *Economic Espionage Act*, una de las normas con las penas más graves en materia de violación de secretos empresariales (la pena de prisión puede alcanzar los 15 años; la de multa, los 500.000\$ para particulares y los 10 millones para personas jurídicas), define aquel concepto en términos equivalentes<sup>257</sup>, cuando no más amplios<sup>258</sup>, a los empleados por la definición mayoritaria del ámbito jurídico-privado: la contenida en el § 1(4) UTSA. La definición de la EEA es la que sigue (§ 1839(3)):

«the term “trade secret” means all forms and types of financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information, including patterns, plans, compilations, program devices, formulas, designs, prototypes, methods, techniques, processes, procedures, programs, or codes, whether tangible or intangible, and whether or how stored, compiled, or memorialized physically, electronically, graphically, photographically, or in writing if—

(A) the owner thereof has taken reasonable measures to keep such information secret; and

(B) the information derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable through proper means by, the public;»

Si bien el escenario es, ciertamente, más dispar que el que se ha podido apreciar en España o en Alemania, lo cierto es que los eventuales criterios de delimitación entre los secretos empresariales penalmente relevantes e irrelevantes utilizados en los EE. UU. son esencialmente los mismos que se han visto hasta ahora. Entre los Estados que han optado por un concepto penal más restringido de secreto empresarial (New Jersey, New York, Pennsylvania, por ejemplo) se han detectado tres vías de distinción: a) el

---

<sup>256</sup> Así, por ejemplo, los Estados de New Jersey, New York y Pennsylvania. Véase MALSBERGER, *Trade Secrets. A State-by-State survey*, 3ª ed. (actualizada a diciembre de 2008), p. 2191 – New Jersey; p. 2266 – New York; p. 2579 – Pennsylvania.

<sup>257</sup> En este sentido, véase MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 12.06[3][a].

<sup>258</sup> Así, POOLEY/LEMLEY/TOREN, «Understanding the Economic Espionage Act of 1996», *Texas Intellectual Property Law Journal* (5), 1996-1997, pp. 188-189, aunque los autores reconocen que, en la práctica, la mayor amplitud de la definición se acaba corrigiendo por vía jurisprudencial, de forma que el concepto penal de secreto empresarial no acaba siendo más amplio que el mayoritariamente empleado en el ámbito jurídico-privado.

criterio de la *tipología de la información*, concediendo protección penal tan solo a la información de carácter técnico-industrial o científica; b) el criterio de la *manifestación específica* por parte del legítimo titular del carácter confidencial de la concreta información (Pennsylvania); y c) el criterio de la *presunción de destrucción del carácter secreto* de la información cuando haya sido publicada o de cualquier otra forma haya devenido de público conocimiento (Pennsylvania).

La ley del Estado de New Jersey que castiga penalmente la violación de secretos empresariales los define de la siguiente manera (N.J. Stat. Ann. § 2C\_20-1 y ss.): «Trade secret means the whole or any portion or phase of any *scientific or technical information*, design, process, procedure, formula or improvement which is secret and of value. A trade secret shall be presumed to be secret when the owner thereof takes measures to prevent it from becoming available to persons other than those selected by the owner to have access thereto for limited purposes» (cursiva añadida)<sup>259</sup>.

El 18 PA. CONS. STAT. § 3930 (Pennsylvania) define los términos “trade secret” como sigue: «The whole or any portion or phase of any scientific or technical information, design, process, procedure, formula or improvement which is of value and has been *specifically identified by the owner as of a confidential character*, and *which has not been published or otherwise become a matter of general public knowledge*. There shall be a rebuttable presumption that scientific or technical information has not been published or otherwise become a matter of general public knowledge when the owner thereof takes measures to prevent it from becoming available to persons other than those selected by him to have access thereto for limited purposes» (cursiva añadida)<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> Los Estados de New York y Pennsylvania definen el objeto de protección de forma similar. Véanse, en este sentido, las definiciones del N.Y. PENAL LAW § 155.00 y del 18 PA. CONS. STAT. § 3930.

<sup>260</sup> En realidad, cabría negar el carácter de presunción de destrucción del carácter secreto de la información a la mera publicación, pues el precepto la equipara a cualquier otra forma de comunicación que convirtiera la información en generalmente conocida, lo que abriría la puerta a una interpretación estrictamente fáctica del requisito del carácter secreto. No obstante, no es menos cierto que el precepto también admite la otra interpretación, esto es, concebir la publicación como una presunción *iuris et de iure* de destrucción del secreto. Ambas son interpretaciones posibles del precepto, lo que nos basta para la consecución de nuestro propósito, que no es otro que la mera exposición de las posibles vías de restricción penal del concepto de secreto empresarial.

En resumen, parece que la tendencia general es la de trabajar con un concepto unitario de secreto empresarial, válido tanto para el ámbito penal como para el jurídico-privado. Cuando excepcionalmente se ha querido dar un contenido autónomo al concepto penal de secreto empresarial, se ha optado por restringir su alcance respecto al del concepto jurídico-privado. En este sentido, como se ha visto, y con excepción del requisito de exclusividad en la detentación de la información exigido únicamente por la jurisprudencia penal española, la vía generalmente tomada ha sido la de configurar en términos más estrictos o restrictivos los requisitos considerados configuradores del concepto de secreto empresarial tanto en el ámbito jurídico-privado como en el jurídico-penal. Así, se ha limitado el espectro de información merecedora de protección a la de tipo técnico-industrial o científico, se han introducido presunciones *iuris et de iure* de destrucción del carácter secreto, se ha exigido una manifestación expresa de confidencialidad sobre la concreta información o, por último, se ha exigido un interés objetivo cualificado en el mantenimiento de la reserva de la información.

## 9.2 La conveniencia de un concepto penal autónomo de secreto empresarial

Antes de entrar a valorar los criterios de relevancia penal identificados en el apartado anterior, es obligado preguntarse por la conveniencia de trabajar con un concepto penal autónomo de secreto empresarial. Que el Derecho penal sea libre a la hora de definir los conceptos con los que trabaja no significa que siempre y en todo caso tenga que emplear conceptos autónomos. A veces puede resultar recomendable que el intérprete penal recurra a los conceptos que otras ramas del ordenamiento definen o en las que existe una larga tradición en su construcción. El empleo de un concepto unitario de secreto empresarial redundaría en una mayor unidad del ordenamiento jurídico, simplificando la comprensión y aplicación de una materia que de por sí resulta complicada por su alto grado de especialización. De hecho, y como se ha visto en el anterior apartado, en el ámbito jurídico-penal se trabaja, por lo general, con el mismo concepto de secreto empresarial que en el ámbito jurídico-privado, especialmente en Alemania. Durante las últimas décadas, solamente en España y en los EE. UU. se han trazado distinciones, las cuales, no obstante, no han conseguido trascender a pesar de que ya hayan pasado varios años desde que fueron formuladas.

En nuestra opinión, sin embargo, ninguna de estas consideraciones es razón suficiente para optar por un concepto unitario de secreto empresarial y abandonar cualquier intento de delimitación entre la información penalmente relevante de la irrelevante. Unos marcos penales cuyos límites *inferiores* consisten en penas de prisión de uno (280 Cp), dos (278.1, 279 Cp) y tres (art. 278.2 Cp) años, junto con una pena *cumulativa* de doce meses de multa, no permiten salvar la enorme desproporción que existe entre unas penas tan graves y los casos en los que el valor patrimonial de la información sustraída, usada o revelada es especialmente escaso. Si a ello le sumamos el hecho de que los tipos de estos delitos han sido configurados como tipos de peligro, la desproporción deviene flagrante.

La simple comparación de las penas previstas por estos delitos con las asignadas a los demás de carácter patrimonial y socio-económico pone claramente de manifiesto la severidad con la que el legislador penal ha decidido castigar los supuestos de violación de secretos empresariales. Así, si se comparan las penas de los tipos agravados por razón de la *especial entidad del valor* del objeto de los delitos patrimoniales clásicos, con las asignadas a los tipos de violación de secretos empresariales, que no prevén ningún tipo de agravación por este extremo, se ve como las penas de estos delitos son igual o más graves que las de los tipos agravados de los delitos patrimoniales clásicos. Y ello incluso a pesar de que la mayor parte de delitos patrimoniales se configuran como delitos de lesión, a diferencia de los de violación de secretos empresariales, que responden a la estructura de peligro abstracto.

Por razón de la *especial entidad del valor* de lo sustraído, defraudado o dañado, respectivamente, el hurto es castigado con un marco penal máximo de 1 a 3 años de prisión (art. 235.3° Cp), el robo con fuerza en las cosas con uno de 2 a 5 años (art. 241 Cp), la estafa con uno de 1 a 6 años y multa de doce meses (art. 250.1.5° Cp), la apropiación indebida con el mismo que el de la estafa (art. 252 Cp), y los daños con uno de 3 a 6 años y multa del tanto al décuplo del valor de lo dañado (art. 264.3.2° Cp). En el delito de estafa, se considera que el valor de la defraudación es de especial entidad cuando supera los 50.000 euros (art. 250.1.5° Cp). En el hurto, a pesar de la falta de especificación legal al respecto, la Sala segunda del Tribunal Supremo «ha abogado por el empleo de parámetros interpretativos unitarios», de modo que aplica el umbral de 50.000 euros previsto

para los delitos de estafa y de apropiación indebida<sup>261</sup>. En cualquier caso, todas las penas comentadas corresponden a *tipos de resultado* en los que debe haberse producido un efectivo perjuicio patrimonial para que se consideren consumados. Por el contrario, los delitos de violación de secretos empresariales se estructuran en tipos de peligro. Pero, aún así, y sin necesidad de que la conducta típica recaiga sobre secretos empresariales con un valor de especial entidad, los marcos penales de estos delitos oscilan entre los 2 y los 3 años de prisión y multa de 12 a 18 meses (art. 279.II), entre el año y los 3 años de prisión y multa de 12 a 24 meses (art. 280 Cp), entre los 2 y los 4 años de prisión y multa de 12 a 24 meses (278.1, 279.I) y entre los 3 y los 5 años de prisión y multa de 12 a 24 meses (278.2 Cp).

Si bien una forma de justificar el rigor punitivo con el que se castigan estos delitos podría ser el alegato de un mayor desvalor de las conductas en ellos prohibidas, lo cierto es que tal argumento no puede sustentarse. Los medios comisivos del delito de espionaje industrial no son ni mucho menos tan graves como los del robo con fuerza en las cosas, pues el art. 278.1 habla de apoderarse por cualquier medio de objetos que contengan la información, entrando bajo esta descripción tanto conductas de mero apoderamiento (hurto), como otras en que efectivamente pueda haber la superación de específicas barreras de protección (robo). Sin embargo, las penas previstas para el delito de espionaje industrial (de 2 a 4 años por el mero acceso a la información y de 3 a 5 cuando, además, se haya revelado) no solo superan con creces las del hurto agravado por especial entidad del valor de lo sustraído (art. 235.3 Cp: prisión de 1 a 3 años) o las del tipo básico de robo con fuerza en las cosas (art. 240 Cp: 1 a 3 años de prisión), sino que coinciden con las del robo agravado por el especial valor del objeto sustraído (art. 241.1 Cp: prisión de 2 a 5 años). Tampoco en el delito de revelación desleal cabe hablar de un abuso de confianza peor que el que puede concurrir en una apropiación indebida (art. 252 Cp) o en una estafa agravada del art. 250.1.6º Cp. Sin embargo, los marcos penales de los delitos de espionaje industrial (278.1 y 278.2) y los de los delitos de revelación desleal (279 Cp) son superiores a los de estos delitos en su límite inferior (1 año en los delitos de estafa y apropiación indebida – 2 años en los de violación de secretos) y muy parecidas en el límite superior (6 años y multa de 12 meses en los primeros – 4 y 5 años y multa de 24 meses en los segundos). No

---

<sup>261</sup> En este sentido, véase la STS de 12 de noviembre de 2014, p. Ferrer García, FJ 9º.

obstante, hay que recordar que tanto el delito de estafa como el de apropiación indebida son delitos de resultado y, además, que para que concurran estos marcos penales es preciso que, o bien el valor de lo sustraído sea especialmente grave (>50.000 euros), o que haya habido un abuso de las relaciones personales existentes entre víctima o defraudador, o incluso ambas cosas a la vez.

En el plano comparado, la dureza del Código penal español se pone de manifiesto cuando los delitos de los arts. 278 a 280 Cp se cotejan con los delitos de violación de secretos empresariales de la Ley contra la competencia desleal alemana. Así, la pena de prisión prevista para los tipos básicos es de, como máximo, tres años (§ 17(1) y (2) UWG), y la prevista para los tipos graves, de cinco (§ 17(4) UWG). No obstante, en ambos casos se prevé la pena de multa como *alternativa*. Pero no solo esto. También los tipos están configurados de tal manera que restringen en menor medida la libertad general de acción. Especialmente en lo que atañe al tipo de uso o revelación desleal. Así, por un lado, el círculo de sujetos activos en este tipo se limita a los empleados de una empresa a los que se les ha confiado un secreto empresarial por razón de su puesto de trabajo. Por otro, su eventual revelación a terceros solamente resulta penalmente relevante cuando se realiza *durante la vigencia de la relación laboral*. El tipo penal español de uso o revelación desleal (art. 279 Cp), sin embargo, delimita –al menos desde una perspectiva estrictamente literal–, de forma mucho más amplia el círculo de sujetos activos, así como el alcance temporal del deber de reserva. Autor del delito puede serlo cualquiera sometido a un deber legal o contractual de reserva –insisto: desde una perspectiva de estricta interpretación gramatical–. Y la redacción del tipo no establece limitación alguna para que dicho deber de reserva no pueda extenderse más allá de la relación contractual –o del tipo que sea– que vincule al autor con el legítimo titular de la información. Por tanto, si bien es cierto que en Alemania no se trabaja con un concepto penal de secreto empresarial más restringido que el del ámbito jurídico-privado, también lo es que la severidad de las penas previstas en los §§ 17-19 de su Ley contra la competencia desleal (*UWG*) es mucho menor que la de los delitos de los arts. 278 a 280 de nuestro Código penal.

Ante este escenario, la construcción de un concepto penal autónomo de secreto empresarial se presenta imperativa. Sin perjuicio de las ulteriores restricciones al ámbito de aplicación de los tipos de violación de secretos

empresariales basadas en consideraciones de desvalor de acción (ver *infra* VI., VII., VIII.) y de desvalor del resultado (ver *infra* IX.), parece evidente que la severidad de las penas con las que son sancionadas las violaciones de secretos empresariales solamente puede armonizarse pacíficamente con el principio de proporcionalidad si se limita el ámbito de aplicación de estos tipos a la violación de secretos empresariales con un valor patrimonial de especial entidad.

### 9.3. Propuestas de un concepto penal autónomo de secreto empresarial

A continuación se procede a analizar críticamente los criterios de relevancia penal de la información identificados durante el estudio de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación existente en torno al fenómeno de la violación de los secretos empresariales en España, Alemania y los EE. UU. Entre ellos cabe citar los siguientes: la exclusividad en la detentación de la información, la manifestación expresa de la voluntad de reserva sobre la concreta información, las presunciones *ius et de iure* de destrucción del carácter secreto de la información y, por último, la tipología de la información como instrumento de restricción del alcance de la protección penal, así como la exigencia de un interés objetivo cualificado en el mantenimiento de la reserva de la información. La inidoneidad como criterios para delimitar la frontera de lo penalmente relevante de los tres primeros criterios ya ha quedado demostrada en los apartados en los que se analizaron como posibles requisitos configuradores (ver *supra* IV.6., IV.5 y IV.4, respectivamente). Como allí se ha comentado, razones de coherencia axiológica impiden, de entrada, su admisión como requisitos configuradores del concepto de secreto empresarial o como concreción de alguno de ellos.

Quedan por examinar, pues, los dos últimos criterios identificados: el recurso a la tipología de la información como instrumento de restricción del alcance de la protección penal y la exigencia de un interés objetivo cualificado en el mantenimiento de la reserva.

- a) La tipología de la información: secretos industriales – secretos comerciales – secretos organizativos, relacionales o de gestión

El recurso a la tipología de la información como criterio de delimitación entre la información penalmente relevante y la que no merece atención penal



no es nada nuevo bajo el sol. Hace poco menos de dos siglos, nuestro Código penal de 1848, en su art. 414, limitaba la protección penal de la información empresarialmente relevante a los *secretos de la industria*, por los que, por aquél entonces, se entendían todos aquellos relacionados con el ámbito técnico-industrial de la actividad empresarial<sup>262</sup>. De hecho, hasta el Código penal de 1995 y después de la persistente insistencia de un amplio sector de la doctrina<sup>263</sup> no se cambió el *nomen iuris* del objeto de protección de este grupo de delitos por el de “secreto de empresa”, con el cual se eliminaron por conducto legal los obstáculos terminológicos que desde hacía años se habían sorteado por vía dogmática para cubrir bajo el manto de protección penal a los secretos de carácter comercial, organizativo, relacional o de gestión.

Donde más referencias sobre la cuestión pueden encontrarse, sin embargo, es en Alemania. En aquel país las discusiones en torno a este tema se remontan a los trabajos prelegislativos de la primera Ley contra la competencia desleal, de 27 de mayo de 1896, en la que se preveían varios tipos penales de violación de secretos empresariales. Así, mientras un sector de la doctrina consideraba que tan solo los secretos industriales tenían la suficiente relevancia como para merecer protección penal, otro entendía que no estaba justificada discriminación alguna entre secretos comerciales y técnico-industriales<sup>264</sup>. Si bien el legislador acabó decantándose por tratar (penalmente) de forma homogénea ambos tipos de información, la discusión doctrinal se prolongó hasta bien entrado el siglo XX.

---

<sup>262</sup> En este sentido resulta reveladora la discusión de finales del s. XIX y principios del XX en torno a si era necesario o no, para la relevancia penal de la conducta, que el titular del secreto de la industria hubiera obtenido previamente un “privilegio de invención”, la actual patente. Información susceptible de merecer un privilegio de invención solamente era la técnica: PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *El Código penal concordado y comentado*, t. III, 5ª ed., 1881, p. 279; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, 2ª ed., 1913, p. 847.

<sup>263</sup> En este sentido, por todos, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed., 1994, p. 336; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, 1ª ed., 1978, p. 295 y ss.

<sup>264</sup> Una exposición al respecto en FRIEDLÄNDER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1903, pp. 185 y ss.

Aparecieron varios trabajos en este sentido. Así, por ejemplo, el de ADLER, quien consideraba que los secretos técnico-industriales merecían mayor protección jurídico-penal que los comerciales por ser los que realmente importaban en la práctica, lo que en su época se pondría de manifiesto en el hecho de que todos los casos claros de actos de espionaje industrial tenían por objeto secretos técnico-industriales, no comerciales<sup>265</sup>. También el de BLUM, quien solo consideraba merecedora de protección penal a la información de carácter técnico-industrial, por ser ésta la única por la que existe un interés general en su protección, en la medida en que solo este tipo de información contribuye al desarrollo tecnológico de la sociedad, algo que no podría predicarse de la información comercial, organizativa, relacional o de gestión<sup>266</sup>.

Ninguna de estas propuestas acabó trascendiendo, y hoy en día doctrina y jurisprudencia alemanas consideran de forma mayoritaria que la distinción entre secretos comerciales e industriales es irrelevante a efectos penales<sup>267</sup>. Los motivos son varios. Por un lado, y esta fue una de las razones expresamente mencionadas por el legislador alemán de 1896<sup>268</sup>, la frontera entre un tipo de información y otro a menudo no va a ser fácil de trazar<sup>269</sup>. Por otro, la maximización del estándar de desarrollo tecnológico de la sociedad no es el fin perseguido por el Derecho de competencia leal ni, en última instancia, por el régimen penal de protección de los secretos empresariales. Al menos, no es el único ni el primordial. Lo que estas normas persiguen es que el mercado se desenvuelva en un escenario de competencia leal, regido por el principio del avance por el propio esfuerzo. Que con un mercado saneado aumenten las posibilidades de desarrollo tecnológico puede ser un efecto secundario, sin duda deseable, pero ni necesario ni suficiente para justificar la intervención penal (ver *supra* bien jurídico). Luego, el criterio de relevancia penal de la información no puede ser otro que su valor competitivo en la lucha (leal) por el mercado<sup>270</sup>. Y tanto la información de

---

<sup>265</sup> *Juristische Blätter* (16/17), 1931, p. 341.

<sup>266</sup> *MuW* (9), 1931, p. 477-480.

<sup>267</sup> Por todos, Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 4a.

<sup>268</sup> FRIEDLÄNDER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1903, p. 185 nota 4.

<sup>269</sup> Ponen también de manifiesto esta idea KRÜGER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1984, p. 20.

<sup>270</sup> ELSTER, *GRUR* (1), 1932, p. 33; NASTELSKI, *GRUR* (1), 1958, p. 1.

carácter técnico-industrial como la de carácter comercial, organizativo o relacional son portadoras idóneas de valor competitivo<sup>271</sup>.

b) El interés objetivo *cualificado* en el mantenimiento de la reserva

De acuerdo con el modelo de concepto de secreto empresarial aquí defendido, el requisito del interés objetivo en el mantenimiento de la reserva de la información no es más que la traducción del fin de protección de la norma (penal) en un criterio normativo de relevancia penal. Este es, pues, el lugar analíticamente adecuado donde formular las propuestas de delimitación entre la información penalmente relevante y la irrelevante. De este modo, las propuestas que a continuación veremos aciertan en la ubicación sistemática de la cuestión. En lo que no aciertan, sin embargo, es en su concreción.

Dos son las propuestas que se han encontrado en este sentido. Por un lado, la de CARRASCO ANDRINO, quien considera que la información debe ostentar un valor económico independiente que le permita ser objeto de transmisión para recibir tutela penal<sup>272</sup>. Por otro la de ELSTER, quien entendía que la relevancia penal radicaba en el grado de creatividad personal contenido en la información<sup>273</sup>.

Por lo que se refiere a la primera propuesta, no se comprende por qué la información con un valor económico independiente de una determinada empresa y que puede ser objeto de transmisión a través de una licencia de know-how, por ejemplo, es penalmente más relevante que una información que, a pesar de estar referida a una determinada empresa y no ser, en principio, susceptible de ser licenciada ni transmitida de ninguna otra forma, su conocimiento por un competidor puede mejorar su posición competitiva en el mercado o empeorar la de la empresa a la que se refiere. Piénsese, por ejemplo, en un oferente en el mercado que fruto de su inversión en

---

<sup>271</sup> FRIEDLÄNDER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1903, p. 196; ELSTER, *GRUR* (1), 1932, p. 34.

<sup>272</sup> CARRASCO ANDRINO, *RDPC* (7), 2001, p. 382 y ss; LA MISMA, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, pp. 32, 33, 142, 143, 249, 250, 251. En la jurisprudencia, exigiendo que la información pueda ser objeto de transmisión, la AAP Santa Cruz de Tenerife de 20 de marzo de 2009, p. Mulero Flores.

<sup>273</sup> ELSTER, *GRUR* (1), 1932, p. 35-36. Se adhiere por completo a esta propuesta KISSLING, *Der nach § 17 UWG strafbare Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen*, 1957, p. 7-8.

investigación y desarrollo da con un proceso de producción que podría explotar tanto en régimen de secreto empresarial como a través de una patente de invención. Imagínese que, en ese mismo mercado relevante, existe otro competidor que ha desarrollado la misma información, también de forma independiente, la cual mantiene bajo reserva sin saber que existe otro competidor que también posee dicho conocimiento. Si, mientras el primer oferente se plantea por cuál de las dos vías de explotación apostar: patente o secreto empresarial, uno de sus trabajadores revela al segundo la posibilidad de que su empleador patente la información, de manera que éste se avanza en la solicitud de patente, la revelación podría causar importantes pérdidas al empleador del trabajador desleal. Sin embargo, ¿debemos considerar que la información consistente en la decisión de patentar –que no debe confundirse con la información relativa al proceso de producción patentable– no es un secreto empresarial merecedor de protección penal porque, en principio, no es una información licenciable ni con un valor económico independiente de la empresa que pretende solicitar la patente? Parece que no. La idoneidad de esta información para lesionar o poner en peligro intereses patrimoniales legítimos es indudable.

En cuanto a la propuesta de ELSTER, el problema radica también en una concreción del criterio de relevancia penal incoherente con el fin de protección de la norma. De nuevo, no solo la información cargada con un alto grado de creatividad o ingenio personal va a ser competitivamente valiosa. También la información obtenida de terceros, del mismo dominio público o por pura casualidad puede conferir una valiosa ventaja competitiva que fundamente una legítima expectativa de ganancia patrimonial merecedora de protección penal.

c) El criterio correcto: la *especial entidad* del valor patrimonial de la información

En atención a todo lo dicho hasta ahora, parece indudable que el criterio de relevancia penal de la información debemos fijarlo en su *valor patrimonial* y que, si se quiere interpretar el modelo español de protección penal de los secretos empresariales de forma respetuosa con el principio de proporcionalidad, es preciso que ese *valor* sea de una entidad considerable. La cuestión es, obviamente, dónde fijamos el umbral de la especial entidad.

A mi juicio, dicho umbral debería fijarse en coherencia con el resto de delitos patrimoniales clásicos. Como ya se ha comentado, el subtipo agravado de estafa fija la frontera en los 50.000 euros (art. 250.1.5º Cp). Es una cifra absolutamente razonable. Con todo, me parece un criterio insuficiente. Desde una perspectiva axiológica, me parece inaceptable excluir la protección penal de secretos empresariales que, sin tener un valor patrimonial superior a los 50.000 euros, pueden tener relevancia existencial (como oferente en el mercado) para su legítimo titular. En este sentido, lo coherente con los delitos patrimoniales clásicos es incluir este tipo de información dentro del ámbito de aplicación de los delitos de violación de secreto empresarial, de forma análoga a como en aquellos se considera constitutiva del subtipo agravado la causación de perjuicios de especial entidad en atención a la situación económica en la que se deje a la víctima (art. 250.1.4º Cp).



**V. CRITERIOS DE RECONOCIMIENTO JURÍDICO-  
PRIVADO DE EXPECTATIVAS DE EXCLUSIÓN SOBRE  
EL SECRETO EMPRESARIAL**





## 1. Introducción

En esta investigación se defiende la tesis de que el bien jurídico-penal protegido por los delitos de violación de secreto empresarial es el patrimonio individual (*vid. supra* III.3). En este sentido, se parte de un concepto jurídico-económico, basado en la teoría de la integración. Conforme a esta concepción del patrimonio, tan sólo son merecedoras de protección penal las posiciones de dominio sobre objetos o interacciones sociales monetariamente valiosas y jurídicamente constituidas<sup>1</sup>.

Esto significa que las posiciones de dominio sobre la información económicamente valiosas deberán basarse en expectativas de reserva jurídicamente garantizadas. Ello nos remite al régimen jurídico-privado de protección de las expectativas de reserva sobre la información económicamente valiosa.

En primer lugar, el Derecho privado reconoce expectativas de reserva al titular de la información (*infra* V.3). Sin embargo, ¿quién puede considerarse titular de la información? La cuestión no es tan sencilla como a primera vista puede parecer. En tanto que bien inmaterial no calificable ni como bien mueble ni inmueble, la información sólo puede ser objeto de derechos de propiedad si reúne las condiciones previstas para ser objeto de propiedad intelectual o industrial conforme al RDLeg 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI, en adelante), la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (LPat, en adelante), o cualquiera de las otras disposiciones normativas que integran el Derecho de la propiedad intelectual e industrial.

Los derechos de propiedad intelectual e industrial no son derechos de propiedad *equivalentes* al derecho de propiedad clásico sobre las cosas, sino tan sólo derechos *asimilados* a éste<sup>2</sup>. Así, por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual e

---

<sup>1</sup> LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2012, § 266 nm. 166.

<sup>2</sup> En este sentido, véanse, por todos, KRASSER, *Patentrecht*, 6ª ed., 2009, § 1 A II, quien dice que en su estructura de derecho de exclusión la patente es comparable a la propiedad sobre una cosa material. Respecto del derecho de autor, SCHRICKER/LOEWENHEIM, «*Einleitung*», en LOEWENHEIM (ed.), Schricker/Loewenheim-*Urheberrecht. Kommentar*, 4ª ed., 2010, nm. 26 hablan de cuasi-derecho real.

industrial están temporalmente limitados (la patente tiene una duración de 20 años desde su concesión, por ejemplo), pueden sufrir serias limitaciones, como por ejemplo la obligación de explotar o licenciar la patente (arts. 83 y ss. LPat), o estar protegidos por intensas normas de derecho imperativo, como por ejemplo la irrenunciabilidad e inalienabilidad de los derechos morales del autor (art. 14 LPI) o la posibilidad de revisar la remuneración pactada por la cesión de los derechos de explotación sobre la creación intelectual, cuando posteriormente se manifestara desproporcionada, en perjuicio del autor, en relación con los beneficios obtenidos por el cesionario que ha explotado la obra (art. 47 LPI).

Cuando la información constitutiva de secreto empresarial sea objeto de un derecho de propiedad industrial o intelectual, será posible identificar, conforme a los criterios de atribución de la titularidad sobre los objetos de propiedad intelectual o industrial previstos en la ley correspondiente, el legítimo titular de la información (*infra* V.2). Este será el caso cuando el secreto sea calificable de creación intelectual (obra literaria, artística o científica original, incluidos los programas de ordenador – art. 10.1 LPI), de invención patentable (arts. 4-9 LPat), de modelo de utilidad (art. 143 LPat), de diseño industrial (arts. 1, 5-12 LPJDI<sup>3</sup>), de topografía de un producto semiconductor (los llamados “chips” – arts. 1 y 2 LPJTPSC<sup>4</sup>) o de obtención vegetal (arts. 2, 5-9 LRJPOV<sup>5</sup>).

Sin embargo, cuando la información constitutiva de secreto empresarial no sea calificable de objeto de la propiedad intelectual o industrial, habrá que determinar a quién o a quiénes se les reconocen sus expectativas de reserva y exclusión (*infra* V.4). Se trata de secretos empresariales que consisten, por ejemplo, en propuestas de mejora técnica no patentables ni calificables de modelo de utilidad, estrategias comerciales, de distribución, organizativas, etc. Informaciones todas ellas competitivamente relevantes, a veces tanto o más que una invención patentable, pero no merecedoras de ser objeto de propiedad intelectual ni industrial.

---

<sup>3</sup> Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial.

<sup>4</sup> Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las topografías de los productos semiconductores.

<sup>5</sup> Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de protección de las obtenciones vegetales.

Ahora bien, tener clara la titularidad del secreto empresarial no siempre va a garantizar claridad respecto del reconocimiento jurídico de expectativas de exclusión sobre la información. Cuando el objeto de propiedad intelectual o industrial haya sido creado de forma conjunta por varios sujetos, o el autor haya transmitido la información a varias personas a la vez, la titularidad de la información será relativamente fácil de determinar: en la mayor parte de los casos estaremos ante supuestos de cotitularidad. Con todo, no es en absoluto evidente que todos y cada uno de los cotitulares tengan jurídicamente garantizadas sus expectativas recíprocas de reserva, por ejemplo.

Por lo demás, la titularidad de la información no es el único motivo de reconocimiento de expectativas de exclusión sobre la información. Como más adelante trataré de explicar, el Derecho privado reconoce expectativas de reserva a sujetos que no son titulares de la información. Así, por ejemplo, la invención patentable desarrollada por un trabajador en su tiempo libre, pero utilizando los medios materiales de su empleador, pertenece originariamente al trabajador inventor, pero su empleador tiene el derecho a asumir, a cambio de una «compensación económica justa» (art. 17.2 LPat), la explotación de la invención. Este derecho de asunción da lugar, a su vez, a que el Derecho privado le garantice, al menos, una expectativa de reserva frente al trabajador inventor.

En lo que sigue se van a exponer, de forma sucinta, los criterios de atribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial sobre la información objeto de los mismos (V.2). En segundo lugar, comentaré los criterios jurídico-privados de reconocimiento de expectativas de exclusión del aseguramiento, uso o comunicación de la información objeto de tales derechos y constitutiva de secreto empresarial (V.3). En tercer lugar, analizaré los criterios de reconocimiento jurídico-privado de expectativas de exclusión respecto de información constitutiva de secreto empresarial pero no susceptible de ser objeto de un derecho de propiedad intelectual o industrial (V.4). La relevancia jurídico-penal de estos criterios de atribución de derechos de propiedad intelectual o industrial y de expectativas jurídico-privadamente garantizadas de exclusión del aseguramiento, uso o comunicación del secreto empresarial se analizará en los capítulos VI. (278 Cp), VII. (279 Cp) y VIII. (280 Cp).

## 2. Criterios de atribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial

Los derechos de propiedad intelectual e industrial se concretan en dos clases de derechos sobre el objeto de la propiedad: los derechos morales y los derechos patrimoniales o de explotación. Los *derechos morales* se atribuyen de forma originaria al autor del objeto, por el hecho de su creación (*Schöpferisches*<sup>6</sup> o *Erfinderprinzip*<sup>7</sup>). Ejemplos de derechos morales son el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra reconocido al autor de una creación literaria, artística o científica original (art. 14 LPI), o el derecho del inventor de una invención patentable a ser mencionado como tal (art. 14 LPat).

La titularidad originaria de los *derechos patrimoniales* se atribuye con base a dos criterios alternativos. Por un lado el criterio de la creación del objeto (art. 1 LPI, art. 10.1 LPat, por ejemplo) y, por otro, el de la aportación de los medios productivos para su creación (art. 15 LPat, por ejemplo), entre los cuales se cuenta la contratación de actividad creativa dependiente: el autor o inventor asalariado<sup>8</sup>. Así, por ejemplo, los derechos de explotación sobre un programa de ordenador creado por un informático autónomo corresponden, originariamente, al informático autor (art. 97.1 LPI). La coordinación de

---

<sup>6</sup> Al respecto, véase, por todos, LOEWENHEIM, «*Einleitung*», en LOEWENHEIM (ed.), Schricker/Loewenheim-*Urheberrecht. Kommentar*, 4ª ed., 2010, nm. 13.

<sup>7</sup> Sobre este principio, véase, por todos, KRASSER, *Patentrecht*, 6ª ed., 2009, p. 335 y ss.

<sup>8</sup> Detrás de este criterio late la lógica del derecho de *acesión* sobre el producto de los propios bienes: arts. 354 y ss. Cc. La vigencia de este criterio en el Derecho de propiedad intelectual e industrial español contrasta con el régimen de propiedad intelectual e industrial alemán, donde rige exclusivamente el principio de atribución de la titularidad al sujeto (o sujetos) que realizó el acto de creación (*Schöpferischesprinzip* y *Erfinderprinzip*). Obviamente, ello no obsta a que, en determinados supuestos (autor/inventor asalariado; encargo de la obra o invención), se considere que el autor/inventor tiene la obligación de ceder o transmitir los derechos de explotación a la contraparte interesada en los mismos, de modo que, en general, se consideren cedidos o transmitidos de forma tácita con la celebración del contrato o con la entrega de la obra o invención. Al respecto, véase, por todos, KRASSER, «*Urheberrecht in Arbeits-, Dienst- und Auftragsverhältnissen*», FG-Schricker, 1995, p. 79 y ss.

estos dos criterios varía en función del contexto y el tipo de objeto inmaterial. El criterio de la aportación de los medios productivos se aplica de forma preferente respecto de los objetos de propiedad industrial desarrollados en el ámbito laboral. En cambio, las creaciones literarias, artísticas o científicas creadas en el ámbito laboral se atribuyen, originariamente, al autor. Sin embargo, a falta de pacto escrito al respecto entre las partes, la LPI presume la cesión en exclusiva de los derechos de explotación al empleador con el alcance que sea necesario para el ejercicio de su actividad económica habitual (art. 51 LPI). Además, en relación con los programas de ordenador, cuando éste haya sido desarrollado por un trabajador por cuenta ajena «en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario» (art. 97.4 LPI).

En las relaciones no dependientes de servicio, el *Schöpferisches-* o el *Erfinderprinzip* tiene, salvo pacto en contrario, preferencia. Pero, de nuevo, el autor o inventor está obligado a transmitir o ceder al cliente que realizó el encargo los derechos de explotación que sean indispensables para cumplir con la finalidad del contrato (así, por ejemplo, art. 43.2 LPI).

Dentro de los supuestos de atribución originaria del derecho de propiedad intelectual o industrial por creación del objeto hay que distinguir entre los casos de creación individual y los casos de creación en la que participan dos o más personas (creación conjunta). Evidentemente, cuando la creación es *individual*, la titularidad de los derechos morales y de explotación corresponde al autor único. Cuando la creación es *conjunta*, la titularidad originaria se atribuye a todos y cada uno de los cocreadores.

En los supuestos de creación conjunta, el ejercicio de los derechos patrimoniales se rige por lo acordado entre las partes. Con todo, el Derecho de propiedad intelectual e industrial prevé reglas específicas. Así, por ejemplo, la LPI exige unanimidad para la divulgación de la creación literaria, artística o científica que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores (art. 7.2 LPI)<sup>9</sup>. En caso de desacuerdo debe decidir un Juez. En

---

<sup>9</sup> La divulgación es presupuesto necesario de la explotación de la obra.

cambio, la LPat prevé la posibilidad de que cada uno de los coinventores, por sí solo, explote la invención, previa notificación a los demás titulares, a pesar de lo que hubieran podido pactar entre ellos (art. 72.2.b) LPat).

La regulación diametralmente opuesta de esta cuestión por parte de la LPI y la LPat se ha justificado, por un lado, en el hecho de que los derechos de la personalidad sobre las invenciones no son tan intensos como los derechos morales sobre las creaciones intelectuales. Por otro, en que los derechos patrimoniales sobre la invención se pueden transmitir por completo y de forma mucho más sencilla que los derechos de explotación sobre la obra literaria, artística o científica, respecto de los cuales el legislador ha adoptado una postura mucho más proteccionista de los intereses del autor. Por ello, el régimen de la invención conjunta no tendría por qué atar tan de cerca a los coinventores como sí hay que atar a los cocreadores de una obra intelectual<sup>10</sup>.

La LPI distingue entre obras en colaboración (art. 7) y obras colectivas (art. 8). Cuando aquí se habla de “creación conjunta” se hace referencia a las obras en colaboración, creadas conjuntamente por dos o más autores. Las segundas, las obras colectivas, el legislador las ha definido como aquellas que son fruto de la reunión, coordinación y edición de varias obras individuales por iniciativa de una persona que no tiene por qué ser ninguno de los autores de las obras individuales, surgiendo así una creación única y autónoma. Salvo pacto en contrario, los derechos morales y de explotación sobre la obra colectiva se atribuyen a la persona que reúne, edita y coordina las obras individuales y divulga la obra nueva y autónoma que surge de tal actividad.

En todo lo no previsto por estas normas ni por el acuerdo de las partes, tanto la LPI como la LPat se remiten a las reglas del Derecho común sobre la comunidad de bienes (arts. 392-406 Cc). De entre ellas cabe destacar las previstas en los arts. 397 y 398 Cc:

Art. 397 Cc:

«Ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos».

Art. 398 Cc:

«Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes.

---

<sup>10</sup> KRASSER, *Patentrecht*, 6ª ed., 2009, p. 348 y nota 63.

No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad.

Si no resultare mayoría, o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador.

Cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos y otra fuere común, sólo a ésta será aplicable la disposición anterior».

La cocreación debe distinguirse de la aportación de medios materiales o productivos al proceso de creación de la obra intelectual. El criterio para delimitar uno y otro tipo de contribución es el de la aportación de actividad intelectual inventiva. Este tipo de aportaciones permiten hablar, cuando concurren las demás condiciones para ello, de cocreación. Quienes aporten otro tipo de contribuciones: materiales (dinero, maquinaria, infraestructuras), físicas (trabajo físico) o intelectuales (vigilancia, observación), no se consideran cocreadores<sup>11</sup>.

No obstante, como hemos dicho, la aportación de los medios productivos necesarios para la creación del objeto de propiedad intelectual o industrial también actúa como criterio de atribución originaria de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre tales objetos, en determinados casos. Sobre ello, conviene introducir aquí algunas distinciones, a la luz del régimen de patentes de invención. Es común distinguir entre invenciones de servicio, invenciones mixtas e invenciones libres<sup>12</sup>. Las *invenciones de servicio* son las realizadas por el trabajador por cuenta ajena durante la vigencia de su contrato, relación de trabajo o de servicios con la empresa y que son fruto de una actividad de investigación explícita o implícitamente constitutiva del objeto de su contrato (art. 15 LPat). Las *invenciones mixtas* son aquellas realizadas por el trabajador en relación con su actividad profesional en la empresa y que en su obtención hubieran influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta (art. 17.1 LPat). Las *invenciones libres* se definen negativamente, como aquellas desarrolladas por el trabajador por cuenta

---

<sup>11</sup> KRASSER, *Patentrecht*, 6ª ed., 2009, p. 339-343.

<sup>12</sup> Por todos véase ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, pp. 173-214.

ajena y que no cumplen con ninguna de las dos definiciones anteriores (art. 16 LPat).

Como se ha comentado, los derechos de explotación sobre las invenciones de servicio pertenecen originariamente al empresario. Por el contrario, los derechos patrimoniales sobre las invenciones mixtas y sobre las invenciones libres pertenecen originariamente al trabajador. Sin embargo, éste tiene el deber de notificar al empresario la obtención de las mixtas (art. 18.1 LPat). No existe consenso entre la doctrina en relación con la notificación de las invenciones libres. Algunos entienden que el principio de buena fe que debe presidir toda relación contractual y, en particular, la laboral, impone al trabajador el deber de ofrecer las invenciones que desarrolle de forma autónoma, al menos cuando guarden relación con la actividad empresarial del empleador<sup>13</sup>. Otros, no obstante, consideran que dicho deber de buena fe no puede ir tan lejos<sup>14</sup>.

En Alemania, la Ley de invenciones laborales, de 1957 (*Arbeitnehmererfindungsgesetz*), prevé expresamente un “derecho de explotación preferente” a favor del empleador respecto de las invenciones libres de sus empleados, siempre que caigan dentro de su ámbito de actividad empresarial (§ 19).

Respecto de las invenciones mixtas, al empresario se le concede el derecho de asumir la titularidad o a reservarse un derecho de utilización, al margen de cuál sea la voluntad del trabajador inventor. No obstante, cualquiera de los dos derechos debe ejercitarlos en el plazo de tres meses desde la notificación de la invención. Si no los ejerce dentro de este plazo, la invención deviene libre<sup>15</sup>. En ambos casos se garantiza legalmente al trabajador una compensación económica justa, «fijada en atención a la importancia industrial y comercial del invento y teniendo en cuenta el valor de los medios o conocimientos facilitados por la empresa y las aportaciones propias del trabajador» (art. 17.2 LPat).

---

<sup>13</sup> En este sentido, PÉREZ PÉREZ, *Inventiones laborales*, 1994, p. 177.

<sup>14</sup> ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, p. 213, aunque de lege ferenda está de acuerdo en que debería reconocerse un derecho de adquisición preferente al empleador (p. 214).

<sup>15</sup> PÉREZ PÉREZ, *Inventiones laborales*, 1994, p. 177; ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, pp. 205, 211.



De acuerdo con el tenor literal del art. 18.1 LPat, la obligación de notificación de la invención laboral (de servicio o mixta) impuesta al trabajador tiene por finalidad que el empleador «pueda ejercitar los derechos que le corresponden en el plazo de tres meses». Como he comentado, si el empresario no ejerce los derechos que le corresponden respecto de la invención mixta en el plazo de tres meses, dicha invención deviene libre: el trabajador puede hacer con ella lo que desee, en tanto que legítimo titular, siempre y cuando no infrinja su deber laboral de no concurrir con su empleador (art. 5.d) ET)<sup>16</sup>. ¿Ocurre lo mismo cuando el empresario no ejerce los derechos que le corresponden respecto de las invenciones de servicio, en el plazo de tres meses? ¿Qué ocurre si el empresario no decide patentar la invención dentro de dicho plazo, o simplemente no realiza comunicación alguna al trabajador sobre las medidas que va a tomar en relación con la información? En la medida en que la titularidad originaria de las invenciones de servicio corresponde al empresario, sin necesidad de compensar al trabajador por la obtención de la invención, salvo que sea fruto de una aportación extraordinaria, algunos autores han rechazado atribuir relevancia alguna a esta previsión legal en relación con esta clase de invenciones<sup>17</sup>. En su opinión, referir el plazo de tres meses a las invenciones de servicio es «lógico e injustificado». Sin embargo, como ESTUPIÑÁN CÁCERES ha puesto de manifiesto, «...atribuir al empresario incondicionalmente la titularidad del tipo de invenciones descrito en el artículo 15.1 no protege adecuadamente los intereses del conjunto de la sociedad, ni los de los trabajadores en particular»<sup>18</sup>. Ni al trabajador inventor ni a la sociedad les interesa que la invención quede sin explotar por la desidia o el abandono del empleador.

La extensión por analogía de estas reglas a los demás objetos de propiedad intelectual o industrial parece razonable. Respecto de los modelos de utilidad existen sólidos argumentos a favor de ello<sup>19</sup>. Pero también respecto de los programas de ordenador, por ejemplo. El programa creado por el trabajador asalariado al margen del objeto del contrato de trabajo corresponde al trabajador. Sin embargo, cuando para el desarrollo del programa el trabajador haya utilizado de forma significativa los conocimientos conocidos en la empresa o medios materiales de la misma, de acuerdo con el principio de

---

<sup>16</sup> ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, p. 212.

<sup>17</sup> ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, pp. 226, 227, citando a GÓMEZ SEGADE en nota 310.

<sup>18</sup> *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, p. 187.

<sup>19</sup> PÉREZ PÉREZ, *Inventiones laborales*, 1994, p. 130-132.

buena fe contractual que debe informar toda relación de trabajo, se considera que el empleador tiene derecho a la adquisición preferente del programa<sup>20</sup>.

A la cuestión no le falta importancia práctica. En Alemania, la gran mayoría de las solicitudes de patente nacionales corresponden a invenciones desarrolladas por trabajadores asalariados (entre el 80% y el 90%)<sup>21</sup>, al igual que la mayor parte de creaciones literarias, artísticas y científicas<sup>22</sup>. Los estudios empíricos realizados en relación con la producción de conocimiento en España apuntan en la misma dirección<sup>23</sup>.

Por su parte, tanto la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las topografías de los productos semiconductores (LPJTSP), como la Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales (LRJPOV), se remiten al régimen de las invenciones laborales previsto en los arts. 15-20 LPat a la hora de determinar la titularidad de los derechos de explotación sobre las topografías de los

---

<sup>20</sup> VALDÉS ALONSO, *Propiedad intelectual y relación de trabajo*, 2001, p. 296-297. En Alemania, en la línea del texto: GRÜTZMACHER, «§ 69b», en WANDTKE/BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4ª ed., 2014, nms. 34-36, 35, quien fundamenta el deber de ofrecimiento del trabajador en la idea de intercambio (*Austauschgedankens*). Así, el trabajador sólo tendrá el deber de ofrecer aquellos programas en los que haya utilizado medios productivos del empleador. Cuando el programa lo haya desarrollado exclusivamente con sus propios medios, no tendrá deber alguno. De la opinión contraria, defendiendo que el empleador no tiene derecho ni a asumir la explotación de los programas creados por iniciativa del trabajador pero usando sus medios materiales o su *know-how*, CYCHOWSKI, «§ 69b», en FROMM/NORDEMANN (eds.), *Urheberrecht. Kommentar*, 11ª ed., 2014, nm. 8: solamente contempla la posibilidad de que el trabajador cargue con un deber de no concurrencia, derivado del deber de buena fe, cuando la explotación del programa pueda hacer la competencia a su empleador. En la misma línea KRASSER, «Urheberrecht in Arbeits-, Dienst- und Auftragsverhältnissen», *FG-Schriker*, 1995, p. 106 y nota 117 con ulteriores referencias.

<sup>21</sup> BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., 2012, *Einleitung* nm. 2.

<sup>22</sup> WANDTKE, «§ 43», en WANDTKE/BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4ª ed., 2014, nm. 1, con ulteriores referencias al respecto.

<sup>23</sup> ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, pp. 35-39.

productos semiconductores y las obtenciones vegetales desarrolladas en el marco de la relación laboral<sup>24</sup>.

La LPI y la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (LPJDI), regulan de forma específica la atribución de la titularidad de los derechos de explotación sobre los correspondientes objetos de propiedad. Sin embargo, en la medida en que las reglas previstas en ambas abarcan menos constelaciones de casos que las previstas por los arts. 15-20 LPat, parece razonable aplicar de forma analógica las soluciones arbitradas por la LPat a los conflictos de intereses que la creación de conocimiento en el marco de una relación laboral genera y que dichas normas no cubren: creaciones literarias, artísticas o científicas por iniciativa del trabajador usando medios de producción del empresario (creaciones intelectuales mixtas), por ejemplo. Hasta lo que aquí se alcanza, no se advierten las razones por las que la atribución de titularidad sobre estos objetos (objetos de la LPI; diseño industrial) deba basarse en una ponderación distinta de los intereses en conflicto. Al igual que en los supuestos de invenciones patentables, topografías de productos semiconductores y obtenciones vegetales laborales, los intereses en conflicto en la creación de objetos de PI o diseños industriales en el marco de una relación laboral son los intereses morales y patrimoniales del inventor asalariado en decidir de forma plena sobre su invención, en tanto que creación intelectual suya; el interés del titular de los medios de producción empleados en dicha creación en rentabilizar su inversión (interés básicamente patrimonial); y el interés general en que ambas partes tengan incentivos para contribuir a la producción intelectual (interés en incrementar el nivel de bienestar general). Con todo, debe reconocerse que la doctrina está fuertemente dividida al respecto<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Véanse arts. 3.2.a) LPJTPS y 10.5 LRJPOV.

<sup>25</sup> En Alemania, donde el régimen de las creaciones literarias, artísticas y científicas (LPI) creadas en el marco de una relación laboral es más escueto que el régimen de las invenciones laborales (*ArbNErfG*), en la misma línea que la seguida en el texto: ROJAHN, «§ 43», en LOEWENHEIM/SCHRICKER, *Urheberrecht. Kommentar*, 4ª ed., 2010, nms. 100-102. De la opinión contraria WANDTKE, «§ 43», en WANDTKE/BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4ª ed., 2014, nms. 30-36; SCHWAB, *Arbeitnehmererfindungspflicht*, 3ª ed., 2014, Anhang § 1 nms. 69-75.

Entre los argumentos que se esgrimen para oponerse a la analogía de los criterios de las invenciones laborales (arts. 15-20 LPat) a las creaciones literarias, artísticas o científicas creadas en el marco de la relación laboral está, por un lado, el relativo a que los derechos de explotación sobre los objetos de propiedad industrial tienen un alcance material (explotación de una invención, un modelo de utilidad) mucho más amplio que los derechos de explotación sobre un objeto de propiedad intelectual (explotación de una determinada expresión de la personalidad del autor). Ello justificaría que las invenciones laborales deban ofrecerse al empleador, pues de lo contrario podría verse competitivamente muy perjudicado. En cambio, el perjuicio derivado del no ofrecimiento de una obra objeto de propiedad intelectual no tendría, en principio, unas consecuencias tan negativas<sup>26</sup>. Por otro lado, los derechos morales sobre las obras objeto de propiedad intelectual son de un alcance y entidad significativamente mayores que los de los derechos morales reconocidos sobre la invención (derecho a ser nombrado autor de la misma, básicamente). Por ello, obligar al trabajador autor a ofrecer su creación literaria, artística o científica libre supondría una afectación significativamente mayor, hasta el punto de considerarse injustificada, de los derechos morales del trabajador que la obligación de ofrecer una invención laboral mixta o libre. A mi modo de ver, ninguno de ambos argumentos me parece lo suficientemente fuerte como para negarle relevancia jurídica a la contribución del empleador en la creación de la obra intelectual con medios productivos (materiales o inmateriales: conocimiento, por ejemplo). El eventual perjuicio causado al trabajador con la imposición de un deber de ofrecimiento en las creaciones intelectuales mixtas –a lo sumo una restricción de su libertad general de acción a la hora de elegir, con base en criterios subjetivos, el comprador de los derechos de explotación, pues la transacción deberá hacerse de acuerdo con criterios objetivos de mercado– me parece claramente de menor entidad que el que se causaría al empresario al negarle un derecho de adquisición preferente de las obras intelectuales mixtas, descontando del precio el valor del uso de sus medios productivos (como mínimo el valor de mercado de dicho uso).

Por lo demás, los argumentos en contra de la analogía presuponen que la oposición al uso de la misma se refiere exclusivamente a las creaciones literarias, artísticas o científicas desarrolladas en el marco de la relación laboral. Los

---

<sup>26</sup> Así KRASSER, FG-*Schricker*, 1995, pp. 103-104.

argumentos esgrimidos no valen para los objetos de propiedad industrial distintos a la invención patentable o calificable de modelo de utilidad, como por ejemplo las topografías de productos semiconductores, obtenciones vegetales o diseño industrial. En cualquier caso, la aplicación analógica aquí defendida de los criterios de atribución de la titularidad previstos en los arts. 15 a 20 LPat a los demás objetos de propiedad intelectual o industrial creados en el marco de la relación laboral se limita a considerar que el trabajador por cuenta ajena carga con un deber de ofrecimiento (*Anbietungspflicht*) de las creaciones intelectuales mixtas a su empleador<sup>27</sup>. Respecto del deber de notificación de las invenciones libres no existe, como se ha comentado, consenso entre la doctrina. Con todo, a mi modo de ver, la tendencia hacia una configuración jurídica cada vez menos proteccionista de los intereses del trabajador debería llevar, a su vez, a un aligeramiento de sus deberes de buena fe y lealtad al empleador.

No sólo las invenciones de servicio del trabajador asalariado se rigen por el criterio de la atribución originaria de la titularidad de los derechos de explotación al empleador. También las invenciones de servicio de los funcionarios públicos se rigen por el criterio mencionado. En efecto, en este caso los recursos humanos y materiales para la creación de la invención han sido aportados por el correspondiente ente público. A éste pertenece la titularidad originaria de la invención patentable si su desarrollo se corresponde con la función pública que el funcionario tiene encomendada (art. 20.2 LPat). Con todo, también aquí pueden encontrarse especificidades. Por un lado, el art. 20 LPat tan solo se refiere a las invenciones de servicio de los funcionarios, por lo que el régimen de las invenciones mixtas deberá concretarse por vía interpretativa. Por otro lado, las invenciones patentables de servicio desarrolladas por el personal de investigación de los entes públicos de investigación (CSIC, CIEMAT, IGME, INTA, INIA, IEO, etc.) pertenecen originariamente a estos entes, pero si quieren mantener tal titularidad deben comunicarlo al inventor en el plazo de tres meses desde la notificación de la invención y, además, solicitar la concesión de patente en el plazo máximo de un mes desde el momento en que hubiere comunicado tal

---

<sup>27</sup> Esta es la solución que parece defender la mayor parte de la doctrina en Alemania en materia de creaciones literarias, artísticas o científicas laborales, ya sean mixtas o libres: por todos WANDTKE, «§ 43», en WANDTKE/BULLINGER (eds.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4ª ed., 2014, nms. 30-33.

decisión al investigador público (art. 3.2 RD 55/2002<sup>28</sup>). Se entiende que la invención de servicio del investigador de un ente público de investigación devendrá libre en el caso de que el ente público no comunicara la decisión de mantener sus derechos de explotación dentro de plazo, o la comunicara dentro de plazo pero no presentara la solicitud de patente en el plazo máximo de un mes.

Por lo que se refiere a la transmisibilidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial, rigen las siguientes reglas. Los derechos morales reconocidos sobre los objetos de propiedad intelectual o industrial no son transmisibles *inter vivos* (art. 14 LPI, por ejemplo). Los derechos morales del autor de una creación literaria, artística o científica son, además, irrenunciables (art. 14 LPI). Más discutible es que el derecho a ser designado autor de una invención patentable o de algún otro objeto de propiedad industrial sea irrenunciable<sup>29</sup>. Algunos derechos morales son transmisibles *mortis causa* (así, por ejemplo, art. 15 LPI).

Los derechos de explotación sobre los objetos de propiedad intelectual o industrial son transmisibles *inter vivos* y *mortis causa*. La transmisión *inter vivos* de estos derechos está sometida a reglas específicas, distintas a las reglas de transmisión sobre bienes muebles e inmuebles del Derecho común. Así, por ejemplo, la LPI exige la forma escrita en toda cesión de derechos de explotación (art. 45 LPI), permitiendo al autor resolver el contrato si el cesionario incumple esta exigencia a pesar de habérselo requerido “fehacientemente”. Por otro lado, cuando las partes no hayan pactado expresamente el alcance de la cesión, el legislador limita por defecto la transmisión a un periodo de cinco años y al territorio del país en el que se realice (art. 43.2 LPI). Además, cuando la cesión se realice a tanto alzado, se reconoce al autor el derecho a revisar el contrato si con el tiempo los beneficios del cesionario resultaran manifiestamente desproporcionados respecto de la remuneración pactada con el autor (art. 47 LPI). Por su parte, la LPat reconoce al inventor asalariado que por iniciativa propia desarrolla

---

<sup>28</sup> Real Decreto 55/2002, de 18 de enero, sobre explotación y cesión de invenciones realizadas en los entes públicos de investigación, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.

<sup>29</sup> A favor de la irrenunciabilidad de este derecho moral, PÉREZ PÉREZ, *Inventiones laborales*, 2001, pp. 297-299.

una invención utilizando los medios de producción de la empresa (invención mixta) el derecho a una retribución «justa» (art. 17.2 LPat). Además, en determinados casos, se impone al titular de la patente la obligación de licenciarla (arts. 86-90 LPat).

### **3. Criterios de reconocimiento jurídico-privado de expectativas de exclusión respecto de la información objeto de propiedad intelectual o industrial constitutiva de secreto empresarial**

La titularidad de los derechos patrimoniales sobre el objeto de propiedad intelectual o industrial lleva inherente el derecho a decidir la forma de explotar el objeto. El titular de los derechos patrimoniales sobre una invención patentable o calificable de modelo de utilidad puede escoger entre explotar la invención a través de la patente (o modelo de utilidad) o explotarla en régimen de secreto<sup>30</sup>.

Si un tercero que no ha desarrollado la invención de forma independiente o que no ha obtenido el derecho de solicitud de patente (o modelo de utilidad) por alguno de los medios de transmisión admitidos en Derecho solicita la patente (o modelo de utilidad) en relación con dicha invención, el titular de los derechos patrimoniales sobre la invención, legítimo titular del derecho a la solicitud de patente (o modelo de utilidad), puede oponerse (arts. 10, 11, 39.5 LPat) y pedir que la solicitud sea rechazada (art. 11.1.c) LPat). Si su deseo es explotarla en régimen de secreto lo más recomendable es que pida el rechazo de la solicitud, pues pasados dieciocho meses desde la fecha de solicitud de patente el Registro de la Propiedad industrial debe proceder a poner la solicitud de patente, incluida la descripción de la invención, a disposición del público (arts. 32.1 LPat y 26.3 RD 2245/1986<sup>31</sup>). Lo dicho es predicable de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre los demás objetos de propiedad industrial: topografías de los productos semiconductores, obtenciones vegetales, diseños industriales.

---

<sup>30</sup> En este sentido, de forma explícita BENKARD, *Patentgesetz*, 10ª ed., 2006, § 6 nm. 15, con ulteriores referencias: «*Das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2GG, das vor Eingriffen in die Privatsphäre schützt und einen Schutz der privaten Geheimsphäre bietet, gewährt dem Erfinder das Recht, über das ob, wann und wie der Veröffentlichung seiner Geisteserzeugnisse zu bestimmen*» (cursiva en el original). Menciona el régimen de patentes y el de secreto como dos opciones alternativas de protección de la información OHLY/Sosnitz, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 4.

<sup>31</sup> Real Decreto 2245/1986, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes.

También al titular de los derechos de explotación sobre la creación literaria, artística o científica le corresponde decidir, de forma exclusiva, cómo explotarla (arts. 17, 43-57 LPI), sin perjuicio de los derechos morales del autor, en caso de que los derechos patrimoniales hubieran sido cedidos a persona distinta de aquél (arts. 14-16 LPI). Entre las formas de explotación entre las que el titular de los derechos patrimoniales puede optar está, evidentemente, el régimen de secreto.

Optar por la explotación en régimen de secreto implica, no obstante, renunciar a una protección jurídica absoluta<sup>32</sup>, como la ofrecida por los derechos patrimoniales de propiedad intelectual o industrial. La protección del secreto empresarial es de carácter obligacional, no real. En este sentido, puede afirmarse que el régimen de protección del secreto empresarial se orienta a la prohibición de injustos de comportamiento<sup>33</sup>, no al establecimiento de derechos subjetivos<sup>34</sup>.

En efecto, los tipos de violación de secretos empresariales previstos en los arts. 13 y 14 LCD tan solo reconocen jurídicamente expectativas de reserva frente determinadas contrapartes contractuales: aquellos que carguen con un deber de reserva, y frente determinados terceros: aquellos que hayan accedido a la información de forma ilegítima. Se consideran formas ilegítimas de acceder al secreto empresarial el uso de espionaje industrial o procedimiento análogo (art. 13.2 LCD) o las inducciones o

---

<sup>32</sup> Por todos Hefermehl/KÖHLER/BORNKAMM, 32ª ed., 2014, Vor. §§ 17-19 nm. 2.

<sup>33</sup> Véase DORNER, *Know-how-Schutz im Umbruch*, 2013, pp. 117 y ss., 120, quien afirma que el régimen de protección frente a la imitación (*Nachahmungsschutz*) de la UWG se caracterizaba, originariamente, como un «*verhaltensunrechtsorientiertem Sanktionsinstrument*». Este régimen tiene características equivalentes a las del régimen jurídico de protección de los secretos empresariales previsto por la UWG y por la LCD. Ambos se basan en la prohibición del aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

<sup>34</sup> Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 2014, 32ª ed., § 1 nm. 10: «*Allerdings begründet das Lauterkeitsrecht keine entspr subjektiven Rechte der Mitbewerber (...). Vielmehr stellt es objektive Verhaltensnormen auf, deren Verletzung Ansprüche der verletzten Mitbewerber (iSd § 2 I Nr 3) sowie der Verbände und Kammern (§ 8 III Nr 2-4) auslöst*». Por su parte, OHLY/Sosnítza, UWG, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 3 afirma lo siguiente: «*Die geheime Information ist dem Geheimnisträger nicht abstrakt zugewiesen, sondern nur gegen bestimmte unlautere Angriffsformen geschützt*».



aprovechamientos de infracciones contractuales ajenas previstos en el art. 14 LCD.

De este modo, y a pesar de que los tipos previstos en los arts. 13 y 14 LCD no sean los únicos tipos de Derecho privado que garantizan las expectativas de reserva del titular y del potencial titular jurídicamente reconocido de los derechos de explotación sobre la información, ninguno de los dos está jurídicamente protegido frente a terceros que desarrollen de forma independiente la misma información constitutiva de secreto empresarial<sup>35</sup>. Estos generadores independientes de conocimiento pueden divulgar la información libremente a terceros o, si fuera el caso, explotarla en régimen de exclusiva acogiéndose a la protección conferida por los derechos de propiedad intelectual o industrial. En este sentido, se afirma que el titular del secreto empresarial tan solo posee un *monopolio fáctico* sobre la información<sup>36</sup>. El Derecho privado asegura la posición fáctica del titular y del potencial titular mediante el reconocimiento de expectativas de exclusión respecto de la información<sup>37</sup>.

El Derecho privado no sólo garantiza *expectativas de reserva* al titular (y al potencial titular jurídicamente reconocido) de los derechos de explotación frente a determinadas contrapartes y determinados terceros. También reconoce *expectativas de exclusión de terceros de la explotación o aseguramiento* de la información (art. 13 LCD, por ejemplo). En la medida en que aquí solamente se quiere mostrar que el eventual reconocimiento jurídico de estas expectativas se basa en la titularidad (o potencial titularidad jurídicamente reconocida) de los derechos de explotación sobre el secreto empresarial objeto de propiedad intelectual o industrial, basta con centrar la exposición en las expectativas de reserva jurídicamente garantizadas.

Por lo demás, los tipos de violación de secretos empresariales previstos en los arts. 13 y 14 LCD no son los únicos que ofrecen protección al (cuasi)monopolio fáctico sobre la información constitutiva de secreto empresarial en el ámbito jurídico-privado. Así, por ejemplo, tanto la cláusula general de prohibición de

---

<sup>35</sup> En relación con el ordenamiento jurídico alemán, con el que no existen diferencias en este sentido, véase KRASSER, *Patentrecht*, 6ª ed., 2009, pp. 22, 344 (nota 56) y s.

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, BARTENBACH, *Patentlizenz- und Know-how-Vertrag*, 7ª ed., 2013, p. 689 y s.; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 4 nm. 8.

<sup>37</sup> OHLY/Sosnitza, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 3 compara la posición del titular del secreto empresarial con la legítima posesión.

competencia desleal del art. 4 LCD, como la cláusula general de prohibición del abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo prevista en el art. 7.2 Cc, se consideran idóneas para desempeñar tal función respecto de supuestos no abarcados por los arts. 13 y 14 LCD<sup>38</sup>.

Por último, conviene precisar que el reconocimiento jurídico-privado de expectativas de exclusión sobre la información debe distinguirse de la cuestión relativa a la legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas por la comisión de estos ilícitos. Así, por ejemplo, conforme al art. 33 de la Ley de Competencia Desleal pueden ostentar legitimación activa para ejercitar las acciones del art. 32 LCD frente a una violación de secreto empresarial personas distintas al titular o al potencial titular jurídicamente reconocido de la información.

El régimen jurídico-penal de protección de expectativas de reserva al titular y al potencial titular jurídicamente reconocido (potencial titular, en adelante) de los derechos de explotación sobre la información constitutiva de secreto empresarial, ya sea objeto de propiedad intelectual o no, será objeto de análisis en los próximos capítulos (véanse *infra* VI., VII. y VIII.). En lo que sigue tan sólo se quiere realizar una aproximación a ese régimen desde la perspectiva de los criterios de determinación de sus legítimos beneficiarios. Estos criterios son, como se ha avanzado, la titularidad y la potencial titularidad jurídicamente reconocida de los derechos de explotación sobre el objeto de propiedad intelectual o industrial constitutivo de secreto empresarial. Ambos criterios se remontan, a su vez, a los criterios de determinación de la titularidad de la explotación sobre los objetos de propiedad intelectual o industrial identificados en el apartado anterior: la creación del conocimiento, la aportación de los medios productivos necesarios para la creación del conocimiento y las formas de transmisión de la titularidad admitidas en Derecho.

### 3.1 Reconocimiento jurídico-privado de expectativas de reserva frente a contrapartes contractuales

En ausencia de pacto al respecto entre las partes, las expectativas de reserva del titular y del potencial titular de los derechos patrimoniales sobre la información se consideran jurídicamente reconocidas por el deber genérico

---

<sup>38</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 80-89, 84; pp. 404-416.

de buena fe contractual previsto en el art. 1258 Cc. Bajo una condición: que el conocimiento de la información por parte de la contraparte obligada a reserva sea necesario, ya sea porque es presupuesto del servicio que debe prestarse (construcción de un motor de explosión con diseño innovador, por ejemplo), ya sea porque la generación del conocimiento es, precisamente, el objeto del contrato (desarrollo de un diseño innovador de motor de explosión, por ejemplo). Cuando el conocimiento de la información no sea necesario de acuerdo con la naturaleza del contrato, las expectativas de reserva del titular de los derechos patrimoniales sobre la información no encuentran reconocimiento jurídico en el deber de buena fe<sup>39</sup>.

Hasta lo que se ha alcanzado a ver, el reconocimiento jurídico de expectativas de reserva en el contexto contractual –tampoco en el extra-contractual– no se vincula de forma explícita a la titularidad de los derechos de explotación sobre la información constitutiva de secreto empresarial. Sin embargo, entiendo que se presupone<sup>40</sup>. Así, las expectativas de reserva de un sujeto frente a sus contrapartes, sobre un objeto de propiedad intelectual o industrial respecto del que no tiene ningún derecho de explotación, no están jurídicamente reconocidas por el deber de buena fe contractual del art. 1258 Cc, tal y como se va a tratar de fundamentar *infra*.

Lo dicho es trasladable a la relación laboral, en la que el trabajador debe «cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia» (art. 5.a) ET)<sup>41</sup>. En este

---

<sup>39</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 174 y ss. En Alemania, en la misma línea, WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, pp. 80-81 nms. 1-6.

<sup>40</sup> Paradigmático en este sentido: WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, quien desde la página 2 de su monografía habla de *Know-how-Inhaber*. „*Inhaber*“ puede traducirse como „titular“. Entre las consecuencias de la tendencia a la „realización“ (*Verdinglichung*) del *know-how* analizada con detalle y constatada por DORNER, éste menciona el tratar la información como objeto de atribución jurídica de titularidad: *Know-how-Schutz im Umbruch*, 2013, pp. 117 y ss., 123.

<sup>41</sup> En Alemania, BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., 2012, § 24 nm. 2, consideran los deberes de secreto del empleado y del empleador respecto de la invención laboral, previstos en el § 24 ArbNErfG, una concreción del deber de buena fe laboral que obliga a ambas partes de la relación.

ámbito, las expectativas de reserva se consideran jurídicamente garantizadas, tanto durante como una vez finalizada la relación laboral<sup>42</sup>.

Cohientemente, también en las relaciones contractuales en las que el deber de buena fe lleva incorporado el deber de reserva, éste debería extenderse más allá de la vigencia de la relación contractual. Los argumentos para defender la perduración de este deber en la relación laboral son también válidos para la relación contractual. El argumento principal es que la protección jurídica que se pretende prestar con la imposición del deber de reserva se vería burlada si éste decayera con la extinción de la relación contractual, pues en cualquier momento la contraparte obligada a reserva podría extinguirla unilateralmente para liberarse del deber de reserva<sup>43</sup>.

Es preciso subrayar que el deber de buena fe, por sí solo, no es fuente de un deber de reserva. Sin la titularidad o potencial titularidad jurídicamente reconocida de los derechos de explotación sobre la información, ser acreedor de un deber de buena fe frente a quien se tiene la expectativa de que mantenga el secreto empresarial bajo reserva no es suficiente para fundamentar un deber de secreto respecto de la información. La protección jurídico-privada del monopolio fáctico puede fundamentarse, a grandes rasgos, o bien en el mantenimiento de la moral comercial, concretamente el principio del avance por el propio esfuerzo, o bien en el interés general en las consecuencias de garantizar a quienes producen conocimiento la disposición en exclusiva sobre el mismo, a saber, la incentivación de la innovación y el desarrollo<sup>44</sup>. Por ello, si no se ha contribuido a la creación del conocimiento, o no se posee un derecho de explotación sobre el mismo obtenido por transmisión admitida en Derecho, el eventual (cuasi-)monopolio fáctico que pueda ostentarse sobre la información no merece protección jurídico-privada

---

<sup>42</sup> Por todos, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 381 y ss. (véase la descripción del estado de la cuestión en el capítulo X relativo al art. 279 punto 2.1.). En Alemania, en el ámbito jurídico-penal es manifiesto que el deber de reserva del trabajador por cuenta ajena se extingue con la relación laboral. En el ámbito jurídico-privado se admite la perduración del deber, aunque, a diferencia de la doctrina española, la alemana condiciona la perduración a una minuciosa ponderación de los intereses en conflicto que tenga como balance la preponderancia de los intereses en el mantenimiento de la reserva de la información: por todos, Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 2014, 32ª ed., § 17 nm. 59.

<sup>43</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 384.

<sup>44</sup> Al respecto, con las debidas referencias, véase *infra* capítulo X relativo al art. 278.

de acuerdo con el *telos* de este régimen de protección. Piénsese, por ejemplo, en las expectativas de reserva de un empresario frente a su trabajador respecto de un objeto de propiedad intelectual (un programa de ordenador, por ejemplo) o industrial (un motor de explosión patentable, por ejemplo) que ha obtenido mediante espionaje industrial. Cuestión distinta es que, como más adelante veremos, tanto dicho sujeto (el empresario desleal) como su contraparte (el trabajador) puedan tener algún deber de reserva de la información frente al legítimo titular de los derechos de explotación.

Lo dicho se pone de manifiesto y cobra relevancia práctica en la producción de conocimiento en el contexto de la relación laboral. De nuevo, se va a tomar como referente el régimen jurídico de las invenciones laborales. Con un notable grado de concreción jurídico-positiva (arts. 15-20 LPat) y dogmática, es una buena muestra de la aplicación de los criterios de atribución de titularidad sobre los objetos de propiedad industrial y de los criterios de reconocimiento jurídico de expectativas de reserva sobre los mismos.

De acuerdo con el art. 18.2 LPat, «tanto el empresario como el trabajador deberán prestar su colaboración en la medida necesaria para la efectividad de los derechos» que la Ley de patentes les reconoce en su título IV (de las «invenciones laborales»), «absteniéndose de cualquier actuación que pueda redundar en detrimento de tales derechos». Guardar secreto sobre la invención, tanto durante la vigencia de la relación laboral como una vez extinguida ésta<sup>45</sup>, se considera un acto de colaboración necesario para poder hacer efectivos los derechos que la Ley de patentes confiere sobre la misma. De lo contrario, se podría perder tanto la prioridad en la solicitud de la patente o modelo de utilidad y, con ella, los derechos de explotación sobre la invención, como la posibilidad de explotarla en régimen de secreto.

---

<sup>45</sup> En este sentido, en España, ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, pp. 235-236; PÉREZ PÉREZ, *Invenciones laborales*, 1994, pp. 272-276. En Alemania, en relación con las invenciones laborales patentables o calificables de modelo de utilidad, rige, como regla especial, el § 24 *ArbNErfG*, según el cual el trabajador inventor tiene la obligación de guardar reserva durante todo el tiempo necesario para que el empleador pueda explotar la invención, ya sea a través de una patente o del régimen de secreto.

A pesar de que el Estatuto de los Trabajadores tan sólo imponga expresamente el deber de buena fe al trabajador, el empresario empleador también debe buena fe al trabajador<sup>46</sup>.

Pues bien, la asignación de los deberes de reserva de las partes se basa en la titularidad de los derechos de explotación de la invención o en el reconocimiento jurídico de su potencial titularidad. Como vimos en el apartado anterior, se distinguen tres tipos de invenciones laborales: las de servicio, las mixtas y las libres. Los derechos de explotación de las invenciones de servicio corresponden originariamente al empresario. Los de las mixtas y de las libres al trabajador inventor. Con base en el criterio de la titularidad de los derechos de explotación, el trabajador carga con un deber de secreto respecto de las *invenciones de servicio*, pues sólo respecto de éstas posee su empleador la titularidad originaria de los derechos de explotación. Obviamente, los deberes de reserva del trabajador no terminan aquí. En la medida en que el art. 17.1 LPat atribuye al empleador el derecho a asumir la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la *invención mixta*, se entiende que el deber de colaboración –concreción del deber de buena fe laboral– contractual– previsto en el art. 18.2 LPat obliga al trabajador a mantener la reserva respecto de la información, al menos durante el plazo de tres meses previsto en ese mismo artículo para que el empleador ejerza su derecho de asumir la explotación de la invención<sup>47</sup>. Respecto de las *invenciones libres*, por el contrario, se considera que el trabajador inventor no tiene ningún deber de reserva a favor de su empleador, y ello aunque pese sobre él un deber de buena fe hacia aquél. Se discute, no obstante, que con base en el deber de

---

<sup>46</sup> Por todos, respecto del deber de buena fe laboral en Alemania (*Treue- und Fürsorgepflichten*): ErfK/PREIS, 9ª ed., 2009, § 611 BGB nms. 610-638, 615, cuyos argumentos son trasladables al Derecho laboral español: el deber de buena fe laboral no es fruto de una relación especial entre empleado y trabajador, sino que se deriva de la relación contractual que existe entre ambos, al igual que se deriva un deber de buena fe de cualquier otra relación contractual (en España: art. 1258 Cc). En efecto, el deber de buena fe contractual previsto en el art. 1258 Cc obliga a ambas partes. Sobre la concreción del deber de buena fe (*Fürsorge- und Treuepflicht*) en el contexto de las invenciones laborales, véanse, BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz, Kommentar*, 5ª ed., 2012, § 25 nms. 11 y ss., quienes mencionan, entre los posibles deberes del empleador, la adopción de medidas para mantener el carácter secreto de la invención o las propuestas de mejora técnica (nm. 17).

<sup>47</sup> ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, pp. 235-238.

buena fe laboral el trabajador inventor tenga el deber de ofrecer sus derechos de explotación de forma preferente a su empleador en caso de que quiera transmitirlos<sup>48</sup>. Sólo en el caso de que se reconociera jurídicamente la expectativa de adquisición preferente al empresario empleador (reconocimiento jurídico de la titularidad potencial sobre la invención), sería posible fundamentar un deber de reserva del trabajador inventor sobre la invención libre<sup>49</sup>.

En Alemania, el § 19 *ArbNErfG* obliga a los trabajadores a ofrecer en primer lugar a su empleador las invenciones libres relacionadas con su actividad empresarial. Con base en el deber de buena fe (*Treuepflicht*), se entiende que el empleador también tiene jurídicamente garantizadas sus expectativas de reserva sobre estas invenciones<sup>50</sup>. La cuestión es si puede fundamentarse un deber de ofrecimiento más allá del criterio de la contribución a la creación del conocimiento.

Por su parte, el empleador deberá guardar reserva respecto de las *invenciones mixtas* que el trabajador, debido al reconocimiento jurídico del derecho de explotación preferente a su empleador en el art. 17.1 LPat (titularidad potencial jurídicamente reconocida), ha tenido que comunicarle con base en el art. 18.1 LPat. El deber se extenderá temporalmente durante los tres meses que la ley concede al empleador para decidir si asume o no la explotación y, en caso de no asumirla, todo el tiempo que sea necesario para garantizar la explotación de la invención por parte del trabajador en régimen de secreto<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> En contra del deber de ofrecimiento, de *lege lata*, ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, pp. 211-214, 214. A favor, PÉREZ PÉREZ, *Invenciones laborales*, 2001, pp. 177.

<sup>49</sup> A pesar de que PÉREZ PÉREZ, *Invenciones laborales*, 2001, pp. 177, considera que el trabajador inventor tiene el deber de ofrecer preferentemente la invención al empleador, con base en el deber de buena fe laboral, no contempla un deber de reserva del trabajador respecto de las invenciones libres, al menos durante el tiempo razonablemente necesario para que el empleador decida si adquiere los derechos de explotación sobre la invención (pp. 267-283).

<sup>50</sup> BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., 2012, § 24 nm. 29.

<sup>51</sup> Igual, PÉREZ PÉREZ, *Invenciones laborales*, 1994, p. 274; ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, p. 237-238. También así se ha concretado el deber de buena fe entre empleador y trabajador inventor en Alemania, en el § 24 (1) *ArbNErfG*: «El empleador debe mantener bajo reserva la invención que le ha

Si se considerara que el trabajador inventor también debe ofrecerle preferentemente los derechos de explotación de la *invención libre* en caso de querer transmitirlos, el empresario debe guardar reserva respecto de estas invenciones en caso de no asumir su explotación<sup>52</sup>.

Más complejo resulta determinar si el empresario carga con un deber de reserva respecto de las *invenciones de servicio*, pues es titular originario de los derechos de explotación sobre las mismas. Como vimos en el apartado anterior, si el plazo de tres meses concedido al empresario para ejercer los derechos que le corresponden (art. 18.1 LPat) se considera también referido a las invenciones de servicio, siendo la consecuencia del incumplimiento la reversión de la invención al trabajador inventor, en virtud del deber de colaboración previsto en el apartado segundo de ese mismo artículo el empresario deberá guardar reserva sobre el contenido de la invención, a pesar de ser su titular originario. En este caso, el trabajador ostentaría la condición, jurídicamente reconocida, de potencial titular de los derechos de explotación de la información, además de tener jurídicamente reconocida una expectativa de buena fe frente al empleador (art. 18.2 LPat). Y ello tanto durante los tres meses siguientes a la notificación de la invención por parte del trabajador –tiempo durante el cual el titular de la invención será el empresario–, como durante el tiempo que sea razonablemente necesario, pasados los tres meses, para que el trabajador, o bien ejerza el derecho a la solicitud de patente (o modelo de utilidad), o bien la explote en régimen de secreto.

En efecto, en Alemania se reconoce el derecho del trabajador a solicitar la patente en nombre y a cargo del empleador (§ 13(3) *ArbNErfG*), en caso de no presentar la solicitud de patente dentro de un plazo razonable. Con todo, es cierto que el empleador puede optar por explotar la invención en régimen de secreto. Eso sí, bajo estrictas condiciones. En primer lugar, la explotación en régimen de secreto debe venir requerida por fundados intereses del empresario empleador («*berechtigte Belange des Betriebes es erfordern*»). Se considera que concurren tales “fundados intereses” cuando, de acuerdo con las concretas circunstancias

---

comunicado un trabajador durante todo el tiempo que los justificados intereses del trabajador lo requieran», sin que la doctrina haya esgrimido ningún argumento en contra: BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., 2012, § 24 nms. 14-22.

<sup>52</sup> ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, 2003, p. 238.



del empleador, de la invención y del mercado relevante, existan razones sólidas, desde una perspectiva objetiva, para pronosticar una explotación más rentable de la invención por la vía del secreto que por la vía de la patente o el modelo de utilidad<sup>53</sup>. En segundo lugar, el empleador debe comunicar –tiene libertad de forma y puede hacerlo tácita o explícitamente– la voluntad de explotar la invención en secreto<sup>54</sup>. En tercer lugar, deberá reconocer al trabajador el carácter patentable de la invención o someter la cuestión a arbitraje (§ 17(1) y (2) *ArbNErfG*). En cuarto lugar, deberá compensar adecuadamente al trabajador si la invención es patentable o, no siéndolo, si le proporciona una ventaja competitiva equivalente a la que le daría una invención patentable (§ 20(1) *ArbNErfG*). La *ArbNErfG* es un ejercicio ejemplar de conciliación de los intereses en conflicto en la creación asalariada de conocimiento. Como se ve, la desvinculación jurídica del inventor asalariado de su invención pasa necesariamente por la satisfacción –al menos parcialmente– de sus derechos morales (reconocimiento del carácter patentable de la invención) y patrimoniales (compensación adecuada) sobre la misma. Incluso cuando se trata de una invención de servicio.

En el apartado anterior se ha tratado de fundamentar la tesis según la cual los criterios de atribución de la titularidad de los derechos de explotación sobre las invenciones laborales son trasladables a los demás objetos de propiedad intelectual e industrial, sin perjuicio de la existencia de matices en su concreción debido a las especificidades de cada régimen. En este apartado se ha tratado de demostrar que el reconocimiento jurídico-privado de expectativas de reserva sobre los objetos de propiedad intelectual o industrial constitutivos de secreto empresarial se basa en la titularidad o en la potencial titularidad jurídicamente reconocida de los derechos de explotación sobre la información. Con base en ambas tesis, parece razonable sostener que al menos los principios rectores del régimen de reconocimiento de expectativas de reserva en el ámbito de las invenciones laborales acabado de exponer deberían ser trasladables a los supuestos de creación en el ámbito laboral de los demás objetos de propiedad intelectual o industrial constitutivos de secreto empresarial.

---

<sup>53</sup> BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., 2012, § 17 nms. 4-16.

<sup>54</sup> BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., 2012, § 17 nms. 17-20.

### 3.2 Reconocimiento jurídico-privado de expectativas de reserva frente a terceros

A pesar de que el Derecho privado no garantiza de forma absoluta las expectativas de reserva del titular y del potencial titular frente a terceros, se considera que los tipos de violación de secretos empresariales previstos en los arts. 13 y 14 LCD, así como en otras disposiciones de Derecho privado, reconocen buena parte de ellas.

En virtud del art. 13 LCD, se garantizan jurídicamente las expectativas de reserva del titular y del potencial titular frente a terceros que hayan accedido ilegítimamente al secreto empresarial. Para determinar lo que se considera acceso ilegítimo, el legislador se remite al concepto de “espionaje o procedimiento análogo” y a las conductas previstas en el artículo 14 LCD, que se reproduce a continuación.

#### Artículo 14. Inducción a la infracción contractual

«1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores.

2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas».

No existe definición legal del concepto de “espionaje”, por lo que han sido doctrina y jurisprudencia quienes han concretado su contenido. Un análisis detallado de lo que los aplicadores españoles –y algunos extranjeros: alemanes y estadounidenses– consideran conductas de “espionaje” se lleva a cabo en capítulos posteriores de este trabajo (véanse *infra* VI. y VIII.). Baste con indicar que la integración del concepto no se ha llevado a cabo a través del intento de determinar un listado cerrado de conductas, sino tratando de encontrar criterios formales o materiales de ilegitimidad en el acceso a la información. En este sentido, y como se verá en los capítulos mencionados, los criterios de ilegitimidad manejados son diversos: desde la vulneración de normas penales o extra-penales que tipifiquen expresamente la conducta llevada a cabo para acceder a la información (por ejemplo: delito de hurto –

art. 234 Cp; delito de violación del domicilio – art. 202 Cp), hasta la realización de la conducta de acceso a la información con la intención de aprovecharse del esfuerzo ajeno, a pesar de que, objetivamente, la conducta sea jurídicamente neutra. Así, por ejemplo, se consideran accesos ilegítimos al secreto empresarial la memorización sistemática de la información, la contratación de trabajadores del titular de la información, entrevistar a sus trabajadores o hurgar en los contenedores de basura que normalmente utiliza el titular.

De hecho, las expectativas de reserva del titular frente a terceros que han accedido a la información sabiendo o debiendo saber que lo hacían (o lo habían hecho) a través de la conducta antijurídica de un tercero<sup>55</sup>, o sabiendo o debiendo saber que accedían (o habían accedido) a la información por una imprudencia imputable al ámbito de control del titular, se consideran jurídico-privadamente reconocidas<sup>56</sup>. Hay quien incluso considera jurídicamente garantizadas las expectativas de no explotación de la información por parte del tercero de buena fe que ha accedido a ella a través de la conducta antijurídica de un tercero<sup>57</sup>.

### 3.3 Reconocimiento jurídico-privado de expectativas frente a los cotitulares

Más problemáticos son los casos de cotitularidad sobre la información objeto de propiedad intelectual o industrial constitutiva de secreto empresarial. Especialmente en los contextos de cotitularidad originaria por creación conjunta<sup>58</sup>. A menos que los cocreadores se hayan obligado recíprocamente a la reserva o a la no utilización de la información en provecho propio, no es

---

<sup>55</sup> Véase art. 14.2 así como la interpretación del art. 13 LCD realizada por SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 331-338.

<sup>56</sup> Por todos, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 404-416.

<sup>57</sup> En este sentido, por ejemplo, Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 63. Sobre el reconocimiento de derechos de cesación e indemnización frente al tercero de buena fe, ya MAASS, *Information und Geheimnis im Zivilrecht*, 1970, pp. 141-143, con ulteriores referencias en nota 188.

<sup>58</sup> Aunque no es este el único escenario posible de co-titularidad. El titular originario de los derechos de explotación sobre el objeto de propiedad intelectual o industrial podría ceder tales derechos a varias personas en régimen de comunidad de bienes, por ejemplo. En este sentido, en relación con las invenciones patentables, véase KRASSER, *Patentrecht*, 6ª ed., 2009, p. 346 y ss.

evidente que cada uno de los cotitulares tenga jurídicamente garantizadas sus expectativas de reserva respecto de los demás cotitulares.

Es cierto que, por ejemplo, el art. 7.2 LPI establece que para divulgar la creación literaria, artística o científica creada conjuntamente (en colaboración) es preciso el acuerdo de todos los coautores. No obstante, en caso de desacuerdo el Juez debe resolver el conflicto, pudiendo hacerlo en el sentido de permitir la divulgación. Además, el fundamento de la exigencia de unanimidad no son los intereses de explotación de la información en régimen de secreto, sino el respeto de los derechos morales de los coautores. Por ello, cuando los coautores que se opongan lo hagan de mala fe (por ejemplo: para perjudicar económicamente a otro/s coautor/es), no por razones morales en relación con la obra, el Juez deberá autorizar la divulgación<sup>59</sup>.

En la misma línea, en la creación conjunta de invenciones patentables existe un deber de secreto de los coinventores respecto de la información. También un deber de no utilización de la misma cuando ello ponga en peligro su carácter secreto. Pero, de nuevo, en estos casos de creación conjunta el fundamento de tal deber no son las expectativas de explotación de la información en régimen de secreto, sino la preservación de la prioridad en la solicitud de la patente. De lo contrario, no tendría sentido reconocer expresamente el derecho a cada coinventor de «realizar [unilateralmente] los actos necesarios para la conservación de la solicitud o de la patente» en el art. 72.2.c) LPat, pues este derecho es incompatible con el reconocimiento jurídico a cada coinventor de su expectativa de explotación de la invención en régimen de secreto.

#### **4. Criterios de reconocimiento jurídico-privado de expectativas de exclusión respecto de la información constitutiva de secreto empresarial no calificable de objeto de la propiedad intelectual o industrial**

Cuando la información constitutiva de secreto empresarial no reúne las condiciones para ser objeto de propiedad intelectual o industrial, la única vía

---

<sup>59</sup> Por todos, LOEWENHEIM, «§ 8 UrhRG», en SCHRICKER/LOEWENHEIM (eds.), *Urheberrecht. Kommentar*, 4ª ed., 2010, nm. 16.

de explotación con garantías jurídicas de (relativa) exclusividad es el régimen de secreto. Sin embargo, como ya se ha dicho, la protección jurídico-privada de las expectativas de reserva sobre secretos empresariales no es absoluta. Por ello, en sentido estricto, no cabe hablar de “titularidad” o de derechos de explotación exclusiva sobre la información. Tan solo puede hablarse de reconocimiento jurídico de determinadas expectativas de reserva, de explotación con exclusión de determinados terceros o de no aseguramiento de la información por parte de determinados terceros.

Más allá de cuáles sean las concretas expectativas jurídico-privadamente garantizadas –esto va a ser objeto de análisis en los próximos capítulos (ver *infra* VI., VII. y VIII.)– la cuestión es con qué criterios se determinan los sujetos parte de cuyas expectativas son respaldadas por el Derecho privado. La tesis aquí defendida es que los criterios deben ser los de la titularidad de la información o de la titularidad potencial jurídicamente reconocida, de forma análoga al reconocimiento de expectativas de reserva sobre información objeto de propiedad intelectual o industrial constitutiva de secreto empresarial.

Como se ha dicho, en sentido estricto no cabe hablar de titularidad sobre la información no calificable de objeto de la propiedad intelectual o industrial. Sin embargo, a mi modo de ver, ello no debería obstar a que se aplicaran análogamente los criterios materiales que determinan la atribución de la titularidad de los derechos de explotación sobre los objetos de propiedad intelectual e industrial para determinar, en el ámbito de la información no calificable de objeto de propiedad intelectual o industrial constitutiva de secreto empresarial, quién debe ver reconocidas, jurídico-privadamente, sus expectativas de reserva sobre la información. Por lo demás, la imposibilidad de hablar de titularidad en sentido estricto respecto de este tipo de información tampoco debería impedir la determinación de posiciones de “titularidad” y “titularidad potencial jurídicamente reconocida” análogas a las identificadas en el ámbito de la información objeto de propiedad intelectual o industrial.

En resumen, la tesis aquí defendida es que el reconocimiento jurídico-privado de las mencionadas expectativas sobre la información constitutiva de secreto empresarial no calificable de objeto de la propiedad intelectual o industrial debería basarse en los criterios de “titularidad” de la información y

de “titularidad potencial jurídicamente reconocida”. Y la atribución de tales posiciones jurídicas respecto de la información no calificable de objeto de propiedad intelectual o industrial debería basarse en los criterios de creación intelectual de la información, de aportación de los recursos humanos y/o materiales para crear la información (titularidad de los medios de producción utilizados para desarrollar el conocimiento) y de transmisión de la información como bien inmaterial de acuerdo con las formas admitidas en Derecho, así como en las reglas de coordinación de estos tres criterios vistas en el apartado anterior.

De este modo, deben considerarse garantizadas jurídico-privadamente las expectativas de reserva de los creadores intelectuales de la información constitutiva de secreto empresarial pero no calificable de objeto de la propiedad intelectual o industrial. Frente a sus contrapartes contractuales y frente a terceros, en las condiciones vistas en el apartado anterior. Piénsese, por ejemplo, en el autor de una estrategia comercial basada en la combinación de innovadoras medidas de mercadotecnia y financiación que consiguen aumentar un 20% las ventas de un determinado producto. En principio, la estrategia comercial no es calificable ni como objeto de la propiedad intelectual ni como objeto de la propiedad industrial. Si estuviera escrita, a lo sumo el informe en el que se explicara el contenido y funcionamiento de tal estrategia podría ser objeto de propiedad intelectual, pero sólo eso: la forma de expresar por escrito dicha estrategia comercial, no las ideas tras ella. Pues bien, con base en el deber de buena fe contractual (art. 1258 Cc), las contrapartes contractuales del creador de la información le deberán reserva cuando la comunicación de la información haya sido necesaria para el cumplimiento de las correspondientes obligaciones contractuales. Frente a terceros, recibirá protección contra el espionaje industrial, procedimientos análogos y cualquier otro tipo de acceso a la información considerado jurídico-privadamente ilegítimo.

El concepto de creación intelectual de la información constitutiva de secreto empresarial pero no calificable de objeto de la propiedad intelectual o industrial debe entenderse en sentido distinto, normalmente más amplio, al que se le da en el ámbito del Derecho de la propiedad intelectual e industrial. A diferencia del régimen de patentes, por ejemplo, no es precisa una actividad inventiva que suponga un avance cualitativo respecto del estado de la técnica. De hecho, no es necesario ni ser el autor del conocimiento. La única condición en este sentido es haber descubierto, por medios legítimos, el carácter competitivamente relevante

de la información. Así, por ejemplo, puede considerarse “titular” del secreto empresarial a quien emplea de forma secreta y competitivamente relevante una invención pensada para otro sector de actividad y cuya patente haya caducado. La diferencia de estándares entre el régimen jurídico-privado de protección del secreto empresarial y el régimen de la propiedad intelectual e industrial son las distintas finalidades perseguidas por ambos regímenes. En mi opinión, los tipos de violación de secretos empresariales de la Ley de Competencia Desleal, así como el resto de disposiciones de Derecho privado que se considera que reconocen expectativas de exclusión respecto del secreto empresarial, tienen por finalidad garantizar el monopolio fáctico sobre la información frente a conductas consideradas reprobables, contrarias a la moral comercial, desleales, en definitiva. Se trata, como se ha dicho, de un régimen orientado a la prohibición de injustos de comportamiento. El Derecho de la propiedad intelectual o industrial, por el contrario, se orienta al reconocimiento de derechos absolutos, cuasi-reales<sup>60</sup>, sobre la información. Su fundamento no es la preservación de la moral comercial sino, o bien el derecho natural-individual al dominio sobre los frutos del propio esfuerzo (fundamento deontológico), o bien el interés general en incentivar la innovación y el desarrollo (fundamento consecuencialista)<sup>61</sup>.

Si la mencionada estrategia comercial fuera desarrollada en el contexto de una relación laboral, habrá que introducir de nuevo la distinción entre: conocimiento desarrollado en cumplimiento de las tareas objeto del contrato (secreto empresarial de servicio); conocimiento desarrollado por iniciativa del trabajador y más allá de sus obligaciones laborales, pero utilizando el saber y experiencia del empleador, o sus medios productivos (secreto empresarial mixto); y conocimiento desarrollado por iniciativa del trabajador, al margen de sus obligaciones y con sus propios recursos o los de un tercero (secreto empresarial libre, al menos respecto del empleador).

El conocimiento constitutivo de secreto empresarial desarrollado por el trabajador en cumplimiento de sus obligaciones “pertenece” originariamente a su empleador, a quien le deberá reserva todo el tiempo que el empleador desee explotarla en régimen de secreto, a menos que la

---

<sup>60</sup> LOEWENHEIM, «*Einleitung*», en LOEWENHEIM (ed.), *Schricker/Loewenheim-Urheberrecht. Kommentar*, 4ª ed., 2010, nm. 26.

<sup>61</sup> Sobre los fundamentos del Derecho de la propiedad intelectual, véase, por todos, LOEWENHEIM, «*Einleitung*», en LOEWENHEIM (ed.), *Schricker/Loewenheim-Urheberrecht. Kommentar*, 4ª ed., 2010, nms. 8-10. Sobre los fundamentos del Derecho de la propiedad industrial, por todos, KRASSER, *Patentrecht*, 6ª ed., 2009, pp. 34-42.

información devenga notoria o el cumplimiento del deber de reserva restrinja de forma desproporcionada los derechos a la libertad de trabajo o de empresa del trabajador<sup>62</sup>. En caso de que el empleador no explotara la información, existen razones para defender que los derechos de su explotación deben revertir al trabajador, a quien el empresario le debería reserva con base en el deber de buena fe laboral. Eso sí, con base en este mismo deber, el trabajador no podría explotar la información durante la vigencia de la relación laboral si ello resultara competitivamente perjudicial para su empleador<sup>63</sup>.

Si la estrategia comercial es desarrollada por el trabajador sin tener la obligación de hacerlo, pero utilizando conocimiento o recursos del empleador, debe ser comunicada a éste último<sup>64</sup>, en la medida en que ha contribuido materialmente a su desarrollo. De forma análoga al régimen de las invenciones laborales patentables o calificables de modelos de utilidad (arts. 15-20 LPat), el empleador podrá decidir si asume la “titularidad” de la estrategia comercial o no, que originariamente corresponde al trabajador. En este sentido, el empleador ocupa una posición de titular potencial jurídicamente reconocida por aplicación analógica de las reglas de atribución de la titularidad y de reconocimiento de titularidades potenciales previstas en los arts. 15-20 LPat. Ambos se deberán reserva mientras el empleador decida, dentro de un plazo razonable, si asume la “titularidad” sobre el conocimiento. Quien finalmente no sea el “titular” de la estrategia comercial deberá reserva al otro con base en el deber de buena fe, salvo pacto en contrario.

---

<sup>62</sup> En relación con las mejoras técnicas (*technische Verbesserungen*), véase, RÖPKE, *Arbeitsverhältnis und Arbeitnehmererfindung*, 1962, pp. 141, punto 2.a)-cc).

<sup>63</sup> En este sentido, en relación con las mejoras técnicas, RÖPKE, *Arbeitsverhältnis und Arbeitnehmererfindung*, 1962, pp. 140-141, punto 2.a)-bb). Con todo, el autor matiza que si el trabajador ha sido recompensado por la generación del conocimiento que luego el empleador no quiere explotar, su deber de reserva seguirá vigente el tiempo que decida –aunque arbitrariamente– el empleador, siempre y cuando no haya perdido el carácter secreto, naturalmente.

<sup>64</sup> En relación con las mejoras técnicas, RÖPKE, *Arbeitsverhältnis und Arbeitnehmererfindung*, 1962, pp. 137-139, punto 1.b)., entiende que sólo existe tal deber si el trabajador quiere explotar la mejora técnica.



Si el trabajador desarrolla el conocimiento constitutivo de secreto empresarial por iniciativa propia y con recursos propios o ajenos a los del empleador, y al margen de sus obligaciones laborales, la información le pertenece o, al menos, puede considerarse libre respecto de su empleador. Al igual que en el ámbito de las invenciones laborales patentables o calificables de modelo de utilidad, podría discutirse la existencia de un derecho de adquisición preferente a favor del empleador en caso de que el conocimiento estuviere relacionado con su actividad empresarial. En caso de considerar que tal derecho existe, ambas partes se deberán reserva durante el tiempo que el empleador razonablemente necesite para decidir si asume la explotación del conocimiento o no. De nuevo, la parte que finalmente no ostente la condición de titular de los “derechos de explotación” de la información deberá reserva a la otra tanto tiempo como dure la explotación en régimen de secreto, salvo pacto en contrario.

En cualquier caso, es preciso subrayar que la aplicación analógica aquí propuesta no supone una aplicación directa de exactamente el mismo alcance y régimen de transmisión de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual o industrial, así como del mismo alcance de las expectativas de reserva jurídicamente reconocidas sobre la información objeto de propiedad intelectual o industrial constitutiva de secreto empresarial. Precisamente las razones que excluyen una determinada información del régimen de la propiedad industrial o intelectual pueden fundamentar una concreción distinta del alcance y régimen de transmisión de las mencionadas expectativas sobre la misma. Sin embargo, ello no obsta a que los criterios rectores en el reconocimiento de tales expectativas sean los antes mencionados: creación intelectual de la información, aportación de recursos humanos o materiales para su creación y transmisión conforme a Derecho de la información como bien inmaterial.

Así, por ejemplo, en Alemania se distingue entre la duración del deber de reserva del trabajador respecto de las invenciones de servicio y la duración del deber de reserva respecto de las mejoras técnicas (*technische Verbesserungen*) no patentables ni merecedoras de un modelo de utilidad. En el primer caso, es aplicable el § 24 *ArbNErfG*, en el que se establece de manera expresa la duración indefinida del deber de reserva del trabajador. En cambio, respecto de las mejoras técnicas, se defiende que el trabajador pueda utilizar la información en caso de que el cumplimiento del deber de secreto restringiera de forma desproporcionada sus

derechos a la libertad de trabajo o de empresa<sup>65</sup>. De acuerdo con el modelo aquí propuesto, la ponderación de los intereses del trabajador con los del empresario a la hora de determinar la duración del deber de reserva tiene sentido en los escenarios de generación de secretos empresariales de servicio, donde la “titularidad” de la información se atribuye originariamente al empleador y se impone automáticamente un deber de reserva al trabajador, sin que éste pueda defender sus intereses respecto de la información en condiciones de igualdad con el empleador. Se considera que el trabajador no puede negociar su contrato de trabajo en condiciones de igualdad porque, por lo general, posee un menor poder de negociación debido a la estructura del mercado laboral. En segundo lugar porque, en principio, en el momento de firmar el contrato el trabajador no sabe si va a tener éxito en su tarea ni cuál va a ser el valor de los resultados que consiga<sup>66</sup>. En cambio, en los supuestos de creación laboral de secretos empresariales mixtos y libres no parece que sea necesario reequilibrar las posiciones de negociación de las partes, siempre y cuando se retribuya adecuadamente la transmisión de los derechos de explotación al empleador.

Hay que reconocer que la aplicación analógica de los criterios de atribución de la titularidad sobre los objetos de propiedad intelectual e industrial, así como el régimen de reconocimiento de expectativas de reserva sobre dicha información al conocimiento constitutivo de secreto empresarial no calificable de objeto de propiedad intelectual o industrial no es en absoluto pacífica. En Alemania, la doctrina se encuentra fuertemente dividida al respecto. Mientras una parte defiende la llamada teoría de la diferenciación, según la cual la distinción entre invenciones de servicio, mixtas y libres debería ser aplicada análogamente a las mejoras técnicas no patentables ni

---

<sup>65</sup> En este sentido véanse, BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz, Kommentar*, 5ª ed., 2012, § 24 nms. 29 y 35. A las mejoras técnicas consideran que les es aplicable el régimen general de protección de los secretos empresariales, basado en el § 17 UWG y los §§ 823 y 826 BGB. Como se verá (infra capítulos 278, 279, 280 Cp), en Alemania el régimen general parte de la base de que, a efectos jurídico-penales, el trabajador es libre de utilizar los conocimientos adquiridos de forma legítima durante la vigencia de la relación laboral, una vez terminada ésta. Sin embargo, a efectos jurídico-privados el deber de reserva puede extenderse más allá de la vigencia de la relación laboral, a menos que su cumplimiento resulte desproporcionado para los derechos de libertad de trabajo y/o empresa del trabajador.

<sup>66</sup> Si en el caso concreto no se dan las condiciones que justifican una interpretación paternalista del régimen de secreto a favor del trabajador, no tiene sentido restringir sus deberes de reserva frente al empleador.

calificables de modelos de utilidad<sup>67</sup>, otra parte se opone a dicha posibilidad, por entender que en estos casos no rige el principio de atribución de la titularidad a quien realiza el acto de creación (*Schöpferischesprinzip*), sino la *ajenidad* en los frutos del trabajo. En su opinión, el deber de lealtad del trabajador hacia su empleador le obligaría a comunicar todo conocimiento que pueda mejorar la capacidad competitiva de la empresa<sup>68</sup>, atribuyéndose la titularidad originaria de tales conocimientos al empleador, incluso cuando su desarrollo nada tuviera que ver con las obligaciones contractuales del trabajador ni éste hubiera utilizado conocimientos o recursos materiales del empleador<sup>69</sup>. A mi modo de ver, la imposición al trabajador de un deber de ofrecimiento preferente del conocimiento a su empleador no es incompatible con dar reconocimiento y efectos jurídicos a su aportación creativa. De hecho, la propia *ArbNErfG* establece como deber legal del empleador el recompensar las mejoras técnicas desarrolladas por el trabajador que le confieran una ventaja competitiva equivalente a la que le conferiría una información objeto de propiedad intelectual o industrial (§ 20), y ello aunque se trate de mejoras técnicas debidas, esto es, de servicio (!)<sup>70</sup>.

El reconocimiento jurídico-privado de expectativas de exclusión del aseguramiento, uso o revelación del secreto empresarial no constitutivo de objeto de propiedad intelectual o industrial también puede conseguirse por *transmisión de la información*. En efecto, el secreto empresarial puede ser objeto del tráfico jurídico-económico como bien inmaterial de naturaleza intelectual<sup>71</sup>. Una de las formas más habituales de transmisión onerosa de

---

<sup>67</sup> En este sentido, sin perjuicio de algunos matices en la concreción de las distinciones y en sus efectos, véanse VOLMER, «Zur Problematik des technischen Verbesserungsvorschlages», *BB* (34), 1960, pp. 1334; RÖPKE, *Arbeitsverhältnis und Arbeitnehmererfindung*, 1962, pp. 134-143; SCHWAB, *Arbeitnehmererfindungsrecht*, 3ª ed., 2014, pp. 129 y ss., 134.

<sup>68</sup> REIMER/SCHADE/SCHIPPEL, *Das recht der Arbeitnehmererfindung*, 6ª ed., 1993, § 3 nms. 6-8.

<sup>69</sup> BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., 2012, § 3 nms. 15, 26-27; *ArbErfG*-VOLMER/GAUL, 2ª ed., 1983, § 3 nms. 49-60.

<sup>70</sup> BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., 2012, § 20 nm. 10.

<sup>71</sup> En este sentido, por todos, Hefermehl/KÖHLER/BORNKAMM, 32ª ed., 2014, Vor. §§ 17-19 nms. 2-4; DORNER, *Know-how-Schutz im Umbruch*, 2013, p. 19 y ss., 24.

esta clase de bienes es el contrato de licencia de *know-how*<sup>72</sup>. Pues bien, tanto el licenciante como el licenciatario de una información constitutiva de secreto empresarial deben ver jurídicamente reconocidas sus expectativas de reserva en tanto que (co)titulares del secreto empresarial; frente a terceros y frente a la misma contraparte en el contrato de licencia.

También la transmisión de la información como bien inmaterial debe entenderse en un sentido amplio, incluyendo la cesión de la información o la concesión de licencias de explotación no exclusivas. El carácter inmaterial de la información, que permite que sea usada por infinitas personas a la vez sin que ello haga mermar su utilidad, hace posible la concesión de licencias de uso o explotación de la misma. Con todo, el reconocimiento jurídico de expectativas de reserva respecto de un secreto empresarial solamente tiene sentido si la información posee carácter secreto, lo que requiere que la información no sea conocida por un número significativo de oferentes del mercado relevante. De esta peculiaridad del régimen jurídico de los secretos empresariales se derivan dos consecuencias importantes en relación con el reconocimiento jurídico de expectativas de reserva. Por un lado, tan solo podrán concederse un número limitado de licencias de uso o explotación del secreto empresarial, pues si se destruye el carácter secreto de la información con una excesiva concesión de licencias, deja de tener sentido garantizar jurídicamente expectativas de reserva. Por otro lado, en la medida en que el mantenimiento del carácter secreto de la información es condición necesaria para que la misma tenga un mayor valor competitivo y, en cualquier caso, para merecer protección jurídica, tanto el licenciante (“titular”) como el licenciatario/s tendrán un interés legítimo en el mantenimiento del carácter secreto de la información. De este modo, el reconocimiento jurídico de las expectativas del licenciatario, tanto frente a terceros como frente al licenciante (expectativa de reserva absoluta, si ha pactado una licencia de explotación exclusiva de la información; expectativa de reserva relativa, si ha pactado una licencia de explotación no exclusiva de la información), no debería ser excluyente del reconocimiento jurídico de las expectativas del licenciante, tanto frente a terceros como frente al propio licenciatario (expectativa de reserva, absoluta o relativa, en función de si el licenciatario puede, a su vez, licenciar la explotación de la información)<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> En este sentido véanse, por todos, MASSAGUER FUENTES, *El contrato de licencia de know-how*, 1989, *passim*. En Alemania, BARTENBACH, *Patentlizenz- und Know-how-Vertrag*, 7ª ed., 2013, pp. 689-773, 733 y ss.

<sup>73</sup> En esta línea, BARTENBACH, *Patentlizenz- und Know-how-Vertrag*, 7ª ed., 2013, p. 752 nm. 2794 (respecto del licenciante del *Know-how*) y p. 760 y ss. (respecto del licenciatario del *Know-how*).

Cuando el secreto empresarial sea fruto de un proceso de *creación conjunta* todos los cocreadores serán cotitulares de la información. Las decisiones relativas al mantenimiento de la información bajo secreto y, en particular, la forma de explotarla, deberán tomarse de acuerdo con lo pactado. En defecto de pacto, será aplicable el régimen jurídico de la comunidad de bienes previsto en los arts. 392-406 Cc. En virtud del art. 394 Cc: «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho». De acuerdo con este precepto, parece que los cocreadores, individualmente, deben esforzarse por mantener el carácter reservado de la información, pues en caso contrario la destrucción del secreto impide a los demás cotitulares hacer efectivos sus legítimos derechos de explotación. A la inversa, si la mayoría de cocreadores decide divulgar gratuitamente la información podríamos estar ante un ejemplo paradigmático de acuerdo gravemente perjudicial para los intereses de la minoría. En ese caso, la gestión de la cosa común podría quedar en manos del Juez si alguno de los cotitulares le instara a intervenir (art. 398.III Cc).



**VI. CONDUCTAS DE ESPIONAJE INDUSTRIAL  
PENALMENTE RELEVANTES (ART. 278 CP)**





## 1. Introducción

El art. 278.1 Cp ordena imponer pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que «para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197».

Los medios e instrumentos previstos en el art. 197.1 Cp consisten en el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales de otra persona, la interceptación de sus telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación».

En el apartado segundo del art. 278 Cp se obliga a castigar con una pena de tres a cinco años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses «si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos».

Con esta figura delictiva se pretende hacer frente al fenómeno generalmente conocido como *espionaje industrial*. A saber: el conjunto de prácticas dirigidas a la obtención subrepticia de secretos empresariales. Como se habrá advertido, la denominación “espionaje industrial” es inexacta. Los secretos empresariales no sólo consisten en información que haga referencia al ámbito técnico o productivo de la actividad empresarial (*secretos industriales*), sino también en información relacionada con la comercialización del producto o servicio (*secretos comerciales*), la interacción de la empresa con el resto de agentes del mercado, así como en la relativa a la dirección y gestión del negocio (*secretos de organización*). Por lo demás, es obvio que no sólo se considera relevante la información relacionada con el *sector secundario* de la actividad económica (industria), sino también la relacionada con los *sectores primario* y *terciario*. No obstante, en este trabajo se va a respetar la terminología habitualmente empleada en relación con este fenómeno, de modo que en lo que sigue voy a referirme a la obtención y eventual revelación antijurídicas de secreto empresarial con los términos “espionaje industrial”.

Con clara voluntad de evitar incurrir en lagunas de punibilidad, el legislador recurrió a cláusulas abiertas tanto en la descripción de los *medios comisivos* como en la descripción de los *objetos* de las acciones prohibidas. Así, la modalidad de *apoderamiento* no solo puede llevarse a cabo «por cualquier medio», sino que se proyecta tanto sobre los soportes materiales (documentales, electrónicos, informáticos) o cualesquiera «otros objetos» que se refieran al secreto empresarial, como sobre cualquier tipo de “dato” que se refiera al mismo.

A ello hay que sumar la posibilidad de interpretar espiritualizadamente el término “apoderamiento”. La doctrina mayoritaria es favorable a ello<sup>1</sup>. Así, a diferencia de lo que ocurre en los delitos patrimoniales clásicos, en los que por “apoderamiento” suele entenderse el desplazamiento físico de la cosa, en relación con el tipo de espionaje industrial la doctrina aboga por interpretar este término de forma espiritualizada, de manera que bajo la modalidad de *apoderamiento* pueda subsumirse la *mera captación mental* de la información. El ejemplo citado de forma recurrente es el del trabajador que lee el secreto empresarial en la pantalla de ordenador de un compañero. En la medida en que el acceso a la información no le estuviera autorizado, la conducta sería constitutiva del tipo básico de espionaje industrial, siempre que la hubiera realizado con ánimo de revelarla. Esta interpretación es metodológicamente admisible en la medida en que no sólo los soportes materiales de la información (cartas, documentos, efectos, etc.) pueden ser objeto de la acción, sino también los *datos* referidos al secreto empresarial.

---

<sup>1</sup> Por todos, véanse MORALES PRATS/MORÓN LERMA, «Arts. 278-280», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Código penal*, 9ª ed., 2011, p. 862; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 47 y ss.; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, p. 534-538; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, p. 232; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 126; PÉREZ DEL VALLE, «La revelación de secretos de empresa por persona obligada a reserva (art. 279 Cp)» en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, 1997, p. 112 nota 10; MIQUEL PRATS, «Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el código penal de 1995», en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, 1997, pp. 188-190; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 803.

Conviene realizar una puntualización. Un sector de la doctrina entiende que el debido respeto al principio de legalidad exige una mínima actuación material en relación con el soporte físico de la información para que la conducta sea típica. Esto es, no basta con la mera lectura, sino que el autor debe haber realizado algún acto de remoción de obstáculos físicos para acceder a la información o debe haber desplazado a su esfera de dominio material, aunque solo fuera por unos instantes, la información<sup>2</sup>.

En la vertiente subjetiva de la conducta, se exige la concurrencia de un elemento subjetivo especial: el «ánimo de descubrir» el secreto empresarial. Este elemento ha sido interpretado en dos sentidos distintos. Por un lado, como el *ánimo de conocer* el secreto<sup>3</sup>. Por otro, como el *ánimo de revelar* la información a terceros<sup>4</sup>, precisamente la conducta sancionada en el subtipo cualificado del art. 278.2 Cp. Así, el tipo básico se concibe como un delito mutilado de dos actos<sup>5</sup>. Esta segunda interpretación ha sido la adoptada por la Sala segunda del Tribunal Supremo en la única sentencia en la que, hasta el momento, se ha pronunciado sobre el particular<sup>6</sup>. Desde entonces, ésta ha sido también la línea interpretativa seguida por buena parte de la jurisprudencia menor<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Originalmente, BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 533, nms. 225-231. En la misma línea, FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 1067; CASTRO MORENO, «El Derecho penal español ante el espionaje industrial y el secreto de empresa», *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia* (1-2), 2006, pp. 48-51; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 181-186.

<sup>3</sup> En la doctrina, BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, pp. 543 y ss.; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, pp. 542-549.

<sup>4</sup> En la doctrina, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, pp. 52-56; CASTRO MORENO, *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia* (1-2), 2006, p. 51 y ss.

<sup>5</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 52.

<sup>6</sup> STS de 16 de febrero de 2001, p. García Ancos.

<sup>7</sup> Por todas, véase la SAP Madrid de 25 de enero de 2012, p. Abad Crespo; y los autos de la AP Palmas de Gran Canaria de 12 de diciembre de 2011, p. Alcázar Montero; AP Barcelona de 24 de julio de 2008, p. Rodríguez Santamaría; AP Palma de Mallorca de 26 de octubre de 2006, p. Álvarez Merino.

Según lo dicho, y a pesar del notorio casuismo empleado en su redacción, el tipo básico de espionaje industrial puede reformularse como la *obtención no consentida de secreto empresarial con ánimo de descubrirlo*. Ello permite maximizar la protección del bien jurídico considerado protegido: el patrimonio individual. Reformulado en tales términos, el tipo es capaz de abarcar un amplio espectro de conductas: desde el robo de documentos con nocturnidad y allanamiento de domicilio, hasta la memorización de la información por parte de un trabajador que a menudo tiene que trabajar con ella. Dentro de ese espectro entran también conductas que, si no fuera por la finalidad perseguida (el ánimo de conocer o revelar la información), serían consideradas completamente conformes a Derecho. Además de la mencionada conducta del trabajador, piénsese, por ejemplo, en prácticas tales como la ingeniería inversa (*reverse engineering*), la entrevista o contratación de trabajadores de un competidor o el fenómeno conocido como inteligencia competitiva (*competitive intelligence*), práctica cuya valoración quizá resulte más controvertida pero que sin duda alguna se reivindica como una actividad empresarial completamente lícita y socialmente beneficiosa<sup>8</sup>.

Sin embargo, como vimos, el fin preventivo no es el único fin del Derecho penal. Frente a él se encuentra el aseguramiento de las garantías formales y materiales del individuo (*supra* II.2), entre las cuales se cuenta el principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio. La prevención de conductas socialmente lesivas mediante la amenaza y la imposición de pena debe ser necesaria, idónea y proporcionada en relación con la restricción del derecho fundamental del individuo a la libertad general de acción derivada del recurso a la pena (*supra* II.3).

Ciertamente, la interpretación del tipo penal en torno a la exigencia de que proteja un bien jurídico-penal, en este caso el patrimonio individual, constituye una concreción de las consideraciones de merecimiento y necesidad de pena que integran el mencionado principio de proporcionalidad (*supra* II.3.1). No obstante, son precisas ulteriores concreciones. La necesaria síntesis de los fines del Derecho penal en el proceso de interpretación del tipo no puede detenerse en la determinación de un bien jurídico-penal como

---

<sup>8</sup> Véase, al respecto, la página web de la asociación internacional de profesionales de la inteligencia competitiva, denominada *Strategic and Competitive Intelligence Professionals* y radicada en los EE. UU.: [www.scip.com](http://www.scip.com).

objeto de protección. El vago y desnormativizado tipo legal<sup>9</sup>, interpretado solamente a la luz de la idea de protección de un bien jurídico-penal, da como resultado un ámbito de aplicación del tipo manifiestamente amplio, en el que el interés en la preservación de la libertad general de acción no puede recibir toda la atención que merece<sup>10</sup>. En efecto, la implementación de la idea de protección de un bien jurídico-penal en la interpretación del tipo constituye tan solo un paso intermedio en el proceso de síntesis de fines. La compleción del proceso pasa por la delimitación de ámbitos de responsabilidad entre víctima y autor<sup>11</sup> (*supra* II.3.2).

La concreción y síntesis de los fines del Derecho penal en la interpretación del tipo básico de espionaje industrial debe llevarse a cabo en paralelo al encaje del tipo en los sistemas y subsistemas a los que pertenece. En particular, la interpretación del tipo debe ser valorativamente coherente con el resto de delitos de violación de secreto empresarial (arts. 279 y 280 Cp), con los demás delitos patrimoniales y contra el orden socio-económico (Título XIII del Libro II del Código penal), así como con la protección jurídico-privada del secreto empresarial (arts. 13 y 14 LCD, fundamentalmente). En relación con esto último, la existencia de medios alternativos de protección menos invasivos debería ejercer una intensa influencia a la hora de concretar los principios de fragmentariedad y *ultima ratio* (derivados del principio de proporcionalidad) en el proceso de interpretación del tipo.

Por todo ello, en lo que sigue se estudiará el estado de la cuestión en relación con la interpretación del ilícito jurídico-privado de espionaje industrial (VI.2). A continuación, se expondrán las interpretaciones posibles del tipo penal básico de espionaje industrial (VI.3). Luego se valorará la necesidad de interpretar restrictivamente este tipo, en atención a consideraciones de coherencia valorativa (VI.4). Posteriormente, se analizarán las posibles vías de restricción interpretativa del tipo (VI.5) para, finalmente, tomar postura

---

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Zur sogenannten teleologischen Auslegung», FS-*Jakobs*, 2007, p. 650 y ss.

<sup>10</sup> SCHÜNEMANN, «Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 67 y ss., 70 y s.

<sup>11</sup> SCHÜNEMANN, «Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 78 y ss.

por una de ellas, lo que será debidamente fundamentado y concretado en una propuesta interpretativa (VI.6).

En este capítulo no se abordará la interpretación del subtipo agravado de espionaje industrial. La principal peculiaridad del subtipo agravado la presentan sus verbos típicos: revelar, difundir o ceder el secreto empresarial. Se trata de los mismos verbos en torno a los que se construyen las conductas prohibidas por el tipo básico de disposición desleal (art. 279.1 Cp). Las particularidades de estas conductas se analizarán en el capítulo dedicado al estudio de esta figura delictiva (*infra* VII.), así como en el relativo a la lesividad *ex post* de las conductas de violación de secreto empresarial consideradas penalmente relevantes (*infra* IX.). A los efectos de la interpretación del subtipo agravado me remito a lo que allí se dice.

## **2. El contenido del ilícito jurídico-privado de espionaje industrial**

### **2.1. Introducción**

El art. 13.2 LCD tipifica como acto de competencia desleal la *adquisición* de un secreto empresarial «*por medio de espionaje o procedimiento análogo*». A pesar de que el legislador haya empleado el término “espionaje” de forma aislada, a lo que en verdad se refiere es al fenómeno del espionaje industrial<sup>12</sup>.

No existe una definición legal de este concepto. Ni en nuestro ordenamiento, ni en los de nuestra tradición jurídico-cultural. Desde la doctrina especializada se han propuesto varias definiciones al respecto. Así, se ha descrito como «la conducta dirigida a *obtener mediante subterfugios, subrepticamente, el conocimiento de los secretos de otro*»<sup>13</sup>; también se ha definido como «todo acto de *apropiación indebida* de los secretos empresariales ajenos»<sup>14</sup>; más recientemente se ha explicado como «cualquier procedimiento deliberado y activo de *obtención de secretos empresariales ajenos a través de medios reprobables*, distintos de su adquisición mediante la revelación de un tercero

---

<sup>12</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 304.

<sup>13</sup> GALÁN CORONA, en BERCOVITZ (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 374 nm. 64.

<sup>14</sup> MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 401 nm. 34.

que al comunicarlo incumple su deber contractual de confidencialidad o, en su caso [sic] de lealtad»<sup>15</sup>.

En las definiciones arriba reproducidas, vemos como en las tres el centro de gravedad se sitúa en los medios de obtención del secreto empresarial: empleo de medios *subrepticios, indebidos o reprobables*. Tres formas, en realidad, de decir lo mismo. A saber, que no solo constituye espionaje típico el acceso a la información a través de medios que están expresamente tipificados en una disposición normativa autónoma, externa a la LCD, sino que también realiza el ilícito concurrencial la adquisición que consista en el acceso a la información a través de medios *ilegítimos* (subrepticios, indebidos o reprobables), aunque no expresamente tipificados en ninguna disposición legal.

En efecto, el contenido de deslealtad del ilícito previsto en el art. 13.2 LCD puede determinarse en ambos sentidos. Restrictivamente, tomando como criterio de deslealtad la antijuridicidad de la conducta en tanto que vulneradora de alguna disposición normativa autónoma y externa a la LCD. Así, por ejemplo, el acceso a la información mediante la comisión de un delito, como podría ser la violación del domicilio de una persona jurídica (art. 203 Cp). O, de modo más amplio, equiparando el concepto de espionaje al de acceso ilegítimo y abarcar, así, no solo las conductas de acceso que por sí mismas merecen una reprobación expresa por parte del ordenamiento jurídico, sino también aquellas que, a pesar de no recibir una (des)valoración jurídica directa, se consideran reprobables. Así, por ejemplo, el acceso mediante engaño o abuso de confianza.

Como se desprende de las definiciones propuestas por la doctrina jurídico-privada especializada, no cabe duda de que la ampliatoria es la opción interpretativa dominante. Se aducen, básicamente, razones de justicia material: una interpretación restrictiva dejaría fuera del control de deslealtad conductas que, a pesar de no ser ilícitas por sí mismas, son claramente reprobables<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 308.

<sup>16</sup> En este sentido, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 299-300.

Esta es la postura tradicionalmente adoptada tanto por el legislador alemán como el estadounidense para combatir jurídicamente el espionaje industrial. Así, en los Estados Unidos de América, la UTSA emplea en su § 1 la fórmula “*improper means*” (medios impropios) como parámetro de ilicitud (jurídico-privada) de las conductas de acceso a los secretos empresariales. Fórmula bajo la cual doctrina y jurisprudencia mayoritarias incluyen tanto medios de acceso ilícitos por sí mismos como otros que, al margen del régimen de protección de los secretos empresariales, serían perfectamente legales<sup>17</sup>. De forma recurrente se cita, como ejemplo de ello, la conducta enjuiciada en el caso *Christopher*<sup>18</sup>. Resumidamente, los hechos consistieron en que una empresa del sector químico alquiló una avioneta para sobrevolar y fotografiar las instalaciones en obras de un competidor (*E.I. DuPont de Nemours*) con tal de descubrir los secretos empresariales que el diseño de la nueva planta contenía y que se ponían de manifiesto en su proceso de construcción. La conducta fue calificada de acceso impropio a los secretos empresariales, a pesar de que con el vuelo no se infringió norma de aviación alguna ni ninguna otra ley o disposición normativa autónoma.

Por su parte, en Alemania, el § 17(2)(2) UWG castiga la revelación o uso en provecho propio de un secreto empresarial obtenido *de forma no autorizada* (“*unbefugt*”). Bajo este precepto se han considerado subsumibles conductas tales como la memorización sistemática de la información por parte de un trabajador que tenía acceso legítimo a la misma, cuando ello no era necesario para el ejercicio de sus funciones<sup>19</sup>; la no devolución de las anotaciones que de forma legítima y connatural al ejercicio de sus funciones el trabajador realizó durante la vigencia de la relación laboral<sup>20</sup>; así como la ingeniería inversa (*Zerlegung und Zergliederung*)<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> *Restatement (Third) of Unfair Competition*, 1995, § 43 *comment c*); POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 6.02 [2] p. 6-11 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>18</sup> POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 6.02 [2] p. 6-11.

<sup>19</sup> Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 2013, 3ª ed., § 17 nm. 32; Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 71.

<sup>20</sup> Así, véanse las sentencias del BGH 27.04.2006 – *Kundendatenprogramm* (GRUR 2006, p. 1044); BGH 19.12.2002 – *Weinberater* (GRUR 2003, p. 453); BGH 03.05.2001 – *Spritzgießwerkzeuge* (GRUR 2002, p. 91).

<sup>21</sup> Por todos *MünchKommUWG*/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 119; Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 2013, 3ª ed., § 17 nm. 31.



El texto literal del § 17(2)(2) UWG es el que sigue: «Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen,  
2. ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das er durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Mitteilungen oder durch eine eigene oder fremde Handlung nach Nummer 1 erlangt *oder sich sonst unbefugt verschafft oder gesichert hat*, unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt» (cursiva añadida).

La flexibilidad de estas fórmulas es evidente. Ello permite hacer frente a las formas de espionaje industrial más insospechadas y novedosas, que ningún legislador jamás podría anticipar de forma exhaustiva. Los problemas de justicia material por infrainclusión son, pues, descartables. Toda conducta que se considere reprobable tiene cabida en cualquiera de estas fórmulas. Tanto en la “*improper means*” estadounidense, como en la “*sonst unbefugt verschafft oder gesichert*” alemana, como en el término “espionaje” del art. 13.2 LCD, entendido como *medio de acceso ilegítimo* al secreto empresarial.

Naturalmente, lo problemático es determinar cuándo un medio de acceso a los secretos empresariales es *ilegítimo*. Si con una configuración restrictiva de los tipos de espionaje industrial, basada en la *ilicitud* por sí misma de la conducta de acceso a la información, los problemas son de infrainclusión, con una configuración amplia, basada en la *ilegitimidad* de los medios, los problemas son de sobreinclusión. En efecto, el abandono de la antijuridicidad autónoma de la conducta como parámetro de tipicidad abre las puertas a considerar constitutiva del ilícito concurrencial un amplio abanico de conductas de obtención del secreto empresarial en contra de la voluntad de su titular. Entre ellas conductas de obtención de la información cuya ilegitimidad resulta dudosa, tal y como ya hemos visto con los ejemplos de conductas calificadas de espionaje industrial en virtud del régimen de protección previsto por el § 17(2)(2) de la UWG alemana. Así, por ejemplo, casos de ejercicio especialmente intenso del derecho a la libertad de empresa: ingeniería inversa, captación de trabajadores del titular de la información; así como supuestos de ejercicio del derecho a la movilidad laboral por parte de personas con conocimientos cualificados sobre el secreto empresarial: ex trabajador que no devuelve las anotaciones o documentos que él mismo elaboró de forma legítima durante la vigencia de la relación laboral.

La respuesta a la pregunta sobre cuándo un medio de acceso al secreto empresarial debe considerarse *ilegítimo* debe buscarse en la cláusula general de

prohibición de la competencia desleal prevista en el art. 4 LCD. Nuestra Ley de competencia desleal, al igual que la UWG (§ 3) y otras leyes de la misma naturaleza de tradición continental, dispone de una cláusula general de prohibición de la competencia desleal. Según el art. 4.1 LCD, «[s]e reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe».

Se atribuyen dos cometidos a esta cláusula: por un lado, fijar el contenido esencial del ilícito concurrencial en abstracto, esto es, como referente normativo que informe la interpretación y aplicación de los tipos especiales previstos en los arts. 5 y ss. LCD. Por otro, establecer una norma sustantiva, un tipo autónomo que pueda servir de base para el ejercicio de la acción de competencia desleal<sup>22</sup>. De cara a dotar de contenido al ilícito de espionaje industrial, interesa la primera de las dos funciones. En efecto, hablar de acceso *ilegítimo* no es sino hablar de acceso *desleal*.

En atención a la pluralidad de intereses que constituyen el fin de protección del Derecho de la competencia desleal (art. 1 LCD, § 1 UWG), de forma mayoritaria se considera que la vía más plausible para efectuar la concreción del juicio de deslealtad es el método de la ponderación de intereses. Se trata, en primer lugar, de determinar cuáles son los intereses afectados por el conflicto. En segundo lugar, de determinar si efectivamente merecen ser jurídico-privadamente protegidos y, en tercer y último lugar, de resolver el conflicto a favor de unos u otros intereses en función de las valoraciones derivadas de los referentes valorativos aportados por el Derecho constitucional, el Derecho comunitario y el Derecho de la competencia en sentido amplio (LCD y Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia)<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> En este sentido, véanse BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Artículo 4. Cláusula general», en EL MISMO (dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, 2011, p. 97 nms. 10-12; TATO PLAZA ET AL., *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 2010, pp. 66-72; MARTÍNEZ SANZ, *Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal*, 2009, pp. 63-65; MASSAGUER FUENTES, «La Cláusula de Prohibición de la Competencia Desleal», en FERRÁNDIZ GABRIEL (dir.), *Competencia Desleal y Defensa de la Competencia*, 2002, pp. 104-115.

<sup>23</sup> En este sentido, en Alemania, Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 3 nms. 63-107; *MiKoUWG/SOSNITZA*, 2ª ed., 2014, § 3 nms. 33 y ss., 67-78;

En cualquier caso, la ponderación se considera un mero recurso o instrumento procedimental que, como tal, no ofrece ni predetermina ninguna solución valorativa<sup>24</sup>. Por lo que se reconoce que la decisión final queda, necesariamente, en manos del intérprete y/o aplicador. El valor de este método radica, no obstante, en que obliga a dicho intérprete o aplicador a poner al descubierto las valoraciones que subyacen a la concreta decisión interpretativa o de aplicación que haya tomado<sup>25</sup>. Lo que permite una evaluación y crítica racionales de la misma.

La integración de la cláusula general prohibitiva (art. 3 LCD) corresponde, por tanto, a doctrina y jurisprudencia a través de un desarrollo continuador del Derecho<sup>26</sup>. De hecho, en Alemania, el mismo legislador ha reconocido expresamente que es tarea de la jurisprudencia concretar el contenido de su cláusula general prohibitiva (§ 3 UWG)<sup>27</sup>. Estamos, pues, ante una delegación de la composición de la norma al juez en la que la labor dogmática de la doctrina debe jugar un papel fundamental.

En lo que sigue se va a analizar la concreción del juicio de deslealtad en torno al ilícito jurídico-privado de espionaje industrial. En el análisis se va a incluir la concreción de los ilícitos homólogos en Alemania y en los EE. UU. Cabe distinguir tres grupos de conductas en función de la contrariedad a Derecho, por sí misma, de la conducta de acceso a la información. En primer lugar, las conductas constitutivas de delito (*infra* 2.2.a)). En segundo lugar, las constitutivas de un ilícito extra-penal (*infra* 2.2.b)) y, por último, las consistentes en un medio de adquisición que, a pesar de no ser por sí mismo constitutivo de ningún ilícito penal ni extra-penal, se considera un medio *ilegítimo* después de ponderar todos los intereses en conflicto y atender a todas las fuentes de valoración relevantes (*infra* 2.2.c)).

---

Harte/Henning/W. SCHÜNEMANN, 2ª ed., 2009, § 3 nm. 199-357, 279-318; EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, 8ª ed., 2009, § 5 nm. 15 y ss.

<sup>24</sup> Harte/Henning/W. SCHÜNEMANN, 2ª ed., 2009, § 3 nm. 279 y ss.

<sup>25</sup> *MiKoUWG/SOSNITZA*, 2ª ed., 2014, § 3 nm. 67.

<sup>26</sup> Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 3 nms. 67 y ss.; *MiKoUWG/SOSNITZA*, 2ª ed., 2014, § 3 nm. 13 y ss.

<sup>27</sup> DEUTSCHER BUNDESTAG, 15ª legislatura, impresión 15/1847, página 16 (BT-Drucks 15/1487).

## 2.2. La concreción del ilícito jurídico-privado de espionaje industrial (art. 13.2 LCD)

### a) Medios de adquisición de la información constitutivos de delito

De forma mayoritaria, la doctrina recurre como referente valorativo incuestionable a la parte especial del código penal. Así, cualquier conducta de acceso a la información que sea constitutiva de delito es considerada un acto desleal y, por tanto, una obtención del secreto empresarial constitutiva de espionaje industrial<sup>28</sup>.

Entre los medios de obtención de la información constitutivos de delito pueden mencionarse, a mero título de ejemplo, el allanamiento de morada, tanto del legítimo titular como de sus trabajadores o colaboradores (art. 202 y ss. Cp). El allanamiento del domicilio de la persona jurídica a través de la que éstos ejercen la actividad empresarial (art. 203 Cp), o el de cualquier otra persona jurídica, administración o entidad en la que se pueda encontrar un soporte material que contenga la información. El hurto (art. 234 y ss. Cp) o robo (art. 237 y ss. Cp) de estos soportes materiales, o su apropiación indebida (art. 252 y ss. Cp). La extorsión (art. 243 Cp) al legítimo titular o a alguno de sus trabajadores o colaboradores para que comunique la información, así como el empleo de la amenaza (art. 169 y ss. Cp) o la coacción (art. 172 y ss. Cp) para el mismo fin. O, como ejemplo de una conducta de tipificación reciente, el *hacking*, consistente en el acceso no

---

<sup>28</sup> En España, GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 374 nm. 64; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 311 y s., ambos tomando como referente la *ilicitud* autónoma de la conducta. En Alemania, FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, p. 169; Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 31; Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 47; Achenbach/Ransiek/EBERT-WEIDENFELLER, *HdbWirtStrfR*, 3ª ed., 2012, nm. 88; Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdbWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 27; *MüKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 116; WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 264; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 90; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 229 nm. 328. En los EE. UU., por todos, véanse el *Comment c* al § 43 del *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, y el artículo de HILTON, «What sort of improper conduct constitutes misappropriation of a trade secret?», *IDEA* (30), 1989-1990, p. 294.

autorizado a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo (art. 197.3 Cp)<sup>29</sup>.

b) Medios de adquisición de la información constitutivos de un ilícito extra-penal autónomo

La parte especial del Código penal no es el único referente valorativo al que se recurre para fundamentar la deslealtad del medio de obtención del secreto empresarial. También se acude al resto de ramas del ordenamiento jurídico en búsqueda de disposiciones que prohíban expresamente el concreto medio de obtención del secreto empleado. Así, se considera ilegítimo todo medio de acceso a la información que sea contrario a *cualquier norma integrante del ordenamiento jurídico*<sup>30</sup>.

Como ejemplo de obtención de un secreto empresarial mediante ilícito extra-penal suele citarse el empleo de *engaño* o “*dolo civil*”. En efecto, el art. 1265 Cc prevé la nulidad, en materia de contratos, de todo consentimiento prestado por *dolo*. El art. 1269 Cc lo define como el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas por parte de uno de los contratantes para inducir al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera celebrado. De este modo, se considera ilegítimo obtener el secreto empresarial por comunicación del legítimo titular mintiendo, o bien sobre la propia identidad, o bien sobre las intenciones contractuales que se persiguen<sup>31</sup>. Así, por

---

<sup>29</sup> POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 6.02[2], p. 6-13.

<sup>30</sup> En España, GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 374 nm. 64; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 311 y s., ambos tomando como referente la *ilicitud* autónoma de la conducta. En Alemania, Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3<sup>a</sup> ed., 2013, § 17 nm. 31; Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32<sup>a</sup> ed., 2014, § 17 nm. 47; Erbs/Kohlhaas/DIEMER, *UWG*, 2008, § 17 nm. 48; Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4<sup>a</sup> ed., 2014, nm. 27; Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 70; WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 264; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 90.

<sup>31</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 319 y s. En Alemania, poniendo como ejemplo la obtención del secreto empresarial a través de una relación contractual con el titular al que se le ha ocultado información que tenía derecho a conocer y que, de conocerla, no habría comunicado la información: Ulmer/REIMER, *UnWettEwG*,

ejemplo, se considera ilegítimo obtener el secreto empresarial a través del mantenimiento de conversaciones preliminares para adquirir el negocio de su titular cuando, en realidad, no hay intención alguna de contratar, sino que lo único que se persigue es obtener el secreto. Lo mismo cabe decir cuando se finge sobre la voluntad de contratar un determinado producto, servicio, o licencia, o establecer una *joint venture*, cuando lo que verdaderamente se pretende es obtener el secreto. Igualmente, se considera desleal acceder a la información de la mano de su titular mintiéndole sobre la propia identidad. Por ejemplo, haciéndose pasar por un potencial cliente, por un vendedor, por un suministrador, por un fontanero o por un trabajador por cuenta ajena en busca de un nuevo puesto de trabajo<sup>32</sup>.

También se han considerado constitutivos de acceso ilegítimo aquellos medios que consisten en violaciones del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones previsto en el art. 18.3 CE<sup>33</sup>, o en infracciones de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal.

c) Medios de adquisición no constitutivos *per se* de ningún ilícito o infracción contractual

---

vol. 3, 1968, p. 229 nm. 329. Le siguen, Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 71; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 90.

<sup>32</sup> Con estos y muchos ejemplos más véase SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 319-321, con ulteriores referencias. También con ejemplos de obtenciones basadas en un engaño, con referencias jurisprudenciales Erbs/Kohlhaas/DIEMER, *UWG*, 2008, § 17 nm. 49; Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 27; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 229 nm. 329. Sobre casos de sujetos que se infiltran como trabajadores con la única voluntad de acceder a la información y usarla o revelarla posteriormente, Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 31 nota 130; SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1997, p. 160 nota 190, ambos con referencias jurisprudenciales. En los EE. UU., el empleo de fraudes (*fraud*), engaños o distorsiones (*misrepresentation*) también se considera, generalmente, un medio de acceso ilegítimo: por todos, *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, § 43 *Comment c*; UTSA § 1(1), de 1979; *Restatement (First) of Torts*, § 757 *Comment f*.

<sup>33</sup> Con estos y ulteriores ejemplos, aunque no siempre con una base legal clara que fundamente la ilicitud extra-penal del medio de acceso: SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 319-323.

El carácter típicamente adaptativo, dinámico y –paradójicamente– innovador del espionaje industrial coarta significativamente el alcance y, con él, la eficacia de un juicio de deslealtad sobre la obtención del secreto empresarial integrado exclusivamente por los medios de adquisición expresamente tasados y prohibidos por el Derecho positivo, esto es, por aquellos que constituyen, por sí mismos, un ilícito penal o extra-penal autónomo. De ahí que, al menos en el plano jurídico-privado, el tipo de espionaje industrial se defina como la obtención *ilegítima* –no necesariamente *ilícita* por sí misma– del secreto empresarial.

El problema, como ya hemos visto, es de delimitación. Una vez abandonado el referente seguro del Derecho positivo, la pregunta es dónde está el límite: ¿cuál es la frontera entre la obtención de secreto empresarial ilegítima y la permitida? Para responder a esta pregunta se remite al intérprete y al aplicador del Derecho a un proceso de ponderación de intereses sistemático-teleológicamente orientado<sup>34</sup>.

Sin embargo, entre la doctrina y jurisprudencia se echa de menos un desarrollo claro y ponderado de dicho proceso. A pesar de que de forma mayoritaria se afirma que la concreción del juicio de deslealtad debe pasar por una detallada ponderación de los intereses en juego en los concretos conflictos tipificados en la correspondiente norma de competencia desleal, a menudo se omiten tales ponderaciones, ofreciendo, simplemente, la solución para el concreto grupo de casos.

A la falta de motivación debe añadirse, además, una progresiva falta de consenso entre doctrina y jurisprudencia a la hora de determinar la deslealtad de un medio de obtención del secreto empresarial a medida que nos alejamos de las valoraciones expresamente positivizadas en nuestro ordenamiento jurídico. Si a la hora de calificar como accesos ilegítimos aquellos que se basan en una conducta que, por sí misma, es constitutiva de ilícito penal o

---

<sup>34</sup> En este sentido, en Alemania, Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 3 nms. 63-107; *MiKoUWG/SOSNITZA*, 2ª ed., 2014, § 3 nms. 33 y ss., 67-78; Harte/Henning/W. SCHÜNEMANN, 2ª ed., 2009, § 3 nm. 199-357, 279-318; EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, 8ª ed., 2009, § 5 nm. 15 y ss.

extra-penal, el consenso es absoluto, los matices y divergencias afloran tan pronto como abandonamos el terreno firme del Derecho positivo.

A los efectos de este trabajo basta, en todo caso, con una visión panorámica de cuáles han sido los principales grupos de casos que más han ocupado a la doctrina y jurisprudencia jurídico-privadas en materia de espionaje industrial. Los casos se agrupan en dos grandes grupos, en función de la relación del autor con el titular de la información. Así, se distingue entre los supuestos de obtención ilegítima de secreto empresarial por parte de *terceros* ajenos a la esfera de control del titular y los supuestos de obtención por parte de *trabajadores* o *colaboradores* del legítimo titular de la información.

Antes de continuar conviene advertir que el precepto que regula el ilícito de espionaje industrial en la UWG alemana, el § 17(2)(2), tiene naturaleza jurídico-penal. Ello no es un obstáculo para analizar en este capítulo la interpretación que la doctrina germánica ha realizado de dicho precepto. La amplia redacción del tipo unida a una interpretación no especialmente restrictiva por parte de la doctrina penal ha dado lugar a la casi inexistencia de un espacio propio para un eventual ilícito jurídico-privado. Como se verá, el ámbito de aplicación asignado al tipo penal alemán no sólo no tiene nada que envidiar al de los ilícitos jurídico-privados español o estadounidense, sino que a veces es incluso superior.

i) Obtenciones ilegítimas de secreto empresarial por parte de *trabajadores* o *colaboradores* del legítimo titular

En relación con la adquisición de la información por parte de los trabajadores o colaboradores del legítimo titular, es importante, en primer lugar, hacer una aclaración terminológica. Cuando se habla de “obtención”, “adquisición” o “acceso” ilegítimo al secreto empresarial no se está haciendo referencia al mero acceso intelectual a la información, sino del *aseguramiento* de dicho acceso, esto es, de que en cualquier momento posterior en el tiempo se pueda recurrir a la información, ya sea porque se ha memorizado, ya sea porque el autor la ha corporeizado en un soporte material bajo su dominio. Por ello, en lo que sigue, hablaré en términos de “aseguramiento de la información” para referirme a la conducta de «adquisición» tipificada en el art. 13.2 LCD.



El medio por excelencia de asegurarse el acceso al secreto empresarial es la sustracción o la apropiación de los soportes materiales que contienen la información. Conductas que, por lo general, son constitutivas de los delitos de hurto (arts. 234 Cp) o de apropiación indebida (arts. 253 Cp). Sin embargo, no siempre resultará evidente la realización de estos tipos. A veces no estará claro a quien pertenece el dominio o titularidad del soporte material en el que se encuentra contenida la información. Piénsese, por ejemplo, en las anotaciones sobre los clientes (constitutivas de secreto empresarial: listado de clientes) que un comercial hace durante la vigencia de su relación laboral en una agenda o libreta que le ha regalado la empresa, en una que se ha comprado él mismo a dichos efectos, o en una que le ha regalado uno de sus clientes.

Al margen de la aplicabilidad o inaplicabilidad de los tipos penales de hurto o apropiación indebida, la doctrina mayoritaria considera constitutivo de obtención ilegítima de secreto empresarial el apoderamiento por parte del trabajador de los soportes materiales que contienen la información, o de copias o reproducciones (fotocopias, por ejemplo) de los mismos<sup>35</sup>. Tanto por acción como por omisión (!). Así, se ha calificado de aseguramiento ilegítimo la *no devolución de los soportes materiales* que contenían la información por parte del trabajador que, si bien tuvo acceso legítimo a aquéllos durante la vigencia de la relación laboral, había adoptado expresamente con el legítimo titular un pacto de devolución de todos los efectos que contuvieran secretos empresariales una vez aquella llegara a su fin<sup>36</sup>. Más aún, el *Bundesgerichtshof* (BGH) ha llegado a declarar desleal la no devolución de las anotaciones que de forma legítima y connatural al ejercicio de sus funciones el trabajador realizó durante la vigencia de la relación laboral, a pesar de que no existiera pacto alguno de devolución entre las partes<sup>37</sup>. Postura que ha sido acogida por una parte de la doctrina, la cual sostiene que, por regla, los

---

<sup>35</sup> En España, por todos, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 323-324. En Alemania, por todos, *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 118. En los EE. UU., por todos, el *Comment d*) de la *Section 42 del Restatement (Third) of Unfair Competition*.

<sup>36</sup> Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 31 nota 129 citando la sentencia del LAG Hamm, de 23 de mayo de 2003.

<sup>37</sup> Así, véanse las sentencias del BGH 27.04.2006 – *Kundendatenprogramm* (GRUR 2006, p. 1044); BGH 19.12.2002 – *Weinberater* (GRUR 2003, p. 453); BGH 03.05.2001 – *Spritzgiesswerkzeuge* (GRUR 2002, p. 91).

trabajadores, una vez finalizada la relación laboral, pueden hacer uso legítimamente de los conocimientos que guardan en su memoria, pero no de los documentos o anotaciones que hayan hecho sobre información constitutiva de secreto empresarial<sup>38</sup>. La doctrina, en realidad, se encuentra dividida en torno a esta cuestión, pues mientras otros exigen que, al menos, las anotaciones u otros medios de aseguramiento del conocimiento se hicieran con el fin de poder utilizarlos también una vez finalizada la relación laboral<sup>39</sup>, otros autores entienden que el elemento subjetivo, por sí solo, no puede convertir en desleal una conducta objetivamente permitida, por lo que se oponen por completo a calificar de aseguramiento ilegítimo la no devolución de las anotaciones u otros medios de aseguramiento de la información que conforme a las funciones encomendadas y de forma permitida se tomaron durante la vigencia de la relación laboral o contractual<sup>40</sup>.

Como se verá a continuación con el análisis de otras conductas (contratación de ex-trabajadores, infiltración de trabajadores propios en la empresa del competidor, etc.), en Alemania, a pesar de que el § 17 UWG tenga naturaleza penal, el tipo de espionaje industrial se ha fundamentado, con frecuencia, exclusivamente en el desvalor del elemento subjetivo del hecho del autor, esto es, en el desvalor de su intención. Así, conductas objetivamente permitidas como las mencionadas se han considerado constitutivas del tipo (¡penal!) de espionaje industrial por el mero hecho de que su autor las llevó a cabo con la voluntad de obtener subrepticamente un secreto empresarial. Aunque en el ámbito jurídico-privado puede resultar menos llamativo hacer descansar el contenido del ilícito exclusivamente en el aspecto subjetivo de la

---

<sup>38</sup> Achenbach/Ransiek/EBERT-WEIDENFELLER, *HdbWirtStrfR*, 3ª ed., 2012, nm. 89; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 62 nm. 39. En esta línea, *HeidelbKommWettR/KOTTHOFF/GABEL*, 2ª ed., 2005, § 17 nm. 24; SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäfts-geheimnissen*, 1997, p. 161.

<sup>39</sup> Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 32.

<sup>40</sup> Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 74; ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 363; KISSLING, *Der nach § 17 UWG strafbare Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen*, 1957, p. 113; CALMANN, *Der unlautere Wettbewerbs. Kommentar*, 2ª ed., 1932, nm. 22b.

conducta<sup>41</sup>, en los EE. UU., el *Comment f* a la sección 757 del *Restatement (First) of Torts*, de 1939, ya prevenía sobre esta posibilidad<sup>42</sup>:

«Liability under the rule stated in this Section is based not on the *actor's purpose* to discover another's trade secret but on the *nature of the conduct* by which the discovery is made. The actor is free to engage in any proper conduct for the very purpose of discovering the secret. So long as his conduct is proper, his purpose does not subject him to liability. Conversely, if his conduct is improper, he is subject to liability even though he engaged in the conduct for a purpose other than that of discovering the trade secret» (cursiva añadida).

Precisamente, en relación con la *memorización* de la información, se sostiene que cuando ésta se realice de forma sistemática y sin que sea necesaria para el ejercicio normal del puesto de trabajo, proyecto o encargo que se tenga asignado, debe calificarse de desleal<sup>43</sup>. En este sentido, se ha llegado a afirmar que aquellas personas con una capacidad memorística por encima de la habitual deberían comunicárselo a su empleador o contraparte, para que éste pudiera adoptar las medidas de autoprotección oportunas<sup>44</sup>. Ahora bien, frente a un caso parecido, hay quien ha defendido todo lo contrario, esto es, que el trabajador con gran capacidad memorística que, a su vez, tiene unas competencias muy amplias en la empresa que le permiten acceder a muchos

---

<sup>41</sup> En el ordenamiento jurídico español, véase, en este sentido, el contenido de antijuridicidad del instituto denominado “abuso de derecho”, previsto en el art. 7.2 Cc: GETE-ALONSO Y CALERA, «Artículo 7», en ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 1978-, pp. 1-58; CARRASCO PERERA, «Artículo 7», en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, 2013, pp. 167-176.

<sup>42</sup> Lo advierte HILTON, *IDEA* (30), 1989-1990, p. 289.

<sup>43</sup> En España, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 323-324. En Alemania, Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 32; Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 47; Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 27; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 62 nm. 39; MüKoUWG/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 118; ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 363; CALMANN, *Der unlautere Wettbewerb. Kommentar*, 2ª ed., 1932, nm. 22b. En los EE. UU., POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 6.02[2][c]; QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 45-46.

<sup>44</sup> Así, WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 62 nm. 39 y notas 133 y 134; DEGEN, *MuW*, 1927/28, p. 435.

secretos empresariales, puede usarlos legítimamente una vez finalizada la relación laboral si consigue acordarse de ellos<sup>45</sup>. Existe unanimidad, en todo caso, en que la memorización fruto del normal desempeño de las tareas o proyectos encomendados por parte de un sujeto con una capacidad memorística media no constituye, en ningún caso, aseguramiento desleal de secreto empresarial.

Los supuestos respecto de los que sí existe un alto grado de consenso son los relativos a los accesos a la información *no autorizados* o que no responden al ejercicio habitual de las funciones, tareas o proyectos encomendados. En este caso, se entiende que el aseguramiento de la información es indudablemente desleal, independientemente del método de aseguramiento empleado: memoria, notas propias, etcétera<sup>46</sup>.

En esta misma línea, también se han considerado medios ilegítimos de aseguramiento del secreto empresarial el *aprovechamiento de la superioridad jerárquica* dentro de la empresa para obtener la información de un subordinado<sup>47</sup>, el intercambio *clandestino* de información constitutiva de secreto empresarial entre trabajadores del legítimo titular<sup>48</sup>, o la inducción a

---

<sup>45</sup> Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 230 nm. 329. En la misma línea, ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 363; KISSLING, *Der nach § 17 UWG strafbare Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen*, 1957, p. 115.

<sup>46</sup> En España, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 323-324. En Alemania, Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 27; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 62 nm. 39; *MiKoUWG*/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 118; *HeidelbgKommWettR*/KOTTHOFF/GABEL, 2ª ed., 2005, § 17 nm. 24; Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm. 72; WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 265; *GK-UWG*/OTTO, 1991, § 17 nm. 90; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 229 y s., nm. 329. En los EE. UU., por todos, BENDER, en MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 15A (Appendix).

<sup>47</sup> Así la sentencia del BGH 19.11.1982 – *Stapel-Automat* (NJW 1984, p. 239). En la doctrina, avala la decisión del tribunal WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 62 nm. 39.

<sup>48</sup> Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 230 nm. 329 con referencias jurisprudenciales en nota 206.

un compañero, ya sea a cambio de precio (estructura del *soborno*)<sup>49</sup>, ya sea simplemente *sondeándole* o *tanteándole*<sup>50</sup> para que revele la información.

ii) Obtenciones ilegítimas de secreto empresarial por parte de *terceros* ajenos a la esfera de control del legítimo titular de la información

Como se ha dicho, y al igual que en el caso del aseguramiento ilegítimo del secreto empresarial por parte de un trabajador o contraparte del titular, las clases de conductas ilegítimas son innumerables y en continua evolución. Aquí solamente se van a exponer los *subgrupos* de conductas ilegítimas cometidas por tercero que han recibido mayor atención por parte de la doctrina. Se trata de las inducciones a la revelación de la información ( $\alpha$ ), los engaños ( $\beta$ ), la ingeniería inversa ( $\delta$ ), el hurgar en basura ajena ( $\epsilon$ ), el sobrevuelo de instalaciones ( $\lambda$ ) y la obtención del secreto empresarial por dolo o imprudencia de terceros, o fortuitamente ( $\zeta$ ).

$\alpha$ ) Inducciones a la revelación

La conducta paradigmática de obtención ilegítima del secreto empresarial por parte de tercero la constituye la que responde a la estructura del *soborno* de trabajador o colaborador del legítimo titular de la información. Existe un alto grado de consenso en calificar de adquisición desleal<sup>51</sup> aquella que consista en la inducción a los trabajadores o colaboradores para que infrinjan sus deberes, legales o contractuales, de reserva. A buena parte de los autores les basta con la *mera inducción*, sin necesidad de que el inductor realice una

---

<sup>49</sup> Así la sentencia del BayObLG 20.7.1995 – *Bieterlisten* (NJW 1996, p. 268, 271). En la doctrina, avalan esta postura WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 62 nm. 39.

<sup>50</sup> Así, la sentencia del RG 11.12.1928 – n.c. (GRUR 1929, p. 232, 233). En la doctrina, avalan esta decisión Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 32; SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1997, p. 169; WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 265.

<sup>51</sup> Sin perjuicio de que su tipificación concreta no se corresponda con el concreto tipo de espionaje industrial (art. 13.2 LCD, por ejemplo), como sucede en la LCD española, en la que los supuestos de inducción a la infracción contractual se resuelven, por regla general, por vía del art. 14 LCD. En el ámbito penal, estos supuestos también podrían resolverse, en caso de satisfacer las condiciones para ello, por vía de la inducción a un delito de revelación desleal.

contraprestación a cambio de la revelación del secreto empresarial<sup>52</sup>. De hecho, tampoco se considera necesario que el trabajador o colaborador inducido estuviera sometido a un deber legal o contractual de reserva: es suficiente con que sea inducido a poner fin a su relación laboral o contractual unilateralmente, aunque tenga todo el derecho a ello<sup>53</sup>. Todo ello siempre y cuando, claro está, concurren los requisitos subjetivos exigidos por estos tipos<sup>54</sup>.

Pero no solo eso. También se ha calificado de obtención ilegítima de secreto empresarial la *contratación de ex trabajadores* que accedieron de forma legítima a la información y sobre los que no pesa un deber de reserva, cuando dicha contratación se haga con la única finalidad de conseguir la información y se lleve a cabo de forma planificada y sistemática<sup>55</sup>. Incluso la *mera entrevista o interrogatorio* de ex trabajadores se consideraría constitutiva del tipo de

---

<sup>52</sup> En España SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 355 y ss., 360. En Alemania, por todos *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 119 (soborno); *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 90; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 229 nm. 329. En los EE. UU., por todos véanse el *Comment c* al § 43 del *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, así como el § 1(1) de la UTSA.

<sup>53</sup> Así, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 355 y ss., 362, en desarrollo de los tipos previstos en el art. 14 LCD.

<sup>54</sup> En este sentido es importante advertir que a veces pueden presentarse divergencias. Este es el caso, por ejemplo, de los tipos de inducción a la infracción de los deberes contractuales básicos (art. 14.1 LCD) y de inducción a la terminación regular del contrato (14.2 LCD). El primero solo requiere finalidad concurrencial por parte del inductor, el segundo exige medios determinados (engaño, por ejemplo) o perseguir fines más específicos: explotar o divulgar el secreto, o expulsar el competidor del mercado. Exhaustiva, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 355-368.

<sup>55</sup> En Alemania, *HeidelbgKommWettR/KOTTHOFF/GABEL*, 2ª ed., 2005, § 17 nm. 24; SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1997, p. 166 y s.; WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 266; ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 364; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, p. 230 nm. 329, todos con referencias jurisprudenciales. En los EE. UU., con referencias jurisprudenciales, POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 6.02[2][f].

espionaje industrial, cuando se haga con la única finalidad de asegurarse el secreto empresarial<sup>56</sup>.

### β) Engaños

La obtención del secreto empresarial mediante engaño por parte del tercero también se considera ilegítima aun cuando su conducta no constituya un supuesto de dolo civil (arts. 1265, 1269-1270 Cc), por no existir una relación contractual o cuasicontractual con el titular de la información. Se trata, por ejemplo, de casos en los que el tercero se infiltra en las instalaciones del legítimo titular haciéndose pasar por un periodista, un analista de mercado o alguno de sus trabajadores o colaboradores, consiguiendo, de esta manera, acceder al secreto. Lo mismo cuando el engaño sirve para conseguir la información por vía telefónica, por internet, o por cualquier otra vía análoga<sup>57</sup>.

### δ) Ingeniería inversa (*reverse engineering*)

Uno de los medios de obtención del secreto empresarial que ha recibido mayor atención es, sin lugar a dudas, la denominada ingeniería inversa (*reverse engineering*). Lo más llamativo es la fuerte polarización existente entre las tradiciones alemana y estadounidense en torno a la admisibilidad de esta práctica como medio de acceso a la información. Así, mientras en los EE. UU. se ha considerado tradicionalmente una práctica no solo admisible, sino beneficiosa para la salud competitiva de sus mercados<sup>58</sup>, en Alemania ha

---

<sup>56</sup> MüKoUWG/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 119; WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 266.

<sup>57</sup> En España, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 321. En Alemania, KISSLING, *Der nach § 17 UWG strafbare Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen*, 1957, p. 113; TREADWELL, *Der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen*, 1956, p. 45; SCHRAMM, *Betriebspionage und Geheimnisverrat*, 1930, p. 44. En los EE. UU., MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 15.01[1][d][i]; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 205-206; § 43 del *Restatement (Third) of Unfair Competition* de 1995; § 1(1) de la UTSA.

<sup>58</sup> Así, véanse, por todos CHALLY, *Vanderbilt Law Review* (4), 2004, p. 1302; LANDES/POSNER, en LOS MISMOS, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003, pp. 366-371; SAMUELSON/SCOTCHMER, *Yale Law Journal* (111), 2001-2002, pp. 1577-1582, 1662-1663.

existido un rechazo histórico a este tipo de prácticas tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia<sup>59</sup>.

En este caso, la discusión sí ha remitido a los fundamentos del juicio básico de deslealtad. Sucede, no obstante, que se han esgrimido argumentos tanto a favor como en contra de su admisibilidad, tanto desde una perspectiva deontológica, como desde una funcionalista<sup>60</sup>. Así, en los EE. UU., históricamente se ha considerado que la ingeniería inversa contribuye a fomentar tanto la lucha competitiva como la innovación, limitando de forma eficiente los monopolios de hecho que concede el mantenimiento bajo secreto de la información competitiva y socialmente valiosa. Sin embargo, últimamente, y en el seno de esta misma comunidad, se ha propuesto matizar este planteamiento, también por razones de eficiencia<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> En la jurisprudencia: BayObLG 28.08.1990 – *Geldspielautomat* (GRUR 1991, p. 694). En la doctrina Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 31; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 56 nm. 23; Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 27; *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 119; SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1997, p. 162-164; *GK-UWG/OTTO*, 1991, § 17 nm. 92-93; ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 365 y s., todos con ulteriores referencias jurisprudenciales. Crítico con la postura mayoritaria en Alemania y, por tanto, favorable a considerar lícitas este tipo de prácticas, OHLY/Sosnitzer, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 26a.

<sup>60</sup> Sobre la influencia de estas dos perspectivas de ética normativa en la configuración del juicio de deslealtad, véase, por todos en España, PAZ-ARES, «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust. (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la Competencia desleal)», *RDM* (159), 1981, *passim*; SÁNCHEZ CALERO, «Costumbres de probidad y secretos industriales», en SÁNCHEZ AGESTA (dir.), *La empresa y el orden económico y social*, 1966, *passim*. En Alemania, *GK-UWG/PEUKERT*, 2ª ed., 2014, § 3 nms. 232 y ss.; VON GODIN, *GRUR* (3), 1966, *passim*; DROSTE, «Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb», *Wettbewerb in Recht und Praxis* (3), 1964, *passim*. En los EE. UU., POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 1.02; LEMLEY, «The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights», *Stanford Law Review* (61), 2008, *passim*; WIESNER/CAVA, «Stealing Trade Secrets Ethically», *Maryland Law Review* (47), 1987-1988, *passim*.

<sup>61</sup> SAMUELSON/SCOTCHMER, *Yale Law Journal* (111), 2001-2002, pp. 1577-1582, 1662-1663.



Por el contrario, en Alemania, también históricamente<sup>62</sup>, este medio de acceso al secreto empresarial se ha considerado reprobable. Aunque con ciertos déficits de fundamentación<sup>63</sup>, doctrina y jurisprudencia se han opuesto a esta práctica por considerarla contraria a las *buenas costumbres*<sup>64</sup>. Se afirma, por lo demás, que la adquisición en el mercado del objeto o soporte material que contiene la información constitutiva de secreto empresarial no conlleva la transmisión de esta información, sino solo la del objeto o soporte material<sup>65</sup>. Sin embargo, también la tradición alemana conoce algunas voces disidentes entre sus propios miembros en esta materia<sup>66</sup>.

ε) Hurgar en basura ajena (*dumpster diving*)

Otro excelente campo de pruebas del contenido y límites del juicio de deslealtad en materia de obtención de secretos empresariales es el fenómeno del hurgar en basura ajena, también conocido como «*dumpster diving*» en el mundo anglosajón. Por tosco que pueda parecer, el análisis sistemático y/o selectivo de los desechos y residuos de los competidores representa una de las principales vías de obtención de sus secretos empresariales, tanto por su eficacia como método de inteligencia competitiva, como por la frecuencia con la que se practica<sup>67</sup>.

La decisión sobre la legitimidad o ilegitimidad de la práctica del “*dumpster diving*” como medio de obtención del secreto empresarial remite, una vez más, a los fundamentos del juicio básico de deslealtad. De nuevo, la práctica se ha considerado desleal tanto desde perspectivas de fundamentación deontológicas como desde perspectivas de fundamentación funcionalistas. Así, desde las primeras se ha considerado que este tipo de prácticas se sitúan

---

<sup>62</sup> Así ya el *Reichsgericht*, en su sentencia de 22.11.1935 – *Stiefeleissenpresse* (GRUR 1936, p. 183).

<sup>63</sup> En este sentido, OHLY/Sosnitza, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 26a.

<sup>64</sup> ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 365; KISSLING, *Der nach § 17 UWG strafbare Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen*, 1957, p. 121.

<sup>65</sup> GK-UWG/OTTO, 1991, § 17 nm. 93.

<sup>66</sup> OHLY/Sosnitza, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 26a.

<sup>67</sup> WINGO, «*Dumpster Diving and the Ethical Blindspot of Trade Secret Law*», *Yale Law & Policy Review* (16), 1997-1998, p. 200 nota 33, con ulteriores referencias.

por debajo del umbral mínimo de moralidad o ética comercial<sup>68</sup>. Desde las segundas, se presume la ineficiencia de la normalización del *dumpster diving* a los efectos del fomento de la investigación y el desarrollo, de nuevo sin estudios empíricos que avalen tal apreciación<sup>69</sup>.

No obstante, en la jurisprudencia (jurídico-privada) estadounidense –la única en la que se ha planteado esta cuestión, hasta lo que aquí se ha alcanzado a ver–, existen resoluciones en ambos sentidos, aunque la balanza se estaría decantando hacia el lado de la desaprobación de este tipo de prácticas<sup>70</sup>.

### λ) Sobrevuelo de instalaciones

El ejemplo empleado de forma recurrente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia estadounidenses para poner de manifiesto la necesidad de disponer de un criterio de valoración de los medios de obtención de los secretos empresariales más allá del Derecho positivo es el caso *E.I. DuPont de Nemours & Co. vs. Rolfe Christopher et al.* En marzo de 1969 los hermanos Christopher, fotógrafos de profesión, fueron contratados por un tercero para que fotografiaran, desde el aire, las obras de la nueva planta para la producción de metanol que E.I. DuPont de Nemours estaba construyendo en Beaumont, Texas. Los hermanos alquilaron una avioneta y, sin violar ningún tipo de norma o reglamento de aviación, sobrevolaron las instalaciones en construcción de la actora y sacaron dieciséis fotografías. DuPont de Nemours demandó a los dos fotógrafos por haber obtenido ilegítimamente secretos empresariales de su titularidad a través de las fotografías aéreas que, posteriormente, vendieron al tercero que les había contratado. Según la actora, las fotos aéreas tomadas por los dos hermanos permitían a un especialista en el sector comprender su proceso secreto de producción de metanol, información constitutiva de secreto empresarial. Los demandados contestaron, entre otras cosas, que no existía base jurídica para la demanda. A los efectos que aquí interesan, alegaron que, para que una

---

<sup>68</sup> WINGO, *Yale Law & Policy Review* (16), 1997-1998, p. 211-219.

<sup>69</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 326-330.

<sup>70</sup> Véanse POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 6.02[2]; LYNCH SCHALLER, «Secrets of the Trade: Tactical and Legal Considerations from the Trade Secret Plaintiff's Perspective», *The Review of Litigation* (29), 2010, pp. 751-755; WINGO, *Yale Law & Policy Review* (16), 1997-1998, *passim*.

acción por obtención ilegítima de secretos empresariales pudiera prosperar, era preciso que el medio de obtención hubiese consistido en una entrada ilegal en propiedad ajena (*trespass*), en una infidencia (*breach of confidential relationship*) o en cualquier otro tipo de conducta ilícita. El asunto llegó al Tribunal de Apelación del Quinto Circuito, sobre el que se pronunció el 20 de julio de 1970, en una de las sentencias más citadas por los especialistas estadounidenses en esta materia<sup>71</sup>. En su resolución el Tribunal reconoció que, efectivamente, hasta entonces los casos enjuiciados en materia de secretos empresariales habían contenido alguno de los tres elementos mencionados por los demandados: *trespass*, *breach of confidence* o *other illegal conduct*. Sin embargo, en su opinión, el régimen jurídico(-privado) de protección de los secretos empresariales podía ir más allá. Prueba de ello eran las reglas básicas de responsabilidad civil propuestas por el *American Law Institute* en la sección 757 del *Restatement (First) of Torts*, de 1939:

«One who discloses or uses another's trade secret, without a privilege to do so, is liable to the other if

- (a) he discovered the secret by *improper means*, or
- (b) his disclosure or use constitutes a *breach of confidence* reposed in him by the other in disclosing the secret to him, (...)» (cursiva añadida).

El Tribunal de Apelación entendió que los términos «*improper means*» (medios improprios) abarcaban no solo los medios de obtención del secreto empresarial constitutivos de un ilícito autónomo, con independencia de la violación del secreto empresarial, sino todos aquellos que podían considerarse “improprios”. Esta era, por lo demás, la interpretación propuesta por los redactores del *Restatement First* en su *Comment f* a la sección 757:

«f. Improper means of discovery. The discovery of another's trade secret by improper means subjects the actor to liability independently of the harm to the interest in the secret. Thus, if one uses physical force to take a secret formula from another's pocket, or breaks into another's office to steal the formula, his conduct is wrongful and subjects him to liability apart from the rule stated in this Section. Such conduct is also an improper means of procuring the secret under this rule. But means may be improper under this rule even though they do not cause any other harm than that to the interest in the trade secret. Examples of

---

<sup>71</sup> *E.I. DuPont de Nemours & Co. vs. Rofe Christopher et al.*, 431 F.2d 1012 (U.S. Court of Appeals, 5<sup>th</sup> Circuit, 20 de julio de 1970).

such means are fraudulent misrepresentations to induce disclosure, tapping of telephone wires, eavesdropping or other espionage. A complete catalogue of improper means is not possible. In general they are means which fall below the *generally accepted standards of commercial morality and reasonable conducts* (cursiva añadida)<sup>72</sup>.

Al igual que los redactores del *Restatement (First) of Torts*, de 1939, el primer clavo al que se agarró el Tribunal de Apelación del Quinto Circuito a la hora de integrar el concepto de “medios impropios” fue el de los estándares de moral comercial generalmente aceptados. Con un discurso claramente deontológico, el Tribunal fundamentó la responsabilidad civil por obtención ilegítima de secreto empresarial en el aprovechamiento del esfuerzo ajeno:

«To obtain knowledge of a process *without spending the time and money* to discover it independently is *improper* unless the holder voluntarily discloses it or fails to take reasonable precautions to ensure its secrecy»<sup>73</sup>.

Sin embargo, en relación con las medidas de autoprotección exigidas al titular de la información como condición de la regla de responsabilidad establecida, el Tribunal introdujo consideraciones funcionalistas para fijar el estándar de autoprotección exigible. En este sentido, afirmó lo siguiente:

«...our devotion to free wheeling industrial competition must not force us into accepting the law of the jungle as the standard of morality expected in our commercial relations. Our tolerance of the espionage game must cease when the protections required to prevent another's spying *cost so much that the spirit of inventiveness is dampened*»<sup>74</sup>.

Este fragmento ha dado pie a que, a pesar del discurso de fondo fundamentalmente deontológico del Tribunal, algunos autores encuentren sustento en esta sentencia para una configuración esencialmente funcionalista del ilícito (jurídico-privado) de espionaje industrial. De este

---

<sup>72</sup> Los comentarios al § 1 de la UTSA, publicado el 1979 por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, hablan en el mismo sentido. Por su parte, el *Comment c* (“Improper means of acquisition”) del § 43 (“Improper Acquisition of Trade Secrets) del *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, elaborado por el AMERICAN LAW INSTITUTE, recoge la misma idea.

<sup>73</sup> Párrafo 18. Cursiva añadida.

<sup>74</sup> Párrafo 22. Cursiva añadida.

modo, la conducta de sobrevolar las instalaciones de un competidor en busca de secretos empresariales no sería ilegítima por ser contraria a los estándares de ética comercial generalmente aceptados, sino por ser ineficiente de cara a la maximización de los incentivos generados para la investigación y el desarrollo<sup>75</sup>.

#### ζ) Obtención por imprudencia o dolo de terceros, o fortuitamente

Obviamente, el acceso al secreto empresarial por la imprudencia o dolo de un tercero, o por azar, no puede considerarse, bajo ningún concepto, desleal. Pero es precisamente en este grupo de casos donde la distinción entre acceso y aseguramiento de la información resulta más evidente y fructífera. Que el conocimiento de la información no pueda considerarse desleal no significa que su aseguramiento no se pueda desaprobar. Esto es precisamente lo que ocurre en estos supuestos. El estudio del estado de esta cuestión se lleva a cabo *infra* VIII.2, en relación con el análisis del ilícito jurídico-privado de aprovechamiento de secreto empresarial.

### **3. Interpretaciones posibles del tipo básico de espionaje industrial (art. 278.1 Cp)**

El tipo básico de espionaje industrial es el reflejo de la tensión entre dos voluntades contradictorias del legislador: por un lado, la de delimitar restrictivamente el tipo penal respecto del ilícito jurídico-privado. Ello tiene lugar mediante una configuración casuística del tipo penal en torno a los medios de comisión más peligrosos para los intereses patrimoniales del titular del secreto empresarial: el apoderamiento de soportes materiales de la información, la interceptación de telecomunicaciones y el uso de artificios técnicos para la captación de la voz, la imagen o cualquier tipo de señal de comunicación. En contraposición con este objetivo estaría la voluntad de evitar cualquier laguna de punibilidad, la cual se traduce en admitir como objeto de apoderamiento no sólo los soportes materiales del secreto empresarial, sino la información misma. Ello tiene lugar a través de la inclusión de los «datos» referidos al secreto empresarial como objeto de apoderamiento.

---

<sup>75</sup> SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 325 y s.; CHALLY, *Vanderbilt Law Review* (4), 2004, p. 1304 y ss.

La inclusión de los “datos referidos al secreto empresarial” como objeto del apoderamiento típico junto a la posibilidad de que dicho apoderamiento sea penalmente relevante, independientemente del modo en que se produzca («El que (...) se apodere *por cualquier medio*»), hace posible una interpretación extraordinariamente amplia del tipo básico de espionaje industrial. En efecto, a menos que se parta de la base de que el legislador es redundante en el uso del lenguaje<sup>76</sup>, el término «datos» debe interpretarse como la información referida o constitutiva del secreto empresarial. Sólo así puede tener un significado autónomo respecto de los demás objetos de la modalidad típica de apoderamiento, a saber, los documentos escritos, electrónicos u otros soportes materiales de la información<sup>77</sup>.

En la medida en que los “datos” constituyen un objeto inmaterial, parece razonable que su apoderamiento se entienda, también, como un proceso inmaterial, esto es, como la captación o aprehensión intelectual del objeto. De otro modo, si el apoderamiento se interpretara como desplazamiento físico, no tendría sentido la inclusión del término «datos» como objeto de la acción, pues como algo inmaterial que es no podría ser objeto de apoderamiento alguno si no fuera a través de un soporte material. Luego tendríamos que concluir, de nuevo, que estamos ante un uso redundante del lenguaje por parte del legislador. De ahí que, desde una perspectiva metodológica, no le falte razón a la doctrina mayoritaria cuando entiende que la mera captación mental de la información es subsumible en el tipo básico de espionaje industrial<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 184.

<sup>77</sup> A esta conclusión llega MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, p. 538.

<sup>78</sup> Por todos, véanse MORALES PRATS/MORÓN LERMA, «Arts. 278-280», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Código penal*, 9ª ed., 2011, p. 862; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 47 y ss.; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, p. 534-538; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, p. 232; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 126; PÉREZ DEL VALLE, «La revelación de secretos de empresa por persona obligada a reserva (art. 279 Cp)» en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, 1997, p. 112 nota 10; PRATS CANUT, «Descubrimiento y revelación de secretos de empresa

Desde una perspectiva axiológica, esta interpretación también parece razonable. Sin duda, una de las mejores formas de asegurarse el acceso al secreto empresarial en cualquier momento es conseguir el control de un soporte material de la información: un documento escrito, un documento digital, etc. Sin embargo, la captación mental de la información puede ser igual o más efectiva para garantizar el acceso futuro a la información, especialmente cuando el autor goce de una buena memoria y, sin embargo, sea poco cuidadoso con la gestión de sus objetos materiales o digitales. En cualquier caso, es evidente que, mediante la memorización de la información, los intereses patrimoniales del titular del secreto empresarial pueden lesionarse o ponerse en peligro con la misma intensidad que mediante el apoderamiento de un soporte material de la misma.

No obstante, con esta interpretación de la modalidad de apoderamiento por cualquier medio de datos referidos al secreto empresarial, los límites entre el tipo penal básico de espionaje industrial y el jurídico-privado se difuminan. A través de esta modalidad, cabría teñir de tipicidad penal cualquier *obtención del secreto empresarial contraria a la voluntad de su legítimo titular, con ánimo de revelarlo*. Esta configuración del tipo penal se alejaría poco del tipo jurídico-privado, entendido como la *obtención ilegítima de un secreto empresarial* (*supra* VI.2). En efecto, concebido el tipo penal en tales términos cabría subsumir en él la mayor parte de la fenomenología subsumida en el ilícito jurídico-privado de espionaje industrial: aseguramiento de la información por parte del trabajador con acceso legítimo con fines concurrenciales, obtención del secreto empresarial mediante engaños, mediante ingeniería inversa, mediante *dumpster diving*, etc. El único medio de obtención que, desde la perspectiva objetiva, caería necesariamente fuera del ámbito de aplicación del art. 278.1 sería el desarrollo independiente del conocimiento.

Ahora bien, del mismo modo que el tenor literal del art. 278.1 Cp no impide interpretar de forma espiritualizada el término «apoderamiento», la gravedad de las penas asignadas a los culpables de estas conductas: prisión de 2 a 4

---

en el código penal de 1995», en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, 1997, pp. 188-190; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 803.

años y multa de 12 a 24 meses, permite interpretar restrictivamente esta modalidad comisiva. Esta parece ser la opción tomada por un sector de nuestra doctrina, que entiende conforme a los delitos patrimoniales clásicos el término «apoderamiento» y descarta la realización del tipo a través de medios de comisión “intangibles”, esto es, sin necesidad de que se produzca el desplazamiento físico de un objeto que contenga materialmente la información constitutiva de secreto empresarial o referida al mismo<sup>79</sup>. Ello implica, naturalmente, atribuir al legislador un uso redundante del lenguaje, pues si el «apoderamiento de datos» debe interpretarse como el apoderamiento físico de un objeto que contenga la información referida o constitutiva de secreto empresarial, esta clase de conductas ya estaría cubierta por la tipificación del «apoderamiento de [cualquiera] otros objetos» que se refieren al secreto empresarial (modalidad 2).

En tercer lugar, y en atención a la mencionada gravedad de las penas, cabría optar por interpretar restrictivamente todas las modalidades comisivas del tipo básico de espionaje industrial a través de algún criterio normativo de relevancia penal. Se trataría de deconstruir teleológicamente el tipo y reconstruirlo normativamente con el fin de darle un contenido proporcionado a las penas que le han sido asignadas, con el único límite del tenor literal. Ésta podría haber sido, en cierta medida, la opción tomada por un sector de nuestra doctrina, el cual ha interpretado este tipo como la obtención del secreto empresarial a través de un medio ilícito por sí mismo<sup>80</sup>.

Estas tres opciones no agotan, en absoluto, las posibilidades interpretativas del tipo penal básico de espionaje industrial previsto en el art. 278.1 Cp. Son,

---

<sup>79</sup> En esta línea, véase la interpretación del término “apoderamiento” en relación con el delito de descubrimiento de secretos de la intimidad (art. 197.1 Cp) de MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., 2013, p. 257. Si el autor es coherente con ello en la interpretación del tipo básico de espionaje industrial, la postura defendida debería ser la descrita en el texto.

<sup>80</sup> Se echa de menos, sin embargo, una exposición clara de los fundamentos y alcance de esta opción interpretativa. Entre ellos, FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 1067; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 46 y ss.; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, pp. 532-542; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, p. 234. Sobre esta cuestión, con más detalle, véase *infra* VI.5.2.



sin embargo, un reflejo de las tres grandes líneas de interpretación transitables. Una ampliatoria, valorativamente acertada en la equiparación entre apoderamientos físicos e intelectuales de la información, pero a la vez incapaz de restringir el tipo penal respecto del jurídico-privado, así como de dotarlo de un contenido de injusto proporcionado a las penas que le han sido asignadas. Y dos restrictivas. Una apegada al tenor literal y a la capacidad de restricción de sus términos, básicamente el de «apoderamiento», por lo que lo único que consigue es eliminar la tipicidad penal de los apoderamientos intelectuales de la información, sin que con ello dote al tipo, en todo caso, de un contenido de injusto proporcionado a las penas que le han sido asignadas. Y otra de más desapegada del tenor literal, aunque sin traspasarlo, que a través de una renormativización del tipo pretende dotarlo de un contenido valorativamente coherente, tanto a nivel interno, como a nivel externo, al comparar sus penas con las de los demás delitos patrimoniales y socioeconómicos del Título XIII del Código penal.

Lo dicho hasta aquí hace referencia a la vertiente *objetiva* del tipo básico de espionaje industrial. En cuanto al *tipo subjetivo*, destaca la exigencia de que la conducta se ejecute con ánimo de «descubrir» el secreto empresarial. Como se ha visto (supra VI.1), existen dos opciones interpretativas al respecto. O bien entender la intención de descubrir como *ánimo de conocer* el secreto empresarial<sup>81</sup>, o bien como *ánimo de revelarlo*<sup>82</sup>.

Ninguna de las dos opciones es valorativamente satisfactoria<sup>83</sup>. Si la voluntad de “descubrir” el secreto empresarial se interpreta como ánimo de conocer la información, deben considerarse atípicos todos aquellos aseguramientos cometidos por personas que ya la conocían pero que, sin embargo, no eran capaces de retenerla en su memoria. Entre ellos quedaría excluida la forma más habitual de ataque, según parece<sup>84</sup>, a las posiciones de poder legítimas

---

<sup>81</sup> BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, pp. 543 y ss.; MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, pp. 542-549.

<sup>82</sup> En la doctrina, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, pp. 52-56; CASTRO MORENO, *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia* (1-2), 2006, p. 51 y ss. En la jurisprudencia, STS de 16 de febrero de 2001, p. García Ancos.

<sup>83</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, pp. 53-56.

<sup>84</sup> DE MARTINIS/GAUDINO/RESPES, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, 2013 (estudio de Baker&McKenzie por encargo de la

sobre un secreto empresarial: el aseguramiento del secreto empresarial cometido por el trabajador del titular con acceso legítimo a la información.

Por su parte, con la interpretación de la voluntad de descubrir como ánimo de revelar, quedarían excluidos del ámbito de aplicación del tipo los aseguramientos con *ánimo de destruir* la información o con *ánimo de usarla o explotarla*. Estos supuestos también quedarían excluidos con la otra interpretación, cuando el autor ya conociera la información.

No existe alternativa a estas dos opciones interpretativas, a pesar de que ambas sean valorativamente insatisfactorias. Intentar abarcar los aseguramientos de quienes ya conocen la información cuando la voluntad de descubrir se interpreta como ánimo de conocer constituye una vulneración del incontestable principio lógico de no contradicción. Lo mismo sucede si se intenta abarcar los aseguramientos con ánimo de destruir, usar o explotar la información cuando la voluntad de descubrir se interpreta como ánimo de revelar<sup>85</sup>. Por lo demás, incluir en el término “descubrir”, entendido en el sentido de “revelar”, el ánimo de “explotar” o “destruir” el secreto empresarial constituye, a mi modo de ver, una analogía en contra de reo.

#### **4. Necesidad de interpretar restrictivamente el tipo penal básico de espionaje industrial**

El legislador español no ha sido el único que ha descrito con prodigalidad los medios de comisión y los objetos de la acción del tipo penal de espionaje industrial. Tampoco la doctrina española constituye un caso aislado de concreción generosa de su ámbito de aplicación. En los EE. UU., puede advertirse la tendencia a configurar e interpretar de forma cada vez más ampliatoria los tipos penales de espionaje industrial por parte de los legisladores y aplicadores de un buen número de estados<sup>86</sup>. Tendencia que

---

Comisión Europea), pp. 106-107, con ulteriores referencias de estudios empíricos al respecto.

<sup>85</sup> Esta es la opción defendida por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 55 y s.

<sup>86</sup> *Alabama*, § 13A-8-10.4 Code of Alabama; *Arkansas*, § 5-36-107 Arkansas Criminal Code; *Colorado*, § 18-4-408 Colorado Criminal Code; *Delaware*, §§ 841-857 Title 11 Chapter 5 Delaware Code; *Maine*, §§ 352-353 – Title 17-A Maine Criminal Code; *Massachusetts*, Chapter 266 § 30.4 Massachusetts General Laws; *New Jersey* Code of

encuentra su máxima expresión en los tipos de espionaje industrial previstos en los §§ 1831 y 1832 de la *Economic Espionage Act*, de 1996.

§ 1831. Economic espionage

“(a) IN GENERAL.—Whoever, intending or knowing that the offense will benefit any foreign government, foreign instrumentality, or foreign agent, knowingly—

(1) steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains a trade secret;

(2) without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits, delivers, sends, mails, communicates, or conveys a trade secret; (...)

shall, except as provided in subsection (b), be fined not more than \$500,000 or imprisoned not more than 15 years, or both»<sup>87</sup>.

Como algunos autores han advertido, los tipos penales de la EEA han sido formulados de forma tan amplia que su ámbito de aplicación puede superar el de los ilícitos jurídico-privados, de carácter estatal. Los §§ 1831-1832 pueden llegar a alcanzar incluso la práctica de la ingeniería inversa (*reverse engineering*), históricamente considerada como competitivamente valiosa en los EE. UU. Con una interpretación estrictamente gramatical del apartado segundo de estos tipos, la obtención no autorizada de réplicas (*duplicate*), esbozos (*sketch*) o dibujos (*drams*), conductas habituales en el análisis de productos a través de la ingeniería inversa, caerían en el ámbito de aplicación del tipo<sup>88</sup>. Así, en el ordenamiento jurídico de los EE. UU., es posible llegar a la absurda conclusión de que un mismo hecho sea jurídico-privadamente irrelevante y, al mismo tiempo, constitutivo de alguno de los dos tipos

---

Criminal Justice, Title 2C:20-1 a 20-3; *Ohio*, §§ 2901.01-2913.01 Ohio Revised Code; *Texas*, §§ 31.01, 31.03, 31.05 Texas Penal Code. Entre la doctrina, propone tipos y penas a imagen y semejanza de las previstas por la EEA (tipos amplísimos y penas de hasta quince años de prisión!) para las regulaciones penales estatales, RUHL, *Valparaiso University Law Review* (33), 1998-1999, pp. 801-807.

<sup>87</sup> El § 1832, titulado “Theft of trade secrets”, tan solo cambia el criterio de relevancia federal (información relacionada o contenida en un producto destinado al comercio exterior o interestatal) y las penas asignadas: multa no superior a los 500.000\$ o pena privativa de libertad no superior a los 10 años, o ambas.

<sup>88</sup> POOLEY/LEMLEY/TOREN, *Texas Intellectual Property Law Journal* (5), 1996-1997, p. 192-197.

penales federales de espionaje industrial (§§ 1831, 1832 EEA), castigados con penas de hasta 15 años de prisión<sup>89</sup>.

En Alemania cabe encontrar propuestas doctrinales tanto antiguas como más recientes que, de *lege ferenda*, abogan por configurar el tipo penal de espionaje industrial con laxitud. Tanta que en el plano objetivo resultaría casi imposible distinguir entre el ilícito penal y el jurídico-privado. Así, por ejemplo, la configuración propuesta por SCHAFFHEUTLE<sup>90</sup>, basada en el carácter ilícito o *contrario a las buenas costumbres* de la conducta de obtención de la información:

«Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen wird bestraft, wer sich durch eine *gegen das Gesetz oder die guten Sitten* verstoßende Handlung ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis verschafft, um es unbefugt zu verwerten oder an jemand mitzuteilen» (cursiva añadida)<sup>91</sup>.

Modelo que, reducido a la *contrariedad a las buenas costumbres*, defendería KRÜGER<sup>92</sup> durante los años previos a la modificación de los §§ 17-19 UWG por la 2. WikG, de 1986. Pero la cumbre en la configuración ampliatoria del tipo penal de espionaje industrial la constituye la propuesta de SCHRAMM, en el año 1930<sup>93</sup>:

«Wer sich Kenntnis von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen *ohne Einwilligung des Berechtigten unbefugt verschafft*, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft»<sup>94</sup> (cursiva añadida).

---

<sup>89</sup> Expresamente en este sentido SZOTT MOOHR, *North Carolina Law Review* (80), 2002, pp. 878-879, 882 y ss.; POOLEY/LEMLEY/TOREN, *Texas Intellectual Property Law Journal* (5), 1996-1997, p. 192-197.

<sup>90</sup> SCHAFFHEUTLE, *Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat*, 1972, pp. 222-225.

<sup>91</sup> «Será castigado con la pena de prisión de hasta dos años y con la de multa, o con una de estas dos penas, quien se asegure un secreto comercial o industrial con un acto contrario a la ley o a las buenas costumbres, con el ánimo de utilizarlo o revelarlo de forma no autorizada».

<sup>92</sup> KRÜGER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1984, p. 129-130.

<sup>93</sup> SCHRAMM, *Betriebspionage und Geheimnisverrat*, 1930, pp. 118-119.

<sup>94</sup> «Quien se asegure el conocimiento de un secreto comercial o industrial de forma no autorizada sin el consentimiento de su titular, será castigado con multa o con la pena de prisión de hasta un año».

El autor alemán propugnó concebir el tipo objetivo como el *mero aseguramiento del secreto empresarial ajeno en contra de la voluntad de su legítimo titular*. Exactamente el mismo contenido al que puede acabar reduciéndose el tipo objetivo básico del art. 278.1 Cp a través de la modalidad de *apoderamiento por cualquier medio de datos referidos al secreto empresarial*, tal y como ya hemos tenido ocasión de ver *supra* VI.3<sup>95</sup>.

La opción por una intervención penal tan intensa en materia de espionaje industrial es ciertamente problemática. Una de las principales críticas vertidas en su contra ha sido el *efecto desaliento* que puede provocar respecto de varias conductas consideradas social y competitivamente beneficiosas<sup>96</sup>. La criminalización a través de tipos penales tan amplios, capaces de abarcar conductas al límite de lo normalmente considerado como socialmente permitido, provoca que, por temor a incurrir en delito, los actores en el mercado desistan de llevar a cabo conductas permitidas.

Así, existen temores fundados de que un modelo de criminalización como el de la *Economic Espionage Act* o el de las propuestas de los autores alemanes acabados de comentar reduzca la *movilidad laboral*, tanto por disuasión de los propios trabajadores a cambiar de puesto de trabajo, como por temor de los empresarios, potenciales empleadores, a contratar trabajadores procedentes de empresas competidoras. De este modo, se cerraría la puerta a una asignación más eficiente de los recursos, impidiendo que los empresarios que más valoran a un determinado trabajador pudieran contratarlo, o reduciendo el poder de negociación del trabajador, el cual no podrá contar con ofertas alternativas dentro de su sector de especialización.

El efecto desaliento se extendería también a la *inteligencia competitiva*, conjunto de prácticas desplegadas por los oferentes en el mercado para estudiar a sus competidores mediante el recurso a fuentes de información públicas. Práctica competitiva que, en la medida en que fomenta la circulación de información competitivamente relevante, incrementa la competencia y favorece la

---

<sup>95</sup> A la misma conclusión llega SZOTT MOOHR, *North Carolina Law Review* (80), 2002, pp. 882 y ss., respecto de los tipos de espionaje de la *Economic Espionage Act*.

<sup>96</sup> En este sentido, véanse POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 13.01, p. 13-2; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 12.06[1], p. 12-149 nota 7; LEDERMAN, *Emory Law Journal* (38), 1989, p. 1003-1004.

asignación eficiente de los recursos al evitar duplicidades en investigación y desarrollo.

Si bien en España aún no puede considerarse una práctica conocida y extendida en términos generales por nuestro empresariado, en los EE. UU., frecuente indicador de tendencias, la asociación de Profesionales en Inteligencia Competitiva y Estratégica (*Strategic and Competitive Intelligence Professionals*, SCIP) cuenta ya con más de 7.100 afiliados y una revista especializada en la materia que se publica regularmente desde mediados de 1998<sup>97</sup>. Brevemente, cabe definir la *inteligencia competitiva* como la recopilación y análisis sistemático de información pública sobre los competidores, los clientes y demás actores del mercado en el que el interesado en la información opera y que le puede resultar competitivamente relevante<sup>98</sup>. Naturalmente, el carácter público de la información no debe entenderse en un sentido estricto, como publicada en algún medio de comunicación o registro público, sino en un sentido amplio, de pertenencia al dominio público y, por lo tanto, de libre acceso.

Otra manifestación del efecto desaliento que provocaría la intensa criminalización es la disuasión de los creadores e innovadores de segunda generación. Los actores del mercado se volverían reticentes a recurrir a prácticas como la ingeniería inversa o a otras admitidas en el tráfico y en las que se basa su proceso de creación de nueva información a partir de la ya existente.

Por último, se advierte de que un régimen de protección tan amplio e intenso de los secretos empresariales haría muy poco atractivo el régimen de patentes, frustrando uno de sus principales objetivos: la difusión de la información. Téngase en cuenta que el régimen de patentes pretende fomentar la innovación y el desarrollo concediendo a los inventores un derecho de exclusiva temporal sobre sus invenciones. Sin embargo, a cambio les exige la publicación de toda la información necesaria para el desarrollo de la invención, de modo que cualquier tercero pueda tener acceso a ella. Así, el público resulta beneficiado no solo con la comercialización de la invención,

---

<sup>97</sup> Se trata de la *Competitive Intelligence Magazine*, revista monográfica trimestral publicada desde abril-junio de 1998.

<sup>98</sup> En términos similares NASHERI, *Economic espionage and industrial spying*, 2005, pp. 72-74.

sino también con el incremento del estado “público” o “social” de la técnica<sup>99</sup>.

De hecho, el pronóstico respecto de los efectos de la criminalización del espionaje industrial es tan negativo que, más allá del concreto modelo utilizado, se rechaza la idoneidad de la intervención del Derecho penal en esta materia. Se estaría negando, así, la legitimidad de la norma penal. Como se sabe, para que el recurso a las penas más graves del ordenamiento jurídico sea legítimo, se exige que la intervención penal sea necesaria, idónea y proporcional en sentido estricto<sup>100</sup>. En la medida en que la prohibición penal del espionaje industrial reduciría tanto la competencia como los incentivos a la investigación y al desarrollo, más que contribuir a la consecución de los fines perseguidos por la norma lo que sucedería es que contribuiría a frustrarlos. En este sentido, quienes abogan por soluciones abolicionistas suelen remitirse a estudios empíricos que demostrarían que la desregulación, o al menos una regulación de baja intensidad en materia de violación de secretos empresariales, resulta más beneficiosa para el fomento de la competencia y de la innovación que una más intensa<sup>101</sup>.

Con todo, las tesis abolicionistas acabadas de exponer resultan insatisfactorias en dos sentidos. En primer lugar, porque parten de la premisa

---

<sup>99</sup> BONE, «The still (shaky) foundations of trade secrets law», *Texas Law Review* (92), 2014, pp. 1807 y ss.; EL MISMO, «A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification», *California Law Review* (86), 1998, pp. 264 y ss.; LEMLEY, «The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights», *Stanford Law Review* (61), 2008, pp. 329 y ss.; SZOTT MOOHR, «The Problematic Role of Criminal Law in Regulating Use of Information: the Case of the Economic Espionage Act», *North Carolina Law Review* (80), 2002, pp. 903 y ss.

<sup>100</sup> MIR PUIG, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en CARBONELL MATEU *et al.* (eds.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, 2009, *passim*; LAGODNY, «El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional», en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 129-131.

<sup>101</sup> BONE, «The still (shaky) foundations of trade secrets law», *Texas Law Review* (92), 2014, pp. 1803-1839. En relación con determinados mercados, GILSON, «The Legal Infrastructure of High Technology Industrial Districts: Silicon Valley, Route 128, and Covenants Not to Compete», *New York University Law Review* (74), 1999, pp. 575-629.

de que los fines perseguidos por la normativa (penal y extrapenal) de protección de los secretos empresariales son el fomento de la competencia económica y la innovación. No obstante, en este trabajo se parte de que el bien jurídico protegido por los delitos de violación de secreto empresarial son intereses patrimoniales legítimos en el mantenimiento de posiciones de poder sobre la información. En segundo lugar, las críticas por falta de racionalidad instrumental del régimen jurídico de protección pecan del mismo defecto que las tesis que aseguran que tal racionalidad es la que fundamenta la intervención: no existen estudios empíricos concluyentes al respecto.

A mi juicio, las dudas sobre la legitimidad instrumental del régimen jurídico(-penal) de protección de las posiciones legítimas de poder sobre secretos empresariales puede servir de base para adoptar una postura restrictiva en su interpretación, pero no puede fundamentar su abolición. En cualquier caso, entiendo que existen argumentos de mayor peso a favor de una interpretación restrictiva del tipo básico de espionaje industrial. Se trata de argumentos de naturaleza sistemático-teleológica, concretamente, de la necesidad de interpretar el tipo básico de espionaje industrial de forma valorativamente coherente con los tipos que integran los delitos de naturaleza patrimonial clásicos. En efecto, si se comparan las penas asignadas al tipo básico de espionaje industrial, configurado como un delito de peligro, con las penas asignadas a los tipos básicos de los delitos patrimoniales clásicos, configurados como delitos de lesión, la desproporción de las penas del primero salta a la vista.

#### 4.1. Interpretación orientada al marco penal

La atención a la gravedad de las penas asignadas al tipo penal en su interpretación es una opción metodológicamente posible, cuando no obligada, tanto desde una perspectiva formal como material<sup>102</sup>. La adecuación *material* de una interpretación orientada al marco penal se deriva del mismo carácter teleológico de toda norma jurídica. Pues ésta obtiene su carácter final de las consecuencias por ella “debidas”. Y el marco penal solamente se corresponderá a este “orden debido” en la medida en que sea

---

<sup>102</sup> KUDLICH, «Die strafrahmenorientierte Auslegung im System der strafrechtlichen Rechtsfindung», *ZStW* (115), 2003, *passim*.



concebible como reacción final al hecho concreto. De otro modo perdería toda su capacidad preventivo-comunicativa (carácter final). En otras palabras, los tipos deben ofrecer un marco penal que permita castigar al autor con penas ajustadas a su culpabilidad (*schuldangemessen*), a la vez que sean preventivamente idóneas<sup>103</sup>. Desde una perspectiva *formal*, la interpretación del tipo de acuerdo con las penas que le han sido asignadas es absolutamente inobjetable cuando se lleva a cabo a través de alguno de los cánones interpretativos jurídicamente aceptados<sup>104</sup>.

En la determinación del ámbito de aplicación del tipo penal básico de espionaje industrial, los argumentos basados en la gravedad de las penas que le han sido asignadas son especialmente relevantes en su interpretación sistemática con los tipos que integran los delitos patrimoniales clásicos. Pues bien, la comparación de la estructura del tipo de espionaje industrial y las penas que le han sido asignadas con la estructura y penas de los tipos del Título XIII que les son teleológicamente afines y que gozan de un mayor arraigo en nuestra tradición jurídico-penal, pone de manifiesto la conveniencia o, más bien, la necesidad de interpretar restrictivamente su ámbito de aplicación.

#### a) Razones intersistemáticas de coherencia valorativa

El recurso a la interpretación sistemática del tipo en atención a la gravedad de sus penas ya ha sido empleado para delimitar restrictivamente el concepto penal de secreto empresarial (*supra* IV.9.2). Ello no impide, sin embargo, su aplicación como criterio de interpretación restrictiva de los demás elementos del tipo básico de espionaje industrial. Como a continuación se tratará de demostrar, la restricción del concepto de secreto empresarial para el tipo del art. 278.1 Cp, y para los demás de violación de este tipo de secretos (arts. 278.2, 279 y 280 Cp), no consigue absorber por sí sola la gravedad de las penas que les han sido asignadas.

En la parte mencionada relativa a la determinación del concepto penal de secreto empresarial concluimos que, para que una información empresarial secreta y competitivamente valiosa mereciera las penas previstas en los arts.

---

<sup>103</sup> KUDLICH, *ZStW* (115), 2003, pp. 15-16.

<sup>104</sup> KUDLICH, *ZStW* (115), 2003, pp. 6-7.

278-280 Cp era necesario que, al menos, su uso o revelación fuera idónea para causar un perjuicio patrimonial de cómo mínimo 50.000 euros.

Pues bien, incluso restringiendo la tipicidad penal del art. 278.1 Cp a los supuestos de espionaje industrial que tengan por objeto secretos empresariales con un valor patrimonial alrededor de los 50.000 euros, las penas asignadas al tipo básico de espionaje industrial (prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses) siguen siendo desproporcionadas en comparación con los tipos patrimoniales clásicos del Título XIII.

Si el tipo básico de espionaje industrial se interpreta como un delito de peligro abstracto en el que la conducta típica consiste en el aseguramiento del secreto empresarial en contra de la voluntad del legítimo titular, las penas que le han sido asignadas resultan desproporcionadas en comparación con las del tipo agravado de hurto por razón del valor de los efectos sustraídos (art. 235.3º Cp). El tipo de hurto es un delito de lesión del patrimonio, mientras que el de espionaje industrial uno de mero peligro abstracto, significativamente alejado de la efectiva lesión del bien jurídico protegido. Sin embargo, el marco penal del primero es notablemente más benigno que el del segundo: prisión de uno a tres años frente a la prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses del segundo. Ello no se compensa con un mayor desvalor de los medios comisivos que constituyen el tipo básico de espionaje industrial. La modalidad de apoderamiento por cualquier medio de datos referidos al secreto empresarial o de sus soportes materiales es idéntica a la sustracción de la cosa constitutiva del hurto. Por su parte, la interceptación de telecomunicaciones o la captación de la imagen o del sonido mediante artificios técnicos pueden considerarse, desde una perspectiva material, apoderamientos o sustracciones de objetos inmateriales.

La desproporcionalidad de las penas asignadas al tipo básico de espionaje disminuye, no obstante, cuando se las compara con las de tipos patrimoniales clásicos con medios de comisión más graves. Se trata, por ejemplo, de tipos como el robo con fuerza en las cosas de especial gravedad por valor del efecto robado (arts. 237, 238, 239, 241.1 Cp), o como el tipo de estafa en su modalidad agravada por ser el valor de la defraudación superior a 50.000 euros (arts. 248, 250.4º Cp). Las penas asignadas a estos delitos son, para el robo, prisión de 2 a 5 años. Para la estafa, prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Pues bien, por lo que al desvalor del medio de

comisión se refiere, lo particular de estos dos tipos es que en ambos se exige una mayor intensidad criminal que en el hurto. En el caso del robo, se requiere la superación de las barreras de protección físicas de los bienes muebles descritas en el art. 238 Cp: muros, vallas, cercados, paredes, techos, puertas, ventanas, muebles para guardar objetos, cerraduras, sistemas de alarma o guarda, etc. En el caso de la estafa, se requiere el empleo de un engaño *bastante*, que doctrina y jurisprudencia han interpretado como un engaño de suficiente entidad como para superar unas mínimas barreras de (auto)protección (exigibles) a la víctima<sup>105</sup>. Luego, en la medida en que la interpretación amplia del tipo básico de espionaje industrial no podría compensar su menor desvalor de conducta respecto de los tipos de robo y estafa mencionados con un mayor desvalor de resultado –de hecho, como sabemos, el desvalor de resultado del tipo básico de espionaje (tipo de peligro) es significativamente menor que el del robo y estafa (tipos de resultado)–, se hace imperativo recurrir a una interpretación restrictiva de los medios comisivos para, así, poder salvar la coherencia valorativa en términos penológicos del Título XIII de nuestro Código penal, en general, y la proporcionalidad de las penas del tipo básico de espionaje industrial del art. 278.1 Cp, en particular.

A las mismas conclusiones cabe llegar si se compara el contenido del tipo básico de espionaje industrial y las penas que le han sido asignadas con el contenido y penas de los tipos de otros delitos patrimoniales, también clásicos, como el de apropiación indebida (art. 253 Cp), o más nuevos, como el de administración desleal (art. 252 Cp).

Sin duda, una vía explorable de restricción sería la introducción, por vía interpretativa, de elementos subjetivos especiales. Sin embargo, el propio tipo legal exige una determinada intención: el aseguramiento debe cometerse

---

<sup>105</sup> Entre la doctrina, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa en el código penal*, 2006, versión electrónica de vlex, «Concepto, elemento y modalidades; punto 3.1.1. Concepto de engaño»; PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico*, 2004, pp. 169-237. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal* (Parte especial), vol. II, 1998, pp. 443 y ss. Entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, veáanse las STS de 26 de julio de 2011, p. Jorge Barreiro; STS de 22 de julio de 2011, p. Andrés Ibáñez; STS de 31 de mayo de 2011, p. Berdugo Gómez de la Torre; STS de 27 de mayo de 2011, p. Prego de Oliver Tolivar; STS de 29 de marzo de 2011, p. Martínez Arrieta.

con ánimo de “descubrir” el secreto empresarial. En la medida en que ninguna de las opciones interpretativas de este elemento ofrece soluciones valorativamente satisfactorias (*vid. supra* VI.3), esta vía de restricción no va a ser transitada en este trabajo.

En resumen, una interpretación sistemático-teleológica atenta a la estructura y penas asignadas al tipo básico de espionaje industrial, así como a la estructura y penas asignadas a tipos teleológicamente afines, obliga a interpretar restrictivamente los *medios comisivos* de espionaje industrial penalmente típico. A las posibles vías de interpretación restrictiva al respecto se dedica el próximo apartado.

## **5. Necesidad de un modelo de interpretación restrictiva**

### **5.1. La corporeidad del medio de obtención del secreto empresarial**

Uno de los principales criterios al que los legisladores penales estatales de los EE. UU. han recurrido para delimitar el tipo penal de espionaje industrial respecto del jurídico-privado ha sido el de la corporeidad del medio de aseguramiento del secreto empresarial.

El primer Estado que se proveyó de una regulación penal específica en esta materia fue New Jersey, en el año 1965. *American Cyanamid Co.*, una empresa química y farmacéutica con una planta en ese estado, fue víctima de un caso de violación de secreto empresarial algunos años atrás. Insatisfecha por la respuesta jurídica recibida por las autoridades judiciales de aquel estado, básicamente por la imposibilidad de enjuiciar penalmente los hechos por no ser posible su encuadre en los delitos patrimoniales clásicos, concretamente en el de hurto (*theft*), presionó a las autoridades para que se modificara la regulación de los delitos de hurto y robo con tal de que aquel tipo de conductas pudieran recibir respuesta penal. Las presiones dieron efecto: el legislador penal de New Jersey introdujo un nuevo tipo de hurto en su código penal consistente en la sustracción, apropiación o copiado de artículos que representaran un secreto empresarial.

Redacción del título 2A: 119-5.3, del *New Jersey Code of Criminal Justice* de 1965:

«*Stealing or embezzling articles representing trade secret.* Any person who, with intent to deprive or withhold from the owner thereof the control of a trade secret, or with an intent to appropriate a trade secret to his own use or to the use of another:

- (a) steals or embezzles an article representing a trade secret, or,
- (b) without authority makes or causes to be made a copy of an article representing a trade secret (...).

El modelo de criminalización es bastante sencillo. Básicamente consiste en la tipificación del hurto, la apropiación indebida y la copia del soporte material de un secreto empresarial, valorado no por su valor intrínseco, sino por el de la información que contiene. El tipo penal de espionaje industrial se construye, pues, en torno a la corporeidad del medio empleado en la obtención del secreto empresarial: la sustracción, la apropiación o la reproducción de objetos *corpóreos* que contienen el secreto empresarial.

Pocos años después, el modelo de New Jersey fue adoptado por un buen número de Estados<sup>106</sup>. La evolución, sin embargo, ha sido la de un paulatino abandono de la corporeidad del medio de aseguramiento de la información como criterio de relevancia penal. Una buena parte de los estados, incluido el propio estado de New Jersey, han dejado de construir la protección penal en torno a los artículos o soportes materiales que contienen la información, para construirla en torno al secreto empresarial como objeto de protección intangible<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 12.06[1][c], p. 12-159, citando los estados de Arkansas, California, Colorado, Maine, Michigan, Minnesota, Nebraska, New Hampshire, New Mexico, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Tennessee, Texas y Wisconsin.

<sup>107</sup> Véanse, por ejemplo, el *New Jersey Code of Criminal Justice*, Title 2C:20-1 a 20-3. También los de *Arkansas*, § 5-36-107 *Arkansas Criminal Code*; *Colorado*, § 18-4-408 *Colorado Criminal Code*; *Maine*, §§ 352-353 – Title 17-A *Maine Criminal Code*; *Ohio*, §§ 2901.01-2913.01 *Ohio Revised Code*; *Texas*, §§ 31.01, 31.03, 31.05 *Texas Penal Code*. Con un modelo ampliatorio, sin haber tomado el primigéneo de New Jersey como ejemplo: *Alabama*, § 13A-8-10.4 *Code of Alabama*; *Massachusetts*, Chapter 266 § 30.4 *Massachusetts General Laws*; *Delaware*, §§ 841-857 Title 11 Chapter 5 *Delaware Code*. Todos los códigos citados han sido consultados en las páginas web oficiales de los órganos legislativos estatales de los respectivos estados relacionados en el anexo (última visita el 16.2.2012).

Todo ello junto a una progresiva espiritualización de los conceptos tradicionales de sustracción o apropiación, que ha permitido subsumir en sus campos semánticos no solo los desplazamientos o apoderamientos físicos de objetos materiales, sino también las sustracciones o apropiaciones intelectuales de objetos inmateriales (memorización, por ejemplo)<sup>108</sup>. La culminación de este proceso de “descorporeización” del tipo penal de espionaje industrial en los EE. UU. la representan, sorprendentemente, los tipos federales previstos en la *Economic Espionage Act*, de 1996. A pesar de tratarse de los delitos con las penas más graves de todo el sistema jurídico estadounidense, tanto la definición del objeto de protección (el secreto empresarial), como la descripción de las conductas prohibidas y constitutivas de los tipos por ellos previstos son llamativamente amplias, a veces incluso más que las de algunos regímenes de protección jurídico-privada, al menos en un plano estrictamente formal-gramatical<sup>109</sup>. Pues bien, en sus tipos de espionaje industrial (§ 1831 – *Economic espionage*) y hurto de secreto empresarial (§ 1832 – *Theft of trade secrets*), la EEA prohíbe desde la sustracción (“to steal”) hasta la mera obtención (“to obtain”) mediante engaño, fraude o artificio de un secreto empresarial. Lo cual ha permitido subsumir en su ámbito de aplicación conductas de aseguramiento de la información tan intangibles como la mera *memorización*<sup>110</sup>.

§ 1831. Economic espionage

“(a) IN GENERAL.—Whoever, intending or knowing that the offense will benefit any foreign government, foreign instrumentality, or foreign agent, knowingly—

- (1) steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains a trade secret;

---

<sup>108</sup> Apunta este proceso de espiritualización LEDERMAN, *Emory Law Journal* (38), 1989, pp. 957 y ss., 959.

<sup>109</sup> Más allá, claro está, de los requisitos de relevancia federal: a) que la violación del secreto empresarial pudiera favorecer a un estado, institución o agente extranjero o b) que recayera sobre una información relativa o incluida en un producto dirigido al comercio interestatal o exterior (ver §§ 1831 y 1832). La misma apreciación en QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 273 y ss.; SZOTT MOOHR, *North Carolina Law Review* (80), 2002, pp. 862 y ss. Sobre el alcance de la regulación, POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 13.03.

<sup>110</sup> En este sentido, véanse, por todos QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 274; SZOTT MOOHR, *North Carolina Law Review* (80), 2002, pp. 882 y ss.

(2) without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits, delivers, sends, mails, communicates, or conveys a trade secret; (...) shall, except as provided in subsection (b), be fined not more than \$500,000 or imprisoned not more than 15 years, or both»<sup>111</sup>.

Ajenas a esta tendencia ampliatoria, algunas jurisdicciones estatales de notable relevancia económica dentro de los EE. UU. han optado por configuraciones más restrictivas del tipo penal de espionaje industrial. El criterio de restricción escogido por estos estados es el originariamente empleado por New Jersey: el de la tangibilidad de los medios de aseguramiento del secreto empresarial. Así, estados como los de California<sup>112</sup>, New York o North Carolina, entre otros<sup>113</sup>, apuestan por unos tipos de espionaje industrial más restrictivos que los de los del *main stream* arriba comentado –y sin duda más restringidos que los de la EEA– reduciendo la protección penal a las sustracciones de los soportes materiales (North Carolina) o a las sustracciones y copias de dichos soportes (California, New York).

*North Carolina* General Statutes:

«§ 14-75.1 *Larceny of secret technical processes*. Any person who *steals* property consisting of a sample, culture, microorganism, specimen, record, recording, document, drawing, or *any other article, material, device, or substance* which constitutes,

---

<sup>111</sup> El § 1832, titulado “Theft of trade secrets”, tan solo cambia el criterio de relevancia federal (información relacionada o contenida en un producto destinado al comercio exterior o interestatal) y las penas asignadas: multa no superior a los 500.000\$ o pena privativa de libertad no superior a los 10 años, o ambas.

<sup>112</sup> §§ 499c-502 Chapter 5 California Penal Code (<http://www.legislature.ca.gov/>, última visita 16.2.2012).

<sup>113</sup> Mantiene también el modelo original de New Jersey: *Minnesota*, § 609.52 Subd. 2(8) Minnesota Penal Code; *New Hampshire*, § 637:1-3 Title LXII New Hampshire Criminal Code. Sin proceder del modelo de New Jersey, recurren –sin ánimo de exhaustividad– también al criterio de la corporeidad del objeto o medio de obtención del secreto empresarial ajeno en la construcción del tipo penal los estados de *Florida*, § 812.081 Title XVII Florida Statutes; *Pennsylvania*, § 3930 Title 18 Pennsylvania Consolidated Statutes y *Tennessee*, § 39-14-138 Tennessee Code Annotated (2011). Todos los códigos citados han sido consultados en las páginas web oficiales de los órganos legislativos estatales de los respectivos estados relacionados en el anexo x (última visita el 16.2.2012).

represents, evidences, reflects, or records a secret scientific or technical process, invention, formula, or any phase or part thereof shall be punished as a Class H felon» (cursiva añadida).

*New York Penal Law:*

«§ 155.30 *Grand Larceny in the Fourth Degree.* A person is guilty of grand larceny in the fourth degree when he *steals* property and when...

3. The property consists of secret scientific *material...*» (cursiva añadida).

«§ 165.07 *Unlawful use of secret scientific material.* A person is guilty of unlawful use of secret scientific material when, with intent to appropriate to himself or another the use of secret scientific material, and having no right to do so and no reasonable ground to believe that he has such right, he *makes a tangible reproduction or representation* of such secret scientific material by means of writing, photographing, drawing, mechanically or electronically reproducing or recording such secret scientific material. Unlawful use of secret scientific material is a class E felony» (cursiva añadida).

El sesgo corporeizador también se hace notar en la UWG alemana. Su § 17 distingue dos tipos de espionaje industrial. El primero, previsto en el subapartado primero (§ 17(2)(1)), consiste en el aseguramiento no autorizado del secreto empresarial mediante: a) el uso de medios técnicos, b) la elaboración de una copia o reproducción corpórea de la información, o c) la sustracción de un soporte material que contenga la información.

El segundo subtipo, previsto en el subapartado segundo (§ 17(2)(2)), consiste en el uso o revelación no autorizados de un secreto empresarial obtenido, o bien a través de un tercero que, a su vez, hubiese cometido el tipo de revelación desleal del § 17(1) o el tipo de espionaje industrial del § 17(2)(1), o bien a través de la propia comisión del subtipo de espionaje industrial (§ 17(2)(1)) o de cualquier otro modo no autorizado.

§ 17 Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen

«(1) (...)

(2) Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen,

1. sich ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis durch

a) Anwendung technischer Mittel,

b) Herstellung einer verkörperten Wiedergabe des Geheimnisses oder



- c) Wegnahme einer Sache, in der das Geheimnis verkörpert ist, unbefugt verschafft oder sichert oder
- 2. ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das er durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Mitteilungen oder durch eine eigene oder fremde Handlung nach Nummer 1 erlangt oder sich sonst unbefugt verschafft oder gesichert hat, unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt».

En el primer subtipo (§ 17(2)(1) UWG) se castiga el *mero aseguramiento* del secreto empresarial a través de los medios expresamente tasados. En cambio, en el segundo (§ 17(2)(2) UWG), tan sólo se castiga el *uso o revelación* del secreto empresarial obtenido de forma derivada, o por cualquier otro medio. La diferencia que fundamenta el retraso en la intervención punitiva en el segundo subtipo es la falta de tangibilidad sus medios de comisión.

El primer subtipo de espionaje industrial (§ 17(2)(1) UWG) fue introducido por primera vez en el ordenamiento jurídico alemán a través de la segunda Ley para la lucha contra la criminalidad económica (2. WikG), de 15 de mayo de 1986<sup>114</sup>. El tipo respondía a la histórica petición de criminalización de las conductas de mero aseguramiento (“*sichern* oder *verschaffen*”) del secreto empresarial en contra de la voluntad de su titular. Ya en los años treinta del s. XX, autores como KOHLRAUSCH<sup>115</sup> o Eberhardt SCHMIDT<sup>116</sup> abogaron por la tipificación de estos supuestos, que quedaron fuera tanto de la primera UWG, de 27 de mayo de 1896, como de la segunda, de 7 de junio de 1909. Si bien una buena parte de la doctrina fue históricamente favorable a esta ampliación<sup>117</sup>, más allá de las divergencias en cuanto a la específica forma de concretar el tipo, nunca faltaron voces que se encargaron de recordar los peligros de una anticipación tan pronunciada de la intervención penal<sup>118</sup>. A

---

<sup>114</sup> *Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, vom 15 Mai 1986.

<sup>115</sup> KOHLRAUSCH, «Industriespionage», *ZStW*, 1930, pp. 56 y ss., 72.

<sup>116</sup> Eb. SCHMIDT, en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsendreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, p. 220 y ss.

<sup>117</sup> En este sentido, véanse SCHRAMM, *Betriebspionage und Geheimnisverrat*, 1930, pp. 113-121; SCHAFFHEUTLE, *Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat*, 1972, p. 222-225; KRÜGER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1984, p. 103 y ss.

<sup>118</sup> ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 407; SCHAFFHEUTLE, *Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat*, 1972, p. 222-225; KISSLING, *Der nach § 17 UWG strafbare Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen*, 1957, p. 149.

saber, la posibilidad de someter bajo sospecha penal a trabajadores o colaboradores que, sin ningún ánimo de perjudicar al titular del secreto empresarial sino, más bien, con la intención de velar por sus intereses, obtuvieran una copia o elaboraran una reproducción de la información en aras de ejecutar sus funciones de forma más eficiente<sup>119</sup>.

Temores que hicieron suyos tanto la Comisión de expertos (*Sachverständigenkommission*) para la reforma de la UWG, como el Gobierno y el Consejo federal (*Bundesregierung* y *Bundesrat*, respectivamente) en sus propuestas y recomendaciones de modificación del § 17 UWG a finales de los años setenta. Los tres propusieron la introducción de un tipo de mero aseguramiento basado en el modelo de la *corporeización* junto al uso de *medios técnicos*, lo que finalmente se acabaría aprobando con la 2. WikG de 1986<sup>120</sup>.

En efecto, advirtiendo sobre la necesidad de no cargar el tráfico económico con una excesiva inseguridad jurídica sobre lo que fuere delito y lo que no, el legislador alemán decidió tipificar el mero aseguramiento del secreto cuando se hubiere llevado a cabo a través de los medios más *típicos* y *peligrosos* de espionaje industrial<sup>121</sup>. Y los medios más peligrosos y de comisión más frecuente en la práctica eran, según el legislador alemán, los que consistían en el aseguramiento de la información mediante su *corporeización* («*Verkörperungen*») o mediante el uso de *medios técnicos* («*technische Mittel*»)<sup>122</sup>. La decisión del legislador alemán de configurar el tipo penal de forma restrictiva es aplaudible. Lo que no puede compartirse, sin embargo, es la forma y los argumentos con los que se ha llevado a cabo esta configuración.

El recurso a la corporeidad del medio de aseguramiento como criterio de relevancia penal es insatisfactorio. Fundamentalmente porque da lugar a importantes incoherencias valorativas que se traducen tanto en problemas de infrainclusión como de sobreinclusión. El cedazo de la tangibilidad deja fuera del tipo penal conductas tan o más *graves*, y tan o más *peligrosas*, que las que efectivamente responderían a la lógica de la corporeidad. Conductas como el

---

<sup>119</sup> Ver, por todos, los ejemplos que pone SCHAFHEUTLE, *Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat*, 1972, p. 222-225.

<sup>120</sup> *WRP*, 1978, pp. 646 y ss.

<sup>121</sup> BT-Drucks 10/5058, p. 40.

<sup>122</sup> BT-Drucks 10/5058, p. 40-41.

aseguramiento intelectual de la información mediante suplantación de la identidad (hacerse pasar por un socio, trabajador o colaborador del titular de la información), mediante el engaño sobre la voluntad de adquirir o contratar con el titular (hacerse pasar por un cliente), o la memorización del secreto al que se ha accedido de forma no autorizada mediante allanamiento de morada, por ejemplo, quedarían fuera del tipo penal de mero aseguramiento de la información<sup>123</sup>. Y ello a pesar de que, tanto desde la perspectiva de la reprochabilidad de la conducta, como desde la perspectiva de su peligrosidad para el bien jurídico protegido, todas ellas sean igual de graves y peligrosas, sino más, que las que efectivamente caen dentro del tipo penal construido sobre la base de la tangibilidad del medio de aseguramiento<sup>124</sup>.

Por último, la corporeidad del medio de aseguramiento de la información como criterio de relevancia penal tampoco consigue evitar los problemas de sobreinclusión del tipo básico de espionaje industrial. En este sentido es paradigmático el supuesto que algunos autores entre nuestra doctrina mencionan precisamente como ejemplo de conducta típica del art. 278.1 Cp. Se trata del caso de quien «anota de su puño y letra y sobre un bloc de su propiedad las proporciones exactas en la que deben mezclarse dos

---

<sup>123</sup> La misma crítica, sobre el § 17(2)(1), KRÜGER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1984, p. 124-125. Sobre el tipo penal de mera obtención del secreto empresarial del estado de New York, MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, §12.06[1][b], p. 12-157.

<sup>124</sup> En Alemania, califica la atipicidad de estos supuestos como lagunas de punibilidad, KRÜGER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1984, p. 124-125. En España, habla de incomprensibles lagunas de punición, GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 184. En los EE. UU., critica la tasación de medios POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 6.02[2][c]. Recoge la jurisprudencia estadounidense que equipara valorativamente el aseguramiento de la información mediante la memoria y el aseguramiento a través de medios corpóreos, BENDER, «Appropriation by Memory», en MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 15 A. Pone en duda la racionalidad de este criterio, SZOTT MOOHR, *North Carolina Law Review* (80), 2002, p. 877. En general, en contra de la construcción de los tipos penales en torno a los criterios de tangibilidad o corporeidad de los medios, RUHL, «Corporate and Economic Espionage: a Model Penal Approach...», *Valparaiso University Law Review* (33), 1998-1999, pp. 772-782, 799-800; NELSON/WOLFE, «Tightening the White Collar: The Criminalization of Trade Secret Theft», *The American Criminal Law Review* (14), 1976-1977, p. 821.

componentes químicos para obtener un efecto analgésico»<sup>125</sup>. Pues bien, si quien lleva a cabo dicha conducta resulta ser un trabajador del legítimo titular de la información, a quien le está expresamente autorizada la toma de notas sobre el secreto para el correcto desempeño de sus funciones, o, en cualquier caso, no le está expresamente prohibida, parece que el único elemento de desvalor que tendría su conducta estaría en la vertiente subjetiva, esto es, en su voluntad de asegurarse la información para revelarla o usarla posteriormente en su propio provecho.

Un modelo interpretativo que considere penalmente relevantes tales supuestos no es compartible. No solo por admitir como penalmente relevantes conductas absolutamente carentes de un contenido objetivo de injusto, sino porque da lugar a importantes incoherencias valorativas tanto internas como externas al tipo. En el plano interno, el escaso desvalor de conducta de esta clase de supuestos contrastaría con el de la modalidad de obtención de la información mediante el empleo de artificios técnicos, con un claro contenido objetivo de injusto basado en la violación de las barreras de protección de la esfera de reserva del titular de la información. En el plano externo, el mero desvalor subjetivo de este tipo de conductas resulta claramente insuficiente al lado del desvalor objetivo y subjetivo de las conductas subsumibles en los tipos patrimoniales clásicos como el robo, la estafa o la apropiación indebida, todos ellos con penas iguales o parecidas a las que el tipo básico de espionaje industrial prevé.

## 5.2. La infracción de una disposición legal o contractual autónoma

Otro posible criterio de restricción del tipo penal básico de espionaje industrial (art. 278.1 Cp) podría ser el de la contrariedad a Derecho o al contrato del medio de obtención del secreto empresarial. Este fue el modelo propuesto en su día por KOHLRAUSCH para la tipificación penal de la conducta de mero aseguramiento de la información, el llamado por los alemanes tipo de espionaje industrial, en sentido estricto. Esta fue la redacción del tipo que propuso:

---

<sup>125</sup> El ejemplo es original de MORENO CÁNOVES/Francisco RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 126. Lo hace suyo MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, p. 538.

«Mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer sich durch eine *gegen das Gesetz* oder *gegen eine Vertragspflicht* verstoßende Handlung aus Eigennutz oder zu Zwecken des Wettbewerbs oder in der Absicht, den Inhaber des Geschäftsbetriebs zu schädigen, die Kenntnis eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses unbefugt verschafft»<sup>126</sup> (cursiva añadida).

Modelo al que se adheriría Eberhard SCHMIDT en sus propuestas de *lege ferenda* en su contribución a las trigésimo sextas Jornadas de juristas alemanes (36. *Deutschen Juristentages*)<sup>127</sup>, de 1930, y al que, más recientemente, se ha adherido FÖBUS en su propuesta de interpretación del § 17(2)(2) UWG, concretamente en su modalidad de cierre del tipo de espionaje, consistente en el aseguramiento «en todo caso no autorizado» (“*oder sonst unbefugt*”) del secreto empresarial<sup>128</sup>.

En la tradición jurídica angloamericana, en un plano estrictamente doctrinal, también se encuentran partidarios de este modelo. Aunque, sorprendentemente, no como herramienta de restricción de los tipos penales de espionaje industrial, sino ya como criterio de discriminación entre las obtenciones de secretos empresariales *jurídico-privadamente* relevantes y las irrelevantes<sup>129</sup>. Se trataría, por tanto, de propuestas frontalmente opuestas al modelo de configuración del tipo jurídico-privado de espionaje industrial propugnado por el *Restatement (First) of Torts*, de 1939 y aplicado de forma paradigmática por el Tribunal de Apelación del Quinto Circuito de los EE. UU. en su sentencia de 20 de julio de 1970 sobre el caso *DuPont vs. Christopher*.

La principal virtud de este criterio sería la de proporcionar *seguridad jurídica* al modelo. El Derecho positivo en su conjunto y los eventuales contratos, de algún modo relacionados con la indemnidad de la esfera de reserva del titular

---

<sup>126</sup> KOHLRAUSCH, *ZStW*, 1930, pp. 57 y ss., 72.

<sup>127</sup> En SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, p. 220-221.

<sup>128</sup> FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, p. 171 y s.

<sup>129</sup> WEI, «Surreptitious takings of confidential information», *Legal Studies* (12), 1992, pp. 317-319, 318; HILTON, *IDEA* (30), 1989-1990, p. 296.

de la información<sup>130</sup>, aportarían un referente valorativo seguro con el que determinar la relevancia penal de los medios de obtención del secreto empresarial<sup>131</sup>. Lo que permitiría prescindir, al menos en el ámbito jurídico-penal, de los controvertidos imperativos *deónticos* en materia de competencia económico-empresarial (estándares generalmente aceptados de moral comercial, por ejemplo) o de los contradictorios pronósticos *consecuencialistas* sobre el carácter favorecedor o perjudicial de una determinada conducta concurrencial dirigida a la obtención de información ajena para la maximización de la investigación y el desarrollo. Por lo demás, la atipicidad de conductas como la *ingeniería inversa* o la *investigación independiente* sería mucho más fácil de fundamentar, pues en ninguno de los dos casos se incurriría en infracción legal –entendida en un sentido amplio– o contractual<sup>132</sup>, al menos frente a terceros con los que no existiera pacto contractual alguno en contra de cualquiera de las dos anteriores prácticas.

El tipo básico de espionaje industrial del art. 278.1 Cp también se puede reconstruir bajo la lógica de este criterio. Así lo han entendido, por lo menos, algunos representantes de nuestra doctrina, aunque no siempre quedan claros el sentido y alcance de sus propuestas<sup>133</sup>. Existen, en realidad, dos opciones.

---

<sup>130</sup> El matiz en FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, p. 171 y s.

<sup>131</sup> Expresamente en este sentido, WEI, *Legal Studies* (12), 1992, p. 308; HILTON, *IDEA* (30), 1989-1990, p. 296.

<sup>132</sup> WEI, *Legal Studies* (12), 1992, p. 308.

<sup>133</sup> Considera penalmente relevantes tan solo las captaciones intelectuales de la información ajena que sean *ilícitas*, sin especificar qué entiende por ello, FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 1067. Igualmente, aunque sin ser mucho más explícitos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 46 y ss.; CASTRO MORENO, «El Derecho penal español ante el espionaje industrial y el secreto de empresa», *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia* (1-2), 2006, p. 50. También parece recurrir a la ilicitud del medio de obtención como criterio de relevancia penal, aunque de forma más bien implícita, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, p. 234. La más explícita en este sentido es MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa*, 2002, pp. 532-542, aunque no por ello la más clara. Si bien la autora empieza y termina afirmando que las captaciones intelectuales del secreto empresarial ajeno solamente serán penalmente típicas cuando sean *ilícitas*, durante el desarrollo de su propuesta interpretativa recurre al

O bien reservar este criterio de relevancia penal exclusivamente para la reconstrucción de la modalidad de apoderamiento de datos, o bien emplearlo para la reconstrucción de todas las modalidades contenidas en el tipo básico, a saber, el apoderamiento de datos, el apoderamiento de soportes materiales y el uso de artificios técnicos para la captación de la información ajena.

Más allá de las cuestiones relativas a la lógica interna del tipo penal de espionaje industrial de nuestro art. 278.1 Cp, el modelo basado en la antijuridicidad o contrariedad al contrato del medio de obtención del secreto empresarial presenta varios problemas. El primero, y aunque pueda resultar paradójico, es su falta de claridad y precisión. A pesar de que, según sus defensores, la seguridad jurídica sea la virtud por excelencia del modelo, no es menos cierto que las fronteras del tipo se difuminan cuando los criterios de delimitación consisten en criterios tan amplios e indeterminados como la antijuridicidad de la conducta o su contrariedad al contrato. En la concreción de sus propuestas, los defensores de este modelo (KOHLRAUSCH, SCHMIDT, por ejemplo) suelen remitirse al ordenamiento jurídico *in toto* y al contrato en general. Sin embargo, el sistema jurídico contiene numerosos tipos abiertos, basados en conceptos jurídicos indeterminados, que operan a modo de cajón de sastre del sistema. Baste citar el ilícito jurídico-privado por abuso de derecho del art. 7.2 Cc, o el deber de buena fe contractual del art. 1258 Cc. Esta clase de preceptos, junto a la realidad hiperregulada en la que vivimos, hacen que cualquier conducta de obtención de una información ajena sea fácilmente susceptible de infringir alguna disposición normativa o contractual, aunque nada tenga que ver con la protección de la esfera de reserva del titular del secreto empresarial. Precisamente lo que sucede con el *dumpster diving*, que si bien se trata de una conducta que, al menos en algunas ciudades como Barcelona puede constituir un ilícito administrativo<sup>134</sup>, el fundamento de su ilicitud no tiene en absoluto nada que ver con la protección de los intereses de reserva del legítimo titular del secreto empresarial.

---

concepto de captación “*indebida*” de la información, para abarcar conductas cuya ilicitud, estrictamente hablando, no es del todo evidente.

<sup>134</sup> Véase el art. 21.8 de la Ordenanza Municipal sobre el uso de las vías y espacios públicos de la ciudad. Acuerdo del Consejo Plenario de 27 de noviembre de 1998, texto consolidado.

Naturalmente, los problemas de indeterminación son corregibles. En efecto, la amplitud de los criterios de la antijuridicidad y de la contrariedad al contrato puede reducirse con requisitos adicionales que sean el reflejo de un ulterior esfuerzo de concreción. Ejemplo de ello es el recurso de FÖBUS a una concreción teleológica, exigiendo que la norma o el contrato infringido guarden relación con la protección del secreto empresarial<sup>135</sup>. O el recurso de WEI a la exigencia de causalidad –¡qué menos!– entre la infracción de la norma o del contrato y la obtención del secreto, así como que la conducta infractora vaya dirigida a vulnerar los intereses de reserva del titular de la información<sup>136</sup>. Siendo esto así, los esfuerzos de concreción planteados podrían llegar a neutralizar los problemas de *sobreinclusión* que toda indefinición de los límites del tipo necesariamente trae de suyo.

Pero tales esfuerzos no consiguen evitar, sin embargo, los problemas de infrainclusión. No en vano la UWG alemana ha construido siempre su delito de espionaje industrial empleando fórmulas que fueran más allá del criterio de la ilicitud de la conducta. Así, la conocida fórmula de la contrariedad a «la ley y a las buenas costumbres» (“*gegen das Gesetz oder die guten Sitten*”) de la UWG de 1909, o el empleo del concepto de aseguramiento «no autorizado» (“*unbefugt*”) por la versión actualmente vigente. Exactamente igual que en los EE. UU., donde en el ámbito jurídico-privado se ha impuesto tradicionalmente el concepto de medios impropios (“*improper means*”) frente al de medios ilícitos (“*illegal means*”). El empleo de este concepto tanto por el *Restatement (First) of Torts* de 1939 como por el *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, así como la cita recurrente a la sentencia del caso *Christopher* son prueba de ello. Pero no solo en el ámbito jurídico-privado. También en el ámbito jurídico-penal, en los EE. UU. se ha producido una evolución en el modelo de criminalización de las violaciones de secretos empresariales, de la que los §§ 1831 y 1832 de la EEA serían un reflejo ejemplar. Del restrictivo modelo inicialmente adoptado por el estado de New Jersey, basado en la corporeidad del medio y del objeto de aseguramiento, se ha pasado a tipos penales cada vez más amplios, con objetos y medios de comisión cada vez más intangibles. Así, por ejemplo, la mera memorización

---

<sup>135</sup> FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, p. 171 y s.

<sup>136</sup> WEI, *Legal Studies* (12), 1992, pp. 316-319.



no autorizada del secreto empresarial se considera subsumible en los tipos penales de espionaje de la EEA<sup>137</sup>.

Y es que, obviamente, la claridad y precisión (seguridad jurídica) que se pretenden encontrar en el Derecho positivo y en el contrato son inversamente proporcionales a la flexibilidad necesaria para adaptarse a la cambiante realidad. Más en un ámbito como el del espionaje industrial, en el que la innovación en la artimaña y el ardid no solo son regla, sino profesión. Confiar en que el Derecho positivo o el contrato hayan previsto todos los medios reprobables de obtención del secreto empresarial es extremadamente ingenuo. Siempre existirán medios, vías o ardidés que escapen a la imaginación del legislador o de las partes contratantes. Por otra parte, asumir esta limitación como una vía de restricción del tipo penal, alegando que, en todo caso, los medios legal o contractualmente antijurídicos serán los más graves, es valorativamente insostenible. El modelo daría lugar a incoherencias axiológicas tan pronto como un medio de obtención de la información no previsto por el legislador ni por las partes contratantes resultara ser tan o más reprobable y tan o más peligroso para el bien jurídico protegido como uno que sí lo estuviera.

5.3. El criterio correcto: la superación de las barreras de protección de la esfera de reserva

Una tercera vía de restricción del tipo básico de espionaje industrial consiste en su reconstrucción en torno a la idea de la superación de las barreras que eventualmente existan para proteger una posición legítima de dominio sobre un secreto empresarial. El injusto penal consistiría en la violación de la esfera de reserva del titular de la información, esfera en la que se encontraría ubicado el secreto empresarial antes del hecho típico y que vendría delimitada por las barreras fácticas o jurídicas que el titular de la información se hubiere procurado a sí mismo para construirla o por las que le hubieren sido normativamente garantizadas a tal efecto.

Esta fue, precisamente, la opción defendida por LAMPE en su dictamen para las octavas jornadas de la comisión de expertos para la lucha contra la

---

<sup>137</sup> En este sentido, véanse, por todos QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 274.

criminalidad económica<sup>138</sup>, en 1974, y en el proyecto alternativo de código penal alemán presentado en 1977 en materia de delitos contra la economía junto con los profesores LENCKNER, STREE, TIEDEMANN y Ulrich WEBER<sup>139</sup>, para el tipo de mera obtención de un secreto empresarial. El apartado tercero del § 180 del proyecto, en el que se prevé el delito de violación de secretos empresariales, reza así:

«Quien mediante artificios o superando medidas de protección se haga con un secreto comercial o industrial, con el fin de utilizarlo económicamente o comunicarlo a un tercero, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa»<sup>140</sup>.

En opinión de los autores del proyecto alternativo de 1977, la configuración del tipo de espionaje industrial en torno al uso de artificios o a la superación de las medidas de protección exigibles al titular de la información es la mejor forma para encontrar el equilibrio entre las necesidades de prevención y las garantías al reo en materia de espionaje industrial. El tipo de mera obtención de la información ajena permitiría proteger el bien jurídico protegido de forma más eficaz, salvando las dificultades probatorias derivadas de la necesidad de probar el uso o revelación efectiva de la información, como sucedería con el § 17(2)(2) UWG (versión actualmente vigente), mientras que la exigencia de superación o elusión de las barreras de protección exigibles al titular de la información garantizaría que solamente las conductas más graves fueran constitutivas del tipo penal.

---

<sup>138</sup> LAMPE, «Ist es für einen wirksamen Verbraucherschutz und einen funktionsfähigen Wettbewerb unter Berücksichtigung zivil-, verwaltungs- und verfahrensrechtlicher Möglichkeiten geboten, zusätzliche Straf- und Bußgeldtatbestände zu schaffen?», *Anlage 10 zum VIII. Band der Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität in der Zeit von 25. bis 29. November 1974 – Reform der Wirtschaftsstrafrechts*, 1975, pp. 84-85.

<sup>139</sup> LAMPE/LENCKNER/STREE/TIEDEMANN/WEBER, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, 1977, pp. 9-10, 49-57.

<sup>140</sup> «Wer sich durch List oder unter Überwindung von Schutzvorrichtungen in den Besitz eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses setzt, um es wirtschaftlich zu verwerten oder einem anderen zu offenbaren, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

Efectivamente, la reconstrucción del tipo sobre la base de la superación de unas mínimas barreras de protección permite evitar los problemas de infra- y sobreinclusión que la *corporeidad* y la *antijuridicidad* de los medios de obtención de la información presentan como criterios de relevancia penal<sup>141</sup>.

Concepción del injusto que podría recibir el aval de la Sala segunda del Tribunal Supremo, siempre y cuando interpretara el tipo básico de espionaje industrial de forma análoga a como interpreta el tipo básico de descubrimiento y revelación de secretos de la intimidad<sup>142</sup>.

Por lo que se refiere a los déficits de *infrainclusión*, la intangibilidad del medio de aseguramiento de la información dejaría de ser un problema. Cualquier medio de obtención de la información, sea tangible o intangible, deviene potencialmente típico. A diferencia de lo que ocurría con el criterio de la corporeidad, la memorización de la información por parte de un espía que se introduce mediante allanamiento de morada en las dependencias del legítimo titular es potencialmente típica. Tan solo es necesario, además, que la conducta viole una barrera de protección de la esfera de reserva del legítimo titular. Del mismo modo, cualquier supuesto de acceso y aseguramiento intelectual de la información mediante engaño se convierte en potencialmente relevante. El hacerse pasar por un potencial cliente del legítimo titular, por un trabajador por cuenta ajena interesado en trabajar por el titular del secreto, o el mentir sobre una oferta de trabajo para entrevistar a trabajadores del competidor con el ánimo de descubrir sus secretos empresariales son, igualmente, potencialmente típicos.

---

<sup>141</sup> Favorables a este enfoque, en Alemania, LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2010, § 203 nm. 16; SCHÜNEMANN, «Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen», *ZStW* (1), 1978, pp. 54 y ss.; AMELUNG, «Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen», en ARNOLD *et al.* (ed.), *FS-Eser*, 2005, p. 15 y s. En los EE. UU., POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[1], p. 4-24; § 9.01, p. 9-3. De otra opinión, en España, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 47. En Alemania, ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, p. 319 y ss.

<sup>142</sup> En este sentido, véanse las SSTs 487/2011, ponente Andrés Ibáñez; TS 437/2010, ponente Bacigalupo Zapater; TS 358/2007, ponente Colmenero Menéndez de Luarca.

Tampoco la falta de previsión y positivización por la ley o por el contrato del concreto medio de obtención de la información empleado sería un escollo para la represión penal de la conducta invasiva del autor. La superación de las barreras de protección de la esfera de reserva del legítimo titular como criterio de relevancia penal es, en este sentido, un criterio abierto. Cualquier medio de obtención del secreto empresarial es potencialmente típico. Lo relevante es que sea de la suficiente entidad como para poder superar o eludir una de las barreras de protección que configuran la esfera de reserva del legítimo titular de la información. De este modo, se consigue la desvinculación del juicio de desvaloración de la conducta de un catálogo de medios de comisión directa o indirectamente tasados. Lo mismo que se pretende conseguir con la fórmula de los *«improper means»*, en el régimen jurídico-privado de protección de los secretos empresariales en los EE. UU., la de la «contrariedad a la Ley o a las buenas costumbres» (*«gegen das Gesetz oder die guten Sitten»*), de la antigua UWG, o la de la «ausencia de autorización» (*«unbefugt»*), de la actualmente vigente.

Por otro lado, la exigencia de que el medio de obtención del secreto empresarial sea de suficiente entidad como para poder superar o eludir las barreras de protección de la esfera de reserva del legítimo titular actúa como barrera de contención del tipo, impidiendo su desbordamiento por una *sobreinclusión* provocada por la total apertura de los medios de comisión.

Además, la reconstrucción del art. 278.1 Cp en torno al criterio mencionado permite dotar de coherencia valorativa interna y externa al tipo básico de espionaje industrial. En el plano interno, la fijación del riesgo penalmente relevante en la superación de una barrera de protección iguala “por arriba” el grado de desvalor exigible en cada una de las modalidades típicas de espionaje industrial. Ciertamente, el equilibrio interno del tipo también habría podido conseguirse por “abajo”, esto es, rebajando el estándar de relevancia penal de las diferentes modalidades hasta equipararlas con el estándar de la modalidad menos invasiva: la mera captación intelectual del secreto empresarial contra la voluntad del legítimo titular. En ese caso, sin embargo, se habría perdido la posibilidad de alcanzar la coherencia valorativa del tipo en el plano externo. Tanto en relación con el delito de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp), como en relación con los delitos patrimoniales clásicos.

Entre las barreras de protección que configuran la esfera de reserva del legítimo titular de la información pueden contarse las medidas de autoprotección que él mismo haya podido adoptar. Como vimos *supra* IV.5.4 y IV.8, la adopción de este tipo de medidas ha venido siendo exigida de forma mayoritaria por doctrina y jurisprudencia estadounidenses, tanto en el ámbito jurídico-privado como en el jurídico-penal. Su naturaleza dogmática, sin embargo, está lejos de ser clara. En algunos casos se considera un requisito configurador autónomo del concepto de secreto empresarial, en otros un presupuesto (normativo) del requisito del carácter secreto de la información, también en relación con la definición del concepto de secreto empresarial. Se ha concebido, igualmente, como una forma de manifestación necesaria de la voluntad de mantener la información bajo secreto. Éstas y otras opciones dogmáticas han sido adoptadas también por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia. En un buen número de casos en el ámbito jurídico-privado, y en menor medida en el jurídico-penal. En nuestra opinión, no obstante, la única forma coherente de exigir la adopción de medidas de autoprotección al titular de la información como vía para restringir el correspondiente régimen jurídico de protección que se pretenda interpretar, consiste en considerar la adopción de estas medidas como un elemento configurador de la conducta típica. Solo así podrá emplearse esta exigencia como listón del estándar de protección que se considere oportuno ofrecer sin infringir el principio de no contradicción a la hora de enjuiciar conductas valorativamente iguales.

## **6. Bases y concreción del modelo de interpretación propuesto**

El modelo interpretativo aquí propuesto recurre, aunque solo sea parcialmente, a la idea de exigir un cierto grado de autoprotección a la víctima como vía para la restricción del alcance del tipo penal básico de espionaje industrial. Las conductas de aseguramiento del secreto empresarial que no consistan en la elusión o superación de una barrera de protección de cierta entidad, ya se trate de una barrera concedida por defecto por parte del ordenamiento jurídico, ya se trate de una que el titular se haya procurado a sí mismo (autoprotección), no se consideran penalmente relevantes.

Desde los años setenta del siglo pasado<sup>143</sup>, la doctrina jurídico-penal alemana viene trabajando de forma especialmente intensa en torno al papel que la conducta de la víctima puede tener en la configuración del injusto jurídico-penal o, en última instancia, en la determinación de la responsabilidad penal del autor del hecho penalmente típico, más allá de los casos que pueden solventarse a través de la institución del consentimiento de la víctima entendida en sus términos clásicos. Se piensa en supuestos de intervención de la víctima en la puesta en peligro de su bien jurídico, normalmente casos de contribución en la conducta imprudente del autor, pero también en casos de descuido o desidia de la víctima en la protección de su propio bien jurídico ante la eventual agresión dolosa de un tercero. Presupuesto común de todas las constelaciones de casos estudiadas es, naturalmente, que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro sea de los considerados disponibles por su titular, y que la titularidad, obviamente, corresponda a la víctima.

*Ejemplos* de contribuciones en lesiones imprudentes: el sujeto A sube al coche conducido por el sujeto B, visiblemente embriagado por el consumo previo de alcohol. El coche se estrella por la falta de reflejos de B y se produce la muerte de A.

En materia de secretos empresariales: A, titular de unos diseños de vestido de mujer constitutivos de secreto empresarial, envía a B, uno de sus comerciales, a una feria internacional con muestras de tales diseños. B padece problemas de alcoholismo, conocidos por A. En la feria, B olvida las muestras en una concurrida zona de descanso. C, trabajador de una empresa de la competencia, se encuentra las muestras y saca fotos de ellas antes de devolverlas a los responsables de la feria.

*Ejemplos* de descuido o desidia de la víctima en la protección de su bien jurídico frente a eventuales agresiones dolosas de terceros: A y B mantienen relaciones

---

<sup>143</sup> La relevancia de la conducta de la víctima en la configuración del injusto jurídico-penal no es una cuestión que fuera obviada por la doctrina jurídico-penal anterior a los años setenta del s. XX. Existen, sin lugar a dudas, trabajos anteriores a aquella fecha sobre la materia (en este sentido, con numerosas referencias, véase HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, pp. 1-16. En España, por todos, TORÍO LÓPEZ, «Significación dogmática de la “compensación de culpas” en Derecho penal», en LH-Fernández-Albor, 1989, *passim*. La década de los años setenta, sin embargo, supone un punto de inflexión en la intensidad o grado de atención con la que la doctrina jurídico-penal ha estudiado el papel de la víctima en la configuración del injusto.

sexuales sin profilaxis, después de conocerse horas antes. B sabe que está infectado con el virus VIH. Con el fin de infectar a B, A no le informa de su enfermedad. B no se interesa en ningún momento al respecto. A desea infectar a B como castigo por su promiscuidad.

En el ámbito de los secretos empresariales: en la empresa de A se han desarrollado varios secretos empresariales. Sin embargo, A no adopta medidas de restricción de acceso a la información (control de acceso al área de I+D+i, etc.). Un trabajador de la principal empresa competidora, encubierto como trabajador temporal de la empresa de A, accede a valiosa información y la asegura en diferentes soportes (fotos, vídeos, lápiz de memoria, etc.) que posteriormente entrega a la empresa competidora.

La cuestión ha sido objeto de una intensa discusión que tuvo su clímax en las décadas de los ochenta y noventa. A día de hoy puede afirmarse que la cuestión sigue sin ser pacífica<sup>144</sup>. Las discrepancias son tanto metodológicas como político-criminales. Entre las metodológicas, destaca la falta de consenso sobre la naturaleza dogmática de este tipo de consideraciones y, especialmente, sobre el alcance de sus efectos en la determinación de la responsabilidad penal del autor. Entre las político-criminales, late la tensión entre la finalidad preventiva y la finalidad garantística del Derecho penal, esto es, entre la protección de bienes jurídicos y la preservación de la libertad general de acción.

La falta de consenso se pone de manifiesto en la interpretación de los delitos de violación de secreto empresarial. Mientras en los EE. UU. se exige la adopción de este tipo de medidas tanto a nivel jurídico-privado como a nivel jurídico-penal, en España y Alemania existen voces autorizadas que se oponen a la configuración del delito de espionaje industrial en torno a la idea de los deberes de autoprotección de la víctima<sup>145</sup>. Aunque, como hemos visto en el anterior apartado, también en el viejo continente existen voces no menos autorizadas a favor de ello<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> En general, véanse *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 70b; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 14 C nms. 15-25.

<sup>145</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 47; ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsheimnissen*, 2009, pp. 319 y ss., 320.

<sup>146</sup> LAMPE/LENCKNER/STREE/TIEDEMANN/WEBER, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, 1977, pp. 9-10, 49-57. En

El presente capítulo se va a dedicar a la exposición crítica de las diferentes posturas que han tratado de fundamentar la relevancia de la conducta de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor (6.1). A continuación se tomará postura al respecto, con la voluntad de fundamentar el modelo interpretativo del tipo básico de espionaje industrial aquí propuesto, basado en la vulneración de una barrera de (auto)protección del secreto empresarial (6.2). Una de las cuestiones más problemáticas que plantea la propuesta de condicionar la responsabilidad penal del autor a la vulneración de una barrera de (auto)protección de la víctima es la relativa a la entidad que debe tener dicha barrera para considerar que su vulneración es penalmente relevante. A ello también se tratará de dar respuesta en este capítulo, después de exponer los tipos de barreras de protección disponibles para proteger el secreto empresarial (6.3).

### 6.1 Principales vías de fundamentación de la relevancia de la conducta de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor

Las aproximaciones dogmáticas que han intentado fundamentar la capacidad exoneratoria de la conducta de la víctima pueden clasificarse en cinco grupos. En primer lugar, y entre las aportaciones más iniciales, se cuentan las que pretenden resolver la cuestión en sede de *causalidad* (en función de la intensidad causal de la conducta de la víctima cabe degradar la de la conducta del autor y, por consiguiente, su responsabilidad penal) o de *previsibilidad* (la conducta de la víctima, que contribuye a la lesión del bien jurídico, era imprevisible, lo que justifica una atenuación o exclusión de la imprudencia del autor). La segunda de las aproximaciones, considerada históricamente la mayoritaria, es la que trata de encauzar la discusión desde el instituto mismo del *consentimiento* de la víctima, ampliando su ámbito de aplicación más allá de los supuestos de aceptación por parte de la víctima de la concreta lesión que tradicionalmente en él se han subsumido. En tercer lugar se encuentran las aproximaciones que construyen sus propuestas de solución en función de la forma de intervención del lesionado y del tercero en la lesión del bien jurídico. Se trata de quienes fundamentan sus soluciones en la distinción, ideada por ROXIN, entre *autopuestas en peligro* (el tercero “autor” es partícipe

---

relación con los delitos contra la intimidad, estructuralmente análogos, véase LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2010, § 203 nm. 16.



de la lesión que se autoinflige el finalmente lesionado – “víctima”) y *heteropuestas en peligro consentidas* (el tercero “autor” ejecuta materialmente la lesión consentida por quien finalmente resulta lesionado – “víctima”). A continuación, y en cuarto lugar, están las llamadas tesis víctima-dogmáticas, que deben su apodo a su voluntad de emular en el campo dogmático el enfoque de la victimología, caracterizada por analizar –entre otras cosas– la génesis del delito desde la perspectiva de la víctima. Por último, y de aparición algo más reciente, son de mencionar las propuestas edificadas en torno al principio de autorresponsabilidad de la víctima concretizado desde una perspectiva estrictamente objetiva.

En las líneas que siguen se expone sucintamente el contenido de las cinco aproximaciones acabadas de mencionar. Se mencionan, también, las principales críticas que se han dirigido contra cada una de ellas. Pero el análisis crítico desde aquí formulado se centra especialmente en la idoneidad de estas aproximaciones dogmáticas para fundamentar el modelo interpretativo del tipo penal básico de espionaje industrial aquí propuesto, a saber, el que reconstruye su contenido en torno al criterio de la superación de las barreras de protección de la esfera de reserva en la que se contiene el secreto empresarial.

#### a) La causalidad y la previsibilidad

Ejemplo paradigmático de las tesis que pretendían resolver la relevancia jurídico-penal de la conducta de la víctima en sede de *causalidad* fue la doctrina de la «conurrencia de culpas» del Tribunal Supremo español. A modo de axioma se afirmaba que en Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, no cabe la compensación de culpas entre víctima y autor. Ello no era óbice, a pesar de que en realidad supusiera una palmaria contradicción, para tener en cuenta la influencia causal de la conducta de la víctima en el resultado lesivo para graduar la responsabilidad del autor:

«Que es doctrina firmemente asentada en las resoluciones de esta Sala que, si bien no cabe en lo penal la llamada “compensación de culpas” de procedencia “ius privativista”, es, en cambio, obligado en el campo público del “ius puniendi”, donde la relación de causalidad toma especial relieve como pieza clave de la imputación objetiva del resultado, valorar las conductas concurrentes, tanto desde el lado activo de la infracción –autor– como desde el lado pasivo –

víctima— para calibrar la respectiva *relevancia* de las mismas en el plano *causal*, de suerte que si la actuación del sujeto pasivo se muestra como causa decisiva y eficiente del resultando, habrá de reputarse la del sujeto activo como accidental y fortuita, como igualmente, si ambas conductas, la del reo y la de la víctima se muestran con la misma potencia o virtualidad, o la de esta última tiene reconocida una *influencia causal* aunque de menor entidad, debe reprocharse al primero su imprudente acción, aunque adecuando el grado de su culpa a la mayor o menor eficacia causal de su intervención, lo que permitiría degradarla a la categoría de imprudencia simple, con infracción de reglamentos o sin ella, constitutiva en este caso de mera falta»<sup>147</sup> (cursiva añadida).

La vía de la causalidad es claramente intransitable como vía para fundamentar la relevancia de la conducta de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor. Uno de los principales logros de la actual teoría del delito es la de haber delimitado el juicio de causalidad en sus justos términos, esto es, como un juicio meramente naturalístico. El problema de la contribución (dolosa o negligente) de la víctima en la lesión de sus bienes es, sin embargo, un problema valorativo (*quaestio iuris*), no un problema causal (*quaestio facti*)<sup>148</sup>. La contribución naturalística de la conducta del autor es innegable, al igual que lo es la causalidad de la conducta de la víctima. La cuestión es si, y en qué medida, puede atribuirse *valorativamente* relevancia jurídico-penal a la conducta de la víctima.

El juicio de *previsibilidad*, por el contrario, sí consiste en una evaluación valorativa, normativa, de la contribución de la víctima. Se trata, sin embargo, de una solución insuficiente. Conforme a esta propuesta, serían relevantes para la determinación de la responsabilidad penal del autor aquellas contribuciones de la víctima a la lesión de su bien jurídico que pudieran calificarse de imprevisibles. Las limitaciones de esta vía de solución son evidentes. Basta con preguntarse qué sucede con el resto de contribuciones previsibles de la víctima que, sin embargo, valorativamente parece evidente que merecerían ser tenidas en cuenta, de forma privilegiante, en la determinación de la responsabilidad penal del autor. Se está pensando, por ejemplo, en todas aquellas constelaciones de casos en las que la víctima contribuye coetáneamente con el autor en la lesión de su bien jurídico

---

<sup>147</sup> STS de la Sala de lo Criminal, de 4 de julio de 1984, p. Moyna Ménguez (RJ 1984\3785).

<sup>148</sup> TORÍO LÓPEZ, LH-*Fernández-Albor*, 1989, p. 711 y ss., 720 y ss.

(persona que sube como pasajera en un coche conducido por otra persona que se encuentra claramente bajo los efectos del alcohol; caso de contacto sexual con un portador del virus VIH a sabiendas; etc.), o en aquellas en las que una conducta posterior dañina de la víctima forma parte de una posibilidad contemplada en las reglas de experiencia de la comunidad de referencia (casos de sobredosis del comprador de drogas prohibidas; casos de complicaciones de las heridas por descuido o desdén del paciente; etc.)<sup>149</sup>.

Aparte de las incorrecciones e insuficiencias dogmáticas acabadas de mencionar, conviene advertir que estas dos vías de solución fueron estrictamente planteadas para dar respuesta dogmática a las contribuciones de la víctima en la lesión de sus bienes jurídicos mediante la realización de un tipo penal imprudente por parte de otra persona. Sin perjuicio de que tanto la opción de la causalidad como la de la previsibilidad podrían hacerse extensibles a los supuestos de contribución de la víctima a la agresión dolosa de su bien jurídico, a los efectos de esta investigación interesan más bien las vías de solución diseñadas para, o que al menos integren, la lesión dolosa del bien jurídico por parte de terceros, pues los delitos de violación de secretos empresariales aquí estudiados tan solo son castigados en su modalidad de comisión dolosa.

#### b) El consentimiento en el riesgo

Mayor capacidad de recorrido, a la vez que mayor aceptación entre la doctrina y jurisprudencia alemanas<sup>150</sup>, ha presentado la vía del *consentimiento*. En realidad, los casos que se pretenden resolver son, precisamente, supuestos que, en principio, la institución tradicional del consentimiento no abarca: casos de consentimiento en la conducta de puesta en peligro del autor, no en el resultado lesivo. Sin embargo, ya el *Reichsgericht* recurrió a esta figura para fundamentar la exclusión de la responsabilidad penal de los imputados por delitos de homicidio o lesiones imprudentes en los que el afectado (“la víctima”) había consentido el *riesgo* generado por el acusado.

---

<sup>149</sup> Para una exposición y crítica exhaustivas de esta opción véase CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 131-140.

<sup>150</sup> La considera doctrina mayoritaria en Alemania, a menudo asumida por la jurisprudencia, ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 11 B nm. 121, con ulteriores referencias.

Así, por ejemplo, en el famoso caso Memel<sup>151</sup>, el *Reichsgericht* absolvió por este motivo a un barquero que, ante la insistencia de dos viajeros y a pesar de haberles advertido del peligro que suponía intentar cruzar el río dada su profundidad y las condiciones de fuerte tormenta que había en el momento de los hechos, accedió a transportarles a bordo de su embarcación. Durante el trayecto los dos viajeros cayeron al agua a causa de la inestabilidad de la embarcación muriendo ahogados.

La primera y principal crítica que recibió esta vía de solución fue, precisamente, que los Tribunales estaban confundiendo el consentimiento en el *perigo* con el consentimiento en el *resultado*<sup>152</sup>. En efecto, si el resultado se considera elemento constitutivo del injusto, el consentimiento, ya sea como causa de justificación, ya sea como causa de atipicidad, debe abarcar todos sus elementos para poder excluirlo, incluido el resultado<sup>153</sup>.

Desde la publicación de la tesis de Friedrich GEERDS (*Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, 1953), la doctrina mayoritaria alemana distingue entre dos clases de consentimiento<sup>154</sup>. En primer lugar, el consentimiento referido a delitos cuyo contenido de injusto se caracteriza, precisamente, por llevar a cabo una conducta en contra de la voluntad del sujeto pasivo. En estos casos se habla de *Einverständnis* y se considera que el consentimiento excluye el tipo. En segundo lugar, el consentimiento emitido respecto de delitos en los que, si bien la conducta contraria a la voluntad del sujeto pasivo no forma parte del enunciado del tipo, éste protege un bien jurídico de los considerados disponibles, de modo que el consentimiento del titular se considera equivalente a una renuncia del bien jurídico. En estos casos se habla de *Einwilligung*, y la doctrina está dividida entre quienes le otorgan capacidad meramente justificante<sup>155</sup> y quienes consideran que su concurrencia permite excluir directamente la tipicidad penal<sup>156 157</sup>.

---

<sup>151</sup> Sentencia del RG 3.1.1923 – *Memel-Fall* (RGSt 57, p. 172).

<sup>152</sup> Eberhard SCHMIDT, «Schlägertensur und Strafrecht», *Juristenzeitung* (12), 1954, p. 372.

<sup>153</sup> ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 11 B nm. 121; *Schö/Schrö-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 32 ff. nm. 102.

<sup>154</sup> *Schö/Schrö-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 32 ff. nms. 29-33.

<sup>155</sup> Por todos SCHMIDHÄUSER, «Handeln mit Einwilligung des Betroffenen – strafrechtlich: eine scheinbare Rechtsgutsverletzung», FS-Geerds, 1995, *passim*.

<sup>156</sup> Por todos OTTO, «Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung», FS-Geerds, 1995, *passim*.

Frente a esta evidencia tan solo cabían dos opciones: o bien considerar que el resultado no gozaba de la categoría de elemento fundamental constitutivo del injusto, o bien rebajar los requisitos de validez del consentimiento. La primera fue la vía tomada por autores que, como SCHAFFSTEIN, se adhirieron a la configuración finalista del injusto propuesta por WELZEL. Si el elemento fundamental y constitutivo de esta categoría de la teoría del delito es el desvalor de conducta (*Handlungsunwert*), basta para excluirlo con que el consentimiento se proyecte sobre la creación del riesgo, sin ser necesario abarcar el resultado lesivo<sup>158</sup>. La segunda consiste en conformarse con un concepto (parcialmente) diluido de consentimiento, en el que sea suficiente con que el titular del bien jurídico lesionado haya tenido en cuenta la posibilidad de producción del resultado, sin necesidad de consentir en todo caso en la efectiva lesión. Esta opción permite conservar, así, una configuración dual del injusto, integrado por desvalor de acción y desvalor de resultado<sup>159</sup>.

En la primera opción, los requisitos de validez del consentimiento entendido en términos clásicos, en lo fundamental los mismos para el delito imprudente que para el doloso<sup>160</sup>, son también aplicables a los supuestos de consentimiento en el riesgo<sup>161</sup>. Entre ellos cabe mencionar, por ejemplo, el

---

<sup>157</sup> Un análisis crítico del estado de la cuestión, con una propuesta especialmente distintiva en JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, 7/104-131.

<sup>158</sup> SCHAFFSTEIN, «Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, p. 563 y ss.

<sup>159</sup> Por todos, STRATENWERTH, «Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten», *FS-Puppe*, 2012, p. 1023 y ss.; MURMANN, «Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung», *FS-Puppe*, 2012, pp. 776 y ss.; NK-PUPPE, 4ª ed., 2013, Vor. §§ 13 ff. nms. 196 y ss.; *Schö/Schrö-Lenckner/Sternberg-Lieben*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 32 ff. nms. 102-107; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 7/109, 125 y ss.; SK-SAMSON, 1994-, Anh. § 16 nm. 33; DÖLLING, «Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers», *GA*, 1984, p. 84; sobre la dilución del concepto clásico de consentimiento, y crítico al respecto, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 168-172.

<sup>160</sup> *Schö/Schrö-Lenckner/Sternberg-Lieben*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 32 ff. nm. 105; SK-SAMSON, 1994-, Anh. § 16 nm. 33; SCHAFFSTEIN, *FS-Welzel*, 1974, p. 564.

<sup>161</sup> Textualmente SCHAFFSTEIN, *FS-Welzel*, 1974, pp. 569, 571.

relativo a que el consintiente haya manifestado de forma expresa o concluyente su aprobación del hecho típico; o el relativo a que entienda el significado y alcance de la conducta que aprueba<sup>162</sup>. En la segunda opción, salvo por las matizaciones en relación con la representación del resultado, también<sup>163</sup>.

Lo significativo a los efectos de esta investigación es que denominador común de ambas aproximaciones es la exigencia de *consciencia* y *aprobación* del riesgo por parte de la víctima. Ambas se consideran condiciones imprescindibles para poder seguir considerando el suceso expresión de la *autonomía* –fundamento de la institución– del titular del bien jurídico<sup>164</sup>. Ello deja evidentemente fuera de su ámbito de aplicación las contribuciones *inconscientes* del lesionado (“víctima”), esto es, su intervención o facilitación de la lesión con “imprudencia inconsciente”<sup>165</sup>.

En términos de ubicación sistemática hay tanto partidarios de considerar el consentimiento en el riesgo como una *causa de justificación*<sup>166</sup>, como partidarios de considerarlo una causa de *exclusión de la tipicidad*<sup>167</sup>.

La vía del consentimiento sigue siendo hoy blanco de críticas. A la opción basada en el concepto finalista de injusto se le critica que la opinión actualmente dominante incluye el desvalor de resultado entre sus elementos constitutivos. A quienes optan por un concepto diluido de consentimiento se les reprocha precisamente esto, que desvirtúan la institución, históricamente asentada en un concepto fuerte de consentimiento que incluya la realización

---

<sup>162</sup> Por todos, *Schö/Schrö*-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 32 ff. nm. 105.

<sup>163</sup> MURMANN, *FS-Puppe*, 2012, pp. 776 y ss.; NK-PUPPE, 4ª ed., 2013, Vor. §§ 13 ff. nm. 197; *Schö/Schrö*-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 32 ff. nm. 105; DÖLLING, *GA*, 1984, pp. 77, 82 y 84 nota 104.

<sup>164</sup> Hablan de «autonomía», *Schö/Schrö*-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 32 ff. nms. 33, 103; NK-PUPPE, 4ª ed., 2013, Vor. §§ 13 ff. nm. 185, 197.

<sup>165</sup> DÖLLING, *GA*, 1984, p. 82; *Schö/Schrö*-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 32 ff. nms. 103, 106.

<sup>166</sup> MURMANN, *FS-Puppe*, 2012, p. 772 y ss.; SCHAFFSTEIN, *FS-Welzel*, 1974, *passim*.

<sup>167</sup> STRATENWERTH, *FS-Puppe*, 2012, *passim* (hay traducción al castellano en *InDret* (1), 2013); NK-PUPPE, 4ª ed., 2013, Vor. §§ 13 ff. nms. 185, 196.

del resultado de lesión. Además, se ha advertido que la aprobación del riesgo por parte de la víctima no permitiría eliminar, en todo caso, el *desvalor de la conducta* del autor<sup>168</sup>.

La discusión está hoy más encendida que nunca. En artículos recientes ROXIN ha insistido en su crítica a esta vía de solución<sup>169</sup>. Sin embargo, STRATENWERTH<sup>170</sup> considera la crítica obsoleta y sobradamente superada. En su opinión, en la medida en que la impunidad del tercero por la contribución en una *autopuesta en peligro* es unánimemente aceptada (ver *infra* VI.6.1.c)), corresponde a los críticos la carga de probar por qué debe limitarse el efecto excluyente de la punibilidad del consentimiento en el riesgo cuando este viene dominado materialmente por un tercero (*heteropuesta en peligro*), pues considera demostrado que el dato del dominio material del hecho es absolutamente irrelevante a efectos de introducir diferencias normativas entre uno y otro grupo de casos. En su opinión, aún no se ha conseguido fundamentar por qué debe limitarse la libertad que el ordenamiento concede al individuo de llevar una vida arriesgada, cuando se sabe que las normas que limitan la disposición de la propia vida o integridad física a través de terceros (§§ 216, 228 StGB; arts. 143, 155 Cp) son normas excepcionales dirigidas a los supuestos de consentimiento en una lesión segura del bien jurídico que no pueden extenderse analógicamente a las constelaciones de consentimiento en el riesgo (organizaciones arriesgadas)<sup>171</sup>. Por su parte, MURMANN replica a los críticos de la solución del

---

<sup>168</sup> En este sentido, véanse ROXIN, «La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad», (trad. Peñaranda Ramos), *InDret* (1), 2013, p. 11 y ss.; EL MISMO, «Zur einverständlichen Fremdgefährdung», *JZ* (8), 2009, p. 400; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 147-178. Defiende lo contrario, MURMANN, *FS-Puppe*, 2012, p. 776 y ss., aunque la exclusión del desvalor de la conducta en la concreta relación jurídica entre víctima y autor la traduce en términos sistemáticos en una causa de justificación, no en un supuesto de irrelevancia para el tipo penal.

<sup>169</sup> ROXIN, *InDret* (1), 2013, pp. 11 y ss.; EL MISMO, *JZ* (8), 2009, p. 400.

<sup>170</sup> STRATENWERTH, *FS-Puppe*, 2012, pp. 1022-1023 (hay traducción al castellano: «Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes», *InDret* (1), 2013, pp. 7 y ss.).

<sup>171</sup> *FS-Puppe*, 2012, pp. 1020, 1022 (hay traducción al castellano en *InDret* (1), 2013, pp. 7 y ss.). Igual, por todos, MURMANN, *FS-Puppe*, 2012, pp. 779 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 43-53.

consentimiento que la norma primaria es una norma directora de conductas, de modo que para que el consentimiento tenga efectos en la determinación del injusto basta con que el consintiente revoque la norma de conducta dirigida a evitar el resultado, no que autorice al tercero a provocar el resultado<sup>172</sup>.

Pero más allá de las dudas sobre su corrección, el contenido de este modelo de solución tampoco resulta satisfactorio para la consecución de los fines de la investigación que aquí se pretende llevar a cabo. Objetivo de este trabajo es determinar, precisamente, el desvalor de conducta del tipo de injusto de espionaje industrial y, de esta forma, delimitar su ámbito de aplicación de forma coherente con la gravedad de las penas que le han sido asignadas. Sin embargo, las propuestas relativas al consentimiento en el riesgo o bien ciñen la relevancia de la conducta de la víctima en la exclusión de la infracción del deber de cuidado (*Sorgfaltspflicht*) en los delitos imprudentes, o bien parecen intervenir en un estadio sistemático posterior, en el que el desvalor de la conducta del autor estaría presupuesto.

Por lo demás, la exigencia de una representación consciente por parte del lesionado (“víctima”) del alcance del riesgo aprobado deja sin respuesta dos grupos importantes de supuestos subsumibles en el tipo básico de espionaje industrial. Evidentemente se trata, en primer lugar, de todos aquellos supuestos de acceso o aseguramiento doloso de la información por parte de terceros en cuya posibilidad de producción el titular del secreto empresarial no ha reparado *ex ante*. En otras palabras, los supuestos de *inconsciencia* por parte de la víctima del riesgo de que se produzca la concreta agresión dolosa procedente de tercero. Así, por ejemplo, el caso de un empresario que no se plantea la posibilidad de que su competidor directo dedique recursos a examinar y analizar los desechos generados en su planta de producción y depositados en los contenedores públicos ubicados delante de su fábrica.

En segundo lugar, también en los casos en que la víctima se ha planteado la concreta posibilidad de agresión se presentan problemas de aplicación. En la medida en que las agresiones de las que estamos hablando son de carácter doloso, la mayor de las veces el nivel de riesgo de lesión dependerá casi exclusivamente de la voluntad del tercero (“autor”), siendo *ex ante* imposible

---

<sup>172</sup> FS-Puppe, 2012, p. 776.



para la víctima estimar el grado de riesgo al que se expone al establecer algún tipo de contacto con el tercero o al no incrementar su protección para evitar el mismo. Siendo esto así, difícilmente se cumplirá, en estos casos, el requisito de que la víctima haya apreciado de forma consciente el riesgo y su alcance para que su conducta pueda interpretarse como una aprobación imputable a su autonomía. Así, por ejemplo, cuando un empresario A contrata a un trabajador temporal B puede plantearse la posibilidad de que B sea un trabajador encubierto de la competencia. A menos que A conozca este detalle, jamás podrá estimar el riesgo efectivo del contacto, que depende exclusivamente de que B tenga efectivamente la intención de espiarle.

c) El dominio del hecho: autopuestas en peligro y heteropuestas en peligro consentidas

Insatisfecho con la vía del consentimiento con la que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias resolvían las constelaciones de casos en las que la víctima había intervenido consciente y voluntariamente en la puesta en peligro de su bien jurídico, en el año 1973, Claus ROXIN propuso<sup>173</sup> resolver la cuestión sobre la base del criterio del dominio del hecho, distinguiendo entre dos grandes grupos de casos: los que consistían en una autopuesta en peligro de la víctima, y los que consistían en una heteropuesta en peligro consentida.

A la luz de la regulación del homicidio a petición (§ 216 StGB), sancionado por el Código penal alemán vigente, y la del suicidio y la participación en el mismo, impunes, el autor hizo suya la lógica seguida por el legislador alemán y propuso un tratamiento diferenciado en función de si la lesión del bien jurídico había tenido lugar a través de un hecho dominado por la propia víctima (*autopuesta en peligro*) o de si la lesión respondía a un hecho causal dominado en última instancia por un tercero, pero con el consentimiento de la víctima (*heteropuesta en peligro consentida*).

Una vez establecida la distinción, su tratamiento jurídico-penal lo derivó, de nuevo, de la regulación del homicidio a petición (§ 216 StGB), del suicidio y de la participación en el suicidio, a partir de una argumento *a maiore ad minus*.

---

<sup>173</sup> ROXIN, «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en LACKNER ET AL. (ed.), FS-Gallas, 1973, pp. 241-259.

Si la *automuerte* es un hecho impune y la participación en aquella también, con mayor razón deben serlo la autopuesta en *peligro* y la participación en la misma, pues según ROXIN son claramente menos graves que la automuerte y la participación en ella<sup>174</sup>. Por el contrario, si causar la muerte de un tercero está penalmente castigado aun cuando responde a su expresa petición (§ 216 StGB), por regla general poner en peligro la vida de un tercero (*heteropuesta* en peligro) con su consentimiento también debería estarlo. Y ello no solamente por el argumento meramente formal de que ésta es la lógica seguida por el legislador penal en la protección de la vida humana, sino porque, en opinión del autor, existen verdaderas diferencias axiológicas entre una y otra forma de puesta en peligro de la vida humana. La clave es, como se ha dicho, el dominio material del hecho causante en última instancia de la lesión:

«El sentido más hondo de una tal diferenciación radica en que el alcance de una puesta en peligro mediante la propia acción está en todo momento sometido al propio dominio. En cambio, la mera tolerancia de un peligro procedente de un tercero expone a la víctima a un desarrollo impredecible, cuya reconducción o interrupción por ella a menudo ya no son posibles. Además, quien se expone a un peligro procedente de otro, normalmente no puede valorar con la misma precisión con la que valora la magnitud y límites de su propia acción la capacidad del tercero para dirigir la situación de riesgo»<sup>175</sup>.

No obstante, ROXIN exceptúa la regla general de punibilidad de las *heteropuestas en peligro* consentidas cuando, a pesar de que la víctima no domine materialmente la causa última de la lesión, el supuesto de hecho concreto sea valorativamente equivalente a una autopuesta en peligro. Esto sucederá cuando: a) el riesgo que se haya realizado en el resultado es el mismo que ha sido aceptado, b) cuando la víctima haya abarcado el riesgo en la misma

---

<sup>174</sup> FS-Gallas, 1973, p. 246. Lo ve completamente a la inversa PUPPE, «Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten», GA (8), 2009, p. 490, quien considera que los supuestos de autopuesta en peligro y participación en una heteropuesta en peligro consentida son *minus*, no *minus*, respecto de la participación en un suicidio y del homicidio a petición.

<sup>175</sup> FS-Gallas, 1973, p. 250; EL MISMO, «La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en Derecho penal», *InDret* (1), 2013, pp. 8. 15.

medida que el tercero “autor” y c) cuando víctima y autor carguen con la misma responsabilidad respecto del hecho<sup>176</sup>.

La impunidad de las *autopuestas en peligro* defendida por el modelo de ROXIN parte del carácter “doloso” de la autopuesta en peligro de la víctima, de su “imputabilidad” y del hecho de que la misma haya abarcado el riesgo en la misma medida que el tercero que participa en la autopuesta en peligro. A falta de estos requisitos estaríamos, más que en una participación en una autopuesta en peligro, en un supuesto de homicidio en autoría mediata<sup>177</sup>. Como se desprende de las concretizaciones mediante ejemplos que el autor realiza de su modelo, para poder hablar de autopuesta en peligro ésta debe haber abarcado de forma consciente el riesgo, en todo su alcance. Siendo esto así, y como se ha ocupado de precisar en las exposiciones más recientes de su modelo, la equivalencia axiológica entre una heteropuesta en peligro consentida y una autopuesta en peligro tendrá lugar cuando concurren los requisitos arriba mencionados, siendo la víctima *consciente* del riesgo y plenamente *imputable*<sup>178</sup>.

En cuanto a la ubicación sistemática de este modelo de solución, ROXIN siempre lo ha enmarcado dentro del esquema de la teoría de la imputación objetiva como teoría general del tipo (de lesión) penal. Si bien en el primer trabajo de 1973 situó la discusión en el *topos* del “fin de protección de la norma”, actualmente encuadra la solución de las autopuestas y heteropuestas en peligro consentidas en el juicio sobre el por él llamado “alcance del tipo”. Juicio característico de su modelo de teoría de la imputación objetiva y posterior a los juicios de “creación de un riesgo no permitido” y de “realización del mismo en el resultado”<sup>179</sup>, que metodológicamente él mismo califica de restricción teleológica del tipo objetivo<sup>180</sup>. El tratamiento jurídico-penal propuesto de las autopuestas en peligro y de las heteropuestas en

---

<sup>176</sup> FS-Gallas, 1973, p. 252; EL MISMO, *InDret* (1), 2013, pp. 14 y ss.

<sup>177</sup> En este sentido, véase ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 11 B nms. 113-114. En sentido idéntico al texto, SCHÜNEMANN, «Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil», en EL MISMO (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 73 y ss., 75.

<sup>178</sup> *AT I*, 4ª ed., 2006, § 11 B nm. 108, 110, 113, 118, 124.

<sup>179</sup> *AT I*, 4ª ed., 2006, § 11 B.

<sup>180</sup> ROXIN, *InDret* (1), 2013, pp. 14-15.

peligro consentidas parte de la base, por lo tanto, de que la conducta del tercero es creadora de un riesgo no permitido que se ha realizado en el resultado. Sin embargo, cuando concurren las condiciones arriba mencionadas, la conducta del tercero queda fuera del alcance del tipo y, por consiguiente, debe quedar impune<sup>181</sup>.

En cuanto al fundamento de esta restricción del alcance del tipo penal, pocas señas se encuentran más allá de las valoraciones que habrían inspirado al legislador en la regulación de los delitos contra la vida y contra la integridad física, concretamente la del homicidio a petición (§ 216 StGB) y la de las lesiones consentidas (§ 228 StGB), así como de los argumentos en torno al dominio material del hecho<sup>182</sup>. Recientemente, y al calor de las críticas que CANCIO MELIÁ le ha dedicado, ROXIN ha manifestado en la última edición de su manual que, en última instancia, su modelo se apoyaría sobre el principio de autorresponsabilidad, al igual que el modelo del autor español<sup>183</sup>. Existe, sin embargo, una diferencia importante: ROXIN parte de una concepción subjetivista de dicho principio, al contrario que CANCIO MELIÁ<sup>184</sup>.

La distinción entre autopuestas en peligro y heteropuestas en peligro consentidas ha tenido una extraordinaria acogida entre la doctrina y la jurisprudencia<sup>185</sup> alemanas. Existe unanimidad en que la participación en una *autopuesta en peligro* debe ser impune<sup>186</sup>. Conforme a la opinión mayoritaria, por imposibilidad de imputar objetivamente el resultado al partícipe<sup>187</sup>.

---

<sup>181</sup> *ATI*, 4ª ed., 2006, § 11 B nm. 106.

<sup>182</sup> De la misma opinión, STRATENWERTH, *FS-Puppe*, 2012, p. 1019-1020; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, p. 213-219.

<sup>183</sup> ROXIN, *AT*, 4ª ed., 2006, § 11 B nm. 125.

<sup>184</sup> La idea en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 161-163, 164 y ss.

<sup>185</sup> Por todas, véanse la sentencia del BGH 20.11.2008 – *Fabrlässige Tötung durch illegale Autorennen* (NSfZ 2009, p. 148) y la sentencia del BGH 11.12.2003 – *Injektions-Fall* (NSfZ 2004, p. 204).

<sup>186</sup> Por todos véanse *JK-RUDOLPHI*, 1994-, Vor § 1 nm. 79 y ss.; *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nms. 101 y ss.; *MiKo-FREUND*, «Vor §§ 13», vol. I, 2ª ed., 2011, nm. 418-421.

<sup>187</sup> Por todos, *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 101; *JK-RUDOLPHI*, 1994-, Vor § 1 nm. 79.

Mayor discusión ha suscitado el tratamiento jurídico-penal de las heteropuestas en peligro consentidas. Mientras ROXIN, como se ha dicho, sostiene que por regla general deben considerarse punibles en consonancia con las valoraciones hechas por el legislador penal alemán en materia de cooperación ejecutiva al suicidio (=homicidio a petición, § 216 StGB) y de las lesiones consentidas (§ 228 StGB), la doctrina tradicionalmente mayoritaria aboga por aplicar la lógica del consentimiento justificante a este grupo de casos<sup>188</sup>. Por su parte, y en el contexto de los delitos imprudentes, el BGH deniega también por regla relevancia jurídico-penal al consentimiento en los supuestos de heteropuesta en peligro. Aunque se reserva la posibilidad de absolver al imputado a través de un juicio circunstancial cuando, en atención a la plena responsabilidad del lesionado, su conocimiento del riesgo en toda su extensión, el motivo y finalidad de la puesta en peligro, las eventuales medidas de seguridad adoptadas, así como la medida de la falta de cuidado y la entidad del peligro, pueda considerarse que el consentimiento en el peligro del lesionado excluye la contrariedad a deber de la conducta del autor<sup>189</sup>. De hecho, como ya se ha mencionado, también ROXIN se reserva la posibilidad de considerar fuera del alcance del tipo penal una heteropuesta en peligro consentida cuando se cumplan las condiciones arriba enumeradas que, según el autor, la hagan axiológicamente equivalente a una autopuesta en peligro. Pero precisamente esta autoexcepción a su regla general ha sido interpretada como un indicio de la irrelevancia normativa de la distinción entre autopuestas en peligro y heteropuestas en peligro consentidas, al menos si la misma se realiza sobre la base del criterio del dominio del hecho<sup>190</sup>.

En España, el modelo de ROXIN ha sido asumido por autores como GIMBERNAT ORDEIG<sup>191</sup> y LUZÓN PEÑA<sup>192</sup>. Hasta lo que se ha alcanzado a ver, la

---

<sup>188</sup> Por todos, *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 101; *SK-RUDOLPHI*, 1994-, Vor § 1 nm. 81a.

<sup>189</sup> En relación con la doctrina del BGH, véanse, *SCHAFFSTEIN*, *FS-Welzel*, 1974, p. 569; *DÖLLING*, *GA*, 1984, pp. 73 y ss.

<sup>190</sup> *MURMANN*, *FS-Puppe*, 2012, p. 775; *STRATENWERTH*, *FS-Puppe*, 2012, p. 1019-1021; *CANCIO MELIÁ*, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 190 y ss., 207-219.

<sup>191</sup> *GIMBERNAT ORDEIG*, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en *OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO ET AL.* (coord.), *LH-Ruiz Antón*, 2004, *passim*. Sin embargo, a diferencia de ROXIN, que bajo excepcionales circunstancias admite la analogía entre la heteropuesta en

Sala segunda del Tribunal Supremo español, al margen de algunas resoluciones concretas en las que ha mencionado la distinción entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida<sup>193</sup> desde una perspectiva estrictamente fenomenológica, no ha tomado postura sobre la necesidad de valorar de forma distinta estas estructuras a los efectos del juicio de atribución de responsabilidad penal. Ello sin perjuicio de que, en la resolución de los casos que responden a tales estructuras fenomenológicas, pueda coincidir con dicho modelo<sup>194</sup>.

En efecto, a pesar de que la distinción de ROXIN haya marcado los términos de la discusión desde 1973, la diferenciación sobre la base del criterio del dominio del hecho ha sido objeto de importantes críticas. En primer lugar, se ha recordado que el criterio del dominio del hecho, como es sabido, requiere dolo, motivo por el cual no se aplica a los delitos imprudentes, donde en materia de títulos de intervención en el hecho rige el concepto unitario de autor. Siendo esto así, resulta contradictorio rechazar la aplicación del criterio del dominio del hecho en los delitos imprudentes –doctrina, por lo demás, ampliamente asentada en Alemania– e introducirlo a la hora de determinar la responsabilidad de los intervinientes en un delito imprudente en el que el lesionado ha consentido en el riesgo<sup>195</sup>. Pero la objeción de mayor calado es la que pone en duda la relevancia de quien dominó el curso causal lesivo en última instancia. Quién llevó a cabo el último acto arriesgado que se realizó

---

peligro consentida y la participación en una autopuesta en peligro, este autor no admite *en ningún caso* la absolución por una heteropuesta en peligro consentida: p. 445-447. Tan sólo admite tener en cuenta el consentimiento en el riesgo como circunstancia atenuante en la determinación de la pena.

<sup>192</sup> LUZÓN PEÑA, «Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo», *Revista General de Derecho Penal* (15), 2011, *passim*.

<sup>193</sup> En este sentido, véanse, por ejemplo, las sentencias del TS de 23 de julio de 2012, ponente Varela Castro; TS de 7 de junio de 2012, ponente Giménez García.

<sup>194</sup> En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG concluye que la Sala segunda resuelve las participaciones en una autopuesta en peligro de forma distinta, pues por regla general condena al partícipe, mientras que las heteropuestas en peligro consentidas las resuelve igual: condena en todo caso (LH-Ruiz Antón, 2004, pp. 447-451).

<sup>195</sup> MURMANN, FS-*Puppe*, 2012, p. 772; STRATENWERTH, FS-*Puppe*, 2012, p. 1019; PUPPE, GA (8), 2009, p. 492-493; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 190 y ss., 207-219.

inmediatamente en el resultado es una cuestión tan casual como trivial, se ha dicho<sup>196</sup>.

Con todo, ROXIN ha reivindicado la efectiva relevancia axiológica de un dato tan puramente físico-natural como éste remitiéndose al fragmento arriba reproducido de su trabajo primigenio: quien domina materialmente el curso de riesgo abarca con mayor precisión la entidad del mismo, lo que hace valorativamente diferente la autopuesta en peligro de la víctima de su puesta en peligro consentida de la mano de terceros<sup>197</sup>.

Sin embargo, con esta respuesta el propio ROXIN reconoce que el dominio material del riesgo no es un criterio último en su modelo, sino que más bien opera como presunción *iuris tantum* de conocimiento (cuando se posee el dominio material) o de desconocimiento (cuando no se posee el dominio material) del riesgo. Los criterios verdaderamente relevantes para determinar el alcance del tipo y decidir si la lesión es o no imputable al tercero que lesiona directa o indirectamente el bien jurídico de la “víctima” consintiente son, por tanto, los criterios arriba mencionados que ROXIN exige para considerar equivalente una autopuesta en peligro y una heteropuesta en peligro consentida: a) plena responsabilidad del lesionado, b) consciencia y conocimiento del riesgo y de su alcance, c) consentimiento de la acción arriesgada, d) que el riesgo realizado sea el que se ha consentido y e) que tercero y lesionado acarreen el mismo grado de responsabilidad en la acción arriesgada.

ROXIN reconoce que, si bien el contenido de los requisitos a) a d) es fácilmente deducible, el del requisito e) puede presentar mayores dificultades. El autor ha precisado su contenido en trabajos recientes, pudiéndose resumir como la *inclinación hacia el riesgo* de las partes intervinientes. El resultado lesivo se imputaría al ámbito de responsabilidad del interviniente que mayor inclinación mostró hacia el riesgo, independientemente de quién hubiese dominado materialmente el hecho. Así, a pesar de que el curso de riesgo hubiese sido dominado por el tercero (conductor del automóvil) si el lesionado (el pasajero) hubiese insistido en que el conductor aumentara imprudentemente la velocidad, la lesión que se

---

<sup>196</sup> Por todos, JAKOBS, «La organización de autolesión y heterolesión. Especialmente en caso de muerte», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 395-412; OTTO, FS-*Tröndle*, 1989, pp. 159-167, 170.

<sup>197</sup> ROXIN, *InDret* (1), 2013, pp. 9-11.

produjera sería imputable a su ámbito de responsabilidad, siempre que el conductor se hubiese mostrado neutral o reticente a la conducta<sup>198</sup>.

Pues bien, en la medida en que el modelo de la auto- y heteropuesta en peligro consentida, al menos en la versión de su artífice, se construye sobre la base de un consentimiento –por definición consciente– en el curso de riesgo, cuyo alcance y entidad deben ser conocidos por el consintiente, las mismas reservas que se dirigieron al rendimiento de las tesis del consentimiento a los efectos de la determinación del desvalor de conducta del tipo básico de espionaje industrial pueden dirigirse al modelo acabado de exponer. Que el tipo de espionaje industrial esté destinado a proteger un bien jurídico de naturaleza económico-patrimonial y que, por lo tanto, no le sean trasladables la mayor parte de objeciones y reservas que, con base en los tabúes en torno a la muerte y las lesiones graves positivizados en los arts. 143 (homicidio a petición, cooperación al suicidio) y 155 Cp (lesiones consentidas) se formulan contra los modelos de exclusión de responsabilidad aquí expuestos, a menudo concebidos exclusivamente en torno a este grupo de delitos, no significa que en la aplicación de dichos modelos a los delitos de violación de secretos empresariales pueda prescindirse de sus rasgos fundamentales. A saber, que la conducta del tercero se presupone constitutiva de un riesgo no permitido que se realiza en el resultado, cuya imputación objetiva –o su antijuridicidad, según el modelo– tan solo se considera excluible cuando el titular del bien jurídico disponible haya *consentido* de forma *consciente* en el riesgo de lesión, cuyo contenido y alcance *conoce*.

Adviértase que, hasta lo que se ha alcanzado a ver, las propuestas que niegan la responsabilidad penal del “autor” con base en el consentimiento en el riesgo de la “víctima” se circunscriben a un determinado tipo de casos: aquellos en los que existe *el riesgo* de que la conducta del autor resulte lesiva para el bien jurídico de la víctima. Dichas propuestas no pretenden resolver los supuestos en los que, desde una perspectiva *ex ante*, puede concluirse que la conducta del autor se concretará en una lesión para el bien jurídico de la víctima. Estos casos son el objeto de la doctrina clásica del consentimiento<sup>199</sup>.

De acuerdo con los modelos analizados, el consentimiento de la víctima en el riesgo creado por el autor excluye la responsabilidad penal de este último

---

<sup>198</sup> ROXIN, *InDret* (1), 2013, pp. 14-21.

<sup>199</sup> En este sentido véase NK-PUPPE, 4ª ed., 2013, Vor. §§ 13 ff. nm. 199.



cuando el bien jurídico es de carácter disponible. Sin embargo, los supuestos de violación de secreto empresarial objeto de esta investigación no consisten en conductas de riesgo de lesión del bien jurídico que su titular haya podido consentir, sino en conductas intencionadas de aseguramiento, uso o revelación en contra de la voluntad del titular del secreto empresarial. Por ello, dichas propuestas no permiten fundamentar el modelo interpretativo del tipo básico de espionaje industrial aquí propuesto.

La reconstrucción del tipo básico de espionaje industrial en torno a la vulneración de una barrera de protección del secreto empresarial pretende resolver, también, los casos en los que el titular del secreto empresarial (“víctima”) ha contribuido de forma *inconsciente* en la lesión de su bien jurídico, o ha sido inconscientemente descuidado en su protección frente a terceros. Se trata de determinar las conductas penalmente relevantes o, en otras palabras, el nivel de “riesgo” permitido. Las propuestas hasta aquí analizadas, o bien no dan respuesta a esta cuestión, o bien entienden que cuando la conducta del autor (el “riesgo”) no es consentida por la víctima, la misma (el “riesgo”) es en todo caso no permitida y el resultado imputable al autor. Esta última solución no puede compartirse de acuerdo con lo visto *supra* VI.4 y 5.

#### d) El principio de autorresponsabilidad

Los dos criterios de delimitación de los ámbitos de responsabilidad de la víctima y del autor vistos hasta aquí, el consentimiento y el dominio del hecho, consisten en criterios basados en lo psicológico y lo fáctico, respectivamente. Denominador común es que la víctima haya *abarcado* en mayor o menor medida el riesgo de lesión y *aceptado* de forma *consciente* su curso para que el tercero vea excluida su responsabilidad penal por el hecho. Las propuestas de solución, por otra parte, suelen ceñirse a los delitos imprudentes.

En los últimos años, no obstante, un grupo importante de autores viene trabajando en un criterio marcadamente normativo: el de la imputación del daño preferentemente a la víctima con base en el *principio de autorresponsabilidad*. Del *principio de libertad de organización* del ciudadano, del que partiría la Constitución española con base en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), se deduce el principio de

autorresponsabilidad por los daños que puedan derivarse del ejercicio de dicha libertad de organización. De ahí se deduce, a su vez, el *principio de responsabilidad preferente* por los daños que puedan derivarse de la libre gestión de los propios bienes<sup>200</sup>. Lo que vendría confirmado por la prohibición excepcional de la contribución de terceros en la destrucción o puesta en peligro de los bienes del ciudadano en el ejercicio de su libertad de organización y disposición. Oponerse a un tal razonamiento deductivo y a la validez del principio de responsabilidad preferente «implicaría privar al titular de su libertad de organización e imponer a los demás un deber de tutela que, al no estar formulado de modo expreso, no existiría»<sup>201</sup>.

La concreción del principio de autorresponsabilidad preferente, sin embargo, no siempre se ha llevado a cabo desde una perspectiva absolutamente normativo-objetiva, desligada de lo fáctico y lo psicológico. Autores que han fundamentado sus propuestas de solución en el principio de autorresponsabilidad han limitado el alcance de sus propuestas al ámbito de los delitos imprudentes<sup>202</sup>, han hecho concesiones al dominio fáctico del hecho<sup>203</sup> o han entendido el principio de autorresponsabilidad desde una perspectiva subjetivista, exigiendo también la consciencia y aceptación del

---

<sup>200</sup> En términos similares SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pp. 1-6; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1991, pp. 79-81. Deduce el principio de autorresponsabilidad preferente de la premisa mayor según la cual nadie puede ser hecho responsable de los hechos de terceros, LENCKNER, «Technische Normen und Fahrlässigkeit», *FS-Engisch*, 1969, p. 504; *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 101. En términos similares NEUMANN, «Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des “Opfers”», *JA* (5), 1987, pp. 247-249.

<sup>201</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, p. 277-281, p. 280.

<sup>202</sup> WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1991, *passim*.

<sup>203</sup> Por ejemplo *Schö/Schrö*-LENCKNER/EISELE, 28ª ed., 2010, Vor. §§ 13 ff. nms. 100 y ss., 102, quienes ofrecen soluciones distintas en función de si el riesgo creado por el autor se realiza directamente en el resultado (heteropuesta en peligro consentida - imputación) o indirectamente (participación en una autopuesta en peligro - no imputación). La misma valoración (crítica) de la postura de LENCKNER/EISELE en *NK-PUPPE*, 4ª ed., 2013, Vor. §§ 13 ff. nm. 178 y ss. En la 29ª edición EISELE mantiene en la fundamental la postura defendida en la 28ª: *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 101, donde se remite al régimen del consentimiento justificante para la solución de los supuestos calificables de heteropuestas en peligro consentidas.

riesgo por parte de la víctima como presupuestos para hablar de autorresponsabilidad<sup>204</sup>.

Con todo, existe un sector doctrinal minoritario que sí propone enfocar la problemática desde una perspectiva estrictamente normativo-objetiva. Uno de los autores que ha ido más lejos en el desarrollo del principio de autorresponsabilidad en términos normativo-objetivos es CANCIO MELIÁ. En su opinión, la cuestión sobre la relevancia de la conducta de la víctima para la determinación de la responsabilidad penal del autor debe resolverse en función de si el riesgo que se realiza en el resultado era normativamente *asunto* de la víctima o del autor, esto es, en función de si correspondía al ámbito de responsabilidad de la primera o al del segundo, pero con base en criterios estrictamente normativos. Lo fáctico, lo psicológico, la concreta representación de la víctima respecto del riesgo no debería ser el elemento central<sup>205</sup>. Aunque tanto el *conocimiento* como el *consentimiento* del peligro por parte de la víctima pueden ser «indicios» de que el riesgo debe imputarse a su ámbito de responsabilidad, no se consideran ni necesarios, ni siempre suficientes. Los criterios deben ser normativos, como los *deberes de garante* con los que pueda cargar el autor respecto de los bienes de la víctima, o el criterio de la *imputación preferente a la víctima* con base al principio de autorresponsabilidad, que permite imputarle el riesgo a pesar de no consentirlo ni ser consciente del mismo<sup>206</sup>. De este modo, por ejemplo, en el caso de que un sujeto decidiera subir al coche de un conocido visiblemente embriagado, si el posterior resultado lesivo fuera la realización de dicho riesgo, la lesión debería considerarse imputable a la víctima, incluso en el

---

<sup>204</sup> ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 11 B nms. 106 y ss., 125; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, 1991, pp. 98-105.

<sup>205</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 172-175. La misma idea en JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, 7/129, sostiene que «es posible que un afectado que se introduce en una situación arriesgada, o no se desmarque de ella, sea responsable él mismo de las consecuencias previstas e incluso de las no previstas. El manejo *inconscientemente* descuidado de los propios bienes puede llevar al *obrar al propio riesgo*, que exime de responsabilidad al “dañador”» (cursiva en el original). También proponen soluciones unitarias, con independencia de si el autor actúa con dolo o imprudencia, *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 101, aunque sólo en relación con la participación en una autopuesta en peligro; NEUMANN, *JA* (5), 1987, pp. 248-249.

<sup>206</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, p. 173.

caso de que ésta no se hubiera percatado del estado de embriaguez del conductor y siempre y cuando aquel no fuera garante de protección de la vida o integridad física de la víctima.

La responsabilidad de la víctima se considera preferente, pero en ningún caso exclusiva. Al contrario, la operatividad del principio de imputación preferente se limita a través de tres requisitos cumulativos: a) que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, b) que la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada (auto-)responsable, c) que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.

Los sucesos o contactos lesivos que pueden calificarse como pertenecientes al ámbito de organización conjunta de autor y víctima debe determinarse de forma objetiva, independientemente de las representaciones subjetivas de cualquiera de las dos partes<sup>207</sup>. Mientras un buen número de propuestas doctrinales ciñen sus consideraciones al ámbito de los delitos imprudentes, aquí se da explícitamente un paso más allá y se extiende el alcance del modelo propuesto a las lesiones del bien jurídico con dolo por parte del autor<sup>208</sup>. Así, por ejemplo, en un contacto sexual sin uso de medios profilácticos entre un sujeto y una prostituta portadora del virus VIH, es irrelevante a efectos de constatar la existencia de una organización conjunta

---

<sup>207</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, p. 289 y ss.

<sup>208</sup> Los supuestos de actuación dolosa por parte del autor con consentimiento en el *riesgo* por parte de la víctima (casos objeto de estudio por las propuestas aquí comentadas) no deben confundirse con los supuestos de comisión dolosa por parte del autor con consentimiento en la *lesión* por parte de la víctima. Todo ello sin perjuicio de que también cupiera introducir distinciones en función del nivel de riesgo de la conducta. No parece que deban merecer la misma valoración una lesión fruto de una conducta que acarrea un riesgo casi seguro de lesión (inyectar un veneno mortal, por ejemplo), que una lesión fruto de una conducta arriesgada (conducción temeraria, por ejemplo), a pesar de que concurriera dolo de lesionar por ambas partes, autor y víctima. En este sentido también JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 7/128, quien sostiene que la relevancia penal del consentimiento de la víctima en el riesgo puede y debe enjuiciarse independientemente de las representaciones subjetivas del *autor*, esto es, de si actúa con dolo o imprudencia respecto del riesgo que consiente la víctima.

el hecho de que la prostituta supiera que era portadora del virus y que el cliente no tuviera noticia alguna al respecto. Incluso en el caso de que concurriera dolo por parte de la mujer, el contagio sería preferentemente imputable al cliente incauto<sup>209</sup>. El problema, sin embargo, es que un principio de responsabilidad preferente de la víctima junto con una determinación objetiva de lo que constituye una organización conjunta desemboca en algunas soluciones axiológicamente difíciles de asumir: ¿cabe hablar de organización conjunta, por ejemplo, cuando una mujer se cita con un hombre sabidamente violento, a solas y en su casa, siendo finalmente víctima de malos tratos por parte de aquél?

Sin perjuicio de los demás requisitos configuradores de su propuesta (imputabilidad de la víctima; ausencia de deberes de protección del autor frente a la víctima), CANCIO MELIÁ ha tratado de contener el desbordamiento de su propuesta por dos vías. En primer lugar, exigiendo que la determinación de lo que debe considerarse una organización conjunta se lleve a cabo bajo patrones normativos<sup>210</sup>. En segundo lugar, excluyendo la imputación preferente a la víctima cuando el desnivel de conocimientos sobre el riesgo entre víctima y autor permita concluir que la primera fue instrumentalizada por el segundo<sup>211</sup>.

De los “patrones normativos” únicamente se dice que son “conjuntos” aquellos aspectos de la organización que «se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima (...). Sólo aquellos factores de riesgo que pueden entenderse como elemento inevitable de la actividad son asumidos en función de la autonomía de la víctima». Así, se consideran organizaciones conjuntas el contacto sexual sin profilaxis con una prostituta o la adquisición de droga ilegal que, posteriormente, resultan perjudiciales para la salud. En cambio, se rechaza la posibilidad de calificar como fruto de una organización conjunta la muerte derivada de un paseo por un bosque en el que se conoce la presencia de cazadores furtivos o las lesiones de una mujer causadas por el hombre sabidamente violento con el que quedó a solas<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, p. 291.

<sup>210</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 292 y ss.

<sup>211</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 365 y ss.

<sup>212</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 293-294.

En cuanto a la otra vía de contención, a saber, la prohibición de instrumentalización de la víctima a través del desnivel de conocimientos sobre el riesgo, se excluye la organización conjunta cuando el contexto de peligro imputable a la víctima sea inferior en potencial lesivo al contexto imputable al autor. Siguiendo con los anteriores ejemplos, CANCIO MELIÁ imputa el contagio al cliente en un caso de contacto sexual sin profilaxis con una prostituta. Sin embargo, lo imputa a su cónyuge portadora del virus cuando se produce en el marco de su relación sentimental estable<sup>213</sup>. Esta solución de los casos responde a la siguiente lógica: en los contactos sexuales dentro del matrimonio hay la expectativa normativa de ausencia de riesgo de contagio. Por el contrario, en de la relación esporádica con una prostituta cabe esperar todo lo contrario.

El modelo acabado de exponer plantea algunas dudas: ¿qué cabe decir de los contactos esporádicos con una persona desconocida que no pertenece al mundo de la prostitución? ¿Y de los contactos con una persona conocida, pero con la que no existe vínculo matrimonial alguno? Con los criterios de CANCIO MELIÁ en la mano, parece que tan solo cuando el tercero ocupara una posición de garante respecto del lesionado (la del cónyuge, por ejemplo) podríamos hablar de víctima e imputar la lesión al ámbito de responsabilidad del autor. Pero, ¿tan intensa es la vigencia del principio de (auto-)responsabilidad preferente como para desbancar al principio de *neminem laedere* (recordemos que los “autores” pueden ser dolosos) en todos los demás casos?

Bajo el título de “imputación a la víctima”, la institución se propone con pretensiones de aplicación general. Sistemáticamente, la propuesta se ubica en sede de tipicidad. Concretamente, en una subcategoría *nueva* de la teoría de la imputación objetiva, inmediatamente después del juicio sobre la naturaleza permitida o prohibida del riesgo<sup>214</sup>. Como se ve, la propuesta examinada presupone, al igual que la de ROXIN, la existencia de un riesgo previo no permitido.

El modelo de la *responsabilidad preferente de la víctima* ha sido objeto de múltiples críticas. Las objeciones han sido tanto de carácter político-criminal, como

---

<sup>213</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, p. 372.

<sup>214</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, p. 282.

metodológico y dogmático<sup>215</sup>. Por lo que se refiere a las de naturaleza político-criminal, en la medida en que fundamentalmente giran en torno al rechazo de la lógica de la autoprotección, lógica que también adoptan las tesis víctima-dogmáticas, nos remitimos a lo que en el análisis de dichas propuestas se dirá al respecto. En cuanto a las críticas dogmáticas y metodológicas, a continuación nos centraremos exclusivamente en las que nos parecen más relevantes de cara al objeto de la presente investigación.

En primer lugar cabe mencionar las objeciones vertidas contra el fundamento mismo de estas propuestas: el principio de autorresponsabilidad. Se ha señalado que el reconocimiento constitucional y jurídico de la libertad y dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad no lleva necesariamente implícita como contrapartida la (auto-)responsabilidad preferente por los daños derivados de la libre organización de la propia persona y bienes<sup>216</sup>. Al contrario, se advierte de que el legislador penal español tan solo ha tenido en cuenta el principio de autorresponsabilidad para descartar su vigencia, concretamente en los delitos contra la vida y la integridad física de las personas (arts. 143 y 155 Cp: homicidio a petición, cooperación en el suicidio, etc.; lesiones consentidas)<sup>217</sup>. Estas afirmaciones son tan ciertas como inocuas para los defensores del principio de autorresponsabilidad. En primer lugar, que del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) no se derive necesariamente el principio de autorresponsabilidad no significa que sea metodológicamente inderivable. Considerar al ciudadano preferentemente imputable por los daños derivados del ejercicio de su libertad es una posible interpretación del artículo 10 CE, así como del modelo constitucional de estado y ciudadano en

---

<sup>215</sup> Por todos HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, pp. 153-209; SCHÜNEMANN, «Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil», en EL MISMO (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, *passim*.

<sup>216</sup> LUZÓN PEÑA, «Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo», *Revista General de Derecho Penal* (15), 2011, pp. 10-11. SCHÜNEMANN, en EL MISMO (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 73 y ss.; EL MISMO, *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 169 y ss.

<sup>217</sup> GIMBERNAT ORDEIG, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO ET AL. (coord.), *LH-Ruiz Antón*, 2004, pp. 438-443.

torno a los cuales pueden concretizarse las distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico. Interpretación que, en la medida en que no conculque otros derechos o principios constitucionales, es perfectamente conforme con la Constitución y las leyes. En segundo lugar, es también cierto que el legislador ha tenido en cuenta el principio de autorresponsabilidad en relación con los delitos contra la vida y la integridad física, precisamente para descartar su vigencia en determinados sectores de sus respectivos ámbitos de aplicación. Sin embargo, esto no dice nada respecto del resto de delitos previstos en la parte especial del Código penal, así como del resto de sectores del ámbito de aplicación de los delitos contra la vida y la integridad física que no son objeto de la expresa derogación del principio de autorresponsabilidad por parte del legislador. Lo contrario significaría convertir la excepción en regla.

El problema de los modelos construidos sobre la base del principio de autorresponsabilidad entendido en términos estrictamente objetivos no es de fundamento, sino de alcance. PUPPE, por ejemplo, entiende que la regla general debe ser la de la corresponsabilidad de autor y víctima por la lesión en la que ambos han contribuido. En efecto, y como señala la autora, para hacer responsable de la lesión al tercero interviniente no hace falta hacerle responsable de los hechos del prójimo (la víctima), pues su conducta es, desde el principio, cocausante del resultado lesivo<sup>218</sup>. En opinión de PUPPE, la (co-)responsabilidad del tercero “autor” tan solo cabría excluirla en determinados casos, cuando hubiera un fundamento sólido al respecto. Esto tan sólo ocurriría cuando no hubiera *necesidad de protección* de la víctima, por ser la lesión imputable al ejercicio irracional de su libertad, o cuando la víctima no *mereciera la protección*, por haber provocado ella misma la lesión (la víctima fue lesionada por un tercero que actuó en legítima defensa frente a ella, por ejemplo) aunque no hubiere abarcado el riesgo en toda su dimensión<sup>219</sup>.

En el plano dogmático, se ha criticado la desatención a las representaciones subjetivas de víctima y autor en la determinación de la responsabilidad penal de este último. Pues cuando exista *dominio del hecho* y *dolo* por parte del tercero

---

<sup>218</sup> PUPPE, «Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt», *ZIS* (6), 2007, p. 248.

<sup>219</sup> PUPPE, *ZIS* (6), 2007, pp. 250-252.



y falta de representación del riesgo por parte del lesionado, no cabrá hablar de organización conjunta en ningún caso, sino de una *autoría mediata* en toda regla<sup>220</sup>.

Al margen de estas objeciones, el principio de autorresponsabilidad tampoco resulta enteramente satisfactorio a los efectos de fundamentar dogmáticamente el modelo interpretativo del tipo penal básico de espionaje industrial. Incluso los modelos de concreción más atrevidos, con una perspectiva estrictamente objetiva, no permiten fundamentar una configuración restrictiva del tipo en torno a la superación de barreras de (auto)protección. Como se ha visto, condición de aplicación del principio de responsabilidad preferente de la víctima es la existencia de una organización conjunta entre víctima y autor en torno al peligro típico. La existencia de una organización conjunta se determinada objetivamente, con base en patrones normativos. Como ejemplos de una organización de este tipo respecto de un peligro de lesión se mencionan el mantenimiento de relaciones sexuales con una prostituta, o la adquisición de droga ilegal. Pues bien, no parece que pueda hablarse de organización conjunta con base en patrones normativos entre el titular de un secreto empresarial y aquél que sin su consentimiento se asegura la información. En estos casos, la conducta relevante de la víctima es la de mantener la información bajo secreto en el marco de una actividad empresarial. La alternativa segura sería proteger la información mediante un título de propiedad intelectual o industrial. Sin embargo, los patrones normativos que deberían servir para valorar el riesgo de destrucción del carácter secreto de la información derivado de la decisión de mantenerla bajo secreto no parece que permitan imputar el riesgo al titular de la información. Tanto los arts. 13 y 14 de la Ley de Competencia Desleal, como la cláusula general de deslealtad (art. 4), garantizan normativamente las expectativas de reserva del titular legítimo de la información. Luego la explotación de la información en régimen de reserva no se puede considerar una opción empresarial normativamente arriesgada cuyas consecuencias lesivas deban imputarse de forma preferente a la autorresponsabilidad de la víctima. A mi juicio, el caso es análogo al de quien mantiene relaciones sexuales dentro del matrimonio. Sin duda existe un riesgo fáctico de lesión, pero al cónyuge se le asegura normativamente, contrafácticamente, la expectativa de no infección.

---

<sup>220</sup> SCHÜNEMANN, en EL MISMO (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 73 y ss.; EL MISMO, *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 169 y ss.

En segundo lugar, incluso en el caso de que consideráramos que existe una organización conjunta entre titular del secreto y tercero espía, cabe preguntarse por el estándar de autoprotección exigible a la víctima. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de ingeniería inversa, *dumpster diving*, entrevistas sistemáticas a trabajadores del titular del secreto, engaños sobre las intenciones comerciales (hacerse pasar por cliente), etc.

e) La tesis víctima-dogmática

Bajo la doctrina comúnmente denominada “víctimo-dogmática” pueden incluirse propuestas con ciertas diferencias en cuanto a la metodología de la que parten, los fundamentos en los que se basan o el alcance que pretenden<sup>221</sup>.

Entre los diferentes autores encuadrables bajo esta corriente de pensamiento dogmático, Bernd SCHÜNEMANN puede considerarse su mayor valedor, y su concreta propuesta el principal blanco de las críticas que se han formulado contra esta doctrina. El autor ha expuesto su tesis con profusión y meridiana claridad: «Las ciencias sociales han llegado a la conclusión de que una política de ultracriminalización no solo es inútil para el Derecho penal, sino que le resulta, de hecho, perjudicial. Este hallazgo, desde una perspectiva normativa, se corresponde al postulado, alimentado por el pensamiento propio de un Estado de Derecho liberal, de que el Estado tan solo puede hacer uso de su arma más nociva –el Derecho penal– como *ultima ratio* para

---

<sup>221</sup> AMELUNG, *GA* 1984, p. 579-583; ARZT, «Viktimologie und Strafrecht», *MschKrim* (2), 1984, pp. 110-114; BLEI, «Strafschutzbedürfnis und Auslegung», en ROXIN (ed.), *FS-Henkel*, 1974, pp. 113, 123; GÜNTHER, «Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung», en ESER et al. (ed.), *FS-Lenckner*, 1998, pp. 76-80; SCHÜNEMANN, «Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat», en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed.), *Mediating principles*, 2006, *passim*; EL MISMO, «Sistema de Derecho penal y Victimodogmática», en LH-Cerezo Mir, 2002, pp. 159-172, *passim*; HÖRNLE, «Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht», *GA* (11), 2009, pp. 626-635.

la prevención de conductas socialmente lesivas»<sup>222</sup>. En particular, «el hallazgo empírico de la victimología, según el cual una aproximación limitada al comportamiento del autor jamás será capaz de explicar en su totalidad el hecho delictivo, por lo que tan solo la atención al comportamiento de la víctima constituye una “criminología total”, hace imperativo reconocer directamente en el plano *normativo* que el merecimiento de pena y la necesidad de pena del autor se encuentra en función del merecimiento de protección y necesidad de protección de la víctima y que, por tanto, la imposición de pena como *ultima ratio* por parte del Estado para la prevención de daños sociales *no* ha lugar cuando la víctima *no merece ni necesita protección alguna*»<sup>223</sup>. Luego, «el Derecho penal debería ser subsidiario a la autoprotección posible y exigible de la víctima»<sup>224</sup>.

En cuanto a la naturaleza dogmática de la propuesta, SCHÜNEMANN no se ha cansado de repetir que se trata de una mera máxima interpretativa a tener en cuenta en la interpretación teleológica de los tipos penales, para restringir su ámbito de aplicación, siempre que su tenor literal lo permita y siempre que el bien o bienes jurídicos protegidos fueran de los considerados disponibles por la víctima<sup>225</sup>. El principio víctima-dogmático se propone como un principio regulativo que debe ser considerado en el trabajo de interpretación de los tipos penales junto al principio de protección de bienes jurídicos, al que se contrapone: «el fin de la protección del bien jurídico como así también el pensamiento de la corresponsabilidad de la víctima deben ser

---

<sup>222</sup> SCHÜNEMANN, «Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht», en ZEILDER *et al.* (ed.), *FS-Faller*, 1984, pp. 358.

<sup>223</sup> SCHÜNEMANN, *FS-Faller*, 1984, pp. 362.

<sup>224</sup> SCHÜNEMANN, «Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», *NSfZ* (10), 1986, p. 439. El autor ha precisado y profundizado su tesis en ulteriores trabajos, aunque nunca se ha desviado de los postulados básicos expuestos en los trabajos iniciales aquí reproducidos. En este sentido, véanse SCHÜNEMANN, en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed.), *Mediating principles*, 2006, pp. 18-35; EL MISMO, «Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil», en EL MISMO (ed.), *Strafrechtssystem und Betrug*, 2002, pp. 51-87.

<sup>225</sup> SCHÜNEMANN, *NSfZ* (10), 1986, pp. 438-441; EL MISMO, *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 166-172; EL MISMO, en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed.), *Mediating principles*, 2006, pp. 31 y ss.

considerados principios opuestos en el marco de la interpretación total»<sup>226</sup>. En cuanto a las condiciones concretas que deben concurrir para excluir el injusto por falta de merecimiento o necesidad de protección, «dependen de la configuración legal del tipo y deben ser desarrolladas sistemáticamente en el nivel del tipo penal concreto»<sup>227</sup>.

La tesis víctima-dogmática ha generado convulsión desde la aparición de los primeros trabajos encuadrables bajo sus postulados. Las críticas han sido numerosas y de múltiple naturaleza. En el plano metodológico, se ha afirmado que este tipo de propuestas consisten en una reducción teleológica de los tipos penales *contra legem*<sup>228</sup>. Desde una perspectiva político-criminal, se ha acusado a la víctima-dogmática de fomentar en los ciudadanos el recelo y temor entre ellos mismos, generando un clima general de desconfianza<sup>229</sup>. Desde el punto de vista dogmático, se han criticado tanto los fundamentos, como el contenido y alcance de sus propuestas<sup>230</sup>. Veamos esas críticas con algo más detalle.

#### i) La crítica metodológica

Según HILLENKAMP, la exclusión de la tipicidad de la conducta del autor por razón de la conducta descuidada de la víctima para con su bien jurídico se basa en una analogía *in bonam partem* que, en la medida en que supone una ampliación de la libertad del autor a costa de la de las potenciales víctimas, debe considerarse prohibida por el principio de legalidad penal. La ley penal no sólo es la Magna Carta del autor, sino también la de la víctima<sup>231</sup>.

La crítica, original de HILLENKAMP y escasamente secundada por el resto de autores críticos con la víctima-dogmática, ha sido rebatida por el propio SCHÜNEMANN. La interpretación teleológica de los tipos penales a través del principio víctima-dogmático no tiene por qué suponer una reducción *contra legem* de su ámbito de aplicación, sino que puede consistir en una restricción

---

<sup>226</sup> SCHÜNEMANN, LH-*Cerezo Mir*, 2002, p. 170.

<sup>227</sup> SCHÜNEMANN, *NSiZ* (10), 1986, p. 440.

<sup>228</sup> Por todos, HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, pp. 135-192.

<sup>229</sup> Por todos, HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, pp. 192-209.

<sup>230</sup> Por todos, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 242-256.

<sup>231</sup> HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, pp. 135-192, 154-155.

*secundum legem* siempre y cuando los recortes interpretativos no afecten al “núcleo de significado” (*Bedeutungskern*) de su tenor literal, sino que se constriñan a su “campo de significado” (*Bedeutungshof*)<sup>232</sup>. En este “campo de significado” se habrían mantenido, según SCHÜNEMANN, las propuestas víctima-dogmáticas formuladas hasta el momento sobre tipos concretos de la parte especial, como por ejemplo las relativas al tipo de estafa del § 263 StGB<sup>233</sup> o al de violación de secretos de las personas físicas del § 203 StGB<sup>234</sup>. Así, por ejemplo, en el marco del delito de estafa, considerar que en los supuestos de *duda* por parte de la víctima no se produce un *engaño* típico no representaría un recorte del *núcleo de significado* del concepto engaño, sino que tan solo afectaría –restringiéndolo– a su *campo de significado*. Los supuestos de duda quedan fuera del núcleo duro del concepto “engaño”.

Una propuesta víctima-dogmática que sí incurriría en reducción teleológica es, por el contrario, la que ARZT formula en relación con el tipo de estafa del § 263 StGB<sup>235</sup>. El autor excluye de su ámbito de aplicación conductas que caerían perfectamente dentro de su “núcleo de significado”. Así, por ejemplo, los engaños causados por mentiras burdas (*plumpe Lügen*). Como advierte SCHÜNEMANN<sup>236</sup>, por tosco que sea el embuste existirá el “engaño” típico si la víctima se lo cree sin dudar en ningún momento sobre su veracidad. No obstante, el mismo SCHÜNEMANN reconoce que cuando la reducción teleológica es la única forma de evitar una concreción de la norma contraria a los principios constitucionales –como lo podría ser una interpretación del tipo de estafa que incluyera los engaños causados con mentiras burdas, por ejemplo, por ser contraria al principio de

---

<sup>232</sup> SCHÜNEMANN, *FS-Faller*, 1984, p. 367-369. De igual modo, AMELUNG, *GA*, 1984, p. 582.

<sup>233</sup> AMELUNG, «Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug», *GA* 1977, pp. 1-17; R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, 1981.

<sup>234</sup> SCHÜNEMANN, «Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen», *ZStW* (1), 1978, pp. 11-63.

<sup>235</sup> ARZT, *MschKrim* (2), 1984, pp. 112 y ss. También se citan como ejemplos de reducciones teleológicas del tipo de estafa del § 263 StGB los trabajos de ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, 1986 y KURTH, *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, 1984.

<sup>236</sup> *NSZ* (10), 1986, p. 442.

proporcionalidad—, tal recurso metodológico está permitido, también en Derecho penal<sup>237</sup>.

ii) La crítica político-criminal

Quizá el grupo más numeroso de críticas dirigidas contra la tesis víctima-dogmática es el relativo a las que atacan sus eventuales implicaciones político-criminales. En primer lugar, se denuncia que el condicionamiento de la protección penal a la adopción de las medidas de autoprotección asequibles y exigibles a la víctima supone una ampliación injustificada e innecesaria de la libertad de acción del autor doloso en detrimento de la libertad de acción de las potenciales víctimas<sup>238</sup>. La misma colaboración que la víctima-dogmática exige a la víctima en la protección de sus bienes jurídicos puede exigirse —se dice— al autor en el respeto de los bienes jurídicos ajenos. Y, ante tal diatriba, el Estado debería colocarse del lado de la víctima<sup>239</sup>. Se advierte, además, del peligro de que la exclusión de la responsabilidad penal del autor neutralice el carácter disvalioso de su conducta, eliminando la función preventiva y pedagógica de la norma penal<sup>240</sup>. A su vez, y como la otra cara de una misma moneda, se previene de la “revictimización” de la víctima a la que daría lugar la denegación de la protección penal por la no adopción de las medidas de autoprotección exigibles, concluyendo, casi a modo de profecía, que la tesis víctima-dogmática conduce irremediabilmente a un incremento de la criminalidad por estos motivos<sup>241</sup>. De igual modo, se predice que la asunción de esta tesis acabaría validando la desalentadora máxima de que “el hombre es un lobo para el hombre” (*homo homini lupus est*). Las exigencias de autoprotección llevarían a un clima generalizado de desconfianza, a un enrarecimiento de la convivencia en sociedad en la que el vecino se vería como un potencial

---

<sup>237</sup> SCHÜNEMANN, *NSZ* (10), 1986, p. 442.

<sup>238</sup> HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, p. 195. Entre los autores críticos recientes, acoge esta idea, por todos, *MiKo-FREUND*, 2ª ed., 2011, nm. 427.

<sup>239</sup> ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 14 C nm. 21.

<sup>240</sup> FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, p. 162.

<sup>241</sup> HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, p. 199-204. En España, advierte sobre una pérdida de capacidad preventivo-general de la norma penal, ROPERO CARRASCO, «¿Hay que “merecer” la protección del derecho penal?: derechos y deberes de las víctimas», en ALCÁCER GUIRAO/CUERDA RIEZU (dir. cong.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, 2006, p. 126.

agresor. Se impondría la “cultura de las puertas cerradas”, convirtiéndose la propia morada en una fortaleza diseñada para evitar cualquier contacto social; todo ello cuando hay consenso en considerar que la misión del Derecho penal es precisamente la contraria: la de la pacificación y estabilización de la sociedad –y la consiguiente facilitación de los contactos sociales– mediante la prevención<sup>242</sup>. Se habla, en este sentido, de un fracaso anticipado del Derecho penal<sup>243</sup> y de un retorno a la venganza privada<sup>244</sup>.

A estas apocalípticas previsiones los defensores de la tesis víctima-dogmática han respondido que sus propuestas se dirigen a la interpretación restrictiva de un grupo muy limitado de delitos, cuyos bienes jurídicos protegidos son disponibles por parte de sus titulares, que responden a una estructura relacional (delitos de relación en los que la víctima contribuye de algún modo a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico) y del que, en cualquier caso, quedarían excluidos los delitos violentos<sup>245</sup>. Se lamenta, en este sentido, que las críticas se construyan sobre ejemplos o planteamientos que ningún autor ha defendido, como el de la aplicación del principio víctima-dogmático a los delitos contra la libertad o indemnidad sexuales, por ejemplo<sup>246</sup>. En efecto, el mismo ROXIN reconoce que lo único verdaderamente objetable a esta tesis es su generalización y absolutización<sup>247</sup>, entendidas como la aplicación del

---

<sup>242</sup> *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 70b; GÜNTHER, «Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung», en ESER et al. (ed.), *FS-Lenckner*, 1998, p. 79; HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, pp. 206-209. En España, dan cuenta de todas estas críticas, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 229-236; TAMARIT SUMALLA, *La Víctima en el Derecho Penal*, 1998, pp. 17-56; SILVA SÁNCHEZ, «La consideración del comportamiento de la víctima», en CGPJ (ed.), *La victimología*, 1993, p. 25-28. Con una crítica a la totalidad de la tesis víctima-dogmática, recientemente en España, ROPERO CARRASCO, en ALCÁCER GUIRAO/CUERDA RIEZU (dir. cong.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, 2006, pp. 125-130.

<sup>243</sup> CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, p. 230.

<sup>244</sup> HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, p. 205; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, p. 162; SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ (ed.), *La victimología*, 1993, p. 30.

<sup>245</sup> SCHÜNEMANN, *FS-Faller*, 1984, p. 369-370; EL MISMO, *LH-Cerezo Mir*, 2002, p. 168; AMELUNG, *GA*, 1984, p. 582-583; EL MISMO, *FS-Eser*, 2005, p. 20.

<sup>246</sup> SCHÜNEMANN, *NSZ* (10), 1986, p. 441.

<sup>247</sup> *AT I*, 2006, § 14 C nm. 22.

principio víctima-dogmático de forma general y automática en la interpretación de cualquier delito de la parte especial.

Pero mucho más terminante que estas réplicas resulta poner de manifiesto, como ha hecho SILVA SÁNCHEZ, que «las funciones de protección de bienes jurídicos y de pacificación social no son funciones exclusivas del Derecho penal, sino que corresponden a todo el Ordenamiento jurídico. De modo que una “retirada” del Derecho penal no implica necesariamente la ausencia de una protección jurídica en el caso concreto. Precisamente, la regla es (y debe ser) lo contrario: que la regulación y resolución de la mayoría de los conflictos sociales tenga lugar al margen del Derecho penal, quedando éste reservado para los hechos más graves, en los que su intervención pueda calificarse de necesaria y proporcionada»<sup>248</sup>. Fundamental deviene la pregunta formulada por el propio SCHÜNEMANN: ¿por qué una conducta que no resulta peligrosa para el titular del bien jurídico merece la intervención del Derecho penal?<sup>249</sup> Y es que, en efecto, desde una asunción seria de los principios limitadores del *ius puniendi* se hace imperativa la introducción de instrumentos por vía dogmática que permitan restringir la tipicidad penal y combatir, así, la arbitrariedad e irracionalidad de una interpretación estrictamente gramatical de los tipos penales en un contexto de hipertrofia punitiva como el actual. En este sentido, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ha demostrado ser claramente insuficiente en la tarea de contención de su ámbito de aplicación, por lo que el principio víctima-dogmático, opuesto al de protección de bienes jurídicos, se presenta como un complemento indispensable de éste en la interpretación teleológica de los tipos penales<sup>250</sup>.

Por lo demás, en ámbitos como los de las actividades empresariales, profesionales y laborales en los que se aplican los delitos de violación de secretos aquí estudiados, en los que la conducta del sujeto activo suele ampararse en el ejercicio de derechos legítimos —a menudo constitucionalmente garantizados—, la restricción (o reducción) teleológica del ámbito de protección ofrecido a los titulares de los secretos empresariales

---

<sup>248</sup> SILVA SÁNCHEZ, en CGPJ (ed.), *La victimología*, 1993, p. 28.

<sup>249</sup> SCHÜNEMANN, *NStZ* (10), 1986, p. 442.

<sup>250</sup> SCHÜNEMANN, *FS-Faller*, 1984, p. 360-361; EL MISMO, *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 169-170.



parece evidente que no es en absoluto gratuita, pues el peligro de un efecto desaliento que paralice la circulación de la mano de obra, del conocimiento, del desarrollo y de la innovación, ya ha sido demostrado<sup>251</sup>.

### iii) La crítica dogmática

Como ya se ha avanzado arriba, la tesis defendida por SCHÜNEMANN fundamenta el principio víctima-dogmático en la idea ampliamente extendida de que la pena debe ser el último recurso (la *ultima ratio*) del Estado en su misión de control social. A partir de aquí, el autor obtiene el principio victimológico deductivamente de los principios limitadores del *ius puniendi*, concretamente, del principio de subsidiariedad, y afirma que el Derecho penal no debe intervenir allí donde la víctima puede protegerse de forma asequible y exigible. En palabras textuales, sostiene que «el Derecho penal debe ser *subsidiario* respecto de la autoprotección asequible y exigible a las potenciales víctimas» (cursiva añadida)<sup>252</sup>.

La principal crítica contra esta construcción procede, también, de HILLENKAMP<sup>253</sup>, a quien posteriormente se han adherido importantes autores<sup>254</sup>. Achacan a SCHÜNEMANN una comprensión equivocada del principio de subsidiariedad. En opinión de aquellos, este principio va dirigido al legislador penal –no al dogmático– y le conmina a que, para la consecución de sus fines de protección, escoja el recurso menos lesivo de entre todos aquellos idóneos que estén a su alcance, entre ellos la pena. Sin embargo, entre los recursos idóneos a su alcance tan sólo deben contarse los recursos *públicos*, no los de los *particulares*, como lo serían las medidas de autoprotección asequibles a las potenciales víctimas. Así, se acusa a SCHÜNEMANN de pasar por alto que, precisamente, la incriminación penal de determinadas conductas tiene la misión de exonerar a los particulares de preocuparse de la protección de sus bienes jurídicos frente a las agresiones

---

<sup>251</sup> Ver *supra* VI.4.

<sup>252</sup> SCHÜNEMANN, *NStZ* (10), 1986, p. 439.

<sup>253</sup> *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, p. 175-180.

<sup>254</sup> *MüKo-FREUND*, 2ª ed., 2011, nm. 426; ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 14 C nm. 20; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, p. 160-163; GÜNTHER, *FS-Eser*, 1998, p. 78 y s.; *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 70b; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, p. 244-249; TAMARIT SUMALLA, *La Víctima en el Derecho Penal*, 1998, p. 55.

de terceros para poderse ocupar, en su lugar, del desarrollo y configuración de su personalidad<sup>255</sup>.

Sin concesión alguna, SCHÜNEMANN ha respondido a los críticos negando su premisa mayor. En contra de lo sostenido por la mayor parte de autores, afirma que los medios o recursos entre los que el principio de subsidiariedad da a escoger al legislador no solo deben contarse los de naturaleza pública, sino también los de carácter privado. Remitiéndose a consideraciones de filosofía política, sostiene que «conforme a la idea fundamental del *contrato social*, según la cual cada ciudadano tan solo quiere dar aquella cantidad de libertad que sea necesaria para la protección de todos los miembros de la comunidad, el ciudadano debe conservar primariamente la disposición sobre sus bienes jurídicos, necesitando al Estado tan solo allí donde sus fuerzas no alcancen»<sup>256</sup>.

A los modelos de fundamentación basados en el contrato social se les critica el carácter hipotético de sus formulaciones, lo que les resta, sin duda, solidez argumentativa. Tatjana HÖRNLE, discípula de SCHÜNEMANN, propone fundamentar la tesis víctima-dogmática en la ponderación de ventajas y desventajas. Su contribución no sólo refuerza los fundamentos de la tesis de su maestro, sino que amplía su ámbito de aplicación a cualquier delito de la parte especial<sup>257</sup>.

Intentar concretar un principio limitador del *ius puniendi* como el de subsidiariedad en un principio interpretativo destinado a la determinación de lo penalmente típico en el marco de la interpretación teleológica, no parece un proyecto metodológicamente criticable<sup>258</sup>. Son ya más de cuarenta los

---

<sup>255</sup> Por todos, ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 14 C nm. 20.

<sup>256</sup> SCHÜNEMANN, en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed.), *Mediating principles*, 2006, p. 31 y s., cursiva añadida.

<sup>257</sup> HÖRNLE, «Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 98-100 y *passim*.

<sup>258</sup> A favor de que no solo el legislador, sino también el aplicador del Derecho tenga en cuenta los criterios en los que se concreta el principio de proporcionalidad (uno de los pilares en el plano normativo de una concepción liberal del Derecho penal), FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (1988) 2004, p. 94. Sobre la función dogmática (*de lege lata*) de la política criminal en los tipos de la Parte Especial del Código penal, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 156; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 307 y ss.

años transcurridos desde la publicación de la decisiva *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* de ROXIN<sup>259</sup>, y la orientación del sistema del Derecho penal a valoraciones de carácter político-criminal es hoy una práctica asentada<sup>260</sup>. Aún menos criticable resulta cuando se advierte que la propuesta de concreción tiene por finalidad combatir la arbitrariedad e irracionalidad de una interpretación estrictamente gramatical de los tipos penales que, por lo demás, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos ha demostrado ser incapaz de erradicar por sí solo, a pesar de la hipertrofia punitiva a la que estamos asistiendo en estas últimas décadas. De hecho, la mayor parte de las críticas al principio victimológico son, en realidad, parciales. De una u otra forma, sus detractores acaban otorgando cierto valor a sus postulados. Así, por ejemplo, algunos reconocen que las consideraciones víctima-dogmáticas son relevantes en la ponderación de intereses que debe latir tras toda interpretación teleológica de los tipos penales<sup>261</sup>. Y, a pesar de que se le acuse de no aportar nada nuevo a la discusión, precisamente SCHÜNEMANN y sus discípulos la han revolucionado simplemente aplicando estas consideraciones supuestamente por todos aceptadas a delitos concretos. Incluso el más ferviente crítico de las tesis victimológicas, Thomas HILLENKAMP, acaba otorgando efectos atenuatorios a la conducta de la víctima que gestiona con descuido o desdén sus bienes jurídicos en el ámbito de la determinación de la pena. En otras palabras, amplía la esfera de libertad del autor a costa de la de la víctima a través del establecimiento de deberes de autoprotección cuyo incumplimiento tiene efectos atenuatorios, efectos que incluso podrían llegar a excluir la pena. Algo ciertamente difícil de conjugar con los ardientes ataques a los fundamentos, metodología y consecuencias político-criminales de la tesis víctima-dogmática<sup>262</sup>.

---

<sup>259</sup> Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin (39), 1970. Edición traducida al español: *Política criminal y sistema de Derecho penal*, Barcelona (Bosch) 1972 (trad. Francisco Muñoz Conde).

<sup>260</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 69 nota 19.

<sup>261</sup> *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm. 70b; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 14 C nm. 25; *MiKo-FREUND*, 2ª ed., 2011, nm. 428. En España, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, *La Víctima en el Derecho Penal*, 1998, p. 123 y ss.

<sup>262</sup> Lo pone de manifiesto HÖRNLE, *GA* (11), 2009, p. 630.

En España, en un trabajo reciente, ROPERO CARRASCO ha formulado una crítica a la totalidad de la tesis víctima-dogmática, así como contra las que, con base en el principio de autorresponsabilidad (CANCIO MELLÁ, por ejemplo), pretenden atribuir cualquier tipo de efecto atenuatorio o excluyente del injusto penal a la contribución de la víctima en la creación o incremento del riesgo que se realiza en un bien jurídico de su titularidad. Uno de sus principales argumentos se basa en la improcedencia de recortar la libertad de la víctima –entendiendo, según ella, el recorte de libertad como la denegación de protección penal–, «prohibiendo» a la víctima determinadas conductas o, lo que es lo mismo, imponiéndole determinados deberes de autoprotección, cuando dichas conductas no se pueden considerar, en ningún caso, conductas desaprobadas por el Derecho penal<sup>263</sup>. En nuestra opinión, las conclusiones de la autora no son compartibles. Fundamentalmente porque, a pesar de que la terminología normalmente empleada puede llevar a equívocos, la idea de atribuir efectos excluyentes o atenuatorios del injusto penal del autor a la conducta de la víctima no tiene nada que ver con la imposición de deberes o sanciones penales a la víctima. De lo que se trata es, exclusivamente, de valorar si la conducta del autor merece la sanción más grave del ordenamiento jurídico, la penal, o de si, dadas las circunstancias, es preferible recurrir a instrumentos jurídicos de represión, prevención o reparación menos invasivos como podrían ser el Derecho administrativo sancionador o el Derecho civil. Por eso la alegación de que la víctima no crea “riesgos penalmente desaprobados” no tiene ningún sentido, pues en ningún caso se está defendiendo que haya incurrido en responsabilidad penal, ni que le esté «prohibida» la conducta de creación o incremento del riesgo que se acaba realizando en el bien jurídico que titulariza. Simplemente no recibirá la máxima protección penal que el ordenamiento jurídico puede otorgarle. De ahí a hablar de «prohibición» de conductas o imposición de «deberes jurídicos» hay un salto cualitativo que contradice las reglas más básicas de la lógica.

Hay que reconocer, no obstante, que la concreción que SCHÜNEMANN y algunos de sus discípulos le han dado al principio de subsidiariedad presenta problemas. Problemas que, como se verá, la invalidan para fundamentar en todo su alcance el modelo interpretativo del tipo penal básico de espionaje industrial aquí propuesto. Al menos, en la forma y contenido en que la tesis víctima-dogmática ha sido concretada hasta ahora. Como se ha visto, la tesis consiste en la siguiente máxima interpretativa: «deben quedar fuera del ámbito del tipo penal, siempre en el marco de una interpretación metodológicamente admisible, todas aquellas conductas frente a las cuales la

---

<sup>263</sup> ROPERO CARRASCO, en ALCÁCER GUIRAO/CUERDA RIEZU (dir. cong.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*, 2006, pp. 130-136.

víctima puede defenderse de forma sencilla y exigible»<sup>264</sup>. La directriz interpretativa acabada de reproducir evoca a una determinación dual del deber de autoprotección. Por un lado, remite a las posibilidades fácticas de autoprotección de la víctima: las medidas a su disposición (*«ohne weiteres mögliche Selbstschutz»*<sup>265</sup>) o las que le son fácilmente asequibles (*«in einfacher Weise selbst schützen kann»*<sup>266</sup>). Por otro, recurre a un criterio de corrección normativo, la exigibilidad (*«zumutbare Selbstschutz»*). Con él se consigue evitar, por un lado, que la protección penal se deniegue a quienes tuvieron posibilidades fácticas de protegerse, pero mediante medidas de protección inexigibles por ser claramente “irrazonables”<sup>267</sup>. Se entiende que la irrazonabilidad podría darse cuando la medida fuera desproporcionada al fin perseguido. Piénsese, por ejemplo, en la víctima de un hurto de poca cuantía que habría podido evitar con un sofisticado –y caro– sistema de alarma. Por otro lado, el correctivo de la “exigibilidad” impide que se niegue la protección penal a aquellas víctimas especialmente vulnerables que, a pesar de tener a su alcance medidas fáciles y asequibles de protección, no supieron o no fueron capaces de advertir la necesidad de adoptarlas<sup>268</sup>.

Pues bien, así formulada, la tesis víctima-dogmática plantea dudas sobre su alcance. No está claro cuándo una medida de autoprotección es inexigible por ser *irrazonable*. ¿Es irrazonable exigir a una víctima multimillonaria la adopción de medidas de autoprotección altamente eficaces y que para ella suponen un coste insignificante, cuando se consideraría desproporcionado exigirselas al ciudadano de clase media?

Piénsese, por ejemplo, en una empresa multinacional especialmente próspera. La variedad y cantidad de medios a su alcance para proteger sus secretos empresariales puede ser notablemente superior a los medios de que dispondría una pequeña o mediana empresa. Sin embargo, determinados medios de obtención de sus secretos empresariales (soborno de uno de sus trabajadores de confianza, por ejemplo), por mucho que hubieren podido ser evitados con medios de autoprotección a su alcance (sistemas de restricción, control y registro

---

<sup>264</sup> SCHÜNEMANN, *NStZ* (10), 1986, p. 439. Más recientemente, EL MISMO, en VON HIRSCH/SEEL-MANN/WOHLERS (ed.), *Mediating principles*, 2006, p. 31.

<sup>265</sup> SCHÜNEMANN, en EL MISMO (ed.), *Strafrechts.system und Betrug*, 2002, p. 64.

<sup>266</sup> SCHÜNEMANN, *NStZ* (10), 1986, p. 439.

<sup>267</sup> SCHÜNEMANN, en EL MISMO (ed.), *Strafrechts.system und Betrug*, 2002, p. 64.

<sup>268</sup> SCHÜNEMANN, *NStZ* (10), 1986, p. 441.

de entradas y salidas de los propios trabajadores, sofisticados sistemas de protección informática frente a agresiones internas o externas, p. e.), podrían revestir el suficiente contenido de injusto como para que concurriera tanto el merecimiento como la necesidad de la pena asignada al tipo penal básico de espionaje industrial (278.1 Cp).

Las dudas en torno a dónde colocar el estándar de autoprotección exigible son pertinentes. Con razón, TAMARIT SUMALLA se pregunta cuáles serán las medidas exigibles, si habrá que poner alarma en el coche o en el domicilio, o si bastará con no olvidarse de cerrar las ventanillas y la puerta del coche con llave, o si simplemente se tratará de no olvidar las llaves puestas en el contacto. En relación con las medidas de autoprotección a adoptar frente al espionaje industrial, ¿basta con prohibir unilateralmente a los trabajadores que se lleven los soportes materiales de la información? ¿O hace falta cachearles cada día, antes de que abandonen las instalaciones de la empresa? O, incluso más, ¿deberían adoptarse pactos de confidencialidad o compromisos expresos de no aseguramiento de los concretos secretos empresariales con los que hubieren entrado en contacto, actualizándolos para cada nueva información con la que entraran en contacto? Una respuesta difusa a estas preguntas trae consigo, necesariamente, altas dosis de inseguridad jurídica<sup>269</sup>.

Algunos discípulos de SCHÜNEMANN han tratado de concretar este aspecto de la teoría. No siempre con la misma fortuna. Así, por ejemplo, Raimund HASSEMER ha defendido que el titular del bien jurídico en ningún caso «debería ser obligado a adoptar medidas de protección que le impidan la participación en el proceso social a través del marco históricamente desarrollado y establecido». No parece que ello aporte mucha claridad al respecto<sup>270</sup>. Más precisa ha sido Tatjana HÖRNLE. Sin embargo, su postura es tan moderada que resulta incapaz de cubrir en toda su magnitud la necesidad de restricción del tipo penal básico de espionaje industrial. En su opinión, la incumbencia de autoprotección fundamentada en el contrato social «podría, como máximo, imponer la exigencia de una *adaptación sencilla y adecuada a la situación*, que no acarreará ni un descuido considerable de los

---

<sup>269</sup> TAMARIT SUMALLA, *La Víctima en el Derecho Penal*, 1998, pp. 55-56. También se muestra crítico CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, pp. 244-252.

<sup>270</sup> MAIWALD, «Literaturbericht. Strafrecht Besonderer Teil – Vermögensdelikte», *ZStW* (96), 1984, p. 72-73.

intereses propios ni de la propia dirección de la vida y especialmente tampoco un peligro propio»<sup>271</sup>. Exigir un mayor grado de autoprotección, que requiriera un permanente estado de alerta y la adopción de las medidas de seguridad (privada) óptimas, conllevaría una restricción de la libertad general de acción que difícilmente aceptarían los firmantes del contrato social. Tampoco desde una perspectiva de fundamentación basada en la ponderación de ventajas y desventajas sería posible fijar un nivel de exigencia superior. A saber: la imposibilidad de confiar contrafácticamente en el comportamiento adecuado del prójimo implica restricciones importantes en los espacios de libertad, lo que dificultaría la justificación de una incumbencia de autoprotección muy estricta. En segundo lugar, el establecimiento de un clima generalizado de desconfianza entre las personas también dificultaría la justificación de exigir altos niveles de autoprotección<sup>272</sup>.

## 6.2 Toma de postura

La renormativización del tipo básico de espionaje industrial con base a la idea de vulneración de una barrera de (auto)protección del secreto empresarial debe fundamentarse en una interpretación víctima-dogmática. Las propuestas doctrinales alternativas dirigidas a dotar de relevancia a la conducta de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor han demostrado ser, o bien insatisfactorias, o bien incapaces de fundamentar la reconstrucción normativa del tipo de espionaje industrial que aquí se propone (véase el apartado inmediatamente anterior VI.6.1).

La lógica de la autoprotección es inherente a la idea misma de secreto. La interpretación del tipo básico de espionaje industrial con base a la tesis “víctimo-dogmática” no choca con la teleología de estos delitos, sino que más bien va de suyo<sup>273</sup>. No por casualidad la Sala segunda de nuestro Tribunal Supremo ha interpretado los delitos de descubrimiento de secretos

---

<sup>271</sup> Cursiva añadida. HÖRNLE, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 96.

<sup>272</sup> HÖRNLE, «Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 98-100.

<sup>273</sup> En este sentido, véase POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[1], p. 4-24; § 9.01, p. 9-3. Han considerado los delitos de violación de secretos candidatos naturales a la aplicación de la tesis víctima-dogmática, SCHÜNEMANN, «Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen», *ZStW* (1), 1978, pp. 11-63.

de la intimidad bajo esta lógica<sup>274</sup>, a pesar de que la doctrina española no haya insistido especialmente al respecto. A ello hay que sumar la necesidad de restringir el ámbito de aplicación del tipo por exigencias de proporcionalidad y coherencia valorativa (*vid. supra* VI.4). Exigencias que, sin duda, permiten justificar una reducción teleológica del tipo básico de espionaje industrial como la que implica su reconstrucción en torno a la vulneración de una barrera de (auto)protección del secreto empresarial como criterio de relevancia penal (*vid. supra* II.1.3)<sup>275</sup>.

Por lo demás, las críticas que se han vertido contra la tesis víctima-dogmática no son invalidantes, siempre y cuando sea defendida en los términos en los que la ha defendido Bernd SCHÜNEMANN. El principio de subsidiariedad es un principio informador incontestable en todo sistema jurídico-penal de raíz liberal. Concretarlo en un principio interpretativo destinado a la determinación de lo penalmente típico, no sólo me parece metodológicamente admisible y coherente con una metodología de orientación teleológico-objetiva, sino algo obligado. Las réplicas a las críticas vertidas contra la propuesta “víctima-dogmática” del mencionado autor, vistas en el apartado anterior, permiten concluir que la misma no presenta problemas metodológicos ni político-criminales. Lo único que presenta son déficits de concreción, completamente comprensibles –y probablemente virtuosos– en una propuesta consistente en una directriz interpretativa genérica. Ello sin perjuicio de que, como toda propuesta en el marco de un sistema científico abierto (*vid. supra* II.1.2.d)), pueda ser objeto de perfeccionamiento<sup>276</sup>.

A mi juicio, el principal problema que presenta la tesis víctima-dogmática, en los términos en los que SCHÜNEMANN la ha formulado, es la indeterminación del nivel de autoprotección exigible a la víctima. Los argumentos de HÖRNLE a favor de un nivel de exigencia bajo son

---

<sup>274</sup> En este sentido, véanse las SSTs 487/2011, ponente Andrés Ibáñez; TS 437/2010, ponente Bacigalupo Zapater; TS 358/2007, ponente Colmenero Menéndez de Luarca.

<sup>275</sup> A lo que también SCHÜNEMANN se muestra favorable cuando el debido respeto al principio de proporcionalidad, por ejemplo, así lo exiga: *NStZ* (10), 1986, p. 442.

<sup>276</sup> En este sentido, creo acertadas buena parte de las matizaciones a la tesis víctima-dogmática formuladas por HÖRNLE, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, *passim*.



atendibles<sup>277</sup>. Ello impide satisfacer las necesidades de restricción del tipo básico de espionaje industrial puestas de manifiesto *supra* VI.4. Sin embargo, como el propio SCHÜNEMANN ha subrayado en sus trabajos más recientes sobre su tesis víctima-dogmática, ésta debe entenderse como una máxima de interpretación. Siendo esto así, como principio interpretativo general y abstracto, su concreción en el proceso de interpretación de un determinado tipo penal debe ajustarse a las peculiaridades de dicho tipo penal.

En el caso del tipo básico de espionaje industrial, las necesidades de restricción de su ámbito de aplicación derivadas de una interpretación sistemático-teleológica obligan a fijar el nivel de autoprotección exigible en una cota superior a la considerada generalmente exigible con base en los fundamentos de la tesis víctima-dogmática. En efecto, la postura de HÖRNLE es correcta cuando lo que se pretende es determinar el alcance de la tesis víctima-dogmática como pauta interpretativa general, aplicable a cualquier tipo de delito. Sin embargo, cabe someterla a matices cuando en la interpretación de un concreto tipo penal razones de proporcionalidad, por ejemplo, así lo exijan. En este sentido, es correcto entender que el nivel de autoprotección exigible en el tipo básico de hurto, por ejemplo, debe ser bajo. La pena que tiene asignada no es, desde una perspectiva sistemático-teleológica, desproporcionada. En un tipo como el de espionaje industrial, en cambio, las cosas pueden o, mejor, deben ser diferentes.

A la concreción de los niveles de autoprotección exigibles en el tipo básico de espionaje industrial se dedicará el siguiente y último apartado de este capítulo (6.3). Por ahora, cabe reformular dicho tipo como la *obtención, con ánimo de descubrirlo, de secreto empresarial mediante la superación de una barrera de protección de la esfera en la que su legítimo titular lo mantiene bajo reserva*.

Antes de terminar conviene rebatir las objeciones que específicamente se han formulado a la aplicación de la tesis víctima-dogmática al delito de espionaje industrial. En primer lugar, se ha apelado a la exigencia de un determinado desvalor de acción por parte del tipo legal, lo que impediría reconfigurarlo en otros términos. Este desvalor de acción consistiría en el aseguramiento de la información a través de medios ilícitos<sup>278</sup>. En segundo lugar, se ha dicho que

---

<sup>277</sup> HÖRNLE, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 98-100.

<sup>278</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 45 y s.

el tipo básico de espionaje industrial tiene la estructura de un *delito de acometimiento*, esto es, de un delito que consiste en la agresión de la esfera de la víctima por parte de un tercero externo, sin ningún tipo de relación con aquélla. No obstante, la tesis víctima-dogmática sólo sería aplicable a los *delitos de relación*, esto es, a aquellos en los que la agresión se produce por parte de alguien que interactúa con la víctima<sup>279</sup>.

En tercer lugar, se sostiene que, a diferencia de los secretos de la intimidad, los secretos empresariales necesitan ser frecuentemente comunicados y compartidos en el ejercicio de la actividad empresarial para que ésta funcione de manera óptima. El legislador habría querido garantizar al titular del secreto empresarial la explotación óptima de la información, por lo que no le exigiría ulteriores medidas de (auto)protección<sup>280</sup>.

Ninguna de estas críticas resulta aceptable. La determinación de los medios comisivos por parte del tipo legal no impide reconstruir normativamente su contenido de injusto, siempre y cuando se respete su tenor literal. La delimitación de ámbitos de responsabilidad no es incompatible con la determinación de medios. El lenguaje es demasiado vago y los tipos demasiado abstractos. La norma de conducta y los ámbitos de libertad que se derivan de ella no pueden concretarse con el mero recurso a los cánones interpretativos admitidos en Derecho junto a la teoría del bien jurídico (*vid. supra* II.3.2). En cualquier caso, en la medida en que el debido respeto al principio de proporcionalidad lo requiera, se puede incluso recurrir a la reducción teleológica, como aquí se hace. En cuanto a la circunscripción de la tesis víctima-dogmática a los delitos de relación, recientemente Tatjana HÖRNLE ha defendido de forma convincente que los fundamentos de la lógica de la autoprotección son lo suficientemente amplios como para extenderla a los delitos de acometimiento. La interpretación del principio de subsidiariedad desde la óptica del contrato social o, si se prefiere, desde la óptica de la ponderación entre costes y beneficios, permitiría extender los deberes de autoprotección a cualquier delito, ya sea de interacción, ya sea de

---

<sup>279</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 47.

<sup>280</sup> ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, pp. 319-321.

relación<sup>281</sup>. Por último, la apelación a la voluntad del legislador de garantizar una explotación óptima del secreto peca de unilateralismo: olvida el principio de fragmentariedad y, con él, la preservación de la libertad general de acción como fin garantístico del Derecho penal, fin contrapuesto al preventivo, de protección de bienes jurídicos.

### 6.3 Entidad de las barreras de (auto)protección para que su vulneración sea penalmente relevante

La literatura especializada es rica en directrices y protocolos destinados a facilitar a los titulares de secretos empresariales la elaboración de programas para la protección de su información confidencial y competitivamente relevante, llegándose a niveles inimaginables de sofisticación<sup>282</sup>. En algunos manuales se propone, por ejemplo, la práctica de auditorías externas de modo regular, o el seguimiento de la cadena de custodia de los soportes materiales de la información constitutiva de secreto empresarial.

El número y tipo de medidas que pueden adoptarse para la protección de la información es simétrico al número y tipo de subterfugios por los que puede obtenerse de forma ilegítima, o por los que puede perderse el control sobre su carácter secreto por descuido o imprudencia: infinitos. A ello deben sumársele las peculiaridades propias de cada empresa, las del sector de actividad en el que participa y, sobre todo, las de la información misma. Todo lo cual hace imposible hablar de un catálogo estándar de medidas de protección, generalizable a todas aquellas empresas o titulares de secretos empresariales que quieran protegerlos de forma eficaz. Sin embargo, sí pueden aportarse algunos criterios de clasificación y algunos ejemplos de las medidas comúnmente recomendadas.

Las prevenciones que pueden tomarse para proteger los secretos empresariales pueden dividirse en dos grandes grupos. Por un lado, las

---

<sup>281</sup> HÖRNLE, «Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 92 y ss., 98 y ss.

<sup>282</sup> En los EE. UU., por todos, POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 9; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Explotation*, 2000, pp. 113-163. En Alemania, por todos, ANN/ LOSCHELDER/GROSCH, *Praxisbandbuch Know-how-Schutz*, 2010, p. 592-608; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 43-47. En España, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 159-168.

dirigidas a la protección de la información frente a los actos de *espionaje de terceros*. Por otro, las dirigidas a la mejor *gestión interna de la información*, con el fin de evitar, así, filtraciones o comunicaciones indeseadas, normalmente por imprudencia o descuido del propio titular o de alguno de sus trabajadores o colaboradores. En realidad, a menudo una misma medida puede desempeñar efectos preventivos en ambos sentidos. Así, por ejemplo, la exigencia de códigos de seguridad para el acceso y manipulación (edición, envío, etc.) de la información reservada sirve tanto para evitar o, al menos, dificultar la obtención de la información por parte de terceros, como para alertar al trabajador o colaborador del carácter confidencial de la información.

Los mecanismos de protección integrantes de un programa de protección también pueden agruparse en función de su carácter  *fáctico o jurídico*. Entre las de carácter fáctico, se mencionan en primer lugar las que hacen referencia al control de las *instalaciones* en las que se encuentra la información: sistemas de vigilancia y seguridad frente a entradas no autorizadas, registro de visitas, control del acceso y salida de los edificios por parte de los propios trabajadores y colaboradores, restricción de la movilidad de los propios trabajadores y colaboradores dentro de las instalaciones del legítimo titular, etc. Un segundo grupo importante de medidas son las que hacen referencia a la *documentación y corporeización* de la información. En este sentido, se recomienda el registro y numeración de los documentos o soportes materiales que la contengan, la fiscalización del uso de fotocopiadoras, faxes y demás aparatos de envío o copia de documentos o soportes materiales, así como el control y destrucción de aquellos que quieran desecharse. En algunos casos, se aconseja incluso la contratación de servicios privados especializados de recogida y gestión de residuos. En la actualidad, junto a las medidas de control de documentos y soportes materiales deben añadirse, naturalmente, todas aquellas que vayan dirigidas al control de los *sistemas digitales o telemáticos de gestión y comunicación* de la información: códigos de seguridad para el uso de ordenadores y computadoras, instalación de los llamados “corta-fuegos” (*firewalls*) para evitar intromisiones externas desde Internet, sistemas de encriptación de mensajes, uso de líneas seguras, etc.

Orientadas a la evitación de filtraciones y comunicaciones indeseadas por parte de los propios trabajadores o colaboradores del legítimo titular de la información, y entre las de carácter fáctico, cabe citar, en primer lugar, las medidas a adoptar durante los procesos de *contratación y despido*: verificación

del currículum vitae de quien finalmente se quiere contratar, averiguación o confirmación de su historial profesional, protocolización de los procesos de despido, exigiendo la devolución de documentos y demás soportes materiales que contengan el secreto empresarial y que posea el trabajador, desactivación de los códigos de acceso que le hubieran sido asignados, desactivación de cuentas de correo electrónico, recordatorio de los deberes de confidencialidad a los que siga vinculado una vez terminada la relación laboral, etc. En segundo lugar, suele insistirse en las medidas dirigidas a la *educación y concienciación* de los trabajadores y colaboradores del legítimo titular: charlas, sesiones informativas, entrega de directrices, manuales o códigos de actuación internos, señales visuales, marcado de documentos y soportes materiales, etc. Por último, la literatura advierte de forma recurrente de la especial atención que debe ponerse en el ejercicio de la *actividad comercial*, así como de la necesidad de revisar las *publicaciones* de trabajadores y colaboradores, especialmente cuando responden a perfiles científicos. Entre las medidas que pueden citarse en este sentido se cuentan, por ejemplo, el control del contenido de los catálogos, exposiciones, campañas de publicidad, páginas web o estantes en ferias, o la sujeción de las publicaciones científicas de trabajadores y colaboradores a examen y autorización interna previos.

Por lo que se refiere a las medidas de carácter jurídico típicas de un programa de protección, la medida por antonomasia es, sin lugar a dudas, el *pacto de confidencialidad*. La contraparte natural de este tipo de pactos es, en principio, el trabajador por cuenta del titular de la información. Sin embargo, la medida es perfecta para garantizar jurídicamente la reserva en todos los supuestos de comunicación del secreto empresarial a terceros: proveedores, licenciarios, clientes, etc. Su alcance protector, de carácter directo, es gradual, y puede determinarse con base en tres dimensiones: la temporal (duración del deber de reserva), la material (informaciones objeto de la reserva – mercado de producto o servicio relevante) y la espacial (territorio de aplicación del deber de reserva – mercado territorialmente relevante).

El otro instrumento jurídico-contractual por excelencia a disposición del titular del secreto empresarial es el *pacto de no competencia*. Al igual que el de confidencialidad, el de no competencia puede adoptarse tanto con los trabajadores por cuenta del titular de la información como con terceros contratantes, aunque esta última posibilidad es menos habitual. El pacto de

no competencia presenta una ventaja fundamental respecto del de confidencialidad: su incumplimiento es extremadamente más sencillo de probar. No obstante, los acuerdos de no competencia ofrecen una protección jurídica del mantenimiento del carácter reservado de la información de carácter *limitado e indirecto*, pues su finalidad no es imponer un deber de reserva, sino impedir que el trabajador o tercero contratante compita con el titular de la información en el mercado relevante. La eficacia es limitada porque tan solo alcanza los supuestos de pérdida de control sobre el carácter secreto de la información en el marco de la competencia económica. Las revelaciones o usos fuera de un contexto competitivo quedan excluidos de su alcance protector: revelaciones a un medio de comunicación, usos o revelaciones en el ámbito científico, usos o revelaciones en otros mercados relevantes, etc. Por otra parte, la protección ofrecida tan solo es indirecta porque el uso o revelación de la información deben consistir, por sí mismos, en un acto competitivo de quien se ha comprometido a no competir: el uso del secreto empresarial por parte del ex trabajador en su empresa de nueva creación y que compite con la de su ex empleador, por ejemplo, o la revelación de la información al nuevo empleador, competidor del antiguo, en el ejercicio de las funciones del nuevo puesto de trabajo. En cambio, no constituiría una vulneración del pacto de no competencia la mera revelación de la información a un competidor a cambio de precio, a menos que la mera revelación pudiera calificarse como un acto competitivo, por sí mismo, en el mercado<sup>283</sup>.

Los programas de protección son programas de *autoprotección*. Como acabamos de ver, se integran por medidas fácticas o jurídico-contractuales que el titular de la información se procura a sí mismo para asegurarse el carácter secreto de la misma. El titular de un secreto empresarial, sin embargo, también puede recibir protección “de oficio” por parte del ordenamiento jurídico, más allá de los concretos tipos de espionaje industrial de los arts. 13 y 14 LCD y de los arts. 278-280 Cp. Las barreras de protección de la información cuya superación constituye el desvalor objetivo de la conducta típica de espionaje industrial (278.1 Cp) no tienen por qué consistir, exclusivamente, en las barreras que su legítimo titular se haya procurado a sí mismo. También pueden consistir en las barreras de

---

<sup>283</sup> Véanse, por todos, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 165-166; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 399.

protección que el ordenamiento jurídico le concede por defecto y al margen de los mencionados regímenes directos de protección. Se está pensando, en particular, en disposiciones legales que, de alguna forma, delimitarían, aunque solo fuera parcialmente, una esfera de reserva a favor del titular de la información en la que el secreto empresarial recibiría cobijo. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), o el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), también el de las personas jurídicas<sup>284</sup>, son buenos ejemplos de ello. Cualquier obtención de un secreto empresarial mediante la vulneración de alguno de estos derechos puede calificarse de aseguramiento mediante la superación de una barrera de protección de la esfera de reserva del legítimo titular.

Según lo dicho, todo medio de obtención de la información que consista, por sí misma, en la infracción de una disposición normativa autónoma relacionada con la protección del secreto empresarial es potencialmente constitutiva del tipo penal de espionaje industrial. En otras palabras, se da entrada al criterio de la *antijuridicidad* del medio de obtención de la información como criterio de relevancia penal. Lo que sucede es que, en el modelo aquí propuesto, la antijuridicidad autónoma del medio de obtención empleado no es un criterio *ni necesario ni suficiente* de relevancia penal. A diferencia de los modelos examinados *supra* VI.5.2, el aquí propuesto toma la antijuridicidad del medio de obtención del secreto empresarial como *un criterio más* de relevancia penal, no como el único. El desvalor objetivo de la conducta constitutiva del tipo básico de espionaje industrial puede fundamentarse en la superación de cualquier tipo de barrera de protección, ya sea jurídica, ya sea fáctica, ya sea garantizada normativamente por defecto al interesado, ya se la hubiera procurado él por sí mismo. La particularidad del modelo radica, precisamente, en eliminar cualquier cedazo formal de relevancia penal que discrimine *ex ante* entre medios de obtención de la información. El criterio utilizado es, por el contrario, de carácter material, a saber, la energía criminal empleada en la obtención de la información.

Vistas las medidas de protección disponibles, ha llegado el momento de determinar cuáles son aquellas cuya vulneración puede considerarse relevante a los efectos de la aplicación del tipo penal básico de espionaje industrial. Antes de continuar conviene realizar una aclaración en relación con el contenido y orden del análisis que sigue. El tipo básico de espionaje industrial no sólo puede ser cometido por terceros externos al ámbito de

---

<sup>284</sup> En este sentido, véanse la STC núm. 22/2003, de 10 de febrero, p. Delgado Barrio y la STC núm. 137/1985, de 17 de octubre, p. Pera Verdager.

organización del titular del secreto. También pueden ser autores del tipo personas internas a dicho ámbito de organización, como por ejemplo trabajadores, socios, proveedores o clientes del titular del secreto (ver *infra* VII.7). De hecho, parece que la mayor parte de aseguramientos ilegítimos de secreto empresarial proceden de personas próximas al titular de la información, concretamente, de sus trabajadores<sup>285</sup>. Pues bien, los estándares de (auto)protección penalmente relevantes frente a este tipo de aseguramientos serán objeto de estudio más adelante, en el capítulo dedicado a la interpretación del delito de disposición desleal de secreto empresarial (*infra* VII.). A continuación nos centraremos en los criterios de determinación del estándar de (auto)protección penalmente relevante frente a aseguramientos procedentes de terceros externos al ámbito de organización del titular.

La discusión más rica al respecto se encuentra en los EE. UU. Lo que resulta natural teniendo en cuenta que uno de los rasgos característicos de sus regímenes jurídicos de protección, tanto del jurídico-privado como del jurídico-penal, es la exigencia de medidas de autoprotección al titular del secreto.

El estado de la cuestión en dicha comunidad jurídica peca de cierto casuismo. Doctrina y jurisprudencia mayoritarias optan por una multiplicidad de criterios y por un enjuiciamiento *ad hoc* de la cuestión: «La naturaleza y carácter de la vigilancia requerida al titular para proteger el secreto es variable, dependiendo de una pluralidad de factores». Con esta frase inauguran MILGRIM y BENSEN el capítulo § 1.04 de su conocido tratado, dedicado al mantenimiento intraempresarial del carácter secreto de la información. Por su parte, POOLEY afirma, en su segunda oración dedicada al comentario del requisito de los “Reasonable Efforts to Mantain Secrecy”, en el § 4.04[2][b] de su tratado, que «[e]n la consideración de lo que son “medidas razonables en las circunstancias”, uno debe centrarse, naturalmente, en los hechos concretos en cuestión». Ambas frases recogen la que puede considerarse doctrina y jurisprudencia mayoritaria en los EE. UU. en relación con la determinación del estándar de protección exigible al titular

---

<sup>285</sup> DE MARTINIS/GAUDINO/RESPESS, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, 2013 (estudio de Baker&McKenzie por encargo de la Comisión Europea), pp. 106-107, con ulteriores referencias.



del secreto empresarial<sup>286</sup>, tanto en el ámbito jurídico-privado como en el jurídico-penal<sup>287</sup>.

De un enfoque casuista resulta difícil obtener un estándar claro de relevancia penal. Con todo, el análisis de la discusión estadounidense (*infra a*) permitirá plantear las principales cuestiones a tener en cuenta antes de atreverse a proponer uno (*infra b*)).

a) El casuismo estadounidense

Entre los múltiples factores que se consideran relevantes a la hora de valorar el esfuerzo de autoprotección realizado por el titular, se cuentan el *tipo de información constitutiva del secreto empresarial*: naturaleza, valor económico del secreto empresarial (*infra i*)); la *compleción de la empresa o entidad* titular del secreto: tamaño, capacidad financiera del titular (*infra ii*)); así como el *tipo de mercado o sector* en el que el titular opera: grado de competitividad, grado de accesibilidad, grado de normalización del espionaje industrial o de la inteligencia competitiva (*infra iii*)).

i) El tipo de información

De entre los rasgos que puede tener la información, su *naturaleza* y su *valor económico* son los dos que más a menudo se citan como factores a tener en cuenta en la evaluación de la razonabilidad de los esfuerzos de autoprotección adoptados por el titular del secreto.

---

<sup>286</sup> QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 15-23; SANDEEN, en YU (ed.), *Intellectual Property and Information Wealth*, 2007, p. 406; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 86, 88; SLABY/CHAPMAN/O'HARA, «Trade secret protection: an analysis of the concept “efforts reasonable under the circumstances to maintain secrecy”», *Computer & High Technology Law Journal* (5), 1989, pp. 332, 341. En la jurisprudencia, por todas, *Niemi et al. vs. NHK Spring Co. Ltd. et al.*, 543 F.3d 294 (U.S. Court of Appeals, 6<sup>th</sup> Circuit, 19 de septiembre de 2008); *Learning Curve Toys, Inc. vs. PlayWood Toys, Inc.*, 342 F.3d 714 (U.S. Court of Appeals, 7<sup>th</sup> Circuit, 18 de agosto de 2003).

<sup>287</sup> En este sentido, véase LEDERMAN, *Emory Law Journal* (38), 1989, p. 939. En relación con los delitos de espionaje industrial previstos en la *Economic Espionage Act* de 1996, de ámbito federal, véase SZOTT MOOHR, *North Carolina Law Review* (80), 2002, p. 879.

α) El valor económico de la información

Es opinión extendida en los EE. UU. la de que a mayor valor competitivo de la información, mayores deben ser las medidas de autoprotección que debe adoptar el titular del secreto empresarial para recibir protección jurídica<sup>288</sup>. Sin perjuicio de que la protección eficaz de determinados tipos de información, por su naturaleza, resulte más barata que otros, se afirma que la cantidad y coste de las medidas de protección requeridas debería “corresponderse”<sup>289</sup> o ser “proporcional”<sup>290</sup> al valor económico de la información. Se habla, en este sentido, de que la determinación del esfuerzo autoprotector exigible se reduciría a un análisis de coste-beneficio<sup>291</sup>. Precisamente en estos términos se han pronunciado los redactores del *Restatement (Third) of Unfair Competition*, en su comentario “c” al § 43, sobre los “medios impropios de obtención de la información”:

«Entre los factores relevantes en la determinación de la razonabilidad de las medidas de precaución adoptadas por el titular están la previsibilidad de la conducta a través de la que se ha obtenido el secreto y la disponibilidad y coste de las medidas de prevención eficaces frente a dicha conducta, *todo ello evaluado a la luz del valor económico del secreto empresariales*<sup>292</sup> (cursiva añadida).

Uno de los autores que más ha desarrollado esta idea es el juez Richard POSNER. En un artículo de 1992, el autor propone que los Tribunales exijan

---

<sup>288</sup> SANDEEN, en YU (ed.), *Intellectual Property and Information Wealth*, 2007, p. 406; LANDES/POSNER, en LOS MISMOS, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003, p. 357; SZOTT MOOHR, *North Carolina Law Review* (80), 2002, pp. 873; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 87.

<sup>289</sup> MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.04, p. 1-314.35.

<sup>290</sup> LANDES/POSNER, en LOS MISMOS, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003, p. 357.

<sup>291</sup> POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[2], p. 4-27. En la jurisprudencia, véanse, por todas, *Rockwell Graphic Systems, Inc. vs. DEV Industries, Inc.* et al., 925 F.2d 174 (U.S. Court of Appeals, 7<sup>th</sup> Circuit, 11 de febrero de 1991).

<sup>292</sup> Traducción propia. El original reza así: «Among the factors relevant to the reasonableness of the trade secret owner’s precautions are the foreseeability of the conduct through which the secret was acquired and the availability and cost of effective precautions against such an acquisition, evaluated in light of the economic value of the trade secret».

a los titulares de secretos empresariales que «inviertan en medidas de autoprotección hasta que el coste marginal de dichas medidas iguale la pérdida económica marginal derivada de una eventual obtención ilegítima de la información. En otras palabras, el valor que el secreto empresarial tiene para su titular multiplicado por la disminución del riesgo de descubrimiento del secreto por parte de un competidor conseguida por la adopción de precauciones adicionales»<sup>293</sup>.

El valor económico o competitivo de la información, sin embargo, no puede ser empleado como criterio válido para la determinación de los estándares de autoprotección o protección por defecto exigibles. Al menos no en el ámbito jurídico-penal. Si se concibe el delito de espionaje industrial como un delito dirigido a la protección de intereses patrimoniales individuales, dicho criterio daría lugar a resultados axiológicamente insostenibles. Ello se ve claramente con el siguiente ejemplo: imagínese que, conforme al criterio del valor económico, se considera que lo razonable es dedicar en medidas de protección al menos una cantidad superior al 5% del valor del secreto empresarial. Siendo esto así, una conducta de aseguramiento de una información valorada en 3.000.000 de euros mediante la vulneración de una medida de protección con un coste de 30.000 euros (1% del valor de la información), no se consideraría constitutiva del injusto penal de espionaje industrial. En cambio, una conducta de obtención de una información valorada en 50.000 euros que consistiera en la elusión de una medida de protección cuyo coste fuera de 5.000 euros, sí merecería la calificación de ilícito jurídico-penal. Ello a pesar de que, en términos objetivos, la energía criminal empleada en el primer caso fuera seis veces superior a la del segundo.

Por lo demás, el propio valor de la información, también seis veces superior el del secreto empresarial del primer caso, fundamentaría una mayor reprochabilidad de la conducta. El patrimonio puesto en peligro o lesionado en el primer caso sería seis veces superior que el del segundo caso, lo que, *ceteris paribus*, representa un desvalor de conducta también seis veces superior, siempre y cuando el concreto valor de la información fuera abarcado *ex ante*, en ambos casos, por la representación subjetiva del autor. De ello nunca traería cuenta este criterio.

---

<sup>293</sup> POSNER, *Harvard Law Review* (106), 1992, p. 473.

### β) La naturaleza de la información

El tipo de medidas de protección necesario para una protección eficaz de un secreto empresarial depende, entre otras cosas, de la propia *naturaleza* de la información. El tipo y cantidad de precauciones necesarias para preservar la reserva no son los mismos para un listado de clientes que para un proceso de producción. Si para un listado de clientes puede ser suficiente el uso de un archivador cerrado bajo llave, respecto del proceso de producción haría falta, probablemente, la contratación de personal de seguridad y la instalación de sistemas de control de acceso a la planta de producción, por ejemplo.

Según lo dicho, la protección jurídica de las expectativas de reserva del legítimo titular se ha condicionado a la adopción de medidas de (auto)protección idóneas para la protección del concreto tipo de información<sup>294</sup>. La corrección de esta exigencia es incontestable. Si la medida adoptada para preservar el carácter secreto de la información es inidónea, no se habrán agotado las medidas de protección disponibles y exigibles alternativas al Derecho penal, por lo que su intervención seguirá siendo innecesaria.

Sin embargo, planteada en tales términos, la exigencia de idoneidad de la medida de protección es tan incontestable como insuficiente para establecer un estándar de relevancia penal. Resulta imprescindible aclarar con qué criterio se determina la idoneidad de la medida. Cabe distinguir, al menos, dos posibles criterios. Uno fáctico y uno normativo.

El fáctico se basa en un juicio de riesgo. En función de la medida de protección que se adopte, se reduce más o menos el riesgo de acceso de terceros. No es lo mismo guardar una fórmula en el cajón de un despacho no accesible al público, que guardarla en la caja fuerte de una habitación blindada de acceso restringido. Con base en este criterio, la idoneidad de la medida se determina de forma gradual: habrá medidas que reduzcan el riesgo

---

<sup>294</sup> COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, pp. 87 y 89; SLABY/CHAPMAN/O'HARA, *Computer & High Technology Law Journal* (5), 1989, pp. 331-332.

a cero, otras a niveles próximos a cero y otras que sólo reduzcan el riesgo a la mitad.

Por su parte, el criterio normativo se basa en las expectativas de exclusión jurídicamente garantizadas al titular del secreto. Así, por ejemplo, al titular del secreto le está jurídicamente garantizada la inviolabilidad del domicilio de su empresa, constituida en persona jurídica. Con base en una evaluación normativa de la idoneidad, mantener los soportes materiales de la información dentro de las instalaciones de la persona jurídica constituye una medida idónea para protegerlo frente al acceso de terceros. Con base en el criterio normativo, la idoneidad de la medida se determina de forma binaria: la medida es idónea o no es idónea, esto es, la expectativa de exclusión está jurídicamente garantizada o no lo está.

El criterio normativo nos remite al criterio de la antijuridicidad de la conducta de aseguramiento, por sí misma, como criterio de relevancia penal. Son dos caras de la misma moneda. Si las conductas penalmente relevantes son las que vulneran una medida de protección idónea, y medida de protección idónea se considera aquella que consiste en una expectativa de exclusión jurídicamente garantizada, las conductas penalmente relevantes son las que vulneran una expectativa de exclusión jurídicamente garantizada, esto es, aquellas que vulneran por sí mismas una disposición normativa relacionada con la protección del secreto empresarial. Como criterio de determinación del nivel de (auto)protección penalmente relevante, la idoneidad normativamente considerada no permite cumplir satisfactoriamente con las exigencias de proporcionalidad. En la medida en que se trata de un criterio de idoneidad binario, obliga a considerar penalmente relevante toda vulneración de una medida de (auto)protección normativamente idónea. Sin embargo, es obvio que no todas las vulneraciones de una garantía de exclusión normativamente garantizada tienen la misma gravedad. No es lo mismo conseguir la información induciendo a un proveedor del titular del secreto a que la revele incumpliendo un deber genérico de buena fe, que conseguir la información mediante la comisión de un robo con fuerza en las cosas en las instalaciones del titular.

Por el contrario, con el criterio de la idoneidad concebido fácticamente, sí es posible graduar la idoneidad de la medida de protección. Basado en un juicio

de peligrosidad, permite distinguir entre diferentes niveles de riesgo según el grado de idoneidad preventiva de la medida. Como se dijo, habrá medidas que reduzcan el riesgo a niveles próximos a cero, otras que lo reduzcan a la mitad y otras que lo reduzcan a un porcentaje pequeño. El problema es que, por sí sólo, es incapaz de determinar cuál es el nivel de *riesgo penalmente permitido*. La naturaleza de la información nos indica los tipos y niveles de riesgos a los que está expuesta la misma, pero no nos dice nada del nivel de riesgo que debe prevenir el titular del secreto, y a partir de qué nivel la prevención corre ya a cargo del Derecho penal.

Una opción podría ser fijar el estándar de relevancia penal en el máximo nivel de idoneidad fáctica de la medida. Así, solamente las conductas de aseguramiento que vulneraran una medida de protección capaz de reducir el riesgo a niveles próximos a cero –si lo redujera a cero sería imposible cometer el delito de espionaje industrial– sería penalmente relevante. Sin embargo, no parece que ésta sea una opción que permita realizar correctamente el principio de proporcionalidad, en este caso por restringir excesivamente el ámbito de aplicación del tipo. Es fácil encontrar ejemplos de conductas que vulneran una medida de protección que, desde una perspectiva fáctica, no reduce el nivel de riesgo de acceso de terceros a niveles próximos a cero pero que, sin embargo, su vulneración se considera merecedora de las penas previstas por el tipo básico de espionaje industrial. Ejemplo: prescindir de las comunicaciones electrónicas que contengan información relacionada con el secreto puede ser una medida que reduzca el riesgo de acceso ilegítimo de terceros a través del espionaje informático a niveles próximos a cero. Sin embargo, es una medida de protección claramente desproporcionada. Cualquier fijación del nivel de idoneidad fáctica exigible requiere de un criterio externo de proporcionalidad.

Ello nos lleva a la segunda objeción. Cualquier decisión sobre el nivel de idoneidad fáctica de la medida como umbral de relevancia penal es susceptible de entrar en conflicto con el criterio normativo de idoneidad. Piénsese en el caso de un empresario que, para prevenir violaciones del domicilio de su persona jurídica, contrata a un guardia de seguridad. Desde una perspectiva fáctica, lo más idóneo para prevenir accesos de terceros habría sido, teniendo en cuenta las características de sus instalaciones y de la información, contratar cinco guardias de seguridad. Sin embargo, desde una perspectiva normativa no hacía falta la contratación de un solo guarda. La garantía de inviolabilidad del domicilio de persona jurídica es idónea para proteger el secreto. Siendo esto así, ¿por qué debemos exigir un mayor nivel

de (auto)protección como estándar de relevancia penal cuando el ordenamiento jurídico garantiza la exclusión de terceros al titular con la adopción de medidas con un nivel de idoneidad fáctica inferior? De nuevo, esta pregunta solo puede contestarse con un criterio superior (externo) que permita resolver los conflictos entre ambos criterios con base en consideraciones de proporcionalidad.

ii) La capacidad de autoprotección del titular del secreto empresarial

Otro de los aspectos que la doctrina estadounidense considera que se deben tener en cuenta en la evaluación de la razonabilidad de los esfuerzos preventivos adoptados por el titular del secreto empresarial es el relativo a su capacidad de autoprotección. El *tamaño* de la empresa o entidad, en cuanto a dimensiones físicas, número de trabajadores, número de clientes o colaboradores en contacto con la información, etc., y, sobre todo, su *capacidad económica y financiera* para hacer frente a los costes de las medidas de protección se consideran factores relevantes en la determinación del estándar de autoprotección exigible<sup>295</sup>.

En particular, se han alzado voces reclamando a los Tribunales un enfoque más comprensivo de la realidad de las pequeñas y medianas empresas, de modo que se tengan en cuenta los mayores costes de oportunidad que la adopción de medidas de protección genera a este tipo de empresas, cuyo buen funcionamiento interno suele fundamentarse sobre valores como la confianza o la lealtad, valores que se ven mermados con la introducción de este tipo de medidas, basadas, precisamente, en la desconfianza<sup>296</sup>. En este sentido, también en la jurisprudencia norteamericana pueden encontrarse resoluciones en las que en el juicio de razonabilidad de las medidas de autoprotección adoptadas se toma en consideración el menor tamaño o la menor sofisticación del titular del secreto empresarial, reconociendo así su

---

<sup>295</sup> POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § § 4.04[2], p. 4-26 nota 12; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.04, p. 1-310, 1-314.15; SLABY/CHAPMAN/O'HARA, *Computer & High Technology Law Journal* (5), 1989, p. 334.

<sup>296</sup> GRUBBS, «Give the little guys equal opportunity at trade secret protection: why the “reasonable efforts” taken by small businesses should be analyzed less stringently», *Lewis & Clark Law Review* (9:2), 2005, *passim*.

esfuerzo a pesar de que el nivel de protección alcanzado fuera menor que el exigido a empresas de mayor tamaño en casos parecidos<sup>297</sup>.

Qué duda cabe de que la mayor vulnerabilidad de la víctima no puede convertirse, en ningún caso, en un motivo de desprotección penal. Precisamente, la lógica que debe regir una política criminal racional es la de proteger, en primer lugar, al más débil. Pero siendo esto evidente, la misma lógica no puede llevar a concluir, a la inversa, que el más fuerte no merece protección. Al menos no en el plano de interpretación de la norma. Allí donde el legislador no ha distinguido, creo que el intérprete no puede distinguir por razones de fortaleza física o económica de la víctima. A mi juicio, lo contrario sería vulneratorio del principio de igualdad. Este tipo de diferencias no son relevantes a los efectos de merecer la protección conferida por el Derecho penal. La lógica de la subsidiariedad debe basarse en las posibilidades de autoprotección de un ciudadano medio o de un tipo de víctima configurada con base en baremos intersubjetivos. Según entiendo, del mismo modo que los conocimientos (capacidades) especiales del autor no deberían alterar el juicio objetivo sobre la relevancia penal de su conducta<sup>298</sup>, los conocimientos (capacidades) especiales de la víctima no deberían alterar el estándar de (auto)protección penalmente exigible.

Como es sabido, en el delito de estafa el “engaño bastante” se interpreta como la vulneración de ciertas barreras de protección de la víctima frente a la mentira. Entre ellas las medidas de autoprotección adoptadas por la víctima para evitar ser engañada. Pues bien, la Sala segunda del Tribunal Supremo español parece exigir estándares de autoprotección superiores a quienes participan en el tráfico en condición de empresario o profesional que a quienes participan en condición de

---

<sup>297</sup> En este sentido, véanse *Niemi, et al. vs. NHK Spring Co. Ltd., et al.*, 543 F.3d 294, 301-304 (6th Circuit U.S. Court of Appeals, 2008); *Learning Curve Toys, Inc. vs. PlayWood Toys, Inc.*, 342 F.3d 714 (7th Circuit U.S. Court of Appeals, 2003); *Elmer Miller Inc. vs. Jeffrey J. Landis et al.*, 253 Ill. App.3d 129 (Appellate Court of Illinois, First District, 9 de septiembre de 1993); *Data General Corp. vs. Digital Computer Controls, Inc.*, 357 A.2d 105 (Court of Chancery of Delaware, New Castle County, 7 de noviembre de 1975).

<sup>298</sup> JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», *ADPCP* (44), 1991, pp. 493 y ss., 508 y ss.



ciudadano-consumidor<sup>299</sup>. La discriminación me parece legítima, pues se basa en baremos intersubjetivos. Lo ilegítimo sería exigir estándares de autoprotección diferentes en función de las concretas capacidades de la concreta víctima. Así, por ejemplo, exigir un mayor grado de autoprotección a un determinado empresario por disponer de mayores recursos económicos.

iii) El tipo de mercado o sector de actividad

Un tercer grupo de factores que ha sido considerado relevante es el relativo al tipo de mercado o sector en el que el titular del secreto despliega su actividad empresarial. El hecho de que en dicho mercado o sector se respire un *ambiente altamente competitivo*, o de que sean frecuentes los casos de *espionaje industrial*, se estima razón suficiente para exigir al titular de la información un nivel cualificado de autoprotección<sup>300</sup>. Esta es, justamente, la conclusión a la que cabe llegar leyendo *a contrario* el fragmento reproducido a continuación de una de las sentencias de referencia en esta disciplina, la dictada en el caso *Electro-Craft Corp. vs. Controlled Motion, Inc., et al.*:

«Una seguridad relajada, no obstante, no precluye por sí misma la estimación de que ECC [Electro-Craft Corp.] haya realizado esfuerzos razonables para mantener el carácter secreto de la información. No existen pruebas de que el espionaje industrial fuera un problema mayor en la industria del servomotor»<sup>301</sup>.

En efecto, de la lectura de este pasaje parece deducirse que cuando en un determinado sector de actividad sea previsible ser objeto de determinados actos de espionaje industrial, al titular de un secreto empresarial que participe en aquél le es exigible un mayor grado de autoprotección si quiere recibir amparo jurídico ante una efectiva intromisión o revelación. Lo mismo cabe entender de la lectura del comentario “c” al § 43 del *Restatement (Third) of*

---

<sup>299</sup> Por todos, con referencias jurisprudenciales, BAJO FERNÁNDEZ/GUÉREZ TRICARICO, «Estafa», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico. Penal*, 2015, nms. 11160 y ss., 11180-11184.

<sup>300</sup> GRUBBS, *Levis & Clark Law Review* (9:2), 2005, p. 428; SLABY/CHAPMAN/O’HARA, *Computer & High Technology Law Journal* (5), 1989, pp 332-334.

<sup>301</sup> 332 N.W.2d 890 (Supreme Court of Minnesota 1983): «The relaxed security by itself, however, does not preclude a finding of reasonable efforts by ECC to maintain secrecy. Other evidence did not indicate that industrial espionage is a major problem in the servo motor industry».

*Unfair Competition*, según el cual la “previsibilidad de la conducta a través de la que se ha obtenido el secreto” es un factor a tener en cuenta a estos efectos:

«Entre los factores relevantes en la determinación de la razonabilidad de las medidas de precaución adoptadas por el titular están *la previsibilidad de la conducta a través de la que se ha obtenido el secreto* y la disponibilidad y coste de las medidas de prevención eficaces frente a dicha conducta, todo ello evaluado a la luz del valor económico del secreto empresarial» (cursiva añadida).

Esto significaría que la proliferación de determinados actos de espionaje industrial en un determinado sector sería autolegitimante, de modo que sus miembros solamente recibirían protección jurídica frente a actos de espionaje inusuales, como los que podrían provocar elevando sus barreras de autoprotección. Eso sí, solamente durante el tiempo en que los actos de espionaje necesarios para superar esas nuevas barreras cualificadas de protección no se hubieran convertido en una práctica común en el sector, pues en ese caso se volvería a elevar el listón de la autoprotección exigible, y así sucesivamente en una regresión al infinito.

Obviamente, tal aproximación cae por su propio peso. Los argumentos *ad populum* o *ex populo* son sabidamente falaces. Todo ello sin perjuicio de los evidentes problemas empíricos derivados de la necesidad de constatar los efectivos índices de proliferación de dichos actos, de la necesidad de fijar un porcentaje mínimo relevante que establezca la frontera entre lo previsible y lo imprevisible, así como de la necesidad de determinar el público o muestra relevante. En la discusión sobre la génesis del ilícito concurrencial se considera históricamente superada la postura de quienes pretendían determinarlo de acuerdo con las costumbres de los comerciantes de un determinado sector (corporativismo)<sup>302</sup>. Actualmente se considera que interesados en un mercado leal no sólo lo están los competidores, sino también los consumidores y el Estado como representante del interés general. Siendo esto así, con menor razón la normalización de conductas de

---

<sup>302</sup> DROSTE, «Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb. Zugleich ein Beitrag zur Rechtssprechung zur vergleichenden Werbung», *Wettbewerb in Recht und Praxis* (3), 1964, pp. 66 nota 8 y *passim*; VON GODIN, «Über den Verstoss gegen die wettbewerbsrechtlichen guten Sitten», *GRUR* (3), 1966, p. 127 y ss.

carácter desleal entre los competidores debería tener capacidad legitimadora<sup>303</sup>.

b) El criterio correcto: los estándares de (auto)protección de delitos patrimoniales con penas análogas

El criterio para determinar el estándar de (auto)protección penalmente relevante en el tipo básico de espionaje industrial debe buscarse en el sistema jurídico-penal, concretamente, en el subsistema de los delitos patrimoniales. El nivel de (auto)protección cuya vulneración supera el umbral de relevancia penal debe corresponderse con el nivel de (auto)protección determinante de la relevancia penal en delitos patrimoniales con penas análogas.

Quando me refiero al sistema jurídico-penal, me refiero al sistema interno, esto es, al sistema científico: el sistema desarrollado por la comunidad interpretativa mediante una discusión abierta y racional sobre la base del sistema externo, entendido éste último como el conjunto ordenado de enunciados legales según el orden dado por el legislador.

En realidad, buena parte de los delitos patrimoniales han sido configurados por el propio legislador bajo la lógica de la tesis “víctimo-dogmática”<sup>304</sup>. El robo con fuerza en las cosas (art. 238 Cp), el robo con violencia o intimidación en las personas (art. 242 Cp), la extorsión (art. 243 Cp) y la estafa (art. 248 Cp) responden claramente a esta lógica. Su contenido de injusto se basa en la superación de barreras de (auto)protección expresamente exigidas por el tenor literal: la superación de determinadas barreras físicas en el robo; el doblegar la voluntad en el robo con violencia o intimidación, así como en la extorsión; la superación de las medidas previstas para prevenir el engaño, en la estafa (el tipo exige un engaño *bastante*; bastante para superar dichas medidas).

Pues bien, en atención a las penas asignadas al tipo básico de espionaje industrial, serán penalmente relevantes aquellos aseguramientos que

---

<sup>303</sup> GK-UWG/PEUKERT, 2ª ed., 2014, § 3 nms. 278 y ss., 280. Aunque reconoce que la generalización de una práctica exige un mayor esfuerzo de fundamentación del veredicto de deslealtad (nm. 279).

<sup>304</sup> SCHÜNEMANN, «Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 81.

consistan en la vulneración de una barrera de (auto)protección equivalente a las exigidas por delitos patrimoniales con penas análogas. Como vimos en un apartado anterior, las penas asignadas al tipo básico de espionaje industrial guardan analogía con las asignadas a los subtipos agravados de robo y de estafa. También son análogas a las del delito de extorsión: prisión de uno a cinco años.

Luego serán penalmente relevantes los aseguramientos de secreto empresarial cometidos mediante fuerza en las cosas: escalamiento, fractura interna, externa, uso de llaves falsas, inutilización de sistemas específicos de alarma y guarda; los cometidos mediante uso de violencia o intimidación; los cometidos mediante engaño bastante; así como los cometidos mediante la superación de barreras de (auto)protección *funcional y valorativamente equivalentes*, como por ejemplo la vulneración de sistemas de seguridad informáticos.

De este modo se consigue superar las carencias presentadas por los criterios manejados en la doctrina y jurisprudencia estadounidense (*supra* VI.6.3.a). La fijación del estándar independientemente del valor del secreto empresarial, que en todo caso deberá ser superior a los cincuenta mil euros (vid. *supra* IV.9), también por razones de proporcionalidad, impide que se determine el ámbito de aplicación del tipo de forma valorativamente incoherente. Una vez el titular de la información alcance el nivel de (auto)protección considerado penalmente relevante, cualquier conducta que supere las barreras interpuestas será penalmente típica, aunque su coste sea ínfimo en comparación con el valor de la información. Lo relevante no es el coste de las medidas de (auto)protección, sino el desvalor inherente a su vulneración, y éste es independiente del coste de la medida vulnerada. Igualmente, queda fijado el grado de idoneidad fáctica de la medida de (auto)protección exigido. Una vez cumplido el estándar, resulta irrelevante que existan medidas de (auto)protección capaces de reducir el riesgo de acceso de terceros a cotas más bajas. En la misma línea, se evita la discriminación en función de la mayor o menor capacidad de autoprotección de la víctima. Una vez alcanzado el estándar de (auto)protección exigible, es irrelevante que la víctima disponga de recursos para aumentar el nivel de protección del secreto. La conducta de quien vulnera las barreras exigibles es penalmente típica.

Las dificultades para el criterio aquí propuesto se presentan ante las conductas de aseguramiento del secreto empresarial mediante la vulneración de barreras de (auto)protección no expresamente previstas por los delitos patrimoniales con penas análogas. Así, por ejemplo, el aseguramiento de la información mediante la violación del secreto de las comunicaciones. O la obtención del secreto mediante el soborno de trabajadores o colaboradores del titular de la información, de modo que la dádiva sirva para vulnerar el deber de buena fe que estas personas tienen frente al titular del secreto, deber que puede entenderse como una medida de protección que el ordenamiento jurídico concede al titular del secreto por defecto. En estos casos la única vía de solución posible es el juicio de *equivalencia funcional y valorativa* de la barrera vulnerada con las barreras efectivamente previstas por los delitos patrimoniales con penas análogas. Las barreras burladas en los dos ejemplos planteados me parecen funcional y valorativamente equivalentes. La interceptación de comunicaciones me parece una invasión de la esfera de reserva análoga al escalamiento o a la fractura exterior. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, configurado en términos extremadamente formales, atribuye al ciudadano un ámbito de exclusión de terceros equivalente al que podrían conceder barreras físicas como las previstas en el robo con fuerza en las cosas. Por lo demás, la interceptación de telecomunicaciones requiere el uso de artificios técnicos, lo que exige una energía criminal análoga a la necesaria para el escalamiento o la inutilización de sistemas de alarma. En cuanto al soborno de trabajadores o colaboradores con un deber de buena fe genérico hacia el titular del secreto, el delito de soborno de particulares (art. 286bis Cp) puede resultar de ayuda para fundamentar la equivalencia.

Existe otro grupo de casos problemático que conviene comentar por su relevancia en atención a la redacción del tipo básico de espionaje industrial. Se trata de los supuestos de mera sustracción de un soporte material del secreto empresarial. En estos casos, la única barrera de protección vulnerada es el dominio fáctico del titular sobre la cosa. A pesar de que estos casos quedan sin duda abarcados por el tenor literal del tipo básico de espionaje industrial, su encaje en la reconstrucción normativa del tipo aquí propuesta no resulta tan evidente. Ello se debe a que la pena prevista para el subtipo agravado de hurto, prisión de uno a tres años, es sensiblemente inferior a la asignada al tipo básico de espionaje industrial. Sin embargo, no me parece que ello deba conllevar, necesariamente, la exclusión de este grupo de casos

del ámbito de aplicación del tipo de espionaje. Su contenido de injusto me parece indudable. Se trata, tan sólo, de supuestos con un contenido de injusto disminuido. Siendo esto así, y en medida en que el tenor literal del art. 278.1 Cp abarca este grupo de casos, la solución no puede ser otra que su castigo como conductas constitutivas de espionaje industrial con una pena disminuida. El menor contenido de injusto de este grupo de casos debe tener el debido reflejo en la determinación de la pena. Ello obligará a recurrir a la atenuación analógica (art. 21.7) cuando al desvalor de la sustracción le corresponda una pena de entre uno y dos años de prisión, esto es, la mitad inferior del marco previsto por el subtipo agravado de hurto (prisión de uno a tres años). Penas que quedan por debajo del marco penal asignado al tipo básico de espionaje industrial (prisión de dos a cuatro años), lo que obliga a recurrir al marco penal inferior.