

Dogmática jurídica de los delitos de violación de secreto empresarial

Volumen II

Albert Estrada i Cuadras
Director: Jesús-María Silva Sánchez



ÍNDICE DEL VOLUMEN II

VII. CONDUCTAS DE DISPOSICIÓN DESLEAL DE SECRETO EMPRESARIAL PENALMENTE RELEVANTES (ART. 279 CP)	427
1. Introducción	429
2. El ilícito jurídico-privado de disposición desleal de secreto empresarial	434
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
3. Estado de la cuestión en materia de interpretación del delito del art. 279 Cp	466
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
4. Necesidad de un modelo de interpretación restrictiva	504
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
5. Vías de restricción del delito de disposición desleal de secreto empresarial	526
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
6. Toma de postura	538
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
7. Delimitación entre el delito de espionaje industrial (art. 278 Cp) y el de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp)	578

VIII. CONDUCTAS DE EXTENSIÓN DESLEAL DE LA VIOLACIÓN DE SECRETO EMPRESARIAL PENALMENTE RELEVANTES (ART. 280 CP)

1. Introducción	589
2. El ilícito jurídico-privado de extensión de la violación de un secreto empresarial	591
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
3. Interpretaciones posibles del delito de extensión de la violación de secreto empresarial	608
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
4. Necesidad de interpretar restrictivamente el tipo penal de extensión de la violación de secreto empresarial (art. 280 Cp)	632
5. Vías posibles de restricción	637

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
6. Concreción del modelo	645
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
I.	715
II.	717
III.	721
IV.	724
V.	729
VI.	731
VII.	734
VIII.	737
IX.	740
LISTADO DE JURISPRUDENCIA CITADA	743
LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA CITADA	755
ANEXO	812

Acrónimos

et. al.	<i>et alteri</i>
n.c.	no consta
nm.	número marginal
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>
MshrKrim	<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>
NCSES	<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>
RECP	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>
TRIPS	<i>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i> (en castellano: ADPIC)
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>

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

1. Introducción

El art. 279 Cp prevé el delito de disposición desleal de secreto empresarial. Su primer apartado ordena castigar con la pena de prisión de dos a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses «la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva». El segundo apartado manda imponer dichas penas en su mitad inferior «si el secreto se utilizara en provecho propio».

El delito se comete con *dolo*, sin que se exijan elementos subjetivos especiales, salvo por la persecución del *propio provecho*, en la modalidad atenuada de *uso* del secreto (art. 279.2 Cp)¹. Aunque no todos lo consideran un elemento subjetivo especial: hay quien lo interpreta como parte del desvalor de resultado². La comisión *imprudente* no se encuentra expresamente prevista por la ley. De forma unánime se considera un *delito especial propio*³. La consumación se fija en el momento de la comunicación al tercero/s, o en el momento del uso en provecho propio, siempre y cuando exista idoneidad para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido⁴. En este sentido, es definido como *delito de peligro*⁵, lo que no impide que la mayor parte de la doctrina considere punibles las *formas imperfectas de ejecución*⁶.

¹ GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 199.

² FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 1071.

³ Por todos, véanse CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 2004, p. 1003; CARRASCO ANDRINO, *RDPC* (7), 2001, pp. 388 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 280», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 806.

⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, pp. 61 y ss., 65; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 197.

⁵ CARRASCO ANDRINO, *RDPC* (7), 2001, p. 399 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 280», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 807.

⁶ FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 1071; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 140; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 197; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art.

El actual delito de disposición desleal del secreto empresarial puede considerarse heredero del antiguo delito previsto en el art. 499 Cp73. Conforme a aquel precepto, debía castigarse con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 pesetas al *encargado*, *empleado* u *obrero* de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriese los secretos de su industria.

Como se habrá advertido, existen dos diferencias fundamentales entre el antiguo delito del art. 499 Cp73 y el actualmente previsto en el art. 279 Cp. En primer lugar, el delito hoy vigente incluye entre las conductas teñidas de tipicidad penal el *uso en provecho propio* del secreto empresarial. Conducta que en el anterior delito del art. 499 Cp73 era atípica, lo que la doctrina había venido denunciando como una criticable laguna de punibilidad⁷. En segundo lugar, el círculo de sujetos activos del delito actualmente vigente se define de forma sustancialmente distinta a la anterior. El antiguo art. 499 Cp73 circunscribía dicho círculo a los *encargados*, *empleados* u *obreros* de una fábrica. Con una interpretación ceñida al tenor literal, los miembros del consejo de administración de una sociedad mercantil quedaban fuera del ámbito de aplicación de ese delito⁸, a pesar de ser, en principio, las personas de más confianza de los propietarios de la sociedad y quienes, por tanto, con mayor facilidad podían destripar su esfera de reserva. Por otro lado, también caía fuera del ámbito de aplicación del tipo cualquier tercero que no estuviera vinculado con el titular del secreto empresarial a través de una relación de dependencia, pero que a raíz de su colaboración con su actividad empresarial entrara en contacto con la información confidencial. Piénsese, por ejemplo, en cualquier tipo de asesor o consultor, en servicios técnicos de reparación, montaje o mantenimiento, o en los hoy aparentemente imprescindibles

280», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 807; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 146.

⁷ BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, 1ª ed., 1978, p. 294; MIQUEL PRATS, en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, 1997, p. 200. De otra opinión, JORGE BARREIRO, *Revista de Derecho Público* (87), 1982, pp. 284, 287.

⁸ LANDROVE DÍAZ, «Descubrimiento y revelación de secretos», en AA.VV., *III Jornadas de profesores de Derecho penal*, 1976, pp. 189-190; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed., 1994, pp. 336-337.

informáticos⁹. Quienes recurrieron a la interpretación teleológica para sortear estas incoherencias axiológicas tan solo creyeron posible incluir en dicho círculo a los miembros del consejo de administración que, a su vez, ocuparan un cargo en la empresa basado en una relación de dependencia. Así, por ejemplo, los que fueran, a la vez, directores gerentes, encargados de algún servicio o, simplemente, empleados (representantes de los trabajadores con un puesto en el consejo de administración, por ejemplo)¹⁰.

Además, la referencia literal a la condición de encargado, empleado u obrero del sujeto activo dio lugar a la histórica polémica en torno a si el delito podía ser aplicable a las conductas de revelación de quienes ya no ostentaran dicha condición, por extinción de la relación laboral o de dependencia que les ligara con el titular de la información¹¹.

El legislador penal de 1995 cambió sustancialmente el criterio de determinación del círculo de sujetos activos de este delito. El vigente art. 279 Cp emplea como criterio de selección la condición de portador de un deber legal o contractual de reserva respecto del secreto empresarial usado o comunicado. A primera vista puede dar la impresión de que la nueva delimitación del círculo de sujetos activos amplía el ámbito de aplicación del

⁹ MORALES PRATS/MORÓN LERMA, «Arts. 278-280», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Código penal*, 9ª ed., 2011, p. 872.

¹⁰ BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, 1ª ed., 1978, p. 291-292; JORGE BARREIRO, *Revista de Derecho Público* (87), 1982, pp. 278-279.

¹¹ A favor de entender que el ámbito de aplicación se extiende más allá de la vigencia de la relación de dependencia, por razones político-criminales (interpretación teleológica): GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, 2ª ed., 1913, p. 846 y ss. (en relación con el antiguo art. 514 del Cp de 1870); CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, 13ª ed., 1972, p. 808; QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., 1972, p. 1026, aunque exigiendo una minuciosa ponderación (los tres en relación con el antiguo art. 499 Cp 1944). En contra, por respeto al principio de legalidad: PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *El Código penal concordado y comentado*, t. III, 5ª ed., 1881, p. 278 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed., 1994, p. 337; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, 1ª ed., 1978, p. 292 y s. (los tres en relación con el art. 499 Cp 73). Con argumentos teleológicos, ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal, parte especial*, 1949, p. 326 y s. (en relación con el art. 499 Cp 1944). Todos los preceptos citados tienen idéntica redacción excepto por las penas previstas.

tipo actualmente vigente respecto del previsto por el antiguo art. 499 Cp73. En efecto, el círculo ya no lo integran exclusivamente quienes mantienen una relación laboral de dependencia con el titular del secreto empresarial, sino que se amplía a todo aquel que por ley o por contrato le deba confidencialidad al titular de la información. Así, por ejemplo, la protección penal se extiende a las infidencias de los administradores de sociedades de capital, obligados por ley a guardar reserva sobre los secretos de la empresa administrada (art. 228.b) LSC). Por su parte, la inclusión de los deberes contractuales bajo el paraguas de protección penal extiende el ámbito de aplicación del tipo a la defraudación de los compromisos contractuales de reserva que el titular del secreto empresarial ha conseguido arrancar de cualquiera de los terceros con los que se relaciona. Además, el hecho de que el criterio de selección de los posibles sujetos activos no sea la relación laboral o de dependencia existente con el titular de la información deja abierta la histórica polémica sobre el alcance temporal del deber penal de reserva¹².

Sin embargo, no es menos cierto que la exigencia de que el autor cargue con un deber legal o contractual de reserva introduce restricciones, ya en el plano de la mera interpretación gramatical, respecto del antiguo delito previsto en el art. 499 Cp73. Conforme a la redacción del tipo previsto en este último artículo, los encargados, empleados u obreros podían cometer ese delito respecto de cualquier secreto empresarial de su empleador, tuvieran o no un deber legal o contractual de guardar reserva respecto del mismo¹³. Lo que no puede afirmarse, al menos no con la misma contundencia, respecto del nuevo tipo previsto por el art. 279 Cp.

Más allá del plano estrictamente formal, el criterio del deber legal o contractual de secreto puede servir de base para la construcción de interpretaciones sistemáticas o teleológicas significativamente restrictivas del ámbito de aplicación del delito previsto en el art. 279 Cp, como tendremos ocasión de ver en partes posteriores de este trabajo.

¹² Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 70 y ss.

¹³ CASTRO MORENO, *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia* (1-2), 2006, p. 57.

En cuanto a las formas de comisión, el art. 279 del Código penal vigente prohíbe dos modalidades de violación de secreto empresarial. La modalidad consistente en la *difusión, revelación o cesión* de la información, que puede considerarse el tipo básico, y la modalidad atenuada consistente en el *uso* en provecho propio de la información. Dos modalidades para dos formas distintas de *disposición* desleal del secreto empresarial: la *comunicación* a terceros y el *uso* en provecho propio. Razón por la cual, en este trabajo, y a pesar de que no se trate de terminología asentada en nuestra doctrina y jurisprudencia, se ha decidido hablar de *delito de disposición desleal del secreto empresarial* para hacer referencia al delito que, como concepto genérico, engloba a los dos tipos previstos en el art. 279 Cp.

El art. 279 Cp no está solo en la prevención de las conductas de disposición desleal del secreto empresarial. Ejerce funciones preventivas en paralelo el tipo de disposición desleal de secreto empresarial previsto en el art. 13 LCD. En la medida en que el Derecho penal debería ser la *ultima ratio* en la protección de los bienes jurídicos y en la medida en que, a su vez, debería protegerlos de forma fragmentaria, esto es, castigando tan solo los ataques más graves, parece oportuno determinar, aunque solo sea a grandes rasgos, cuál es el alcance de este tipo (apartado 2). Ello no sólo permitirá abordar la interpretación del tipo penal (apartado 3) de forma axiológicamente más coordinada con el ilícito jurídico-privado, sino que la aproximación a la casuística del ámbito jurídico-privado en esta materia, mucho más rica que la del jurídico-penal, será una buena forma de ampliar el abanico de conductas conocidas de extensión de la violación de un secreto empresarial. De este modo, podrá valorarse político-criminalmente qué perspectiva interpretativa del tipo penal resulta más adecuada (apartado 4): si una restrictiva o una expansiva. Como se verá, la conclusión será que resulta más adecuado a una interpretación restrictiva, por lo que será conveniente analizar cuáles son las vías axiológicamente más adecuadas de restricción interpretativa (apartado 5). Los resultados de la investigación se traducirán en la propuesta de un modelo de interpretación de los tipos penales de disposición desleal del art. 279 Cp (apartado 6).

2. El ilícito jurídico-privado de disposición desleal de secreto empresarial

El equivalente funcional del delito de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp) en la normativa jurídico-privada se encuentra previsto en el art. 13 LCD, concretamente en la parte inicial de su primer apartado:

«Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva (...)».

Su dimensión subjetiva se encuentra prevista en el apartado tercero del art. 13:

«La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con *ánimo de obtener provecho*, propio o de un tercero, o *de perjudicar* al titular del secreto». (cursiva añadida)

El mencionado artículo 2 LCD establece que tan solo se considerarán actos de competencia desleal aquellos que se realicen *en el mercado* y con *fines concurrenciales*, circunstancias que, por tanto, no se exigen en relación con las conductas de violación de secretos empresariales para considerarlas constitutivas de ilícito concurrencial.

Como se habrá advertido, en lo referente a su dimensión objetiva el ilícito jurídico-privado sigue la misma estructura que su homólogo penal. Su ámbito de aplicación se delimita, básicamente, por dos vías. Por un lado, la de los *verbos típicos*: se prohíbe divulgar o explotar el secreto empresarial. Por otro, la del *círculo de sujetos activos*: solamente podrán cometer este ilícito concurrencial quienes hubieren accedido de forma legítima a la información, pero con deber de reserva.

Los verbos típicos “divulgar” y “explotar” han sido interpretados por la doctrina mercantilista de forma muy similar a como han sido interpretados los verbos “difundir”, “revelar”, “ceder” o “usar” de los arts. 278 a 280 Cp por la doctrina penal. Así, por *divulgación* se ha entendido cualquier acto de

comunicación del secreto empresarial a terceros, independientemente de cuál sea la cantidad de destinatarios: una, varias o una generalidad de personas¹⁴. Tal y como sucede con los delitos aquí estudiados, el ilícito jurídico-privado se concibe como de mero peligro. Resulta irrelevante qué haga el destinatario con la información, esto es, si decide emplearla o no, o si decide comercializar o no los productos que la incorporan. Basta con que esté en condiciones de utilizarla o comunicarla a terceros¹⁵. En este sentido, y al igual que en el ámbito penal, no se requiere ni que la comprenda¹⁶.

Recientemente, SUÑOL LUCEA ha abogado por concebir el ilícito en términos estrictamente formales, esto es, como mera infracción del deber de no comunicar o explotar la información, sin necesidad de que la conducta fuera idónea para lesionar la capacidad competitiva de la empresa. En su opinión, incluso la comunicación de información parcial o incompleta, absolutamente inservible, merece la mácula de desleal¹⁷.

El ilícito mercantil, como el penal, es de medios indeterminados, por lo que la divulgación puede tener lugar tanto a través de la entrega de soportes materiales de la información (documentos, lápices de memoria, fotografías, vídeos, etc.), como a través de la comunicación verbal, visual o de cualquier otro tipo (electrónica, etc.)¹⁸.

Bajo el concepto de comunicación se incluyen, también, las transmisiones de la información por *omisión*, como por ejemplo la conducta del empleado que

¹⁴ GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 364 nm. 35; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 285; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 393 nm. 19.

¹⁵ GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 364 nm. 36; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 394 nm. 21.

¹⁶ GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 365 nm. 38; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 287.

¹⁷ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 287.

¹⁸ Por todos, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 285 y ss.; GÓMEZ SEGADE, «secreto industrial», en MONTROYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, p. 6086.

deja intencionadamente abierta la puerta del local donde se guardan las máquinas secretas, para que un tercero pueda entrar y conocer sus características¹⁹. Aquí sí puede apreciarse una diferencia importante en relación con el injusto jurídico-penal, cuya comisión por omisión requiere, como es sabido, la concurrencia de las condiciones previstas en el art. 11 Cp, entre ellas, la posición de garantía del sujeto activo.

Por su parte, por *explotación* del secreto empresarial se entiende la obtención, de cualquier modo, de alguna ventaja a través del mismo²⁰. Al igual que con la divulgación, no se exige que la ventaja se obtenga efectivamente, ni la causación de un perjuicio al titular²¹. Así, explota tanto quien emplea la información para mejorar su producto o servicio y los comercializa, como quien simplemente la utiliza para experimentar o investigar²². Igualmente, también se admite como forma de realización del tipo la explotación pasiva o por omisión. Ejemplo de ello puede ser la no exploración de nuevos métodos de producción con base en información secreta de un competidor que demuestra la inutilidad de los mencionados métodos después de un costoso periodo de investigación y prueba (la llamada *información negativa*)²³.

Por lo que se refiere al círculo de potenciales sujetos activos, el legislador mercantil, al igual que el penal, ha recurrido al *deber de reserva* como principal criterio de selección entre quienes tuvieron acceso legítimo a la información. Quienes hubieren accedido ilegítimamente tienen prohibidas, en todo caso, su divulgación o explotación (art. 13.1, segunda parte). El art. 13 LCD no hace mención alguna de la naturaleza que debe tener el deber de reserva para

¹⁹ El ejemplo es de GÓMEZ SEGADÉ, «secreto industrial», en MONTOYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, p. 6086. En igual sentido, GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 364 nm. 37; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 286; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 393 nm. 20.

²⁰ GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 365 nm. 40; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 287 y ss.; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 394 nm. 22.

²¹ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 287 y ss.; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 394 nm. 22.

²² SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 288.

²³ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 289 y s.

ser jurídico-privadamente relevante. Lo que difiere del tenor literal del art. 279.1, que habla de obligaciones legales o contractuales de reserva. Habrá que ver, en todo caso, si el matiz gramatical es de relevancia a la hora de trazar la frontera entre el ilícito penal y el jurídico-privado.

Por lo que se refiere a la dimensión subjetiva del ilícito jurídico-privado, como se ha dicho, el apartado tercero del art. 13 LCD exige que la violación del secreto empresarial se realice con el *ánimo de obtener un provecho*, propio o de tercero, o con el *de perjudicar* al titular de la información. Conforme con ello, la Sala primera del Tribunal Supremo absolvió en sentencia de 4 de marzo de 2005²⁴ a una empresa que, con el fin de demostrar que una de sus competidoras estaba infringiendo sus derechos de patente, contrató a un investigador privado para que se introdujera en las instalaciones de dicha competidora para obtener pruebas de ello. El detective así lo hizo, accediendo a los procedimientos de producción de la concurrente, que alegó que eran constitutivos de secreto empresarial.

Si bien la redacción del art. 13.3 LCD permite interpretar con meridiana claridad los dos fines mencionados como *elementos subjetivos especiales* de los ilícitos concurrenciales descritos en los apartados primero y segundo de dicho artículo (disposición desleal [art. 13.1 primera parte], extensión de la violación de secreto empresarial [art. 13.1 segunda parte] y espionaje industrial [art. 13.2 y 13.1 segunda parte]), la doctrina mercantilista se resiste a concebirlos en tal sentido y propone interpretaciones restrictivas de los mismos con la intención de objetivarlos en la mayor medida de lo posible. Así, en relación con el *ánimo de obtener un provecho* propio o de tercero, se propone interpretar el “provecho” o “lucro” en un sentido amplio, no sólo patrimonial, sino también de otra naturaleza, como el lucro moral o reputacional que obtendría un científico que empleara el secreto en el ámbito académico, o el que obtendría un activista de una ONG que lo revelara para proteger el medio ambiente o salvar vidas²⁵. Las propuestas de restricción llegan a extender el calificativo de desleal a la comisión *negligente* de dichas

²⁴ STS de 4 de marzo de 2005, p. Gullón Ballesteros.

²⁵ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 432 y ss.; GÓMEZ SEGADÉ, «secreto industrial», en MONTOYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, p. 6087.

conductas²⁶; algunas, incluso, abogan por concebir estos ilícitos, bajo determinadas condiciones, como ilícitos de mera *responsabilidad objetiva*²⁷.

Un sector de la doctrina admite la comisión *negligente* solamente cuando la divulgación o la explotación se lleven a cabo con ánimo de obtener un provecho propio o ajeno, pero no cuando se realicen en perjuicio de tercero. En este último caso, exige dolo²⁸. La distinción de trato es infundada, pues también se puede divulgar o explotar el secreto en perjuicio del titular de forma imprudente. No hay nada en el tenor literal del art. 13.3 que permita prescindir del ánimo de obtener un provecho propio u ajeno como elemento subjetivo especial – elemento que presupone el dolo– que no permita prescindir de tal naturaleza respecto del ánimo de perjudicar al titular. Ambos son fines de la acción, elementos subjetivos del ilícito, que en principio presuponen el dolo respecto de todos los elementos objetivos del ilícito.

Por su parte, GÓMEZ SEGADE aboga por la configuración de estos ilícitos como ilícitos de *responsabilidad objetiva*, con base en el hecho de que, conforme al actual art. 32.1.5º LCD, la acción de resarcimiento tan solo puede ejercitarse cuando exista dolo o culpa en la conducta del infractor. *A sensu contrario*, entiende que el resto de acciones previstas frente a estos ilícitos, en la medida en que el art. 32.1 LCD no hace referencia expresa al dolo o culpa del infractor cuando las prevé, son ejercitables sin dolo ni culpa, esto es, operan bajo la lógica de la mera responsabilidad objetiva²⁹.

No es este el lugar de entrar a valorar la corrección de la postura crítica y las propuestas de interpretación *abrogans* que la doctrina mercantilista mayoritaria defiende respecto de los requisitos de tipicidad subjetiva previstos por el art. 13.3 LCD en relación con los ilícitos previstos en los apartados primero y

²⁶ GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 378 nm. 77; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 432 y ss.; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 395 y s., nm. 25 y 26.

²⁷ GÓMEZ SEGADE, «secreto industrial», en MONTOYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, p. 6087.

²⁸ GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 378 nm. 77; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 432 y ss.; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 395 y s., nm. 25 y 26.

²⁹ GÓMEZ SEGADE, «secreto industrial», en MONTOYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, p. 6087.

segundo de ese mismo precepto. Sin embargo, hay que reconocer que la coordinación de los delitos de violación de secretos empresariales (arts. 278-280 Cp) con sus homólogos jurídico-privados (arts. 13-14 LCD) con base en el principio de subsidiariedad puede variar mucho en función del alcance que se les otorgue a los ilícitos jurídico-privados en el aspecto subjetivo.

En caso de atribuir vigencia plena a los requisitos subjetivos del art. 13.3 LCD y entender, por tanto, que tales ilícitos deben cometerse con dolo y persiguiendo alguna de las dos finalidades previstas en el art. 13.3 LCD (ánimo de obtener un provecho propio o ajeno; ánimo de perjudicar al titular), tendríamos que reconocer que, al menos en lo referente a la tipicidad subjetiva, los ilícitos jurídico-privados son más restrictivos que los jurídico-penales. Pues, como se ha visto, para la comisión de los delitos previstos en los arts. 278 a 280 del Código penal basta el dolo, sin necesidad de que la violación se haya realizado con ánimo o finalidad especial alguna.

Tal escenario resulta, cuanto menos, chocante, si se tienen en cuenta los principios de unidad y sistematicidad del ordenamiento jurídico y el de subsidiariedad del Derecho penal. La vigencia de estos principios puede garantizarse, no obstante, por dos vías: o bien dando por válidas las propuestas de objetivización de los ilícitos jurídico-privados de la doctrina mercantilista, o bien atribuyendo un ámbito de aplicación globalmente más restrictivo a los delitos de los arts. 278 a 280 Cp a través de una delimitación estrecha de sus tipos objetivos.

La primera vía no me corresponde a mí transitarla. La oportunidad de configurar interpretativamente los ilícitos jurídico-privados de manera amplia merece un estudio *ad hoc* desde la propia disciplina del Derecho privado. Una respuesta favorable en este sentido desde dicho ámbito no precluye, en todo caso, la posibilidad de que resulte igualmente necesario interpretar restrictivamente los delitos de los arts. 278 a 280 Cp.

En cuanto a la segunda vía, no es este el momento de valorar la oportunidad político-criminal de interpretar restrictivamente el tipo penal de disposición desleal. Ello será objeto de estudio más adelante, en el apartado *infra* VII.4. Sin embargo, conviene anticipar aquí la conclusión a la que se ha llegado al respecto: con base en los argumentos que se exponen en el mencionado apartado .4 *infra*, es preciso interpretar restrictivamente los tipos penales de

disposición desleal de secreto empresarial. Ello hace necesario explorar las vías más adecuadas de restricción interpretativa (ver *infra* apartado VII.5). Como se verá, y anticipándonos de nuevo al respecto, la principal herramienta para conseguir una restricción axiológicamente coherente del tipo objetivo de disposición desleal es la introducción de rigurosas exigencias en la fundamentación material del deber penal de reserva. Siendo esto así, parece conveniente dedicar las próximas páginas a analizar cómo se ha fundamentado en el ámbito jurídico-privado el deber de reserva. Esto nos permitirá determinar, de modo claro, cuál es el referente desde el que hacer efectivo el principio de subsidiariedad del Derecho penal a la hora de interpretar los tipos penales de uso y revelación desleal previstos en el art. 279 Cp.

2.1. El deber de reserva en el ámbito jurídico-privado

En el ámbito jurídico-privado, el surgimiento del deber de secreto de quienes han accedido a la información de forma legítima se determina por remisión. De forma mayoritaria, la doctrina mercantilista se remite a las *disposiciones normativas* o a las *fuentes de naturaleza convencional* que imponen obligaciones de secreto a determinadas personas. Así, se enumeran a título ejemplificativo algunos de los numerosos preceptos legales o disposiciones normativas de rango inferior que prevén deberes *explícitos* de reserva. El art. 228.b) de la Ley de sociedades de capital (RDL 1/2010, de 10 de julio), por ejemplo, en el que se establece de manera expresa el deber de secreto de los administradores de este tipo de sociedades, o el art. 33 del Real Decreto 1261/2005, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de protección de obtenciones vegetales, en el que se impone explícitamente el deber de confidencialidad a los miembros de la Comisión de obtenciones vegetales respecto de los datos y documentos secretos que por razón de sus funciones deban conocer, por citar una disposición de rango inferior³⁰.

Pero también se consideran fuentes válidas del deber de reserva al que se refiere el art. 13 LCD disposiciones normativas que, sin hacer mención a obligación de secreto alguna, se entiende que la impondrían de manera

³⁰ Por todos, GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 368 y ss., nm. 48 y ss.; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 371 y ss.

implícita. Se trata de preceptos tales como el art. 7 del Código civil, por ejemplo, según el cual queda prohibido el uso abusivo y/o antisocial del derecho, el art. 1258 Cc, conforme al cual los contratos obligan a lo expresamente pactado y a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, o el art. 5 a) del Estatuto de los trabajadores³¹, que ordena a estos últimos a cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia³².

Por lo que se refiere al ámbito convencional, se admiten como fuentes válidas del deber de reserva tanto los pactos *expresos* en tal sentido (pactos de confidencialidad, por ejemplo), como los *tácitos*³³.

En cuanto al alcance del deber, es preciso distinguir, en primer lugar, sus tres dimensiones: la material, la temporal y la territorial. La *material* hace referencia al objeto del deber de secreto, esto es, al tipo y cantidad de información que debe mantenerse bajo reserva. No es lo mismo tener que guardar reserva respecto de cualquier información con la que se entre en contacto a causa de la relación contractual, laboral o de servicio público que se mantenga con el titular, que estar obligado a la reserva tan solo respecto de los secretos que es necesario conocer para el correcto ejercicio del puesto, cargo o rol que se desempeñe. En el primer caso el deber se proyecta, por ejemplo, sobre los secretos empresariales conocidos por la comunicación imprudente, fortuita o vanidosa del titular. En el segundo caso, no.

La dimensión *temporal* se refiere a la duración del deber en relación con el negocio o contacto jurídico que lo ha generado. En ella se enmarca la histórica discusión en torno a si el deber de reserva se extiende o no más allá de la vigencia de la relación laboral, por ejemplo.

³¹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

³² Por todos, GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 372 y ss., nm. 57 y ss.; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 384 y ss.

³³ Por todos, MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 396 y s., nm. 29; GÓMEZ SEGADÉ, «secreto industrial», en MONTOYA MELGAR (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, p. 6087.

Por último, la dimensión *territorial* se corresponde con el alcance geográfico del deber, esto es, en qué mercados, desde un punto de vista territorial, debe cumplirse. La cuestión tiene relevancia siempre y cuando no se predique el alcance mundial del deber. Algo que, por lo demás, no resultará tan descabellado en determinados casos, habida cuenta de la cada vez mayor globalización de los mercados.

En España, la discusión en torno al alcance del deber de secreto se ha centrado en el aspecto temporal y, en menor medida, en el material. En relación con el *alcance material*, el único criterio de carácter general que se ha aportado ha sido el de la necesidad de la comunicación del secreto empresarial (“*need-to-know basis*”). Inspirándose en la doctrina y jurisprudencia estadounidenses, SUÑOL LUCEA propone importar este criterio para limitar el alcance del régimen jurídico-privado de protección de los secretos empresariales. De este modo, quedaría fuera del ámbito de protección de la LCD la información cuyo titular –o representante del mismo– comunica a terceros de forma innecesaria³⁴.

El resto de contribuciones en materia de alcance material son de carácter específico, vinculadas a la concreta fuente del deber de reserva. Así, por ejemplo, se afirma que el deber de secreto del administrador de una sociedad de capital, previsto en el art. 228.b) LSC, tan solo abarca información que esté «directa y precisamente relacionada con la sociedad» en la que el administrador ejerce o ejerció el cargo. No obstante, no se considera preciso que el administrador haya adquirido la información «en determinados lugares, situaciones o a través de ciertos medios o ritos», sino que también quedaría abarcada la conocida en otras situaciones o esferas de actuación, como por ejemplo en horas de descanso, reuniones informales, vacaciones, etc.³⁵

Por lo que se refiere al *alcance temporal*, el criterio también parece ser el de remisión a lo previsto por la correspondiente fuente legal o convencional del deber. En este sentido cabría distinguir entre fuentes que determinan de

³⁴ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 174 y s.

³⁵ En relación con el antiguo art. 127.2 LSA, véase FARRANDO MIGUEL, *El deber de secreto de los administradores*, 2001, p. 116.

forma expresa el alcance temporal del deber y las que tan solo prevén de forma expresa su surgimiento, pero no su alcance temporal.

Entre las fuentes que prevén de forma expresa el alcance temporal del deber estaría el art. 228.b) LSC, cuyo enunciado impone el deber de sigilo al administrador sobre las informaciones a las que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, «incluso cuando haya cesado en él». Buena parte de la doctrina entiende que tanto por exigencias del tenor literal como teleológicas se debe interpretar que el deber se extiende indefinidamente más allá de la vigencia del cargo, siempre y cuando la información mantenga el carácter de secreto empresarial³⁶. Con todo, algunos autores interpretan que el deber de sigilo no puede, en cualquier caso, extenderse más allá del tiempo previsto para ejercitar las acciones de responsabilidad contra el administrador, a contar desde la cesación del cargo. Así, la duración temporal equivaldría al plazo de prescripción considerado aplicable³⁷.

En cuanto a las fuentes que no prevén de forma expresa el alcance temporal del deber, puede citarse el deber genérico de buena fe previsto por el art. 5 e) ET para el trabajador por cuenta ajena. En este sentido, la balanza se decanta, en términos cuantitativos, a favor de quienes entienden que, salvo

³⁶ En relación con el antiguo art. 127 quater LSA, véase DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, 2ª ed., 2006, p. 192 y s., con ulteriores referencias. En relación con el art. 13 LCD, GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 371 nm. 54; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 398 y s. Por su parte, SUÑOL LUCEA, aunque no se manifieste explícitamente al respecto, parece que también defendería esta postura, pues respecto del trabajador por cuenta ajena predica un deber de secreto de duración indefinida, más allá de la vigencia de la relación laboral. Ello a pesar de que el deber del trabajador se base en el deber genérico de buena fe del art. 5 ET. *A maiore ad minus*, los argumentos que utiliza para extender el deber de secreto del trabajador indefinidamente (véase *infra* en el texto) también deberían ser válidos para fundamentar el alcance temporalmente indefinido del deber del administrador (*El secreto empresarial*, 2009, pp. 378-384).

³⁷ En relación con el antiguo art. 232 LSC, antecedente del actual art. 228.b) y muy similar a éste a estos efectos, CASTELLANO, «Artículo 232. Deber de secreto», en ROJO/BELTRÁN (ed.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t.I, 2011, pp. 1666. En relación con el antiguo art. 127 quáter LSA, FARRANDO MIGUEL, *El deber de secreto de los administradores*, 2001, p. 196 y ss.

especificación legal o convencional en contrario, la obligación de reserva se extiende más allá de la vigencia de la relación jurídica principal³⁸. Se aducen varios argumentos. En primer lugar, se advierte de la vulnerabilidad de su vigencia si su alcance estuviera vinculado a la pervivencia de la relación principal, pues en ese caso el obligado podría eludir fácilmente su cumplimiento extinguiendo unilateralmente dicha relación³⁹. En segundo lugar, y en relación con el deber de reserva del trabajador, se aluden razones históricas. El art. 72 de la actualmente derogada Ley de Contrato de Trabajo, de 1944⁴⁰, imponía el deber de secreto al trabajador durante y una vez finalizada la relación laboral⁴¹. Por último, se invoca la experiencia extranjera, alegándose que países de nuestro entorno como Suiza, Reino Unido, Francia o Italia tenderían a enfocar la cuestión en esta línea, ya sea por vía legal, ya sea por vía doctrinal o jurisprudencial⁴².

La interpretación que la doctrina mercantilista realiza del deber de reserva del trabajador respecto de los secretos empresariales de su empleador goza del aval de sus colegas laboristas. En el ámbito socio-laboral, la doctrina española también considera de modo mayoritario que el deber de reserva del trabajador se extiende más allá de la vigencia de la relación de trabajo⁴³.

³⁸ En este sentido, GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 369 y ss., nm. 51 y ss.; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 381 y ss., con referencias jurisprudenciales en este sentido y en el contrario; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 398-399, nm. 31; GÓMEZ SEGADÉ, «Algunos aspectos de la licencia de know-how», *Actas de Derecho Industrial* (7), 1981, p. 217 y ss. En contra, FARRANDO MIGUEL, «La protección jurídica de las listas de clientes (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1999 y 29 de octubre de 1999)», *Revista General de Derecho* (89), 2000, p. 9614; IRÁKULIS ARREGI, «La captación de clientes desde la perspectiva del derecho de la competencia (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1999)», *Diario La Ley* (1460), 2002, p. 15 y ss.

³⁹ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 384.

⁴⁰ Decreto de 26 de enero de 1944.

⁴¹ GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 369 y ss., nm. 51 y ss.

⁴² SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 382-384.

⁴³ GOERLICH PESET, «Tema 9: Determinación de la prestación de trabajo», en CAMPS RUIZ/RAMÍREZ MARTÍNEZ (coord.), *Derecho del trabajo*, 2ª ed., 2012, p. 311 y s.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del trabajo*, 2ª ed., 2012, p. 215;

Tanto en el ámbito mercantil como, en relación con el concreto deber de reserva del trabajador, en el laboral, se echa de menos, salvo por contadas excepciones⁴⁴, un análisis con cierto grado de profundidad sobre el alcance del deber de secreto. Como ya se ha apuntado, la discusión se centra casi exclusivamente en el aspecto temporal, quedando sin abordar tanto su dimensión material como la territorial, a pesar de que se planteen importantes cuestiones en torno a las mismas. Por lo demás, la discusión sobre el alcance temporal del deber tampoco va mucho más allá de un discurso tópico, bastante superficial y formalista. No se distingue entre grupos de casos respecto de los que, sin embargo, pueden existir diferencias materiales de peso que justifiquen un alcance temporal diferenciado del deber. Criterios como la calidad competitiva de la información, los costes de investigación y desarrollo para dar con ella, el grado de contribución del obligado a reserva a su creación, la posición (de confianza) que ocupa el empleado obligado a reserva dentro de la entidad titular, la retribución percibida por el obligado, tanto por su aportación como por su sigilo, el grado de especialización del obligado y su dependencia profesional respecto de la información, etc., no se tienen en cuenta para valorar la posibilidad de que existan diferencias materiales significativas entre las diferentes constelaciones de casos.

En efecto, el deber de reserva respecto del secreto empresarial provoca un notable conflicto entre los intereses de quien accede a él legítimamente y los del titular de la información. Quien ha invertido tiempo, esfuerzo y/o ingenio en la obtención, elaboración o desarrollo de una información tiene todo el derecho a rentabilizar su inversión si tal información resulta ser competitivamente relevante en un determinado mercado (arts. 33 y 38 CE). Igualmente legítimo es, no obstante, que quien ha accedido al secreto empresarial con el consentimiento de su titular, esto es, por su *voluntad* y en su *interés* –la información se comunica a terceros porque resulta necesario

MORENO MANGLANO (dir.), *Manual de Derecho del trabajo*, 11ª ed., 2011, p. 447; MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, *Derecho del trabajo*, 19ª ed., 2010, p. 592; ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, 26ª ed., 2009, p. 446.

⁴⁴ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, *passim*; FARRANDO MIGUEL, *El deber de secreto de los administradores*, 2001, *passim*.

para poder rentabilizarla: necesidades técnicas, comerciales, jurídicas, etc.—, pueda hacer efectivos sus derechos al trabajo, a disponer de movilidad laboral, a tener opciones de promoción y desarrollo profesional (art. 35 CE) y, como cualquier otro, a ejercer su derecho a la iniciativa y libertad de empresa (art. 38 CE).

En este sentido, existen autores que proponen recuperar la regla prevista en el art. 72 de la antigua LCT de 1944, consistente en permitir el uso de la información al trabajador cuando el cumplimiento del deber de reserva le impidiera ejercer su trabajo con normalidad. Ello a pesar de que la información sea constitutiva de secreto empresarial⁴⁵. El art. 72 de la Ley de Contrato de Trabajo, de 1944 rezaba como sigue:

«El trabajador está obligado a mantener los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario, lo mismo durante el contrato que después de su extinción. En este último caso podrá utilizarlo en su beneficio propio, sólo en cuanto fuese exigencia justificada de su profesión habitual».

Al margen de estas contribuciones episódicas, las salvedades o restricciones a la existencia o alcance del deber se plantean cuando tal existencia o alcance no está legal o contractualmente previsto de manera explícita. Cuando sí lo está, ni doctrina ni jurisprudencia han abordado con profusión, hasta lo que se alcanza a ver, los eventuales problemas de validez del deber.

De nuevo, quienes sí han abordado con notable profundidad las condiciones de surgimiento y los límites del alcance del deber son la doctrina y jurisprudencia alemanas y estadounidenses. Las siguientes líneas se dedican a exponer brevemente el estado de la cuestión en dichas comunidades jurídicas, con la intención de mostrar las diferencias de su modelo interpretativo con el de nuestra doctrina jurídico-privatista y jurídico-laboral. También debe servir para señalar los criterios materiales que podrían ser de utilidad en la determinación del contenido de injusto del delito del art. 279 Cp, objeto de los próximos apartados (ver *infra* VII.4, .5 y .6).

⁴⁵ En este sentido, véanse GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 370 nm. 52; SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 263; GÓMEZ SEGADÉ, *El secreto industrial*, 1974, pp. 378-379.

2.2. El deber de secreto en el ámbito jurídico-privado alemán y estadounidense

Al secreto empresarial se puede acceder legítimamente de muy diferentes modos. El más común en la práctica es el acceso a raíz de una *relación jurídico-contractual* con el titular de la información: trabajadores, proveedores, licenciarios, etc. Sin embargo, al secreto empresarial también se puede acceder de forma legítima a través de una relación de *servicio público* (un inspector de trabajo, un inspector de medio ambiente, un juez, etc.), en el curso de una *negociación pre-contractual*, mediante la *comunicación imprudente* del titular (envío de un mensaje de correo electrónico por error vencible del titular) o, simplemente, por *azar*.

Si bien las discusiones alemana y estadounidense sobre el alcance del deber de reserva son notoriamente más ricas que la española, hay que reconocer que la mayor parte de la discusión se ha centrado, al igual que la de nuestra comunidad jurídica, en los problemas relativos al alcance del deber de quienes participan en una *relación contractual* con el titular de la información, en especial, el *trabajador por cuenta ajena*. La aproximación al estado de la cuestión en estos países gira, pues, en torno al alcance del deber de reserva de quienes acceden legítimamente al secreto empresarial en el contexto de una relación jurídico-contractual con el titular de la información. En este sentido, también hay que advertir que la discusión se ha focalizado en el alcance *temporal* del deber, recibiendo los alcances *material* y *territorial* una menor atención, aunque no nula, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país.

a) El alcance temporal del deber

i) Alemania

En Alemania, nadie pone en duda que, *durante la vigencia* de la relación jurídico-contractual, la parte que por razón del objeto del contrato accede al secreto empresarial titularizado por la otra tiene el deber de mantenerlo bajo reserva. En la *relación de trabajo*, el deber de secreto del empleado puede fundamentarse principalmente en: a) una cláusula contractual que lo prevea de manera expresa; b) una disposición normativa que lo prevea de manera expresa (§ 24 *ArbnEjG*, por ejemplo) o c) el deber de lealtad (*Treuepflicht*) que

debe informar toda relación laboral (§ 611 BGB en relación con el § 242 BGB)^{46 47}.

Lo mismo cabe decir del deber de secreto de quien mantiene *cualquier otro tipo de relación contractual* (o cuasi-contractual) con el titular de la información. Su obligación de sigilo puede fundamentarse en: a) un pacto expreso al respecto entre las partes; b) una ley especial que así lo prevea (§ 90 HGB, en relación con los agentes comerciales, por ejemplo) o c) la buena fe y la confianza (*Treu und Glaube*) que deben informar toda relación contractual (o cuasi-contractual) con base en el § 242 BGB⁴⁸, siempre y cuando la interpretación del contenido y finalidad del contrato así lo permita⁴⁹.

En estos casos, la infracción del deber de reserva puede dar lugar a diversos ilícitos extra-penales: el concurrencial genérico del § 3 UWG, o sus concreciones específicas del § 4, números 9, 10 y 11; el contractual, por incumplimiento de las obligaciones pactadas (§ 280 BGB); los ilícitos de responsabilidad extracontractual, previstos en el § 823 II en relación con los §§ 17 y 18 UWG (lesión culpable de la protección conferida por una norma de protección), el § 823 I (lesión dolosa o imprudente de un derecho subjetivo al secreto), el § 826 BGB (causación dolosa de un daño o perjuicio); u otros previstos en leyes especiales, como los §§ 69 a y ss. *Urheberrechtsgesetz* (trad.: Ley de propiedad intelectual), por ejemplo⁵⁰.

⁴⁶ *ErfK/PREIS*, 9ª ed., 2009, § 611 BGB nm. 710, 714; Schaub/LINCK, *ArbR-Hdb.*, 16ª ed., 2015, § 53 nms. 47-55; Kittner/Zwanziger/Deinert-BECKER, 8ª ed., 2015, § 53 nms. 25-31; Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 54. Considera el deber de reserva del trabajador un *Rücksichtnahmepflicht* del § 241 II BGB, en contraposición a lo que sería un *Nebenleistungspflicht* del § 242 BGB, *MüArbR/REICHOLD*, 3ª ed., 2009, §§ 47, 48, donde explica las diferencias dogmáticas de una u otra calificación.

⁴⁷ Puede discutirse la existencia de otras vías de fundamentación. Así, por ejemplo, MOLKENBUR lo cimienta en la aplicación analógica del deber de no competencia del agente comercial, §§ 60 y 61 HGB («Pflicht zur Geheimniswahrung nach Ende des Arbeitsverhältnisses?», *BB* (17), 1990, p. 1197 c.i.).

⁴⁸ Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 54, 62; OHLY/Sosnitza, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 37; Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 57; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 80 nm. 4 y s.

⁴⁹ KRASSER, *GRUR* (4), 1977, p. 191 c.i.;

⁵⁰ Por todos Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nms. 51-62.

Una vez *extinguida* la relación jurídico-contractual, generalmente se reconoce la posibilidad de que el deber de secreto siga teniendo eficacia más allá de la vigencia de la relación jurídica principal. Las discrepancias afloran, en todo caso, a la hora de concretar en qué circunstancias tal posibilidad puede hacerse efectiva y con qué alcance. No plantean dudas los supuestos en los que una disposición normativa lo prevé de forma expresa. Así, por ejemplo, el § 24 *ArbnEjG*⁵¹. Sí, en cambio, el resto de supuestos, incluidos aquellos en los que la duración del deber está expresamente prevista por un acuerdo contractual⁵².

En el plano nominal, las máximas de partida del *Bundesgerichtshof* (BGH, en adelante; Tribunal Supremo Federal) y el *Bundesarbeitsgericht* (BAG, en adelante; Tribunal Federal del Trabajo) pueden parecer frontalmente opuestas. Sin embargo, en la práctica, una vez las concretan para dar solución al caso particular, las doctrinas jurisprudenciales de los dos tribunales se revelan convergentes.

El *Bundesgerichtshof* parte de la siguiente premisa mayor: «una vez extinguida la relación laboral, el trabajador es, en principio, libre de utilizar o revelar los secretos empresariales a los que legítimamente haya accedido durante la vigencia de la relación. La revelación o utilización de la información tan solo será desleal bajo especiales circunstancias»⁵³. La máxima puede encontrarse ya en la doctrina jurisprudencial del *Reichsgericht*⁵⁴. Si bien en la mayor parte de sentencias el BGH se pronuncia sobre casos relativos a ex trabajadores por cuenta ajena, la máxima es trasladable al resto de relaciones jurídico-contractuales. Esto es, a cualquier tercero que, en virtud de una relación

⁵¹ Por todos, SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1997, p. 189-193.

⁵² Por todos, SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1997, pp. 177-203; Kittner/Zwanziger/Deinert-BECKER, 8ª ed., 2015, § 53 nms. 27, 31; *MiArbR*/REICHOLD, 3ª ed., 2009, § 48.

⁵³ BGH 03.05.2001 – *Spritzgießwerkzeuge* (GRUR 2002, p. 91 y ss.). En este sentido, véanse las BGH 26.02.2009 – *Versicherungsuntervertreter* (NJW-RR 2009, p. 997 y ss.); BGH 27.04.2006 – *Kundendatenprogramm* (NJW 2006, p. 2551 y ss.); BGH 19.11.1982 – *Stapel-Automat* (NJW 1984, p. 239); BGH 21.12.1962 – *Industrieböden* (NJW 1963, p. 856); BGH 16.11.1954 – *Anreisgerät* (GRUR 1955, p. 463 y ss.).

⁵⁴ Así, por ejemplo, la RG 17.3.1936 – *Albertus Stebfix* (GRUR 1936, p. 573).

jurídico-contractual con el titular del secreto empresarial, haya tenido acceso legítimo a la información⁵⁵.

La regla general de libertad de uso o comunicación de los secretos empresariales legítimamente obtenidos cede en dos escenarios: a) cuando las partes hayan adoptado un pacto de *no competencia*⁵⁶ o, b) cuando existan *especiales circunstancias* que hagan desleal la explotación o revelación de la información. Para ser válidos, los pactos de no competencia deberán observar los importantes requisitos formales (formalización por escrito) y materiales (limitación temporal a 2 años, como máximo; obligación de compensar económicamente a quien se prohíbe competir) previstos en los §§ 74 y ss. HGB. En cuanto a las especiales circunstancias que convierten la explotación o comunicación de la información en desleal, el BGH se remite a una valoración global del hecho concreto, en la que se tenga en cuenta la razón, el fin, los medios, las circunstancias concomitantes y las consecuencias de la conducta particular. En este sentido, el tribunal ha considerado como circunstancias portadoras de deslealtad: a) la *extinción unilateral y anticipada* de la relación jurídico-contractual con el único *fin* de emplear los secretos empresariales conocidos legítimamente a raíz de dicha relación; b) la utilización o revelación de la información cuando ello signifique la *defraudación de una fundamentada relación de confianza* con el titular de la información; c) la breve *duración* de la relación jurídico-contractual (a menor duración, menor legitimidad para usar la información); d) la *independencia* del desarrollo y promoción laboral del ex trabajador respecto de los secretos empresariales usados o revelados; e) la *ausencia de aportación* alguna por parte del trabajador o contratante en la obtención y perfeccionamiento de la información constitutiva de secreto empresarial; f) el incumplimiento de un *pacto expreso de reserva* o g) la *revelación a cambio de precio* de la información a terceros en lugar de utilizarla para ejercer el *derecho al trabajo* o el derecho a la *libertad de empresa*⁵⁷.

⁵⁵ Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nms. 43, 57; Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 62.

⁵⁶ BGH 26.02.2009 – *Versicherungsuntervertreter* (NJW-RR 2009, p. 997 y ss.); BGH 27.04.2006 – *Kundendatenprogramm* (NJW 2006, p. 2551 y ss.).

⁵⁷ BGH 03.05.2001 – *Spritzgießwerkzeuge* (GRUR 2002, p. 91); BGH 21.12.1962 – *Industrieböden* (NJW 1963, p. 856); BGH 16.11.1954 – *Anreizgerät* (GRUR 1955, p. 463 y ss.).

Conviene subrayar, en todo caso, que el BGH ha sido, al menos hasta el momento, bastante estricto en la apreciación de especiales circunstancias que tiñan de desleal la explotación o revelación de los secretos empresariales legítimamente obtenidos. Así, por ejemplo, en la sentencia de 3 de mayo de 2001, caso *Spritzgießwerkzeuge*, el Tribunal concluye que los demandados, dos antiguos trabajadores cualificados de la demandante, no cometieron ningún acto de competencia desleal al utilizar en provecho propio los secretos empresariales aprendidos durante los años que trabajaron por cuenta de la demandante. Si bien el tribunal inferior les había condenado por el ilícito concurrencial básico (antiguo § 1 UWG), el BGH casó la sentencia y los absolvió. Ello a pesar de que los dos ex empleados habían firmado, al inicio de la relación laboral, un pacto de confidencialidad en el que se comprometían expresamente a no revelar la información técnica y comercialmente sensible de la empresa que conocieran en sus puestos de trabajo.

En la citada resolución, el BGH le reprocha al tribunal inferior no haber analizado con el debido detalle las concretas circunstancias del caso, lo que le había llevado a ponderar incorrectamente los intereses en juego. Entre estas circunstancias se menciona, por ejemplo, la duración de la relación laboral, de 8 años. Según el Tribunal federal, esta cantidad de años pondría en evidencia que los ex trabajadores no ofrecieron sus servicios a la empresa con la finalidad de acceder a sus secretos empresariales para utilizarlos, posteriormente, en su provecho. La relativamente larga estancia en la empresa despejaría la sospecha de deslealtad que pudiera pesar sobre su conducta en este sentido. Otra circunstancia que el Tribunal consideró relevante para resolver a favor de los demandados fue la ausencia de pruebas respecto del celo de la demandada en mantener la información bajo reserva. Pero probablemente las circunstancias más interesantes mencionadas por el BGH son las que hacían referencia a las características del pacto de confidencialidad firmado por las partes. Según el Tribunal, la duración indefinida del deber de reserva asumido por los demandados, la previsión de indemnizaciones a favor de la demandada en caso de su incumplimiento y la ausencia de una compensación económica por la asunción del deber en tales condiciones planteaban serias dudas sobre la validez del acuerdo. Lo que, por tanto, contaba a favor de considerar la conducta de los demandados conforme con la exigencia de competencia leal.

El *Bundesarbeitsgericht* (BAG) formula sus reglas generales a la inversa que el BGH, aunque al final llega a conclusiones muy similares a las de éste. Referente de la doctrina jurisprudencial del BAG en esta materia es su sentencia en el caso *Thrombose*, de 16 de marzo de 1982. En ella el Tribunal afirmó lo siguiente: «Las partes pueden acordar válidamente un deber de guardar reserva de los secretos empresariales para después de la extinción de la relación laboral, y ello a pesar de que no se haya pactado ninguna indemnización por el periodo de carencia (...). Pero en virtud de los efectos prolongados del contrato de trabajo [«*Nachwirkung des Arbeitsvertrags*»], el trabajador también puede tener el deber de guardar reserva de los secretos empresariales de su ex empleador a pesar de que no se haya adoptado un pacto expreso de confidencialidad». En el mismo razonamiento jurídico, no obstante, el Tribunal matizó sus premisas de partida: «A diferencia del deber de omitir cualquier tipo de concurrencia, el deber de reserva *post* vigencia de la relación laboral no puede restringir indebidamente los legítimos intereses del trabajador. Tal deber tan solo puede servir para neutralizar los conocimientos del trabajador, colocándole en igualdad de condiciones respecto de un trabajador que no conoce la información. Lo que no puede es dejarle en peor situación». En esta línea, el Tribunal advirtió que, en efecto «[e]l libre desarrollo y progreso de la vida laboral normalmente no fracasa a causa de la prohibición de utilizar o revelar un determinado secreto empresarial. Sin embargo, de ahí también se sigue que tales prohibiciones no pueden llevar a una elusión de las disposiciones en materia de prohibiciones de competencia [los arriba mencionados §§ 74 y ss. HGB]»⁵⁸. En resumen, según el Tribunal Federal del Trabajo alemán, el trabajador por cuenta ajena puede tener el deber de guardar reserva respecto de los secretos empresariales conocidos legítimamente durante la vigencia de la relación laboral una vez extinguida ésta, aun cuando no exista un pacto expreso al respecto ni una compensación económica a cambio de ello. Sin embargo, cuando el cumplimiento del deber suponga una limitación excesiva de su derecho al trabajo o a la libertad de empresa, el deber decaerá, incluso cuando haya sido expresamente pactado por las partes.

Tras la sentencia del caso *Thrombose*, de 1982, el BAG ha tenido ocasión de confirmar y profundizar en la doctrina jurisprudencial allí establecida. En la sentencia de 15 de diciembre de 1987, caso *Kundenlisten*, el Tribunal ratificó

⁵⁸ BAG 16.03.1982 – *Thrombosefall* (BAGE 41, p. 21).

las premisas mayores arriba expuestas y entró a valorar la validez de una cláusula de reserva prevista en el contrato de trabajo entre el demandado (comercial de la demandante) y la empresa demandante (dedicada al negocio del vino). La cláusula rezaba así:

«El trabajador (Sr. T) no utilizará ni para sí ni para un tercero, incluso una vez finalizado el contrato, los nombres de los clientes que haya conocido en el ejercicio de sus actividades en la empresa. Cada contravención a esta prohibición conllevará una sanción de 1150 DM. El trabajador tampoco utilizará ni para sí ni para un tercero ninguna de las notas que tome durante la vigencia del contrato sobre las necesidades y peculiaridades de los clientes.

El trabajador se compromete a entregar el mismo día de extinción del contrato, sea cual sea la razón de la extinción, todos los documentos laborales, anotaciones o tarjetas a la empresa A (...).»

El Tribunal declaró inválida la cláusula de confidencialidad. En su opinión, la prohibición de utilizar los nombres de los clientes conocidos legítimamente durante la vigencia de la relación laboral, en tanto que se trataba de un comercial especializado en el sector del vino, equivalía a una *prohibición de competencia*. Además, el alcance de la cláusula era significativo, pues abarcaba todo el territorio de la República Federal de Alemania, no tenía límite temporal e impedía dirigirse a un número “no desdeñable” de clientes del sector. Siendo esto así, la cláusula tan solo podía desplegar algún tipo de eficacia si cumplía con los requisitos formales y materiales de los §§ 74 y ss. HGB, entre ellos el pago de una compensación y la limitación temporal del deber de reserva, o de no competencia, en realidad.

En esta sentencia, el Tribunal reconoce que de la relación laboral pueden surgir deberes cuya eficacia se extienda más allá de la vigencia de la propia relación de trabajo, entre ellos, el deber de reserva respecto de los secretos empresariales del empleador. Entre estos secretos empresariales, añade, pueden contarse listados de clientes, datos sobre sus hábitos y preferencias, y otros de carácter análogo. No obstante, el deber de reserva no puede impedir al ex trabajador dirigirse a los clientes de su ex empleador. En palabras del BAG, «[P]ara ello es preciso un pacto de no competencia»⁵⁹.

⁵⁹ BAG 15.12.1987 – *Kundenlisten* (NJW 1988, p. 1686). En la misma línea, véase BAG 15.06.1993 – *Pensionierung* (NZA 1994, p. 502).

Ciertamente, de acuerdo con la doctrina del BAG es realmente difícil que un pacto de confidencialidad respecto de un listado de clientes sea eficaz cuando los nombres o datos de los clientes integren los conocimientos y experiencias del trabajador y éstos conformen el núcleo o parte importante de los conocimientos necesarios para el desempeño de su profesión o especialidad. En estos casos, la única vía transitable en Alemania para proteger jurídicamente este tipo de información frente a quienes han tenido acceso legítimo a ella es el *pacto de no competencia*. Ello implica, obviamente, tener que compensar al obligado con una indemnización razonable, además de una limitación temporal de la protección a 2 años (§§ 74 y ss. HGB).

No mucho más generosa resulta la aplicación al caso concreto que el BAG realiza de su propia doctrina cuando el secreto empresarial hace referencia a aspectos técnicos relacionados con el producto o servicio comercializado por el empleador. En la sentencia de 19 de mayo de 1998, caso *Kantenbänder*, el Tribunal conoció la demanda de una empresa de cintas cantoneras contra uno de sus ex empleados. El demandado había trabajado durante 32 años en la empresa, los últimos como jefe del departamento de desarrollo. La relación se extinguió por iniciativa de la demandante el 31 de enero de 1991. Las partes llegaron a un acuerdo de rescisión por el que la empresa se obligaba a indemnizar al ex trabajador con 200.000 marcos alemanes y éste se comprometía a guardar reserva respecto de todos los procesos, especialmente los de desarrollo técnico, fórmulas, diseño de maquinaria, clientes, precios y productos relacionados con los productos elaborados por la empresa y que hubiera conocido durante su estancia (¡de 32 años!) en la empresa. El 23 de mayo de 1991, el demandado fundó con su hermano una empresa domiciliada en Alemania con el mismo objeto social que la de su empleador.

El BAG declaró el pacto de confidencialidad inválido. La cláusula del contrato de rescisión describía el objeto del deber de reserva de forma *demasiado genérica*, esto es, no se refería a secretos empresariales en concreto. Ello convertía a dicho acuerdo de confidencialidad en una prohibición de competencia *de facto*, pues impedía al demandado el uso de cualquier

conocimiento y experiencia que hubiera adquirido durante la vigencia de la relación laboral⁶⁰.

Por lo que se refiere a la *doctrina* jurídico-privada alemana, la mayor parte de autores suscribe, en lo sustancial, la doctrina jurisprudencial del BGH y del BAG, según la cual es posible que aquellos que acceden legítimamente a un secreto empresarial en virtud de una relación jurídico-contractual, tengan el deber de guardar reserva una vez extinguida ésta, sin ser necesario que exista un pacto expreso al respecto⁶¹. Las aportaciones doctrinales van dirigidas, fundamentalmente, a conseguir una mayor concreción de las premisas y reglas generales de las que parten ambos Tribunales en aras de una mayor claridad y seguridad jurídica. Como se ha visto, la doctrina jurisprudencial de ambos Tribunales consiste en determinar la existencia y alcance del deber de reserva *post* relación laboral, exista o no pacto expreso al respecto, con base en la ponderación de los intereses de las partes en conflicto: titular del secreto (empresario empleador) y contraparte que accede legítimamente al mismo (empleado). Siendo esto así, los autores tratan de ofrecer *criterios* para resolver de forma más rápida, más homogénea y más justa la ponderación.

Uno de los criterios propuestos, también mencionado tanto por el BGH⁶² como por el BAG⁶³, es el del *destino que dé a la información* el ex empleado. Por regla, al ex trabajador se le considera libre de utilizar el secreto empresarial para ejercer su derecho al trabajo o su derecho a la libertad de empresa. Sin

⁶⁰ BAG 19.05.1998 – *Verschwiegenheitspflicht* (NZA 1999, p. 200). En relación con la necesidad de describir con precisión el secreto empresarial en una demanda por violación de secretos empresariales, véase BAG 25.04.1989 – *Betriebsgeheimnis* (BB 1989, p. 1984).

⁶¹ Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nms. 52 y ss.; Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 59; Schaub/LINCK, *ArbR-Hdb.*, 16ª ed., 2015, § 53 nm. 53; *MüArbR*/REICHOLD, 3ª ed., 2009, § 48; WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 80 y ss.; GAUL, *Der erfolgreiche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1994, p. 80 y ss.

⁶² BGH 03.05.2001 – *Spritzgiesswerkzeuge* (GRUR 2002, p. 91).

⁶³ BAG 15.12.1987 – *Kundenlisten* (NJW 1988, p. 1686); BAG 15.06.1993 – *Pensionierung* (NZA 1994, p. 502).

embargo, se le prohíbe la revelación con el único fin de enriquecerse, lo que podría considerarse una suerte de *enriquecimiento injusto*⁶⁴.

El elemento más trabajado por la doctrina jurídico-privada en Alemania es, probablemente, el de la *duración del deber*. Así, la fijación de una fecha de caducidad del deber de reserva una vez extinguida la relación jurídico-contratual, en contraposición a su eficacia indefinida, se valora favorablemente de cara a la admisibilidad de un pacto expreso al respecto o al reconocimiento de un deber implícito en tal sentido. Algunos autores van incluso más allá y proponen límites temporales absolutos. Aunque no existe consenso sobre el plazo concreto, las cifras oscilan entre los dos⁶⁵ y los cinco años⁶⁶. Hay quienes proponen distinguir entre secretos comerciales y secretos técnicos o industriales⁶⁷ a dichos efectos, a pesar de que, como hemos visto *supra*, la distinción es superflua a la hora de calibrar la relevancia de la información en relación con el bien jurídico protegido (ver *supra* IV.9.3.a)). Todo ello sin perjuicio de que algunas voces adviertan de la necesidad de ser flexibles en este sentido, especialmente cuando los secretos empresariales son decisivos para el titular⁶⁸, o de que otras se opongan frontalmente a cualquier tipo de limitación temporal fija o absoluta, por considerarla arbitraria⁶⁹.

Algunos autores se han separado de la lógica de la prohibición de competencia *de facto* como rasero para determinar la validez del deber de reserva y han tratado de recurrir a otros criterios o perspectivas de análisis. En todo caso, todos ellos mantienen una línea restrictiva respecto de las

⁶⁴ RICHTERS/WODTKE, «Schutz von Betriebsgeheimnissen aus Unternehmenssicht», *NZA-RR* (6), 2003, p. 285.

⁶⁵ RICHTERS/WODTKE, *NZA-RR* (6), 2003, p. 288; KUNZ, «Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und Wettbewerbsverbot während der Dauer und nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses», *DB* (49), 1993, p. 2486 c.i.; MOLKENBUR, *BB* (17), 1990, p. 1199 y s.; PREIS/REINFELD, *Arbeit und Recht* (12), 1989, pp. 368-369.

⁶⁶ GAUL, *Der erfolgreiche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1994, pp. 85-96, 95; GAUL, «Die nachvertragliche Geheimhaltungspflicht eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers», *NZA* (7), 1988, p. 231 y s.

⁶⁷ PREIS/REINFELD, *Arbeit und Recht* (12), 1989, pp. 368-369.

⁶⁸ Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 56.

⁶⁹ WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 91 y s., nms. 44-47.

condiciones de surgimiento y alcance del deber de reserva. Así, se ha abogado por que el interés del trabajador en evolucionar profesionalmente ceda frente al interés del titular cuando el secreto sea decisivo para el funcionamiento de la empresa⁷⁰. Algunos autores han matizado la regla de solución y la han limitado a aquellos supuestos en los que, en términos de proporcionalidad, el interés del empresario merezca un trato preferente frente al del trabajador⁷¹, o, aún más restrictivamente, a aquellos casos en los que el trabajador pueda seguir ejerciendo con normalidad su especialidad a pesar del deber de reserva⁷². Para otros, cuando el secreto empresarial integre los *conocimientos y experiencias del trabajador*, el deber de reserva tan solo perduraría una vez extinguida la relación laboral cuando la revelación o explotación constituyera una grave deslealtad frente al titular. En los demás casos, el trabajador sería libre en el uso y/o explotación de la información, incluso cuando los perjuicios que causara al ex empleador fueran superiores a aquellos en los que él incurriría si tuviera que mantener la información bajo secreto y renunciar a su uso o explotación⁷³.

ii) Los Estados Unidos de América

En los EE. UU., la cuestión se encuentra en un estado bastante parecido a como se encuentra en Alemania. La premisa de partida es la siguiente: quien ha memorizado legítimamente un secreto empresarial tan solo tiene prohibido su uso o revelación cuando esté sometido a un deber de confidencialidad (*duty of confidence*). Este deber puede surgir⁷⁴: a) de una promesa, pacto o contrato expreso de reserva emitido por quien accede legítimamente a la información, b) de las circunstancias en las que tuvo lugar la comunicación de la información por parte del titular al tercero (pacto

⁷⁰ RICHTERS/WODTKE, *NZA-Rechtsprechungs-Report* (6), 2003, p. 288.

⁷¹ KUNZ, *DB* (49), 1993, p. 2485 c.i.

⁷² GAUL, «Die nachvertragliche Geheimhaltungspflicht eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers», *NZA* (7), 1988, p. 230.

⁷³ WERTHEIMER, «Bezahlte Karenz oder entschädigungslose Wettbewerbsenthaltung des ausgeschiedenen Arbeitnehmers?», *BB* (31), 1999, p. 1603.

⁷⁴ Restatement (Third) of Unfair Competition, de 1996, § 41 *comment b*. Confróntese con POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, §§ 6.03[2], 8.02, quien considera que el pacto de confidencialidad tiene más bien valor declarativo, probatorio, etc., pero no constitutivo, pues la mayor parte de deberes de confidencialidad existirán independientemente de la adopción de un pacto al respecto.

implícito) o c) de la naturaleza de la relación que existe entre el titular del secreto y aquel a quien se le comunica (*common law*)⁷⁵.

Se considera que recogen acuerdos de confidencialidad tanto los pactos, los contratos o las promesas de confidencialidad en sentido estricto, como los de no competencia⁷⁶. Por lo que se refiere a las relaciones del titular con terceros que llevan inherentes elementos de confidencialidad por naturaleza, se menciona la relación laboral o, por ejemplo, la que existe entre las partes de un contrato de transferencia de tecnología, también llamado contrato de licencia de *know-how*⁷⁷.

En todo caso, para que surja el deber de reserva se considera necesario que el titular del secreto empresarial haya advertido, explícita o implícitamente –las costumbres del sector también juegan un papel en este sentido–, el carácter confidencial de la comunicación a su destinatario. Así, se subraya que la relación de confidencialidad solamente surge cuando el receptor del secreto empresarial sabe, o *debería* saber, que le es comunicado bajo condición de confidencialidad⁷⁸. Quien no ha tenido la opción de oponerse a la comunicación teñida de confidencialidad no puede ser obligado a cargar con un deber de secreto⁷⁹.

En cuanto al alcance del deber, existe acuerdo en que la obligación de reserva puede extenderse más allá de la vigencia de la relación que dio lugar a la comunicación de la información, incluso de forma indefinida. No es necesario un pacto expreso al respecto. En este sentido, por ejemplo, se entiende que el trabajador por cuenta ajena carga con un deber de reserva tanto durante, como una vez finalizada la relación laboral. Esta ha venido siendo la posición históricamente dominante en los EE. UU., como ponían de manifiesto los §§ 393, 395 y 396 del *Restatement (Second) of Agency*, de 1958, y los §§ 40 y 41 del *Restatement (Third) of Unfair Competition*, y como

⁷⁵ Consideran que el trabajador por cuenta ajena carga con un deber de reserva que emana del *common law*, BAST, «At what price silence: are confidentiality agreements enforceable?», *William Mitchell Law Review* (25), 1999, pp. 634; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 131.

⁷⁶ *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1996, § 41 *comment d*.

⁷⁷ *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1996, § 41 *comment b*.

⁷⁸ POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 6.03[2], p. 6-22 y ss.

⁷⁹ *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1996, § 41 *comment b*.

recientemente ha ratificado el *Restatement (Third) of Agency*, de 2006, en su § 8.05 y sus correspondientes comentarios.

Como se ha dicho, se reconoce la existencia de un interés legítimo por parte del titular del secreto empresarial en que el deber de confidencialidad se extienda de manera indefinida más allá de la vigencia de la relación principal. Pues mientras la información no sea fácilmente accesible para el competidor medio, seguirá siendo competitivamente valiosa y su uso o revelación no autorizados puede resultar perjudicial para el titular⁸⁰. Se insiste, en todo caso, en que la determinación del alcance del deber requiere una valoración de todas las circunstancias concurrentes, así como la *ponderación* de los intereses en conflicto: los del obligado (el trabajador, por ejemplo), los del titular de la información y los de la sociedad (interés general). Hay, con todo, voces discrepantes, como las de algunos Tribunales estadounidenses que han aplicado los límites temporales y geográficos tradicionalmente previstos para los pactos de no competencia a los pactos de confidencialidad⁸¹.

Históricamente, los tribunales estadounidenses se mostraron fuertemente reacios a los acuerdos dirigidos a restringir la competencia entre los participantes o potenciales participantes en el mercado⁸². Los pactos de confidencialidad, en tanto que acuerdos que conllevan una restricción de la competencia, fueron sujetos a estrictos controles de validez. Sin embargo, desde mediados del siglo XIX, la creciente preocupación por la protección de la propiedad intelectual e industrial y de los secretos empresariales ha provocado un cambio en la valoración de este tipo de acuerdos por parte de los Tribunales estadounidenses, y de la comunidad jurídica estadounidense en su conjunto⁸³. Con todo, y a pesar de que las reglas generales de las que actualmente se parte en los EE. UU. son lo bastante laxas como para conceder una amplia eficacia al deber de reserva durante y una vez finalizada la relación que dio lugar al acceso legítimo a la información, los Tribunales

⁸⁰ *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1996, § 41 *comment d*. COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 133 nota 50.

⁸¹ *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, § 41 *comment d*.

⁸² BLAKE, «Employee Agreements Not to Compete», *Harvard Law Review* (73), 1960, *passim*.

⁸³ FISK, «Working Knowledge: Trade Secrets, Restrictive Covenants in Employment and the Rise of Intellectual Property 1800-1920», *Hastings Law Journal* (52), 2001, *passim*.

siguen siendo significativamente rigurosos en comparación con el estado de la cuestión existente en España⁸⁴. Así, es lugar común que todo pacto de confidencialidad debe pasar el filtro de la razonabilidad (*reasonableness*)⁸⁵. Si bien debe reconocerse que no todos los Tribunales concretan con la misma rigurosidad este filtro normativo⁸⁶, se han considerado manifestaciones de esta razonabilidad, por ejemplo, la *identificación precisa* de la información objeto de reserva⁸⁷ (determinación del alcance material), la *limitación temporal y geográfica* del deber⁸⁸ (determinación del alcance temporal y geográfico), la *adecuada compensación* de la restricción de los derechos de competencia o movilidad laboral que el deber comporta⁸⁹ y la *necesidad* misma de imponer el deber de confidencialidad para la protección de los legítimos intereses del titular⁹⁰.

Especialmente interesante resulta la regla propuesta en el § 42 *comment d.*, del *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1996, para resolver los supuestos

⁸⁴ PUGH, «Bernier v. Merrill Air Engineers», *Berkeley Technology Law Journal* (17), 2002, p. 236, 246; KITCH, «The Expansion of Trade Secrecy Protection and the Mobility of Management Employees: A New Problem for the Law», *South Carolina Law Review* (47), 1995-1996, pp. 667 y ss.; RICHEY/BOSIK, «Trade Secrets and Restrictive Covenants», *The Labor Lawyer* (4), 1988, pp. 28 y ss.

⁸⁵ *Restatement (Third) of Unfair Competition*, 1996, § 41 *comment d* y § 42 *comment b*.

⁸⁶ BAST, «At what price silence: are confidentiality agreements enforceable?», *William Mitchell Law Review* (25), 1999, p. 639.

⁸⁷ COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Explotation*, 2000, p. 143. En la jurisprudencia, por ejemplo, *American Family Life Assurance Company v. Edwin J. Tazelaar et al.*, 135 Ill. App.3d 1069 (Appellate Court of Illinois, First District, 27 de agosto de 1985).

⁸⁸ POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 8.02[1], p. 8-4. En la jurisprudencia véanse *Walling Chemical Company Co. et al. vs. Joseph Bigner et al.*, 349 N.W.2d 647 (Supreme Court of South Dakota, 13 de junio de 1984), sobre la necesidad de limitar el alcance geográfico del deber. Sobre la necesidad de limitarlo temporalmente, repasando los límites que otros Tribunales manejaron en casos precedentes (2 años, 3 años: razonables; 10 años: no razonables), véase *1st American Systems, Inc. vs. Brian J. Rezzatto*, 311 N.W.2d 51 (Supreme Court of South Dakota, 14 de octubre de 1981). En ambos sentidos, *Tower Oil & Technology Co., Inc., vs. Richard Buckley et al.*, 99 Ill. App.3d 637 (Appellate Court of Illinois, First District, 12 de agosto de 1981).

⁸⁹ COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Explotation*, 2000, p. 143.

⁹⁰ PUGH, *Berkeley Technology Law Journal* (17), 2002, p. 237 nota 40, con referencias jurisprudenciales.

de conflicto entre empresario y trabajador cuando el secreto empresarial del primero coincide con los conocimientos y experiencias del segundo. Los representantes del *American Law Institute* proponen resolver a favor del trabajador estos casos de conflicto:

«Si la información se encuentra tan integrada en la experiencia laboral global del trabajador que su protección le impediría encontrar un trabajo acorde con su formación, por regla no se protegerá como secreto empresarial del empleador».

Naturalmente, lo crucial será determinar cuándo estamos ante una información que constituye los conocimientos y experiencias del trabajador. En este sentido, el *Restatement (Third)* apunta que la contribución del empleado en su desarrollo puede ser un factor relevante a favor de su consideración como conocimiento y experiencia⁹¹. Al igual como apuntan doctrina y jurisprudencia alemanas para estos casos, la única vía de protección de los secretos empresariales cuando coinciden con los conocimientos y experiencias del trabajador es la de los *pactos de no competencia*, siempre y cuando se satisfagan todos los requisitos exigibles para su validez⁹².

b) El alcance material del deber

i) Alemania

Algunos de los criterios de limitación del alcance material del deber de reserva por parte de la comunidad jurídico-privatista alemana ya han sido avanzados en el apartado anterior, relativo al alcance temporal del deber. Así debe entenderse, por un lado, la ineficacia de la cláusula de confidencialidad decretada por el BAG en el caso *Kantenbänder* (sentencia de 19 de mayo de 1998), por determinarse de manera demasiado genérica la información que había de ser objeto de reserva. *A contrario*, se colige que el Tribunal exige la identificación precisa de la información. Por otro lado, resulta evidente que consideraciones de alcance material del deber se tienen en cuenta cuando se

⁹¹ *Restatement (Third) of Unfair Competition*, 1996, § 42 *comment d*. En la jurisprudencia, véase *SI Handling Systems, Inc. vs. Michael E. Heisley et al.*, 753 F.2d 1244 (U.S. Court of Appeals, 3rd Circuit, 27 de febrero de 1985).

⁹² Textual, *AMP Incorporated, Co. vs. James Fleischhacker et al.*, 823 F.2d 1199 (U.S. Court of Appeals, 7th Circuit, 16 de julio de 1987).

evalúa si la imposición del deber de reserva, ya sea en unas determinadas condiciones pactadas, ya sea teniendo en cuenta los conocimientos y experiencias del trabajador, supone, *de facto*, una prohibición de competencia.

Por lo que se refiere a las contribuciones doctrinales, en Alemania son pocas las que abordan expresamente la cuestión. Las que lo hacen, emplean el criterio de la *causalidad*: todo lo que se conoce en el contexto de la relación de trabajo debe ser mantenido bajo secreto⁹³, incluso cuando el acceso a la información se produce de manera absolutamente fortuita y sin que la misma guarde relación alguna con las funciones o competencias del trabajador⁹⁴. Conviene dejar muy claro, sin embargo, que estas contribuciones se refieren al alcance del deber estando vigente la relación laboral. Queda por ver, por tanto, cuál sería el alcance una vez finalizada su vigencia.

ii) Los Estados Unidos de América

En los EE. UU., el estado de la cuestión es algo más complejo. Como se ha comentado *supra* IV.8, uno de los elementos que integran la discusión relativa a la determinación del concepto de secreto empresarial en esta comunidad jurídica es el de la adopción de medidas razonables de preservación del carácter secreto de la información por parte de su titular. Entre estas medidas se menciona el criterio de la *necesidad* como criterio rector de la política de comunicación de la información a terceros («*communication under a “need-to-know basis”*»)⁹⁵. Así, solamente se considera merecedora de protección aquella

⁹³ Por todos, Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 9; Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 15; *MiKoUWG*/BRAMMSEN, 2ª ed., 2014, § 17 nms. 37-39.

⁹⁴ WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 67 nm. 49; ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 354.

⁹⁵ Comentarios al § 1 de la UTSA; *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, § 39, *comment g*); POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 4.04[2], p. 4-26; MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.04, p. 1-314.32; QUINTO/SINGER, *Trade Secrets*, 2009, p. 18; COHEN/GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, 2000, p. 89 nota 117; SLABY/CHAPMAN/O'HARA, *Computer & High Technology Law Journal* (5), 1989, pp. 327 y ss.; HUTTER, «Trade Secret Misappropriation: A Lawyer's practical approach to the case law», *Western New England Law Review* (1), 1978, pp. 17-20. En la jurisprudencia, véanse, por todas

información que es comunicada cuando es estrictamente necesario. Si bien doctrina y jurisprudencia estadounidenses ubican dogmáticamente esta cuestión en la determinación del concepto de secreto empresarial, es obvio que el criterio de la «*need-to-know basis*» afecta directamente el alcance material del deber de reserva de los sujetos obligados a sigilo. Si toda aquella información que se les comunica de manera innecesaria se considera no merecedora de protección, por mucho que se encuentren inmersos en una relación de las consideradas, “por naturaleza”, de confidencialidad, no tendrán deber de reserva alguno respecto de dicha información, al menos con base en la normativa de protección de los secretos empresariales.

c) El alcance territorial del deber

El alcance geográfico del deber de secreto ha recibido escasa atención en el debate estadounidense y, hasta lo que se ha alcanzado a ver, nula consideración en el alemán. Ciertamente, existe un buen argumento para descartar la limitación del deber por esta vía. En un mundo en el que los mercados de bienes y servicios están ampliamente internacionalizados, siendo la tendencia, por el momento, que la globalización vaya en aumento, la explotación o revelación de una idea en un lugar del mundo puede ser fácilmente relevante para quien pretenda explotarla con pretensiones de exclusividad en sus antípodas. En efecto, como se señala en el § 41 *comment d* del *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1996, resulta *razonable* que un pacto de confidencialidad tenga pretensiones de eficacia territorialmente ilimitada, pues «una comunicación no autorizada en cualquier lugar puede resultar en un perjuicio para el titular del secreto empresarial».

Sin embargo, no es menos cierto que, del mismo modo que la conciliación del interés de protección del titular con el interés del obligado a reserva a competir y/o a desarrollarse profesionalmente se trata de alcanzar con la limitación temporal o material del deber, en determinados casos, y cuando las características de la información y/o del mercado así lo permitan, también es

Diamond Power International, Inc., v. Wayne Davidson et al., 540 F.Supp.2d 1322 (U.S. District Court, Northern District of Georgia, Atlanta Division, 1 de octubre de 2007); *Wilbert J. Sheets v. Yamaha Motors Corp. et al.*, 849 F.2d 179 (U.S. Court of Appeals, 5th Circuit, 12 de julio de 1988). Con ulteriores referencias jurisprudenciales, véase MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 1.04, p. 1-314.32 nota 19.

posible que la limitación territorial del deber pueda contribuir a esta conciliación. Así lo han entendido algunos tribunales de los EE. UU., los cuales han tomado en consideración el alcance geográfico del deber a la hora de evaluar la razonabilidad de un pacto de confidencialidad en materia de secretos empresariales⁹⁶.

2.3. Conclusiones sobre el ilícito jurídico-privado de disposición desleal del secreto empresarial

La aproximación al contenido que la doctrina y jurisprudencia españolas, alemanas y estadounidenses han dado a sus correspondientes ilícitos jurídico-privados de disposición desleal de un secreto empresarial permite extraer dos conclusiones de interés para el objeto de estudio de este trabajo. En primer lugar, la investigación sobre cuáles son los criterios empleados para determinar lo que debe considerarse un uso o comunicación desleal nos devuelve a la disyuntiva metodológica entre deontologismo y consecuencialismo que ya tuvimos ocasión de estudiar con la aproximación al ilícito jurídico-privado de espionaje industrial (ver *supra* VI.2). Ambos métodos se encuentran entremezclados en los discursos de doctrina y jurisprudencia. El criterio de la *ponderación de intereses*⁹⁷ y la consiguiente imposición del deber de reserva a quien accedió legítimamente al secreto cuando el interés de su titular es prevalente en términos de perjuicios potenciales es un criterio claramente consecuencialista. Se opta por considerar jurídicamente conforme la opción que, al menos en lo que atañe a las partes directamente implicadas en el conflicto, da lugar a un menor perjuicio. Que este criterio de solución sea el que maximiza en mayor medida las utilidades en términos globales, a medio o largo plazo –una vez considerados los intereses de los demás participantes en el mercado (consumidores, demás competidores) y los generales– es mucho más

⁹⁶ *Walling Chemical Company Co. et al. vs. Joseph Bigner et al.*, 349 N.W.2d 647 (Supreme Court of South Dakota, 13 de junio de 1984); *1st American Systems, Inc. vs. Brian J. Rezzatto*, 311 N.W.2d 51 (Supreme Court of South Dakota, 14 de octubre de 1981); *Tower Oil & Technology Co., Inc., vs. Richard Buckley et al.*, 99 Ill. App.3d 637 (Appellate Court of Illinois, First District, 12 de agosto de 1981).

⁹⁷ RICHTERS/WODTKE, *NZA-Rechtsprechungs-Report* (6), 2006, pp. 288; KUNZ, *DB* (49), 1993, p. 2485; GAUL, *NZA* (7), 1988, p. 230.

discutible. Por su parte, el criterio de la *defraudación de la confianza*⁹⁸ como cedazo para separar los supuestos en los que el deber de reserva tiene un alcance más allá de la relación jurídica principal de los que no, tiene una naturaleza claramente deontológica. La lealtad o deslealtad del comportamiento no depende de las consecuencias del uso o revelación, esto es, de si los intereses maximizados con tales conductas son más valiosos que si se mantiene la reserva. Al contrario, la licitud de la conducta depende de su corrección intrínseca. En este sentido, se considera incorrecto incumplir lo prometido, esto es, actuar contra los actos propios, aunque para los intereses generales sea beneficioso por incrementar los niveles de competencia en el correspondiente mercado.

La segunda conclusión que cabe extraer hace referencia al hecho de que, sea cual sea la opción metodológica escogida por los autores o Tribunales alemanes o estadounidenses en sus respectivos trabajos o sentencias –a menudo son mezclados–, los resultados siempre tienden en mayor o menor medida a la restricción del ámbito de aplicación del ilícito jurídico-privado respecto de una interpretación estrictamente gramatical. Como hemos visto, excepto en los casos en los que el deber de reserva y su alcance temporal está expresamente previsto por una disposición normativa (§ 24 *ArbNEfG*, por ejemplo), doctrina y jurisprudencia alemanas y estadounidenses limitan la vigencia temporal del deber tanto en los supuestos de deberes *legales* (*common law*, en los EE. UU.) sin determinación del alcance, como en los que las partes han *pactado expresamente* una determinada duración, especialmente cuando consiste en la duración ilimitada del deber de secreto. En los EE. UU., la limitación del alcance material y territorial del deber de reserva también ha merecido la atención de la doctrina y jurisprudencia jurídico-privadas.

El estado de cosas en Alemania y los EE. UU. contrasta con la escasa consideración recibida por este problema en nuestra comunidad jurídico-

⁹⁸ WERTHEIMER, *BB* (31), 1999, p. 1603; MOLKENBUR, *BB* (17), 1990, p. 1199; MES, «Arbeitsplatzwechsel und Geheimnisschutz», *GRUR* (9), 1979, pp. 592 y s. En la BGH 21.12.1962 – *Industrieböden* (*NJW* 1963, p. 856), el *Bundesgerichtshof* apela al sentido de la decencia (*Anstandsgefühl*) del competidor medio a la hora de valorar la conducta de aquellos trabajadores que, ocupando un puesto de confianza en la empresa, remunerado como tal, lo abandonan al cabo de poco tiempo para establecerse por su cuenta y hacer competencia directa a su antiguo empleador.

privatista. Los criterios materiales allí empleados para limitar el alcance del deber de reserva en materia de secretos empresariales pueden sernos de utilidad en la delimitación del injusto jurídico-penal de disposición desleal del art. 279 Cp.

3. Estado de la cuestión en materia de interpretación del delito del art. 279 Cp

En el apartado anterior se ha descrito, a grandes rasgos, el estado de la cuestión sobre el contenido del ilícito jurídico-privado de disposición desleal de secreto empresarial previsto en el art. 13 LCD. Con algo más de detalle, se han analizado las posturas existentes en relación con el surgimiento y alcance del deber de reserva sobre el secreto empresarial. En lo que sigue se tratará de hacer lo propio respecto del delito de disposición desleal de secreto empresarial previsto en el art. 279 Cp.

Los rasgos elementales de esta figura delictiva y las posturas al respecto ya han sido comentados en el apartado introductorio de este capítulo (*supra* VII.1), por lo que aquí me centraré en las opciones interpretativas del elemento en torno al que, a mi juicio, gravita en mayor medida el alcance que se le da a este injusto jurídico-penal. A saber: el deber (penal) de reserva. La exposición de las posibilidades interpretativas en relación con este elemento del tipo no se hace con ánimo de exhaustividad. Las opciones que a continuación se exponen tan solo representan las que se ha considerado más interesante comentar, ya sea por el número de partidarios que ostentan, ya sea por la profundidad y solidez de su argumentación. El resultado típico (aunque solo sea de peligro), esto es, la difusión, revelación o cesión de la información, o su uso en provecho propio, se abordará más adelante (*infra* IX.).

3.1. El deber *penal* de reserva: surgimiento y alcance

De acuerdo con el tenor literal del art. 279 Cp, la difusión, revelación, cesión o el uso en provecho propio de un secreto empresarial solamente deben ser penalmente sancionados cuando sean llevados a cabo «por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva». Esta explícita restricción de los posibles sujetos activos por parte del legislador ha dado lugar a que

doctrina y jurisprudencia entiendan, de forma unánime, que nos encontramos ante un delito especial⁹⁹.

El delito especial se ha definido como la infracción penal que, por su peculiar tipo de injusto, tan solo puede ser cometido por determinadas personas. La especificidad del injusto se basa en la especial relación que el autor del delito mantiene con el bien jurídico lesionado¹⁰⁰. Esta particular vinculación hace que la lesión por parte de este sujeto (*intranens*) sea valorada de forma distinta que la lesión por parte de cualquier otro tercero (*extranens*). El signo de esta especial valoración, ambivalente, depende de si la relación del *intranens* con el bien es de protección (*Schutzaufgabe*; mayor merecimiento de pena) o de disposición (*Verfügungsmacht*; menor merecimiento de pena).

LANGER, autor de la definición de delito especial de la que aquí se parte, entiende que la especial relación del autor (*intranens*) con el bien jurídico puede venirle impuesta de forma heterónoma, o puede haberla entablado él mismo de forma autónoma. En ambos casos, no obstante, es la comunidad jurídica la que tiene la última palabra en la asignación del estatus de “protector” o de “disponente” a determinados sujetos. Según el mismo autor, las condiciones bajo las cuales un bien jurídico se asigna a determinadas personas como protectoras o disponentes del mismo depende del tipo de bien jurídico y de su relación con dichas personas, así como, fundamentalmente, de la necesidad experimentada por la comunidad jurídica de atribuir a estos sujetos una tarea de protección o un poder de disposición

⁹⁹ Por todos, FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 1069; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 91; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 197; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 806. BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 547 nm. 290. En la jurisprudencia, por todas, SSTS de 12 de mayo de 2008, p. Monterde Ferrer, FJ 1º; de 16 de diciembre de 2008, p. Delgado García.

¹⁰⁰ LANGER, *Die Sonderstrafat*, 2ª ed., 2006, p. 352. En la misma línea, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, 8/86. Sobre el estado de la cuestión en España, véanse ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006.

respecto de dicho bien¹⁰¹. En otras palabras, se trata de fundamentar la relación especial a través del sistema de valores de nuestra comunidad jurídica, buscando aquellas relaciones que conviertan la lesión del bien jurídico por parte del *intrañeus* en una lesión específicamente desvalorada. Como ejemplos de este tipo de relaciones pueden mencionarse, por un lado, el ocupar una determinada posición a la que la sociedad ha atribuido, por razones de necesidad, una específica función de protección del bien: titulares de la patria potestad, funcionarios públicos, administradores de una sociedad de capital, etc. Por otro, la asunción de un compromiso de protección del bien jurídico por parte del sujeto; etc. En estos dos casos estamos hablando, como se habrá advertido, de *posiciones de garante*¹⁰².

Todo ello da lugar a un *concepto material* de delito especial, que permite justificar y explicar de forma sistemáticamente coherente por qué los delitos especiales contienen un injusto específico y por qué están sujetos a reglas específicas en materia de intervención, tentativa, etc., en relación con los delitos comunes. El concepto se considera material porque lo específico del tipo de injusto del delito especial no se hace depender exclusivamente del tenor literal del tipo legal o del enunciado de disposiciones normativas extrapenales de complemento, sino de que el sujeto se encuentre en una de las dos posiciones mencionadas¹⁰³. Ello sin perjuicio, claro está, de que los elementos de esta concepción deban encontrar apoyo en el tipo legal del concreto delito que se pretenda interpretar bajo su lógica¹⁰⁴.

La concepción material de los delitos especiales se contrapone a la formal. Esta, si bien comparte con la material la idea de que lo específico de esta clase de delitos es la relación especial del autor con el bien jurídico, se desmarca en la forma de fundamentar dicha relación. Si la concepción material trata de fundamentar la relación especial en el sistema de valores de nuestra comunidad jurídica, la formal determina la presencia de una posición

¹⁰¹ LANGER, *Die Sonderstrafat*, 2ª ed., 2006, pp. 185-352; p. 310.

¹⁰² SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, 8/86.

¹⁰³ En la misma línea de fundamentar materialmente el contenido de injusto de los delitos especiales, véase LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 25, nm. 42. En España, por ejemplo, GÓMEZ MARTÍN, «Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código penal español», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 106 y ss.; EL MISMO, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 65-254.

¹⁰⁴ LANGER, *Die Sonderstrafat*, 2ª ed., 2006, pp. 287-352.

especial a través de la mera identificación de los elementos definitorios de tal posición empleados por el legislador en la descripción típica: el estatus de funcionario, un poder de administrar o un deber de secreto, por ejemplo.

Dejemos de lado, por el momento, la valoración de la forma de fundamentar la “relación jurídica especial” por parte de LANGER. Por ahora basta con señalar que existen dos grandes vías para fundamentar la posición especial de los sujetos activos que da lugar a que la lesión (o puesta en peligro) del bien jurídico por su parte sea castigada con las penas previstas por el correspondiente delito. Se trata de la vía formal y de la material.

Los tipos legales del art. 279 Cp permiten fundamentar desde ambas concepciones la calificación del delito como delito especial. Los dos tipos contenidos en el art. 279 reservan las penas a quienes carguen con un deber legal o contractual de reserva. De acuerdo con el sentido de este deber, puede afirmarse que tales sujetos guardan una relación de protección con el bien jurídico amparado por este delito (la capacidad competitiva del titular de la información), lo que da lugar a que su lesión contenga un mayor merecimiento de pena que la de un tercero cualquiera que revelara o usara en su provecho la información asegurada legítimamente. En efecto, el desvalor de la conducta del tercero es tan inferior al desvalor de la del *intranseus* que no llega ni a ser considerada penalmente relevante por nuestro legislador, pues es penalmente atípica. En todo caso, podría llegar a ser constitutiva del delito común de aprovechamiento de violación de secreto empresarial previsto por el art. 280 Cp, siempre y cuando se dieran las condiciones para ello (conocimiento de su origen ilícito), pero incluso en ese caso el injusto tiene prevista una pena inferior a la del delito de disposición desleal del art. 279 Cp.

A los efectos de este trabajo, la dogmática del delito especial tan solo interesa en la medida en que identifica un contenido de injusto específico en esta clase de delitos. En particular, el injusto de disposición desleal de secreto empresarial se caracteriza por un mayor merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) debido a la especial relación de protección que el *intranseus* mantiene con el bien jurídico protegido¹⁰⁵. Las consecuencias que para las

¹⁰⁵ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, 8/85 y s., 86, con la misma concepción del contenido de injusto del delito de violación de secretos contra la intimidad, del

reglas de la intervención en el delito (autoría, participación o impunidad) o para la tentativa puedan derivarse de la consideración de estos delitos como pertenecientes a una categoría material y sistemáticamente autónoma quedan fuera del objeto de esta investigación. Por ello, dejamos abierta la cuestión de si, en materia de reglas de intervención, el delito de disposición desleal del secreto empresarial debe considerarse un delito especial en sentido estricto (o delito de infracción de un deber, con reglas específicas de determinación del título de imputación) o un delito de posición (subcategoría dentro de los delitos de dominio, sujetos a las reglas generales de determinación del título de intervención basadas en el criterio del dominio del hecho)¹⁰⁶.

En lo que sigue se expondrán las opciones interpretativas del deber penal de reserva con base en la distinción sobre las vías de fundamentación de la posición especial de los sujetos activos acabada de exponer.

3.2. Interpretaciones formales

Bajo la etiqueta de “interpretaciones formales” se agrupan aquí todas aquellas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que se limitan a interpretar el delito de disposición desleal de secreto empresarial, fundamentalmente, con base en el criterio gramatical, esto es, conforme al sentido literal del tipo previsto en el art. 279 Cp y conforme al sentido literal de los enunciados legales de complemento (penales o extra-penales) en los que, por ejemplo, se imponga un deber de reserva a determinados sujetos o se regulen las obligaciones contractuales. Ello sin perjuicio de que algunas de las posturas aquí encuadradas elijan, de entre las distintas interpretaciones gramaticales posibles, aquella que más se ajuste a determinadas consideraciones político-criminales (principio de *ultima ratio*, fragmentariedad, proporcionalidad, etc.)¹⁰⁷. En definitiva, se agrupan aquí los modelos interpretativos que

Código penal alemán. También con una concepción material similar del contenido de injusto de los delitos especiales, entre los que nombra al delito de violación de secretos de la intimidad (el vigente § 203 StGB), LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 25, nm. 42.

¹⁰⁶ Categoría desarrollada por ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 226-246, p. 240 y ss.

¹⁰⁷ Sobre el concepto de “formalismo jurídico” en la Teoría del Derecho, véase, por todos, NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 10ª ed., 2001, p. 36 y s. Para una

encuentran en el tenor literal del 279 Cp y en el de los correspondientes enunciados legales de complemento el fundamento de la interpretación, no solamente su límite. Identificarían, en cierta medida, el enunciado legal (el tenor literal) con la norma jurídica, a pesar de que se trate de cosas distintas¹⁰⁸.

En lo que sigue se expondrá, primero, y desde una perspectiva crítica, la fundamentación formal del surgimiento del deber penal de reserva. Después se abordará la fundamentación formal del alcance de dicho deber.

a) Surgimiento del deber penal de reserva

Hasta hace relativamente poco, en la jurisprudencia menor, la que tradicionalmente se ha ocupado de desarrollar interpretativamente los delitos de violación de secretos empresariales en sede jurisdiccional, ha existido consenso en exigir, como condición de su surgimiento, que el deber de reserva esté expresamente previsto por una ley o por un contrato. Por buena parte de la doctrina ha sido recurrente la cita de los arts. 127quáter de la antigua Ley de sociedades anónimas y 61.2 de la antigua Ley de sociedades de responsabilidad limitada, que se corresponden con el art. 228.b) del actualmente vigente RD 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital:

«En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a:

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera».

Esta aproximación se explica por la voluntad de restringir el ámbito de aplicación del delito. Por respeto a los principios de intervención mínima¹⁰⁹, de *ultima ratio*¹¹⁰, de legalidad (taxatividad y certeza)¹¹¹, y de seguridad

exposición crítica de las diferentes características que se han atribuido al formalismo jurídico, véase, ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo*, 2007, pp. 33-44.

¹⁰⁸ MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, t. I., 9ª ed., 2004, pp. 167, 168 y ss., 234 y ss.

¹⁰⁹ AAP Madrid de 29 de diciembre de 2011, p. Cubero Flores; AAP Madrid de 2 de febrero de 2007, p. Cubero Flores.

¹¹⁰ AAP Zaragoza de 24 de febrero de 2006, p. López López del Hierro.

jurídica¹¹² se considera necesario restringir interpretativamente el tipo penal a través de la exigencia de un deber de reserva expresamente previsto en una ley o en un contrato para considerar fundamentado el deber penal de secreto.

De este modo, se excluye del ámbito de aplicación del delito un sinnúmero de contactos entre el titular del secreto empresarial y terceras personas en los que, con base en deberes (legales o contractuales) *generales* de buena fe o análogos, podría considerarse que el tercero carga con un deber penal de secreto que lo situaría automáticamente bajo el campo de aplicación del art. 279 Cp. En esta línea, son numerosas las resoluciones de la jurisprudencia menor que niegan al deber de buena fe que pesa sobre el trabajador por cuenta ajena (art. 5 a) ET), o al que obliga a ambas partes en las relaciones contractuales en general (art. 1258 Cc), la capacidad de fundamentar un deber *penal* de secreto a los efectos del delito aquí estudiado¹¹³. Ello incluso durante la vigencia de la relación jurídica principal (relación de trabajo, por ejemplo) que vincula a las partes¹¹⁴. Como hemos dicho, esta postura ha venido avalada por un sector importante de nuestra doctrina¹¹⁵.

¹¹¹ SAP León de 20 de febrero de 2007, p. Mallo Mallo.

¹¹² AAP Madrid de 29 de diciembre de 2011, p. Cubero Flores; AAP Madrid de 2 de febrero de 2007, p. Cubero Flores.

¹¹³ Así, por ejemplo, AAP Madrid, de 18 de febrero de 2009, p. López Chacón; SAP Barcelona de 30 de mayo de 2008, p. de Alfonso Laso; AAP Donostia de 19 de febrero de 2007, p. Unanune Arratibel; SAP Barcelona de 28 de noviembre de 2007, p. Rodríguez Santamaría; AAP Palma de Mallorca de 26 de octubre de 2006, p. Álvarez Merino; AAP Jerez de la Frontera de 18 de enero de 2006, p. González Castrillón; AAP Madrid de 16 de mayo de 2005, p. Chacón Alonso; SAP Huesca de 15 de septiembre de 2003, p. Serena Puig.

¹¹⁴ Respecto de casos relativos a *relaciones de trabajo*, véanse las siguientes resoluciones: AAP Madrid de 29 de diciembre de 2011, p. Cubero Flores; SAP Córdoba de 12 de marzo de 2007, p. Vela Torres; SAP León de 20 de febrero de 2007, p. Mallo Mallo.

¹¹⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 806; FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 1070; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, pp. 136-138; 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. 55 y ss. De forma menos clara, hablan de *deberes específicos*: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., 2013, p. 470; BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 547 nm. 290.

La aproximación mantenida por la jurisprudencia menor y un sector importante de nuestra doctrina contrasta con la adoptada recientemente por la Sala segunda del Tribunal Supremo. En su resolución de 12 de mayo de 2008 (p. Monterde Ferrer) el Tribunal afirma textualmente, en relación con el delito del art. 279 Cp, que el deber *penal* de reserva surge sin necesidad de que exista un pacto o una disposición normativa expresos al respecto:

«La responsabilidad penal abarca, pues, a quienes se les exige expresamente (administradores, ex art. 127.2 LSA y 61.2 LRL), al *resto de empleados* de la empresa que conozcan por razón de sus funciones tales secretos, a *trabajadores de otras empresas* que se relacionen con la titular de los secretos (de seguridad, proveedoras, etc.), y a los *terceros* que los hayan conocido a causa de *razones legales* (como, por ejemplo, funcionarios)» (cursiva añadida).

Pocos meses más tarde, en la sentencia de 16 de diciembre de 2008 (p. Delgado García), el Tribunal ratificó esta aproximación, al menos respecto de la figura de los trabajadores por cuenta ajena estando vigente la relación laboral:

«El sujeto activo de este delito es Jose Ignacio, que en aquellos primeros días de octubre era trabajador de la agencia o gestoría del querellante Isidro (hecho probado 1º) y *como todo trabajador estaba obligado por su relación laboral a una conducta de reserva* respecto de esa lista de clientes que conocía por tal condición» (cursiva añadida).

Sin duda, la postura adoptada por el Tribunal Supremo supone una enorme ampliación del ámbito de aplicación del delito en comparación con la interpretación que históricamente viene haciendo la jurisprudencia menor. A pesar de que el único fundamento que el TS arguye para la extensión del deber penal a todos los empleados, a los empleados de otras empresas y a los terceros que lo hayan conocido por razones legales sea la tipificación por parte del art. 13 de la LCD de la revelación sin autorización del titular de un secreto empresarial conocido legítimamente, se entiende que el fundamento del deber penal de secreto –aunque solo sea formalmente– son los deberes genéricos de buena fe –arriba mencionados– que operan como cláusulas de cierre de la regulación de las relaciones entre los intervinientes de numerosos sectores del tráfico jurídico-económico.

Poco tiene de especial, no obstante, un delito en el que un abanico tan amplio de sujetos y con relaciones de tan diferente intensidad con el bien jurídico aparecen como potenciales autores. La principal deficiencia de este modelo interpretativo es la escasa coherencia valorativa interna de un tipo que asigna las mismas penas a las revelaciones de sujetos con relaciones tan dispares con el titular de la información.

En efecto, la coherencia valorativa es un atributo que debe poseer, o al menos perseguir, el ordenamiento jurídico como sistema valorativo¹¹⁶. El fundamento no es otro que el principio de igualdad de trato¹¹⁷, principio constitucional que preside, junto con otros, nuestro ordenamiento jurídico y que implica tratar igual lo que es igual y de forma distinta lo que es distinto. Esto afecta tanto al legislador como al intérprete. El primero debe proceder sistemáticamente en la elaboración de las leyes. El segundo debe tratar de encontrar la coherencia por vía interpretativa cuando la misma no se manifieste de forma explícita en la ley. En palabras de LARENZ, «[l]a evitación no sólo de la contradicción lógica, sino también de una teleológica o valorativa, es una exigencia no sólo al legislador, sino también al intérprete. Significa, por lo que a esto respecta, que todas las proposiciones jurídicas deben ser interpretadas (dentro del marco de su posible sentido literal y de la conexión de sentido) de tal forma que, en lo que sea posible, se eviten contradicciones de valoración dentro del orden público»¹¹⁸.

La coherencia es una de las propiedades formales de un sistema normativo¹¹⁹, y la pretensión de sistematicidad es lo que, si acaso, permite calificar de ciencia a la dogmática jurídica (-penal) como metodología

¹¹⁶ CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, (1983) 1998 (trad. García Amado), pp. 24 y ss., 99 y ss., 111 y ss., 115 y ss.; ENGISCH, «Sentido y alcance de la sistemática jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho* (3), 1986, p. 17.

¹¹⁷ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1966 (trad.: Gimbernat Ordeig), p. 266; CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, (1983) 1998 (trad. García Amado), p. 24 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 80; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 18 nota 15.

¹¹⁸ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1966 (trad.: Gimbernat Ordeig), p. 266. En la misma línea, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., 1983, pp. 163-165; NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 10ª ed., 2001, pp. 326, 342, 344.

¹¹⁹ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Sistemas normativos*, 2ª ed., 2012, p. 91-94.

jurídica¹²⁰. Funciones definatorias (y valores) de la construcción sistemática son la ordenación y regulación del saber existente, la averiguación de las contradicciones que se den y la disponibilidad permanente de dicho saber en forma orientada al problema¹²¹. JAKOBS ha definido la teoría de la imputación en tanto que sistema como «una relación consistente de juicios jurídicos»¹²². En efecto, la dogmática jurídico-penal, como disciplina científica encargada de la sistematización del Derecho penal, no sólo consiste en el hallazgo de principios y enunciados teóricos abstractos que permitan crear un aparato conceptual más reducido y manejable que el entramado de disposiciones integrantes del Derecho positivo (sistemática formal). Como ROBLES PLANAS ha puesto recientemente de manifiesto, también consiste en la sistematización axiológica o teleológica, en «la elaboración de conceptos operativos –categorías– que sean portadores de *valoraciones fundamentales*» de cara a la «correcta atribución de responsabilidad» penal¹²³.

Aunque, normalmente, cuando se hace referencia a la coherencia interna del sistema dogmático se piensa en la coherencia de las construcciones dogmáticas dirigidas a la interpretación de la parte general del Derecho penal, «lo mismo vale para la argumentación dogmática sobre los tipos de la Parte Especial»¹²⁴.

Pues bien, a pesar de todo lo dicho, con el modelo interpretativo acabado de exponer caen bajo el ámbito de aplicación del art. 279 Cp tanto relaciones de especial confianza, como por ejemplo la mantenida por el titular del secreto con el gerente de su empresa, como otras extremadamente superficiales, como la que puede mantener el titular del secreto con el empleado de una Empresa de Trabajo Temporal contratado por un par de días durante un

¹²⁰ ENGISCH, *AFD* (3), 1986, pp. 8-9.

¹²¹ SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en EL MISMO (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 32.

¹²² JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 17.

¹²³ Cursivas en el original, ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, p. 137.

¹²⁴ Son palabras de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 277 nota 627. Igual ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, p. 136 y s. En la misma línea, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 45 y s., poniendo de manifiesto la dependencia de los tipos de la parte especial respecto de las categorías de la teoría general del delito, con ulteriores referencias (véanse notas 154 y 155).

periodo de máxima actividad. Se incurre, de este modo, en graves incoherencias valorativas internas, esto es, incoherencias dentro del propio ámbito de aplicación del delito. En efecto, el marco penal que le ha sido asignado no permite adaptar la entidad de la respuesta sancionatoria a las notables diferencias en la gravedad de los hechos subsumidos en su ámbito de aplicación, especialmente respecto de los hechos de la franja baja, pues el límite inferior del marco es una pena de prisión de 2 años y multa de 12 meses.

Pero, por si esto fuera poco, también a nivel externo escasea la coherencia valorativa del modelo interpretativo adoptado en la reciente sentencia del Tribunal Supremo. Con la interpretación allí defendida, el ámbito de aplicación del delito se confunde con el del ilícito jurídico-privado del art. 13 LCD, a pesar de que exista una diferencia abismal entre las consecuencias jurídicas de uno y otro ilícito.

No mucho mejor parada sale la aproximación de la jurisprudencia menor y parte de nuestra doctrina. Si bien a través de la exigencia de una previsión legal o contractual expresa del deber de secreto se produce una notable restricción del ámbito de aplicación que permite, a su vez, ganar en coherencia valorativa interna, queda aun mucho por mejorar en este sentido. Los problemas de infra- y sobreinclusión siguen estando presentes. Así, por ejemplo, se deberá considerar penalmente relevante la revelación del administrador de derecho que nunca ejerció como tal, pero que por alguna razón llegó a conocer el secreto. Por el contrario, se deberá absolver la revelación del director del departamento de investigación y desarrollo con el que no se formalizó por escrito ningún acuerdo de confidencialidad, pero al que se retribuía regularmente de forma especial por ese concepto, de lo cual él era conocedor, además de ejercer sus funciones diariamente en un contexto de confidencialidad.

b) El alcance del deber penal de reserva

Hasta aquí la exposición de las interpretaciones que hemos etiquetado de formales en cuanto a la determinación del surgimiento de un deber penal de reserva en el ámbito del delito de disposición desleal de un secreto empresarial. Corresponde ahora examinar las soluciones de la metodología formal al problema del alcance del deber. Distinguiremos aquí entre alcance

temporal, alcance material y alcance territorial del deber de reserva. Como sucede en los ámbitos jurídico-privado y jurídico-laboral, la delimitación temporal del deber y, en menor medida, la material, son las que más atención han recibido por parte de la doctrina penal.

Por interpretaciones formales en la determinación del alcance temporal del deber entendemos aquellas que fijan los límites de acuerdo con lo previsto por la ley o el contrato. Sin embargo, el legislador penal no ha dado indicación expresa alguna al respecto, ni en el tenor literal del art. 279 Cp ni en ningún otro lugar. Por su parte, los contratos que, según los defensores de la perspectiva formal, pueden dar lugar a un deber penal de reserva, no siempre contemplan la cuestión relativa al alcance del deber. Por todo ello existen, entre quienes adoptan la metodología formal en la interpretación de este tipo, de nuevo, dos posturas: la amplia y la restrictiva.

Quienes adoptan una interpretación amplia defienden, básicamente, la vigencia indefinida del deber de reserva mientras la información mantenga el carácter secreto y aporte ventaja competitiva a su titular. En la medida en que el art. 279 Cp no establece ningún tipo de límite temporal, no se apreciaría razón alguna para limitar la protección penal del bien jurídico si en el contrato o en la normativa extra-penal tampoco existen limitaciones expresas en este sentido. Esta parece ser la postura de la Sala segunda del Tribunal Supremo español en la sentencia de 12 de mayo de 2008¹²⁵:

«El tipo del art. 279 aplicado, se caracteriza por la infracción de un deber extrapenal específico de guardar secreto que, –según entiende la doctrina– independientemente de la eventual cláusula de duración contractual determinada, se encuentra *vigente*, respecto de las personas que cesan en la empresa, *mientras esté en condiciones de aportar un valor económico*» (cursiva añadida).

En la sentencia citada el Tribunal Supremo conoce un caso de uso en provecho propio de secreto empresarial por parte de ex empleados de la empresa titular del secreto. El art. 5 a) ET, precepto en el cual el Tribunal basa el deber penal de reserva, no determina de forma expresa la duración del deber genérico de buena fe que impone a los trabajadores por cuenta

¹²⁵ Ponente: Monterde Ferrer. Hasta lo que se alcanza a ver, la jurisprudencia menor no se ha pronunciado respecto de la eventual necesidad de limitar el alcance temporal del deber de reserva.

ajena. Se entiende que, por coherencia, la tesis sostenida en esta sentencia obliga a hacer extensiva tal postura respecto del deber penal de reserva fundamentado en el deber de buena fe exigido por el art. 1258 Cc a quienes entablen relaciones contractuales. También se entiende que, *a maiore ad minus*, conforme con la postura mantenida en la sentencia, se convalidarían, a los efectos penales, las disposiciones extra-penales o contractuales que previeran expresamente una duración indefinida del deber.

Por el contrario, quienes adoptan una postura restrictiva desde la metodología formal de interpretación, tan solo admiten la duración indefinida del deber cuando el contrato o la norma extra-penal de referencia así lo prevean expresamente¹²⁶, como por ejemplo un pacto expreso de confidencialidad con cláusula de vigencia indefinida o el art. 228.b) LSC.

Para el resto de casos se proponen soluciones dispares. Por un lado, el condicionamiento de la vigencia del deber a que la relación jurídica principal que ha dado lugar a su surgimiento siga en vigor. Así, cuando la relación principal se extinguiera (relación laboral, por ejemplo), se extinguiría también el deber de reserva¹²⁷. Por otro lado, la importación de los límites temporales previstos por la regulación jurídico-laboral en materia de pactos de no competencia (art. 21.2 ET) o análogas (art. 10.4 RD 1438/1995, de 1 de agosto, por la que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas)¹²⁸. La duración prevista por el art. 21.2 ET es de 2 años de sigilo como máximo después de finalizada la relación laboral cuando el empleado sea un técnico, y de 6 meses desde la finalización en los demás casos.

Como ya se ha comentado, la dimensión temporal del deber ha sido hasta ahora la más debatida por nuestra doctrina. Mucha menos atención han recibido las dimensiones material y territorial. De hecho, esta última no ha

¹²⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., 2013, p. 470; CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, p. 223 y ss., 230.

¹²⁷ CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, p. 223 y ss., 230. CASTRO MORENO, *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia* (1-2), 2006, p. 56 y s.

¹²⁸ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 548.

sido en absoluto abordada en España hasta lo que aquí se ha alcanzado a ver. En cuanto a la material, con la metodología formal tan solo destaca la interpretación de CARRASCO ANDRINO, según la cual el deber penal de reserva abarca todos los secretos empresariales cuyo conocimiento traiga causa de la relación jurídica principal que vincula al sujeto con el titular de la información. Entendemos que se trata de una interpretación formal porque, ante la ausencia de una delimitación expresa del alcance material del deber en la ley o en el contrato –fuentes (formales) del deber de acuerdo con estas propuestas interpretativas– se considera suficiente la mera relación de causalidad entre la relación jurídica de la que surge el deber y el conocimiento de la información por el tercero para considerar que la información queda abarcada por el deber penal de reserva. Así, por ejemplo, según este modelo interpretativo, cargaría con un deber penal de reserva respecto del secreto empresarial conocido tanto la joven recepcionista a la que la veterana secretaria del departamento de dirección le manda corregir las erratas de la extensa memoria estratégica de la empresa constitutiva de secreto empresarial, como el director del departamento de investigación y desarrollo que recibe el diseño revolucionario de un nuevo motor diesel de bajo consumo desarrollado por uno de sus subordinados.

Pues bien, el principal problema de la aproximación formalista a la determinación del alcance del deber penal de reserva es, básicamente, el mismo que ya se señaló en relación con la determinación formal del surgimiento del deber. Las soluciones interpretativas se ofrecen sin atender a la realidad material existente en cada caso, esto es, desconociendo la efectiva intensidad de las relaciones entre el titular del secreto y el tercero que accede legítimamente a la información. En su lugar, se deja la solución interpretativa a las decisiones en materia de secreto adoptadas por el legislador extra-penal, ajenas obviamente a los principios que deben informar el Derecho penal. En su defecto, o bien se aboga por la protección ilimitada del bien jurídico o por lo absolutamente contrario: la impunidad. Esta forma de proceder da lugar, como no podría ser de otro modo, a notables incoherencias valorativas internas que hemos tratado de poner en evidencia con los ejemplos empleados *supra*.

3.3. Interpretaciones materiales

Bajo la etiqueta de “interpretaciones materiales” encuadramos aquí los modelos interpretativos del delito de revelación desleal de secreto empresarial que no recurren de forma exclusiva al tenor literal de los enunciados legales aplicables para la determinación de las conductas penalmente relevantes.

Se trata, en efecto, de las propuestas interpretativas de los autores que recurren, junto al gramatical, a los demás cánones interpretativos generalmente admitidos: el sistemático, el histórico y el teleológico. Pero no sólo de eso. Se trata, también, de una determinada forma de entender la metodología jurídica, en nuestro caso, de una determinada forma de entender la dogmática jurídico-penal. Con la etiqueta “interpretaciones materiales” queremos referirnos a aquellas propuestas interpretativas que parten de la distinción entre enunciado legal (*Normtext*) y norma jurídica (*Rechtsnorm*)¹²⁹. Paradigmática en este sentido es, según creo, la distinción que en su día propuso SCHMIDHÄUSER entre tipo literal y tipo de interpretación. Según este autor, el tipo literal (*Wortlauttatbestand*), al que también podemos referirnos como tipo legal (*gesetzlicher Tatbestand*), consiste en la comprensión del tipo ligada al lenguaje ordinario y jurídico usual. El tipo de interpretación (*Auslegungstatbestand*), por el contrario, es el que, para la aplicación del Derecho, se obtiene como producto de la interpretación. Mientras el tipo legal hace referencia a una comprensión de la ley apegada al sentido ordinario de las palabras, el tipo de interpretación puede dejar en un segundo plano dicho sentido ordinario cuando el sentido global del enunciado legal lo requiera en aras de la aplicación del Derecho. En este sentido, el autor alemán pone como ejemplo el tipo de interpretación de un delito de homicidio en comisión por omisión. Mientras el tipo legal habla aparentemente solo en términos de conducta activa (§ 212 StGB)¹³⁰, el tipo de interpretación engloba también las conductas omisivas, sin que el § 13 StGB, equivalente funcional de nuestro art. 11 Cp, ofrezca nada más que los contornos de ese delito¹³¹.

¹²⁹ MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, t. I., 9ª ed., 2004, pp. 32-39, 167 y ss.

¹³⁰ En España es mejor poner como ejemplo del delito de lesiones (art. 147 Cp): «El que, por cualquier medio o procedimiento, *causare* a otro una lesión...», cursiva añadida.

¹³¹ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, 2/4.

Junto a los planteamientos de SCHMIDHÄUSER pueden inscribirse, a mi entender, los de quienes consideran que, ante la innata equivocidad y ambigüedad del lenguaje ordinario empleado por el legislador en los enunciados legales, la obtención del Derecho no se agota en la promulgación de la ley, sino que para determinar su contenido último en relación con los concretos supuestos de hecho es preciso un desarrollo creador¹³², una concreción¹³³ o una reconstrucción de las leyes¹³⁴ por parte de quienes tengan que aplicarlas. En palabras de MIR PUIG: «...a la ciencia jurídica no compete sólo la reproducción de la ley, sino su elaboración racional. En esto consiste la verdadera dogmática»¹³⁵. Y, en efecto, cuando habla de dogmática MIR PUIG piensa en «una elaboración del Derecho positivo que vaya más allá de la pura exégesis lógico-literal de las leyes»¹³⁶. Todo ello con la finalidad de «reformular ese derecho [el legislado], proponiendo precisiones para sus términos vagos, completando sus lagunas, resolviendo sus incoherencias y ajustando sus normas a determinados ideales axiológicos». Estas últimas son palabras de NINO¹³⁷. También JAKOBS es contundente al respecto: «Quien echa una ojeada al código penal con la intención de encontrar un sistema de imputación, verá que aquél presenta una regulación altamente incompleta [*lückenhaft*], que solamente permite reconocer algunas huellas de un sistema aún por construir»¹³⁸.

Naturalmente, este papel activo del aplicador en la obtención del Derecho, papel antagónico al de autómatas que le atribuyó el formalismo jurídico de la

¹³² 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.

¹³³ MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, t. I, 9ª ed., 2004, pp. 234 y ss.

¹³⁴ SILVA SÁNCHEZ, «La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas», en MONTEALEGRE LYNETT/CARO JOHN (ed.), *LH-Jakobs*, 2008, p. 208.

¹³⁵ MIR PUIG, «Dogmática creadora y política criminal», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, p. 23. Recientemente, ha abordado la cuestión relativa al papel de la dogmática jurídico-penal con una interesante perspectiva histórica, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 1-23. El autor adopta una postura en la línea de las reproducidas en el texto, véanse pp. 18, 43 y ss.

¹³⁶ MIR PUIG, «Dogmática creadora y política criminal», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, p. 14.

¹³⁷ *Introducción al análisis del Derecho*, 10ª ed., 2001, p. 326.

¹³⁸ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 17.

ilustración, implica la toma de decisiones valorativas por parte del juez –del intérprete– en su participación en la obtención del Derecho. Como SILVA SÁNCHEZ ha puesto de manifiesto: «...ya son muchos los autores que, desde perspectivas ciertamente diferentes, han reconocido, de modo más o menos expreso, que el objeto central de la reflexión dogmática jurídico-penal no son los textos legales de un determinado Derecho positivo nacional, sino algo diverso de éstos. Esta toma de posición, que implica una concepción de la dogmática como trascendente a la simple exégesis lógico-literal de las leyes, se conecta directamente con la mejor tradición jurídica europea»¹³⁹.

Si bien es cierto que no existe acuerdo en torno a cuál debe ser el orden de aplicación de los cuatro cánones generalmente admitidos¹⁴⁰, sí es que debe existir orden preestablecido alguno¹⁴¹, sí puede considerarse ampliamente extendida la convicción de que el tenor literal es el límite infranqueable de toda interpretación “creadora” o “reconstructora” de la ley¹⁴². Ello sin

¹³⁹ *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 166. Entre estos autores cabe mencionar a ESSER, «La interpretación», *AFD* (3), 1986, p. 66, quien también es de la opinión que esta es la postura mayoritaria, al menos en la tradición jurídica germánica. Véanse también SCHÜNEMANN, «Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre», en KOHLMANN (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, t. I, 1983, p. 169, 185; BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, p. 25 y ss., 29. Recientemente, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 42 y ss.; ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, p. 134 y s.

¹⁴⁰ SCHÜNEMANN aboga por fijar un orden de aplicación de los cánones de forma generalizada. En su opinión solamente así puede considerarse de científica la labor dogmática, pues renunciar a dicho orden implica renunciar a la previsibilidad y a la calculabilidad de la aplicación judicial del Derecho y, con ello, a la misma racionalidad del Derecho: *FS-Klug*, 1983, p. 172. Por el contrario, parece dar preferencia a la interpretación teleológica SILVA SÁNCHEZ, *LH-Jakobs*, 2008, p. 208 nota 31; EL MISMO, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 645 y ss.

¹⁴¹ Se opone a cualquier tipo de ordenación o jerarquía ESSER, «La interpretación», *AFD* (3), 1986, pp. 53-58. Considera cuestionable que se pueda establecer una jerarquía entre cánones interpretativos, BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», *LH-Roxin*, 1997, p. 371.

¹⁴² SCHÜNEMANN, *FS-Klug*, 1983, p. 182; MIR PUIG, en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, p. 23; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 176, 187-188, 287; ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, p. 135 y s.

perjuicio de que haya habido quien ha relativizado la capacidad limitadora de los enunciados legales (el tenor literal)¹⁴³ y haya propuesto tomar en su lugar, como límite de la interpretación, a la tradición jurídica, pues la literalidad de la ley también formaría parte de esa tradición¹⁴⁴.

Estrechamente vinculada con esta forma de entender el papel de la dogmática jurídico-penal se encuentra la idea de antijuridicidad material¹⁴⁵. Para que un hecho sea penalmente antijurídico no basta con que sea vulnerador de un mandato o de una prohibición jurídico-penal (antijuridicidad formal), sino que es preciso, además, que constituya una lesión o puesta en peligro socialmente dañina de un bien jurídico penalmente relevante (antijuridicidad material)¹⁴⁶. En efecto, como MOLINA FERNÁNDEZ ha señalado, de manera frecuente se identifica la antijuridicidad formal «...sólo con la contradicción literal con lo dispuesto en un precepto penal (precepto que a su vez se identifica con la norma), siempre que no concurra una causa de justificación expresa que autorice el hecho típico»¹⁴⁷.

Sin embargo, si el concepto de antijuridicidad formal se redujera a esto, es obvio que quedarían al margen de ella buena parte de las cuestiones que la dogmática jurídico-penal concebida en los términos arriba expuestos tiene por tarea abordar en su función sistematizadora. En particular, quedarían al margen la graduación del injusto en función de su gravedad; la interpretación de los tipos penales con base en los fines y valoraciones que en ellos subyacen o su interpretación restrictiva en función de su dañosidad social, excluyendo la tipicidad de aquellos hechos que, siendo subsumibles en el tenor literal, no representarían lesión o puesta en peligro alguna de un bien jurídico-penal; así como la captación de los principios básicos de la justificación y, en su caso, la ampliación de las causas de justificación a casos no expresamente recogidos por la ley¹⁴⁸.

¹⁴³ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, 5/42.

¹⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, *LH-Jakobs*, 2008, pp. 210-213.

¹⁴⁵ Así, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, p. 18.

¹⁴⁶ ROXIN, *AT I*, vol. I, 4ª ed., 2006, § 14 B nms. 4-14, nm. 4; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 233 y s.

¹⁴⁷ *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 52.

¹⁴⁸ ROXIN, *AT I*, vol. I, 4ª ed., 2006, § 14 B nms. 6-9; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 233 y s.

Siendo esto así, si todas estas cuestiones (entre otras) no se consideran integrantes de la antijuridicidad formal, es evidente que se hace necesario un concepto jurídico que dé cuenta de ellas. Este concepto ha sido el de antijuridicidad material, que en este sentido se ha entendido como instancia «de interpretación y corrección de la [antijuridicidad] formal»¹⁴⁹.

Esta forma de concebir la antijuridicidad formal y, por consiguiente, la material, favorece una visión de estos conceptos como distintos, como dos conceptos independientes de antijuridicidad. Sin embargo, MOLINA FERNÁNDEZ ha sostenido que las consideraciones que suelen reservarse a la antijuridicidad material «no son más que refinamientos necesarios de la determinación de la antijuridicidad formal». En su opinión, «[h]echo antijurídico es el que reúne las características materiales que, con arreglo al criterio del legislador, justifican su prohibición. Pero la determinación de estas características es una tarea relativamente compleja, como lo es el propio ordenamiento. No basta con acudir a las concretas disposiciones en las que se hace una selección de comportamientos *prima facie* prohibidos (“tipos”, en la denominación habitual), tomados en su tenor literal. A esta primera aproximación gramatical al injusto (en la que a veces se piensa cuando se habla de antijuridicidad formal), deben sumarse los demás criterios interpretativos habituales, entre los que destaca el teleológico, tomando como referencia los principios generales del ordenamiento y los específicos de la responsabilidad penal (...). Todo ello contribuye a la determinación de la contrariedad a derecho». De este modo, «todo hecho formalmente ilícito es a la vez materialmente ilícito a la luz de lo que dispone el derecho», lo que le permite afirmar que antijuridicidad formal y antijuridicidad material son conceptos idénticos¹⁵⁰.

Las definiciones al uso de antijuridicidad material como conducta que constituye una lesión (o puesta en peligro) socialmente dañina de un bien jurídico penalmente protegido presentan el riesgo de reducir su capacidad de interpretación y corrección de los tipos (legales) penales a una mera constatación de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido. Harro OTTO es diáfano al respecto: «[n]o se puede considerar antijurídica la conducta de una persona por el mero hecho de que con ella se ha lesionado un bien jurídico protegido por el tipo de la forma prevista por el tipo»¹⁵¹. En efecto, la capacidad de interpretación y corrección de los tipos

¹⁴⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 52.

¹⁵⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 55-56.

¹⁵¹ *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., 2004, § 5 nm. 8.

legales de la teoría de la antijuridicidad material, o de la antijuridicidad penal a secas, siguiendo la tesis de MOLINA FERNÁNDEZ, va mucho más allá de la simple identificación de un bien jurídico penalmente relevante y la constatación de que se ha creado un riesgo de lesión del mismo. 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»¹⁵². Todo esto ya fue visto en la exposición de las premisas metodológicas y político-criminales de las que se parte en esta investigación, en especial, en la exposición del concepto material de delito asumido en este trabajo (*vid. supra* II. y II.3.2).

Uno de los autores que más ha contribuido durante las últimas décadas al desarrollo del *topos* de la distribución de ámbitos de responsabilidad y, con él, a la teoría de la imputación objetiva entendida como teoría de la conducta típica¹⁵³ es, sin lugar a dudas, Günther JAKOBS. Él fue quien importó de la sociología el término «competencia» (*Zuständigkeit*) y lo insertó entre las palabras clave de la teoría de la conducta típica¹⁵⁴. Según su modelo de imputación objetiva en Derecho penal, quien –no siendo la víctima– ha contribuido causalmente de forma evitable en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico solamente puede ser considerado penalmente competente de dicha lesión o puesta en peligro si, o bien ha infringido un deber negativo (competencia por organización), o bien uno positivo especial (competencia institucional), o ambos a la vez¹⁵⁵. El deber infringido debe proteger instituciones que se consideren irrenunciables para la existencia de la sociedad¹⁵⁶, esto es, que se consideren irrenunciables para el mantenimiento de su identidad: forma de la sociedad y del Estado¹⁵⁷.

¹⁵² PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 138 y nota 774.

¹⁵³ Sobre los diferentes significados atribuidos a los términos «imputación objetiva», véase, por todos, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed., 2001, p. 55 y ss.

¹⁵⁴ Así lo atestigua KRATZSCH, FS-Oehler, 1985, p. 66 nota 7.

¹⁵⁵ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83 y s.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 261 y ss.

¹⁵⁶ JAKOBS, PG, 2ª ed., (1991) 1997, 29/58.

¹⁵⁷ JAKOBS, PG, 2ª ed., (1991) 1997, 2/1. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (1995) 1996, pp. 9 y ss.

Por *deber negativo* se entiende la obligación de no ampliar el propio ámbito de organización sin consideración a los demás y a costa de ellos. Fundamento del deber negativo es la consideración misma de los individuos como titulares de derechos. Solo la posibilidad de excluir a los demás de nuestros derechos y el respeto por nuestra parte de los derechos de los demás permite considerar a los individuos titulares de derechos, esto es, personas (entendiendo el término como construcción social)¹⁵⁸. Así, en sociedad, o, al menos, en sociedades liberales organizadas en forma de Estado social y democrático de Derecho como los de las sociedades europeas occidentales¹⁵⁹, las personas no solo son individuos titulares de derechos, sino también de deberes (al menos) negativos¹⁶⁰. Libertad (derechos) y responsabilidad (deberes) son las dos caras de una misma moneda. En este sentido se habla del sinalagma «libertad de acción–responsabilidad por las consecuencias», al que también se puede hacer referencia con el llamado principio de *neminem laede*¹⁶¹.

De nuevo, en sociedad o, al menos, en sociedades como las europeas occidentales, las relaciones entre los ciudadanos (entre las personas, como construcción social) no son solo negativas, esto es, de separación y respeto de esferas de organización. En sociedades como las mencionadas también existen relaciones positivas, relaciones de colaboración, de ayuda. Relaciones, en definitiva, de solidaridad¹⁶². Así, los *deberes positivos* especiales se definen

¹⁵⁸ JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 18-21.

¹⁵⁹ JAKOBS y algunos de sus discípulos reconocen expresamente la contingencia de su modelo de imputación jurídico-penal, esto es, su vinculación a una concreta sociedad (en el caso de Jakobs, la alemana): véase JAKOBS, «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», EN EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, (1999) 2004, p. 47 y s.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 94 y s. JAKOBS, no obstante, está convencido de que, muy probablemente, ninguna sociedad tiene posibilidades de sobrevivir sin adoptar como uno de los elementos centrales de su organización el principio de *neminem laede*: JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83.

¹⁶⁰ JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, pp. 27-33.

¹⁶¹ Fundamental sobre la distinción entre deberes positivos y negativos, ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret* (4), 2013, *passim*.

¹⁶² Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 470.

como deberes de solidaridad que obligan a la edificación, total o parcial, de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico¹⁶³.

De acuerdo con el modelo de imputación jurídico-penal de JAKOBS, la infracción de un deber positivo o negativo solamente dará lugar a un injusto penal cuando el deber infringido tenga por fin la protección de una institución irrenunciable para la identidad de la sociedad. Esta exigencia se conecta directamente con el concepto de antijuridicidad material de JAKOBS. Según este autor, las leyes penales están materialmente legitimadas cuando son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado¹⁶⁴. Así, solamente cuando la conducta objeto de examen lesione una institución fundamental para el mantenimiento de la identidad de la sociedad podrá hablarse de injusto penal desde una perspectiva material. En la medida en que el sinalagma libertad de organización–responsabilidad por las consecuencias se considera una institución irrenunciable para el mantenimiento de la identidad de una sociedad mínimamente liberal como las sociedades europeas occidentales –en opinión de JAKOBS, probablemente también irrenunciable para cualquier sociedad con pretensiones de pervivencia–, la lesión de un deber negativo implica siempre la lesión de una institución irrenunciable, por lo que estaríamos siempre y en todo caso ante un injusto penal materialmente legitimado. Lo mismo cabe decir de determinadas expectativas de solidaridad consideradas instituciones irrenunciabiles para el mantenimiento de la configuración de nuestra sociedad. Así, por ejemplo, la solidaridad mínima entre los ciudadanos ante peligros graves para bienes jurídicos fundamentales, la expectativa de que los padres construyan un mundo en común con sus hijos menores o la expectativa de que los funcionarios al cargo de determinados servicios públicos esenciales para la configuración de la sociedad fomenten su correcto funcionamiento¹⁶⁵. Cuestión distinta, no obstante, es hasta qué punto la

¹⁶³ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 7/70, 21/115, 29/58 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 95 y ss.

¹⁶⁴ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 2/1; JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, 1996, pp. 118-119.

¹⁶⁵ Considera que los delitos de omisión pura y los de omisión cualificada de garante responden a la infracción de deberes (positivos) de solidaridad, siendo su diferencia simplemente el grado de densidad del vínculo institucional que recae sobre el sujeto: SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 478. Sobre la

relevancia de estas instituciones positivas puede equipararse a la de la institución negativa (principio de *neminem laede*) y, por tanto, asignarle la misma consecuencia jurídica que asignamos a la lesión de esta última, a saber, la imputación de la lesión o puesta en peligro y, por consiguiente, la sanción asignada a dicha lesión o puesta en peligro.

Consciente de ello, naturalmente, en su modelo de imputación jurídico-penal JAKOBS restringe la imputación del resultado a las infracciones de deberes positivos que lesionen instituciones positivas de relevancia equivalente a la negativa en términos de mantenimiento de la identidad de la sociedad¹⁶⁶. Así, —siempre según su modelo— solamente cabe imputar el resultado lesivo (o peligroso) cuando el deber positivo infringido proteja una institución positiva tan fundamental como la negativa. ¿Cuáles son estas instituciones positivas de relevancia equivalente a la negativa? Según JAKOBS, aquellas respecto de las cuales no existiría, en general, una alternativa de organización¹⁶⁷, se

distinción entre delitos de omisión pura, delitos de omisión cualificada de garante y comisión por omisión, véase *infra* en el texto y pp. 467 y ss. de la obra citada.

¹⁶⁶ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/58: «Estas instituciones básicas —salvo la confianza especial, aun cuando el venire contra factum proprium está firmemente enraizado jurídicamente— están positivizadas al menos incipientemente; por eso, confundiendo causa y efecto, los deberes no ese suelen “deducir” de la institución, sino de la ley, lo que sin embargo, teniendo en cuenta los numerosos deberes legales que no constituyen deberes de garante, supone una interpretación ciertamente incompleta» (énfasis añadido). En relación con los deberes estatales como fundamento de competencia institucional: «No están garantizadas todas las funciones estatales, ni siquiera todas aquellas con respecto a las cuales existe una pretensión jurídica (al igual que tampoco todo contrato fundamenta confianza especial), sino sólo las irrenunciables» (*PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/76).

¹⁶⁷ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84; EL MISMO, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/58. El autor adopta una perspectiva general, objetiva. Es posible que la persona concreta (un ciego) decida no confiar en nadie (no contrata a nadie para que le ayude) o decida prescindir de las prestaciones estatales básicas, pero esto no es lo esperado en términos intersubjetivos. Desde esta perspectiva, excluye en su trabajo de 2012 la relación matrimonial del listado de ejemplos de instituciones positivas de relevancia equivalente a la negativa. Institución que sí contemplaba como equivalente en la 2ª edición del manual. En la sociedad actual parece que, desde una perspectiva general, los proyectos vitales pueden encauzarse por formas de convivencia alternativas al matrimonio: ya no se espera que (en general) la gente se case (ver *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/58 nota 115).

entiende que por parte del beneficiario de la prestación positiva o del tercero que quiera intervenir a su favor. Como ejemplos el autor menciona: la relación paterno-filial; las relaciones sustitutivas de la anterior (adopción, tutela); las relaciones de confianza especial (para evitar peligros a bienes elementales, por ejemplo: relación entre un invidente y su lazarillo; servicios sanitarios privados); y las relaciones de poder estatal (la asistencia policial para garantizar la seguridad elemental; el velar por la sujeción a la ley por parte de los órganos jurisdiccionales y la administración, como fundamento de todo Estado que pretenda funcionar como Estado de Derecho)¹⁶⁸.

No es necesario compartir por completo los presupuestos teóricos ni metodológicos de JAKOBS para reconocer la corrección de la distinción entre competencia por organización y competencia por institución con base en la distinción entre infracción de un deber negativo o uno positivo, respectivamente, como fundamento del injusto jurídico-penal. Así, por ejemplo, PAWLIK, que a diferencia de su maestro –el Prof. JAKOBS– ha construido una teoría del delito con base en la idea de libertad y con una concepción declaradamente retribucionista de la pena¹⁶⁹, fundamenta materialmente el injusto (del ciudadano) en la infracción de un deber de respeto a las demás personas (deber negativo) o en la infracción de un deber de garantizar las condiciones fundamentales de la existencia personal (deber positivo)¹⁷⁰. Por otra parte, autores que, a diferencia de JAKOBS y PAWLIK, identifican la legitimación material de las normas penales (como mínimo en parte) en la protección de bienes jurídicos, también hacen suya la distinción, al menos en relación con los delitos de omisión¹⁷¹. En realidad, no es que prescindan de ella en la fundamentación material del delito de comisión, sino

¹⁶⁸ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84. Más amplio en *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/59-77e.

¹⁶⁹ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 26-82.

¹⁷⁰ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 82-192.

¹⁷¹ KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 2 nm. 6, § 36 nms. 49 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 620-644; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, pp. 467-480. Construye la fundamentación material del injusto jurídico-penal con base en esos dos tipos de deberes, ROBLES PLANAS, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 24-27 y *passim*. Fundamental, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 43-103.

que suele entenderse que el delito de comisión se fundamenta, exclusivamente, en la infracción de un deber negativo¹⁷². Y es que la distinción entre deberes positivos y negativos forma parte de la tradición iusfilosófica centro- y sud-europea, por lo menos, desde SANTO TOMÁS DE AQUINO¹⁷³.

La acogida de la distinción entre deberes positivos y negativos, así como de su capacidad de legitimar materialmente el injusto jurídico-penal, nada tiene que ver con la cuestión de la equivalencia, en términos de consecuencias jurídicas asignadas, entre la infracción de un deber negativo, al que le imputamos el resultado lesivo (o de peligro), y la infracción de un deber positivo. En efecto, SILVA SÁNCHEZ, que hace suya la distinción para la fundamentación material de los delitos de omisión, propone una clasificación tripartita de este tipo de delitos, compuesta por los delitos de omisión pura, los delitos de omisión (pura) de garante y los delitos de omisión impropia o comisión por omisión. Las dos primeras clases de delitos de omisión se fundamentarían en la infracción de un deber (positivo) de solidaridad, mínimo en el primer caso y cualificado en el segundo. El tercer tipo de delito de omisión respondería a la infracción de un deber negativo, al igual que todos los delitos de comisión. Así, según este autor, los casos que JAKOBS denomina de “responsabilidad institucional” no pertenecerían a la categoría de delitos de comisión por omisión, sino a la de delitos de omisión (pura) de garante, que merecerían una pena de gravedad inferior que la que correspondería asignar a los de comisión (activa o por omisión)¹⁷⁴.

Pues bien, con base en el modelo de fundamentación material del injusto de Günther JAKOBS se analizarán las propuestas interpretativas del delito de revelación de secreto empresarial (art. 279 Cp) que aquí se han considerado “interpretaciones materiales” en el sentido acabado de exponer. En efecto, los fundamentos de los que se ha dado en llamar delitos de dominio (basados en la responsabilidad por organización – infracción de un deber negativo) y,

¹⁷² Por todos, KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 11 nms. 8 y ss.; ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, pp. 7 y ss.

¹⁷³ Fundamental, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 83-105. Véase también ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret* (4), 2013, p. 3.

¹⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 476 nota 19 y pp. 467-480. Le sigue, ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret* (4), 2013, pp. 13 y ss.

por otra parte, delitos de infracción de deber (basados en la responsabilidad institucional – infracción de un deber positivo), pueden tomarse como “axiomas” tanto para el intérprete como para el legislador¹⁷⁵. Conviene hacer algunas precisiones antes de continuar. Hasta aquí no se ha hecho referencia a los términos “delitos de dominio” – “delitos de infracción de un deber”, porque usualmente se vinculan a la teoría de la intervención (autoría y participación) en el delito, como títulos distintos de imputación en ese ámbito. Este es, como se sabe, el ámbito en el que Claus ROXIN, padre de esta terminología, la utiliza¹⁷⁶. Sin embargo, no es mi intención entrar en esa discusión en relación con el delito de revelación desleal de secreto empresarial. Mi meta es, por el contrario, determinar el fundamento material del injusto castigado en este delito. Este es, por lo demás, el ámbito al que JAKOBS traslada la idea originaria de “delitos de infracción de deber”, sin perjuicio de que tenga también para él implicaciones en la teoría de la intervención¹⁷⁷.

- a) El delito de revelación desleal (art. 279 Cp) como infracción de un deber negativo

Unas cuantas líneas atrás hemos descrito la infracción de un deber negativo como la ampliación de la propia esfera de organización sin consideración y a costa de la de los demás. También ha sido descrita como la arrogación de un ámbito de organización ajena, como una injerencia jurídicamente desaprobada en la esfera jurídica de terceros¹⁷⁸ o como una reducción del potencial de acción jurídicamente reconocido de otra persona, esto es, como una reducción de la autonomía jurídicamente garantizada de un tercero¹⁷⁹.

¹⁷⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 105, remitiéndose a BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, p. 29 y ss., 34 y s., donde se demuestra que la dogmática jurídico-penal trabaja, necesariamente, con “axiomas”.

¹⁷⁶ Así, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 33. Véase el propio ROXIN, *AT I*, vol. II, 2003, § 25 nms. 267 y ss.

¹⁷⁷ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 21/115 y ss.

¹⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 471.

¹⁷⁹ ROBLES PLANAS, en EL MISMO (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 24-27, 31 y ss.

Se trata de descripciones notablemente abstractas que, sin embargo, cobran enorme plasticidad cuando se las intenta concretar a través de delitos como el de robo (art. 237 y ss. Cp), el de daños (art. 263 y ss. Cp) o, en nuestro objeto de estudio, el de espionaje industrial (art. 278 Cp). En este último caso, la injerencia jurídicamente desaprobada en la esfera jurídica de organización ajena se hace evidente en supuestos tales como los de un sujeto dedicado profesionalmente al espionaje industrial que se introduce subrepticamente en las instalaciones del titular del secreto empresarial y se apodera de la documentación relativa a uno de sus secretos empresariales.

La arrogación en la esfera de organización ajena se desdibuja, no obstante, cuando las esferas de organización de autor y víctima se encuentran aparentemente mezcladas por existir una intensa relación entre ellas. Esto es lo que ocurre con delitos como la administración desleal (art. 290 Cp) o, en nuestro ámbito de estudio, con el delito de revelación desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp). Considerar que el trabajador que revela a terceros los secretos que el empresario le ha comunicado con ocasión de la relación laboral se arroga la esfera de organización de este último puede resultar chocante, en la medida en que ha sido el propio empresario el que le ha comunicado previamente la información. Sin embargo, normativamente, la arrogación es perfectamente factible y explicable. El titular del secreto empresarial, normalmente, no abre sus puertas incondicionalmente, pródigamente, si se quiere, al trabajador por cuenta ajena. Si lo hiciera habría que interpretar ese acto, sin lugar a dudas, como una renuncia a la protección de su secreto empresarial (por ejemplo: visitas guiadas de terceros a las instalaciones de la empresa donde se puede acceder a secretos empresariales sin exigir compromiso previo de reserva). Por el contrario, el titular abre las puertas al trabajador por cuenta ajena condicionalmente, como mínimo bajo la condición de que el trabajador cumpla con los deberes adscritos a su rol (art. 5 ET, entre otros). Y quien se introduce en la esfera del titular del secreto como trabajador por cuenta ajena lo hace, por un lado, asumiendo, como mínimo, explícita o tácitamente, aquellas condiciones, esto es, los deberes inherentes a su rol y, por otro, conservando su esfera de organización: el trabajador entra con su esfera de organización en la del titular del secreto. De este modo, el acto de ampliación de la propia esfera de organización por parte del trabajador se convierte en arrogación, en injerencia desaprobada, cuando defrauda las condiciones asumidas a cambio de dicha ampliación. En el concreto ámbito del delito de revelación desleal la

organización por parte del potencial autor consiste, pues, en la *asunción* del deber de reserva y su posterior *defraudación*.

Visto desde la perspectiva –por lo demás, la habitual– de la creación desaprobada de riesgos para el bien jurídico como fundamento de la imputación objetiva del resultado, la defraudación de los compromisos previamente asumidos crea un peligro desaprobado para el bien jurídico. Si, por razón de la asunción de los compromisos de protección del bien, su titular retira todas o parte de las medidas de protección que, como competente preferente de la misma, hubiere adoptado, en el momento de la defraudación el bien jurídico pasa de estar al amparo del autor de la asunción a estar en una situación de desamparo, total o parcial, sin lugar a dudas calificable de peligrosa. El incumplimiento de los compromisos asumidos crea, por tanto, un peligro desaprobado¹⁸⁰.

Desde esta perspectiva, por tanto, para poder hablar de infracción de deber negativo no basta con la simple revelación o uso en provecho propio del secreto empresarial comunicado por el titular, lo que sí es el caso, como en su momento veremos, en el delito de aprovechamiento de violación de secreto empresarial del art. 280 Cp. En tanto que delito especial es preciso, si se quiere fundamentar materialmente este carácter “especial” del delito, que previamente haya habido una asunción del deber de reserva, esto es, un compromiso de no revelar o de no usar en provecho propio.

Esta es la postura defendida por PÉREZ DEL VALLE. En su opinión, el fundamento del injusto jurídico-penal del autor del delito de revelación desleal es el incumplimiento de los deberes de reserva previamente asumidos¹⁸¹. Se trata de responsabilidad por organización en toda regla. Sucede, no obstante, que al concretar su modelo interpretativo, éste se manifiesta extremadamente laxo en el grado de organización (asunción) exigido para considerar que el sujeto se encuentra sometido a un deber penal de reserva. Así, según su modelo, la mera aceptación del puesto de trabajo valdría como asunción del deber de reserva, y no sólo durante la relación laboral, sino también una vez finalizada la misma, de forma indefinida. El

¹⁸⁰ JAKOBS, PG, 2ª ed., (1991) 1997, 29/46-52; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 465.

¹⁸¹ 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, pp. 113-117.

hecho de que el sujeto asuma un puesto de trabajo al que se le asocian deberes de buena fe sería considerado suficiente por este autor para fundamentar y extender el deber de reserva tanto tiempo como su revelación o uso en provecho propio pueda resultar perjudicial para el titular de la información¹⁸².

PÉREZ DEL VALLE acierta en el fundamento material del injusto penal de revelación desleal, pero desatiende los límites o alcance de su capacidad fundamentadora. Siendo el concepto de organización uno que admite graduabilidad, ¿basta con cualquier grado de organización para fundamentar el injusto penal de un determinado delito basado en la infracción de un deber negativo? ¿Basta, en el delito de revelación desleal de secreto empresarial, con cualquier asunción del deber de reserva, sea ésta expresa o tácita, concreta o genérica (alcance material, territorial y temporal indeterminado del deber) para fundamentar el merecimiento de la pena prevista en el art. 279 Cp?

En efecto, el conflicto entre el interés de protección del bien jurídico detrás del delito de revelación desleal y el interés en la libertad general de acción debe resolverse de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Lo visto *supra* VI.6.1 en relación con el delito de espionaje industrial del art. 278 Cp es completamente aplicable aquí. La distribución de ámbitos de responsabilidad entre los potenciales autores y el titular de la información no sólo debe llevarse a cabo en función del principio de subsidiariedad, sino también sobre la base de consideraciones de proporcionalidad (ver *supra* VI.6.1, .2 y .3).

Ciertamente, el modelo de la asunción permite superar con éxito los problemas de infrainclusión de los modelos interpretativos aquí etiquetados de formalistas. Permite fundamentar la responsabilidad penal a pesar de que no exista un deber de reserva expresamente previsto por una disposición legal o contractual. Puede bastar, por ejemplo, con una asunción fáctica y tácita de la reserva (ejemplo del director del departamento de investigación que nunca firmó un acuerdo de confidencialidad pero que era retribuido de

¹⁸² 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, pp. 118-119.

forma especial por ese concepto, de lo cual él era conocedor, además de ejercer diariamente sus funciones en un contexto de confidencialidad). Sin embargo, a menos que se exija un mayor grado de organización que el exigido por PÉREZ DEL VALLE, tanto cuantitativa como cualitativamente hablando, el modelo de la asunción no consigue superar los problemas de sobreinclusión presentados por los modelos de interpretación formalista.

Conviene realizar algunas aclaraciones antes de proseguir con la exposición. Como es sabido, el criterio material de la asunción es un criterio utilizado para fundamentar posiciones de garantía que permitan la imputación del resultado lesivo por conductas omisivas. En este trabajo debe quedar claro que, no obstante, se utiliza como fundamento del injusto penal realizado en comisión activa, esto es, para imputar el resultado lesivo a quienes activamente revelan o usan en provecho propio el secreto empresarial al que han tenido acceso legítimo. Ello se debe a la necesidad de fundamentar la prohibición penal bajo amenaza de pena del uso o revelación del secreto por parte de quienes lo conocen por voluntad de su propio titular. En este trabajo se considera que la prohibición y las concretas penas con que se respalda sólo pueden justificarse con la finalidad de prevenir la defraudación de la relación de protección del bien jurídico (*Schutzaufgabe*) ocupada por el sujeto activo, de acuerdo con el concepto de delito especial defendido por LANGER, aquí tomado como referente. Esta función de protección, que permite fundamentar materialmente el (mayor)¹⁸³ merecimiento de pena de la conducta de los potenciales sujetos activos (*intranens*) es la que surge, de acuerdo con el modelo interpretativo aquí comentado y que compartimos, del acto de asunción del deber de reserva. Todo ello sin perjuicio de que este acto de asunción coloque a quien lo realiza, a su vez, en posición de garante respecto del bien jurídico protegido frente a determinados peligros. Sobre ello se profundizará *infra* VII.6.

¹⁸³ Mayor que el merecimiento de pena de la conducta de los terceros que no entran en el círculo de sujetos activos pero que, sin embargo, pueden revelar o usar en provecho propio el secreto en perjuicio del bien jurídico protegido por el delito del art. 279 Cp. El merecimiento de pena de los *extraneus* es, de hecho, nulo. Su conducta es penalmente irrelevante. Solamente cuando la revelación o el uso en provecho propio va acompañada del conocimiento del origen ilícito de la información su conducta deviene penalmente relevante: art. 280 Cp.

b) El delito de revelación desleal como infracción de un deber positivo especial

Hemos definido la expresión «deber positivo especial» como la obligación de construir, total o parcialmente, un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico. En el modelo de JAKOBS, la infracción de estos deberes tan solo puede dar lugar a la imputación del resultado lesivo cuando la institución que pretenden proteger sea de importancia equivalente a la institución que protegen los deberes negativos: la conocida con el sinalagma libertad de organización–responsabilidad por las consecuencias. Entre estas instituciones JAKOBS menciona determinadas relaciones entre el Estado y el ciudadano, la relación paterno-filial y sus sustitutivas, así como relaciones de especial confianza¹⁸⁴. La mayor parte de la doctrina rechaza la posibilidad de imputar el resultado por la infracción de un deber positivo¹⁸⁵. Sucede, no obstante, que la doctrina mayoritaria siempre ha imputado el resultado, en comisión por omisión, por la infracción de esos mismos deberes¹⁸⁶.

Dando por válido el modelo de JAKOBS, concebir el delito de revelación desleal de secreto empresarial como un delito de infracción de un deber positivo, esto es, como un delito de “responsabilidad institucional” en sentido estricto¹⁸⁷, implicaría restringir su aplicación a aquellos casos en los que el sujeto que revela o usa en provecho propio el secreto empresarial lesiona una institución de las que JAKOBS considera de relevancia equivalente a la protegida por el deber negativo. Descartando las relaciones paterno-filiales y sus sustitutivas, esto significaría restringir el ámbito de aplicación del tipo previsto en el art. 279 Cp a los supuestos de lesión de determinadas

¹⁸⁴ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 83-84.

¹⁸⁵ Véanse, por todos, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 186-192; ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, *passim*; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 100-105.

¹⁸⁶ Así, por ejemplo, véase *Schö/Schrö-STREE/BOSCH*, 29ª ed., 2014, § 13 nms. 7 y ss.

¹⁸⁷ En realidad los delitos de infracción de un deber negativo también son delitos que lesionan una institución: el principio de *neminem laede*. No obstante, JAKOBS entiende que, en sentido estricto, tan solo cabe denominar delitos con base en una “responsabilidad institucional” a los delitos de infracción de un deber positivo: véase *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/57.

relaciones Estado–ciudadano y a supuestos de lesión de relaciones de especial confianza.

Entre las prestaciones que, según JAKOBS, el Estado debe llevar a cabo de forma irrenunciable –al menos en una sociedad organizada en forma de Estado social y democrático de Derecho como las europeas occidentales– menciona: la previsión social elemental, la seguridad exterior e interior y los principios básicos del Estado de Derecho. Se trata, en su opinión, de prestaciones sin las cuales no podría garantizarse ni la institución más fundamental de todo Estado liberal: el sinalagma libertad de organización–responsabilidad por las consecuencias.

i) Relaciones Estado–ciudadano

No cualquier vulneración de una prestación pública puede considerarse valorativamente equivalente a la vulneración de la institución encarnada en el principio *neminem laede*. Como advierte el mismo JAKOBS, «[n]o están garantizadas todas las funciones estatales, ni siquiera todas aquellas con respecto a las cuales existe una pretensión jurídica (al igual que tampoco todo contrato fundamenta confianza especial), sino sólo las irrenunciables»¹⁸⁸. Se está pensando, por ejemplo, en la posibilidad de imputar los resultados de muerte de un atentado terrorista a los funcionarios competentes del Estado (responsables de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por ejemplo) por no haber prestado la debida seguridad interior a sus ciudadanos, si este hubiese sido el caso al adoptar una actitud de desidia respecto de los peligros que podía generar la banda, por ejemplo; en la posibilidad de imputar el perjuicio patrimonial a un agente de policía que no impide al ladrón la comisión de un robo que presencia y que podría haber evitado con el cumplimiento de sus obligaciones de prevención del delito; o en la posibilidad de imputar a los funcionarios responsables de los servicios públicos de atención social las lesiones por malnutrición del menor cuyos padres acuden a dicho servicio en repetidas ocasiones sin obtener respuestas eficaces¹⁸⁹.

En relación con el delito de disposición desleal de secreto empresarial, lo dicho obliga a preguntarse si los funcionarios públicos que entran en

¹⁸⁸ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/76.

¹⁸⁹ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/74-77e.

contacto con el secreto empresarial a raíz de su relación con el ciudadano en tanto que *administrado*, cargan con un *deber* (institucional) *de reserva*. A primera vista, puede parecer exagerado afirmar que la garantía de reserva de los funcionarios públicos que acceden a la información en el ejercicio de sus funciones sea una prestación irrenunciable para el mantenimiento de la identidad de la sociedad. Sin embargo, si se analiza con un poco más de detalle la cuestión, es posible identificar grupos de casos en los que sí quepa afirmar algo así. Se trata, concretamente, de aquellos supuestos en los que la comunicación del secreto empresarial a un funcionario público es condición necesaria para hacer efectivas instituciones que sí son irrenunciables para la configuración de la sociedad, como por ejemplo la tutela judicial efectiva (ejemplo: el titular de la información la revela al juez para que pueda valorar si es constitutiva de secreto empresarial). En cambio, la comunicación del secreto empresarial a un funcionario público para obtener una subvención estatal para proyectos innovadores no daría lugar a un deber penal de reserva con base en una competencia institucional. La sujeción (penal) a reserva se podría tratar de conseguir, en todo caso, recabando el compromiso de reserva (asunción) del funcionario público (ver *supra* VII.3.3.a)).

ii) Relación de confianza especial

En opinión de JAKOBS, surgirían también deberes positivos de edificación de mundos en común, con relevancia equivalente al deber negativo de no dañar, de las relaciones de confianza especial. La institución protegida por estos deberes, irrenunciable para el mantenimiento de la configuración normativa de nuestra sociedad, sería la prohibición de que las personas se comporten en sus contactos sociales de forma contradictoria, esto es, el conocido principio del *venire contra factum proprium non valet*¹⁹⁰. Así, cuando alguien adopta un esquema de comportamiento de protección y fomento de un determinado bien jurídico de manera constante, generando de este modo la confianza de que en un eventual momento de necesidad actuará en ayuda del bien, se convierte en garante por competencia institucional. De este modo, a diferencia de la asunción (competencia por organización), que sólo genera responsabilidad si la defraudación del compromiso coloca al bien jurídico en situación de desamparo, la confianza especial generaría responsabilidad – siempre según el modelo de JAKOBS– incluso cuando su concurrencia no

¹⁹⁰ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/46, 67 y ss.

haya eliminado cualquier forma alternativa de aseguramiento o salvamento, sino que tan sólo haya supuesto una mejora de las condiciones de existencia del bien¹⁹¹. Estamos, pues, ante una fuente de deberes positivos en toda regla.

El autor distingue dos vías por las que puede surgir la confianza especial. Por un lado, la consistente en la creación de una relación de garantía mediante confianza (confianza que genera garantía). Por otro, el cumplimiento de una relación de garantía ya existente que se gobierna a través de una organización (confianza que proporciona garantía). La diferencia entre una vía y la otra es, básicamente, que en la primera es el sujeto quien de forma autónoma se vincula con el bien a proteger o el peligro a neutralizar, mientras que en la segunda es la organización en la que se introduce –en la que es sabido que existen posiciones de garantía– la que le vincula de forma heterónoma con el bien a proteger o el peligro a neutralizar¹⁹².

Ejemplos del propio JAKOBS en la segunda edición de su manual, de 1991, son, respecto de la primera vía (confianza que genera garantía): la acogida de un anciano en el propio hogar, la administración de un patrimonio ajeno o la gestión de un negocio. Respecto de la segunda vía (confianza que proporciona garantía) se menciona la incorporación del sujeto a un hospital con servicio de guardia, en el que la asignación de los puestos de guardia la determina el centro sanitario semanalmente de forma aleatoria. El sujeto ocupará una posición de garantía en función de la programación realizada por la organización en la que se ha introducido (determinación heterónoma). La posición de garantía es preexistente y puede haber surgido por organización o por confianza especial generada por los anteriores integrantes de la organización.

En relación con el delito de disposición desleal de secreto empresarial, en la doctrina española MARTÍNEZ-BUJÁN ha propuesto fundamentar en la confianza el deber de reserva del trabajador por cuenta ajena durante la vigencia de la relación laboral: «A mi juicio, aun cuando no se exija en estos supuestos un pacto expreso de sigilo, será preciso indagar en el caso concreto cuál es la labor que desempeña el empleado, con objeto de llevar a

¹⁹¹ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/67.

¹⁹² JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/68-73.

cabo la necesaria reducción teleológica del tipo. Con respecto a ello, parece razonable exigir (...) que la actividad que el empleado realice en la empresa tenga una relación directa con el secreto, en el sentido de que quepa entender al menos que el secreto le ha sido confiado»¹⁹³.

A pesar de que JAKOBS se esmera en distinguir entre la asunción como fuente de un deber de garantía por organización y la relación de confianza especial como fuente de un deber de garantía institucional, a la hora de detallar las condiciones bajo las cuales surgiría confianza especial por la primera vía antes mencionada (confianza que genera garantía), el autor emplea de forma recurrente terminología propia de la lógica de la asunción. Así, afirma que el sujeto genera una relación de confianza especial cuando «no sólo *promete* auxilio, sino que además, antes de la situación actual de necesidad, *introduce el bien* puesto en peligro, o el peligro contra el que hay que luchar, *en su ámbito de organización*, definido en cuanto al espacio y al objeto, o *asume* la dirección de un ámbito de organización ajeno en el que están situados el bien o el peligro»¹⁹⁴ (cursivas añadidas).

Si además se tiene en cuenta que el acto de *asunción* como fuente de responsabilidad por organización se admite que tenga lugar mediante un compromiso expreso o *concluyente* de protección del bien jurídico o neutralización del peligro, parece que no existen diferencias sustanciales entre las condiciones de surgimiento del deber negativo por asunción y las del deber positivo por relación de confianza especial, aunque, sin embargo, el alcance de los deberes sí sería, sin duda, distinto. En realidad, el propio JAKOBS advierte que la doctrina mayoritaria no distingue entre asunción y confianza especial¹⁹⁵, mientras que PAWLIK, uno de sus discípulos más notables, encuadra el principio del *venire contra factum proprium non valet* en el ámbito del deber negativo, esto es, como fundamento del mismo¹⁹⁶.

En cualquier caso, lo relevante a los efectos del problema que aquí nos ocupa, a saber, la fundamentación material del deber penal de reserva en el delito de disposición desleal de secreto empresarial, basta con destacar que

¹⁹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 82.

¹⁹⁴ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/70.

¹⁹⁵ *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/46 nota 98.

¹⁹⁶ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 185 y s.

con el modelo de JAKOBS no cabría entender que la relación laboral por sí misma, ni ninguna otra en la que simplemente rijan deberes genéricos de buena fe (relación entre el titular del secreto—proveedores/clientes), genera deber de reserva por tratarse de una relación de confianza especial. Como hemos visto, hacen falta «promesas» de auxilio, «asunciones» de dirección de ámbitos de organización ajenos en los que están situados el bien a proteger o el peligro a neutralizar o «introducciones» del bien o el peligro en el propio ámbito de organización, «definido en cuanto al espacio y al objeto». De hecho, el mismo JAKOBS subraya expresamente que la “buena fe” es una fuente demasiado inespecífica como para crear deberes con la necesaria concreción, afirmando que en estos casos se trata de meros incumplimientos contractuales¹⁹⁷.

En efecto, la relación laboral, tal y como se encuentra normativamente configurada a día de hoy, resulta difícil de concebir como una relación de confianza especial. Y si ello no puede predicarse de la relación laboral, en la que la vinculación entre las partes es normativa y, por lo general, también fácticamente más intensa que la vinculación que existe entre el titular del secreto empresarial y sus clientes, proveedores o terceros externos a su esfera de organización, con menor razón podrá predicarse la existencia de una relación de confianza especial en este último tipo de relaciones.

- c) El delito de revelación desleal como lesión de un deber negativo o como lesión de un deber positivo

Siendo verdaderamente fieles al modelo de JAKOBS, debería ser posible concebir el delito de revelación desleal como un delito que puede cometerse tanto por infracción de un deber negativo como por infracción de un deber positivo. En palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, intérprete cualificado del modelo de Günther JAKOBS, «un tipo que haya sido codificado a modo de prohibición de todas formas no representa la descripción únicamente de un delito de dominio, sino que, a la vez, puede contener la descripción de un delito de infracción de deber»¹⁹⁸.

¹⁹⁷ PG, 2ª ed., (1991) 1997, 29/70 nota 140ª.

¹⁹⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 116 y ss., 120.

Compartimos esta conclusión. En cualquier caso, sin los ajustes del modelo interpretativo de concreción de la configuración de este delito que se han apuntado como necesarios, la concepción dual del injusto penal del delito de disposición desleal de secreto empresarial no hace más que reproducir los déficits de los dos modelos interpretativos acabados de analizar.

3.4. Conclusiones parciales

Suscribo la postura metodológica de quienes tratan de fundamentar materialmente la antijuridicidad penal de las conductas constitutivas de revelación desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp). Entiendo que es necesario reconstruir y renormativizar los tipos penales en aras de construir una *norma* penal libre de las incoherencias y ambigüedades de los *tipos legales*, tributarios de la porosidad y vaguedad del lenguaje ordinario, de una técnica legislativa que recurre a conceptos o formulaciones genéricas e indeterminadas –lo que no tiene por qué ser necesariamente motivo de crítica– y de un legislador con una política criminal a menudo carente de racionalidad¹⁹⁹. Por ello, comparto la convicción de que el intérprete debe realizar una labor de desarrollo creador del Derecho, esto es, debe participar en la obtención de la norma primaria penal proponiendo interpretaciones de los tipos penales capaces de sortear tales incoherencias y reconociendo abiertamente que ello requiere la toma de decisiones de contenido político-criminal²⁰⁰. Decisiones que, no obstante, y en un ejercicio de transparencia de acuerdo con la tradición mencionada²⁰¹, se hacen explícitas en la formulación de todas y cada una de las propuestas interpretativas que se

¹⁹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 14 nota 5, pp. 39, 45, 48, 54, 59 nota 137, 62-64.

²⁰⁰ Por todos, BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *LH-Roxin*, 1997, *passim*.

²⁰¹ NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 10ª ed., 2001, pp. 342 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 220: «En efecto, el contenido de las construcciones dogmáticas, en su práctica totalidad, no surge ni de las disposiciones de la ley ni de las estructuras del ser, sino que, como se ha tratado de poner de relieve, se asienta fundamentalmente sobre decisiones valorativas del dogmático obtenidas a partir de las premisas previamente adoptadas (y que a su vez, tendrán ineludiblemente un referente axiológico que conviene esclarecer). (...) y lo que importa es, precisamente, no ocultar su verdadera naturaleza, sino hacerla objeto central del debate dogmático».

realizan en este trabajo –se han explicitado en las líneas precedentes y se van a explicitar en las que siguen– para que puedan ser sometidas a examen y discusión²⁰².

Prueba de la necesidad de una interpretación (re)constructiva en relación con el tipo penal de disposición desleal de secreto empresarial son los resultados valorativamente insostenibles, desde una perspectiva de coherencia interna del propio tipo, de las interpretaciones ceñidas a la literalidad de las disposiciones legales aplicables. Como hemos visto en las anteriores páginas, presentan, al menos, problemas de infrainclusión, pues dejan fuera del alcance de la norma penal conductas tanto o más graves que las que consideran que sí abarcaría.

Sin embargo, los modelos interpretativos que consiguen superar estos déficits, como la interpretación laxa del deber legal o contractual de secreto de la Sala segunda del Tribunal Supremo en sus recientes sentencias, de corte formalista, o las propuestas de interpretación material basadas en la asunción (PÉREZ DEL VALLE) o la confianza (MARTÍNEZ-BUJÁN), tienden hacia el defecto contrario: la sobreinclusión. Prueba de ello son, sin duda, las graves incoherencias valorativas internas a las que dan lugar estas propuestas, pues incluyen dentro del ámbito de aplicación del tipo conductas de muy distinta gravedad, sin que el marco penal que le ha sido asignado sea capaz de dar cuenta de tal diversidad, especialmente en relación con las conductas de menor gravedad.

Por si esto no fuera suficiente, los defectos de sobreinclusión de estas propuestas saltan a la vista cuando el delito de disposición desleal de secreto empresarial se trata de insertar en el resto del ordenamiento jurídico con el alcance que aquellas pretenden darle. La comparación de dicho alcance con el del ilícito jurídico-privado de disposición desleal, así como el de otros delitos teleológicamente análogos con penas similares, pone de manifiesto incoherencias valorativas notables. A ponerlas de manifiesto se dedica el próximo apartado, en el que se exponen razones adicionales a favor de un

²⁰² Críticos con la frecuente falta de transparencia en relación con las decisiones valorativas tomadas por los intérpretes, ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo», *LH-Ruiz Antón*, 2004, p. 889 y s.; NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 10ª ed., 2001, p. 326 y ss., 340.

modelo de interpretación restrictiva del delito de disposición desleal de secreto empresarial.

4. Necesidad de un modelo de interpretación restrictiva

Tanto un análisis del Derecho interno como un estudio de Derecho comparado aconsejan interpretar el delito de disposición desleal de secreto empresarial de forma restrictiva en relación con los modelos de interpretación amplia vistos en el apartado anterior. A favor de ello existen razones históricas y sistemático-teleológicas. Desde una perspectiva de Derecho comparado, abundan en esa dirección tanto la configuración del delito de disposición desleal de secreto empresarial como la configuración del correspondiente ilícito jurídico-privado en países como Alemania o los Estados Unidos de América.

4.1. Argumentos basados en un análisis del Derecho interno

a) Argumento histórico

El Cp73 castigaba con penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.0000 de pesetas al encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño revelara los secretos de su industria. La pena de arresto mayor tenía prevista una duración de un mes y un día a seis años (art. 30 Cp73).

La doctrina penal de la época se encontraba dividida en torno al alcance temporal del deber penal de reserva. Mientras un sector defendía su perdurabilidad más allá de la vigencia de la relación de dependencia, por razones político-criminales evidentes, otro sector no menos importante se oponía a ello por respeto al principio de legalidad²⁰³. Sujetos activos

²⁰³ A favor de entender que el ámbito de aplicación se extiende más allá de la vigencia de la relación de dependencia, por razones político-criminales (interpretación teleológica): GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, 2ª ed., 1913, p. 846 y ss. (en relación con el antiguo art. 514 del Cp de 1870); CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, 13ª ed., 1972, p. 808; QUINTANO RIPOLLÉS/GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., 1972, p. 1026, aunque exigiendo una minuciosa ponderación (los tres en relación con el antiguo art. 499 Cp 1944). En contra, por respeto al principio de

solamente podían serlo los encargados, empleados u obreros del titular, esto es, aquellos que en el momento del hecho estuvieran bajo su mando. A lo sumo también se podía considerar potenciales sujetos activos a aquellos que solamente *de facto* mantuvieran una relación de dependencia con el empresario: los trabajadores en condiciones irregulares (ver *supra* VII.1).

Por ello, a menos que se sostenga que la reforma de 1995 representa una completa ruptura de la valoración penal que el legislador español de los últimos ciento cincuenta años (al menos desde 1848) ha venido haciendo del fenómeno de la disposición desleal de secreto empresarial, la reforma de 1995 debe interpretarse como una ampliación del círculo de sujetos activos y del alcance del deber penal de reserva a cambio de una mayor exigencia en las condiciones de surgimiento del deber. En efecto, a partir de la entrada en vigor del Cp95, cualquiera puede ser sujeto de un deber penal de reserva, sin que su alcance esté legalmente tasado. Condición necesaria es que se haya asumido dicho deber contractualmente o le venga legalmente impuesto (véase *supra* VII.3.3). La interpretación histórica simplemente debe permitir poner de manifiesto que una valoración penal mínimamente continuista del fenómeno de la disposición desleal de secreto empresarial requiere ser bastante riguroso con las condiciones de surgimiento del deber penal de reserva. De lo contrario, deberemos admitir que a partir de 1995 debe castigarse con una pena mínima de dos años de prisión lo que antes se consideraba atípico: la revelación de un secreto industrial por parte de un ex empleado, o se castigaba con una pena mínima de un mes y un día de prisión: la revelación de un secreto industrial por parte del empleado. Sin embargo, al menos hasta hace relativamente poco, no parece que en España la figura del empleado haya evolucionado normativamente hacia un mayor sometimiento y subordinación de sus intereses a los del empresario empleador, sino hacia un mayor reconocimiento de sus intereses, ponderados en pie de igualdad con los del empresario.

legalidad: PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *El Código penal concordado y comentado*, t. III, 5ª ed., 1881, p. 278 y s.; RODRÍGUEZ DEvesa/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed., 1994, p. 337; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, 1ª ed., 1978, p. 292 y s. (los tres en relación con el art. 499 Cp73). Con argumentos teleológicos, ANTÓN ONECA/RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal, parte especial*, 1949, p. 326 y s (en relación con el art. 499 Cp 1944). Todos los preceptos citados tienen idéntica redacción excepto por las penas previstas.

Ciertamente, contra el argumento histórico podría alegarse que, precisamente, la apertura del círculo de sujetos activos operada por la reforma de 1995 ha supuesto la criminalización de conductas que hasta entonces eran consideradas atípicas, por lo que no debería extrañar que hoy se deba castigar con una pena mínima de dos años lo que antes era atípico. Así, por ejemplo, la revelación de secreto empresarial por parte del administrador de una sociedad: la doctrina mayoritaria los consideraba fuera del círculo de sujetos activos²⁰⁴.

No obstante, y en contraposición a la evolución normativa de la figura del trabajador por cuenta ajena, la evolución de la figura del administrador de sociedad de capital no ha tendido hacia un reforzamiento de sus intereses frente a los de las sociedades que administran. Todo lo contrario: ha evolucionado hacia una mayor carga de deberes frente a las mismas. Luego el argumento histórico resulta completamente válido. La reforma no ha servido para reflejar un cambio de valoración sustancial del merecimiento o necesidad de pena de las conductas de disposición desleal de secreto empresarial, sino para resolver incoherencias axiológicas del antiguo tipo en relación con la evolución continuista de los parámetros valorativos que lo informaron. Castigar con prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses la revelación desleal del trabajador, al mismo tiempo que se considera impune la del administrador de la sociedad, constituye (y constituía ya durante la vigencia del Cp73) una flagrante incoherencia valorativa²⁰⁵.

b) Argumentos sistemático-teleológicos

«[E]l orden jurídico, como “complejo de normas”, no es sólo una *suma* de proposiciones jurídicas, sino *una regulación unitaria*»²⁰⁶. Por ello, en la construcción de la norma (el tipo de interpretación) no podemos tomar el contenido de significado del tipo legal de forma aislada, sino que tenemos

²⁰⁴ Por todos, véanse BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, 1ª ed., 1978, p. 291-292; JORGE BARREIRO, *Revista de Derecho Público* (87), 1982, pp. 278-279.

²⁰⁵ En este mismo sentido, en relación con el delito de disposición desleal previsto en el art. 499 Cp73, véase LANDROVE DÍAZ, «Descubrimiento y revelación de secretos», en AA.VV., *III Jornadas de profesores de Derecho penal*, 1976, pp. 189-190.

²⁰⁶ Cursiva en el original: LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1966 (trad.: Gimbernat Ordeig), p. 257.

que ponerlo en conexión con el resto de normas del ordenamiento jurídico. Y de entre los múltiples significados posibles del tenor literal, debemos dar preferencia «a aquel que haga patente un sentido ininterrumpido y comprensible en la conexión total de la regulación en cuestión»²⁰⁷.

A esta forma de interpretar los tipos legales se le llama “interpretación sistemática”. Se distinguen dos formas de interpretación sistemática: la interna al tipo (*tatbestandsinterne*) y la externa (*tatbestandsexterne*)²⁰⁸. La primera se circunscribe al tenor literal del correspondiente tipo legal y consiste en conectar y comparar sus excepciones, variantes y modalidades. Así, por ejemplo, en el delito de espionaje industrial (art. 278 Cp), la comparación entre los distintos medios comisivos: el apoderamiento de soportes materiales, la interceptación de comunicaciones y el uso de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen. La segunda consiste en la conexión y comparación del correspondiente tipo legal con las normas del resto del ordenamiento jurídico.

Los diagnósticos de infra- y sobreinclusión que hemos emitido respecto de los modelos interpretativos al uso del art. 279 Cp en nuestra comunidad jurídico-penal se basaban en una interpretación sistemática interna del tipo. Comparamos las distintas conductas subsumibles en el mismo de acuerdo con determinados modelos interpretativos y llegamos a la conclusión de que los modelos padecen, o bien de infrainclusión: dejan fuera del alcance del tipo conductas tanto o más graves como las que sí incluía, o bien de sobreinclusión: incluyen en el ámbito de aplicación del tipo conductas de gravedad muy diversa, sin que el marco penal que le ha sido asignado sea capaz de atender dicha diversidad, especialmente en relación con las conductas de menor gravedad. Algunos modelos padecen de ambos defectos a la vez.

Al diagnóstico de sobreinclusión también se llega a través de una interpretación sistemática externa, esto es, mediante la comparación de la gravedad de las conductas subsumidas en el art. 279 Cp de acuerdo con los

²⁰⁷ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1966 (trad.: Gimbernat Ordeig), p. 257.

²⁰⁸ MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, t. I., 9ª ed., 2004, pp. 355-357.

modelos interpretativos analizados y la gravedad de las conductas subsumidas en otras normas del ordenamiento jurídico que persiguen fines de protección idénticos (arts. 13-14 LCD, por ejemplo) o análogos (art. 295 Cp, por ejemplo). La subsunción en el tipo de disposición desleal de conductas igual de graves, o incluso menos, que las subsumidas en otras normas con la misma o análoga finalidad, pero que asignan consecuencias jurídicas mucho menos graves que las previstas en el art. 279 Cp, es prueba de los defectos de sobreinclusión de aquellos modelos interpretativos.

A la interpretación sistemática externa del tipo de disposición desleal de secreto empresarial dedicaremos las próximas líneas. En primer lugar, se comparará el alcance que los modelos interpretativos comentados en el apartado anterior le han atribuido con el alcance que la doctrina jurídico-privatista española ha atribuido a su homólogo en la Ley de competencia desleal (art. 13.1 LCD). En segundo lugar, se va a comparar el alcance de aquellos modelos con el de los modelos de interpretación dominantes respecto de delitos estructural y teleológicamente análogos. Por último, se comparará el alcance del delito de disposición desleal, según los modelos mencionados, con el alcance del delito de espionaje industrial, según el modelo de interpretación propuesto *supra* VI.6 en este trabajo.

En relación con las condiciones de surgimiento y alcance del deber penal de reserva, el modelo interpretativo defendido recientemente por la Sala segunda del Tribunal Supremo es absolutamente coincidente con el modelo interpretativo dominante en la doctrina jurídico-privada en relación con el alcance del deber jurídico-privado de reserva, a los efectos del ilícito previsto en el artículo 13 LCD. Las recientes resoluciones de la Sala segunda, al igual que la doctrina mercantilista mayoritaria, consideran fuentes válidas del deber de reserva tanto las disposiciones legales que prevén de forma expresa un deber en tal sentido (art. 228.b) LSC), como las que lo harían de forma tácita: arts. 5 ET, 7 y 1258 Cc, etc. La coincidencia se extiende en relación con el alcance atribuido al deber: la postura reciente de la Sala segunda del Tribunal Supremo y la doctrina mercantilista mayoritaria lo entienden temporalmente indefinido, excepto disposición legal o pacto en contrario. Por último, ni una ni otra cuestionan la validez y alcance de los pactos de confidencialidad.

Un modelo de interpretación de las condiciones de surgimiento y alcance del deber penal de reserva que coincida plenamente con las condiciones exigidas

para el surgimiento y alcance del deber de reserva en el ámbito jurídico-privado choca frontalmente con los principios de fragmentariedad y *ultima ratio* que inspiran el Derecho penal. La pena es el instrumento más invasivo que tiene el Estado para garantizar el cumplimiento de las normas de su ordenamiento jurídico. Por ello, es unánime la opinión de que debe ser utilizada solamente para reaccionar ante las conductas que ponen en cuestión su vigencia de forma más grave, esto es, para reaccionar frente a las que atacan los bienes jurídicos más importantes con los medios más peligrosos o más reprobables²⁰⁹. De lo contrario, se corre el riesgo de que la pena pierda capacidad comunicativa, tanto en términos retributivos como de prevención general²¹⁰. A lo que habría que añadir el carácter manifiestamente ineficiente, por redundante, de un ordenamiento jurídico que aborda un mismo fenómeno a través de dos subsistemas, el jurídico-privado y el jurídico-penal, casi por completo solapados, cuando en realidad la relación habría de ser de subsidiariedad del segundo respecto del primero.

Tampoco la aproximación material basada en la asunción (PÉREZ DEL VALLE) consigue atribuir un ámbito de aplicación diferenciado al delito de disposición desleal basado en el carácter cualificadamente grave de las conductas en él subsumidas. Con una concepción tan laxa de la asunción, este modelo interpretativo difícilmente se distingue del dominante en el ámbito jurídico-privado para el ilícito del art. 13 LCD. La participación voluntaria en cualquier contacto sometido a un deber genérico de buena fe llevaría implícita la asunción del deber de reserva, lo que ampliaría el alcance del tipo penal hasta los mismos límites que la doctrina mercantilista traza para el ilícito jurídico-privado: la validez del pacto de confidencialidad (en el que concurriría una asunción expresa) o la aplicabilidad de una disposición legal que imponga un deber expreso de reserva o uno genérico de buena fe.

Más restrictivo resulta el modelo elaborado por MARTÍNEZ-BUJÁN, quien propone distinguir las condiciones de surgimiento en función de si la relación profesional entre el titular del secreto empresarial y el potencial

²⁰⁹ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, pp. 117-119; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 52 y s.

²¹⁰ Sobre la función simbólica de la pena, véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 482-485.

obligado a reserva está vigente o no lo está. En el caso de estarlo, el autor considera que el deber de reserva surgiría sin necesidad de pacto expreso, pero solamente respecto de los secretos empresariales directamente relacionados con el ámbito de competencias del potencial obligado: aquellos que le han sido confiados²¹¹. En los supuestos de finalización de la relación profesional, el deber de reserva tan solo surgiría si existiera pacto expreso al respecto entre las partes²¹². Pues bien, en este caso el problema parece claro que no es de solapamiento del alcance atribuido al tipo penal con el que se atribuye al ilícito jurídico-privado de disposición desleal del art. 13 LCD. El alcance significativamente más restringido del tipo penal que se obtiene con este modelo respeta sin lugar a dudas los principios de fragmentariedad y de *ultima ratio*. A mi modo de ver, el problema en este caso es estrictamente de proporcionalidad en sentido estricto: algunas de las conductas subsumibles en el tipo penal conforme a este modelo siguen sin ser lo suficientemente graves como para merecer las penas previstas en el art. 279 Cp. Obviamente, esta también es una de las deficiencias de los modelos antes comentados.

En efecto, la gravedad de la pena no sólo obliga a exigir que el tipo penal proteja alguno de los bienes jurídicos considerados más importantes para el mantenimiento de la configuración normativa de la sociedad, sino que también obliga a exigir que el tipo penal tan solo castigue las agresiones más graves a dicho bien jurídico. ¿Basta con que el potencial obligado revele a terceros los secretos empresariales que su titular le ha comunicado en el marco del concreto rol laboral/profesional que le vincula con él para merecer las penas de dos a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses previstas por el art. 279 Cp? Quizá más palmario: ¿basta con superar los requisitos jurídico-privados de validez del consentimiento (arts. 1262-1270 Cc) para que un pacto de confidencialidad dé lugar a un deber penal de reserva más allá de la relación laboral garantizado con las penas mencionadas? En otras palabras: ¿basta con un *mero incumplimiento contractual* para dar lugar a una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses?

Posiblemente la mejor forma de responder a las anteriores preguntas sea comparar las penas del art. 279 Cp con las que el propio legislador penal

²¹¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 86.

²¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, pp. 70-86.

atribuye a conductas subsumibles en tipos estructural y teleológicamente análogos al de disposición desleal de secreto empresarial. A estos efectos se presenta como término de comparación paradigmático el nuevo delito de administración desleal previsto en el art. 252 Cp, en virtud de la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Conforme a este precepto, deben castigarse con las penas previstas para el tipo básico de estafa (art. 249 en relación con el art. 248 Cp: prisión de seis meses a tres años), o con las del tipo agravado (art. 250 en relación con el art. 248 Cp: prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses), los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

La necesidad de interpretar de modo intensamente restrictivo las condiciones de surgimiento y alcance del deber penal de reserva se pone claramente de manifiesto con la mera comparación de tres elementos de estos dos delitos: el contenido del desvalor de conducta, el contenido del desvalor de resultado y las penas previstas por ello.

En cuanto al *desvalor de conducta*, en ambos delitos consiste en un abuso del dominio sobre el patrimonio ajeno. Ambas figuras cumplen la función político-criminal de proteger el patrimonio frente a los ataques “desde dentro”, esto es, frente a las agresiones al patrimonio cometidas por aquellas personas que, no siendo sus titulares, tienen acceso o capacidad de disposición legítima sobre el mismo, en interés de su titular²¹³.

Como es sabido, el nuevo delito de administración desleal se ha configurado a imagen y semejanza de la primera modalidad típica del delito de *Untrene* (§ 266 StGB), conocida como tipo de abuso (*Misbrauchtatbestand*). La doctrina mayoritaria en Alemania entiende que el contenido de injusto de este tipo es la vulneración de un deber de cuidado (*Fürsorgepflicht*) del patrimonio administrado²¹⁴. De este modo, el delito se concibe como un *delito especial*, en

²¹³ En relación con el delito de administración desleal previsto en el § 266 StGB, véase LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2012, § 266 nm. 20.

²¹⁴ Schö/Schrö-PERRON, 29ª ed., 2014, § 266 nms. 2 y 11. En este punto Walter PERRON se desvía de la doctrina mayoritaria. En su opinión, el contenido de injusto

el que el círculo de posibles sujetos activos se reduce a aquellos que ocupan una *posición de garante de protección (Obhutsgarant)* respecto del patrimonio administrado²¹⁵. Es aún pronto para saber qué interpretación del nuevo delito de administración desleal se va a imponer entre la doctrina y jurisprudencia españolas. Con todo, la gravedad de las penas que le han sido asignadas (prisión de seis meses a tres años para el tipo básico) aconseja adoptar una aproximación tanto o más restrictiva que la tradicionalmente adoptada por la doctrina y jurisprudencia alemanas. Especialmente si se tiene en cuenta que el § 266 *StGB* admite la pena de multa como pena alternativa a la de prisión (!)²¹⁶.

Que se considere que el administrador ocupa una posición de deber de protección y fomento del bien jurídico protegido (el patrimonio que administra) no tiene por qué implicar, automáticamente, la posibilidad de imputarle en comisión por omisión los resultados lesivos que sufre el bien jurídico y que podía haber evitado. La verificación de que un sujeto ocupa una posición de garante y la imputación del resultado en comisión por omisión son momentos distintos en el proceso de atribución de responsabilidad penal. La posición de garante es condición necesaria de la imputación del resultado en comisión por omisión, pero no suficiente. Hace falta, además, una equivalencia estructural en el plano normativo entre la omisión y la causación activa. Por ello se distinguen tres tipos de omisiones: las puras, las puras de garante y las comisiones por omisión²¹⁷.

del tipo de *Untreue* consiste en la vulneración de un deber de „tutela“ del patrimonio administrado (*Vermögensbetreuungspflicht*) de menor intensidad que el deber de cuidado (*Fürsorgepflicht*) exigido por la doctrina mayoritaria. Sin embargo, la exigencia de que se vulnere un tal deber sigue suponiendo un *plus* respecto de una concepción del tipo de *Untreue* que considere suficiente el mero abuso de la facultad de disposición sobre el patrimonio ajeno para entender que se ha realizado el tipo.

²¹⁵ LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2012, § 266 nms. 20, 26.

²¹⁶ De momento, la postura del Consejo Fiscal en relación con la interpretación del nuevo delito de administración desleal iría en la línea defendida en el texto: FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 20.12.2012, pp. 227-229. En la doctrina, véanse PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «Tema 11. Delitos contra el patrimonio (II)», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 269-270.

²¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, pp. 351-480.

Por ello, podemos partir de la base de que la posición de deber del obligado a reserva debería ser, al menos, de la misma entidad que la relación del administrador con el patrimonio administrado. Y ello tanto si se adopta una interpretación formal²¹⁸ como material²¹⁹ de la posición ocupada por el administrador autor del delito de administración desleal.

En segundo lugar, el desvalor de resultado del delito de administración desleal consiste en la causación efectiva de un perjuicio a la sociedad. El delito de disposición desleal de secreto empresarial no requiere, como sabemos, la causación de un perjuicio patrimonial efectivo al titular de la información para que el delito se considere consumado y para que, por tanto, la revelación sea merecedora de las penas previstas en el tipo. Por lo demás, en caso de que la disposición desleal produzca un resultado dañoso, éste se limitará al valor patrimonial del secreto empresarial o al valor de las expectativas de ganancia frustradas. En el delito de administración desleal,

²¹⁸ Se remite a la normativa extra-penal para integrar la posición de deber del administrador de una sociedad de capital: CASTRO MORENO, *El delito societario de administración desleal*, 1998, pp. 193 y ss.

²¹⁹ Por todos, véase BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 635-638, que configuran de manera material el concepto de administrador de hecho y lo consideran *garante* del bien jurídico, en relación con el antiguo delito de administración desleal (antiguo art. 295 Cp). Delito que, por cierto, tenía asignadas penas significativamente más leves que el actual delito de administración desleal: la pena de multa era alternativa a la de prisión (!). A pesar de concebir al administrador de hecho como garante, los citados autores no le imputarían resultados de lesión del patrimonio que administra en comisión por omisión (véase p. 632 nm. 67). En Alemania, SCHÜNEMANN es muy claro respecto de la fundamentación material de la posición del administrador potencial autor del delito de *Untreue*: «Lo mismo se demuestra con el tipo penal de administración desleal, conforme al cual debe castigarse a quien lesiona un patrimonio ajeno respecto del que guarda una relación de lealtad. En la medida en que aquí la cualidad de autor no sólo se fundamenta a través de relaciones jurídico-civiles, sino también a través de “relaciones de fidelidad *de facto*”, es obvio que el legislador no parte en el § 266 de un castigo penal de la vulneración de deberes civiles accesorio al Derecho civil. Más bien, el tipo de deslealtad [*Treubruchtatbestand*] debe penalizar el ejercicio lesivo, en general, de la posición de protección concedida, en el sentido de un dominio sobre un patrimonio ajeno, de modo que el dominio y no su forma civil sea el criterio relevante para la determinación penal de la autoría» (LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 25 nm. 42).

por el contrario, la conducta puede afectar toda la masa patrimonial, sin límite alguno en este sentido.

A pesar de la coincidencia en el fundamento del desvalor de conducta de los dos delitos y de que el desvalor de resultado del delito de disposición desleal de secreto empresarial sea de menor entidad que el del delito de administración desleal, este último delito es castigado con penas significativamente menos graves. La pena privativa de libertad, tanto del tipo básico como del agravado, tiene un límite inferior (seis meses de prisión – un año de prisión y seis meses de multa) mucho menor que el del delito del art. 279 Cp (dos años de prisión y doce meses de multa). Ante este escenario, parece evidente que la única vía para legitimar las penas del art. 279 Cp es la de restringir intensamente las condiciones de surgimiento y determinación del alcance del deber penal de reserva.

Por lo demás, no es posible apelar a la agravante específica de *abuso de confianza* prevista en el art. 250.1.6º Cp en aras de desautorizar la crítica de desproporción que venimos vertiendo contra las penas previstas por el art. 279 Cp. El art. 250.1.6º permite castigar con penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses los supuestos de estafa en los que se produzca un abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y defraudador o un aprovechamiento, por parte de éste último, de su credibilidad empresarial o profesional. Por remisión, esta circunstancia también debería agravar la pena del delito de administración desleal (*vid.* art. 252 Cp). También la del delito de apropiación indebida, cuyas penas también se determinan por remisión a las del delito de estafa. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia consideran esta circunstancia agravante inaplicable, por regla general, a este último delito²²⁰. Conforme a la sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo, de 6 de junio de 2013²²¹:

²²⁰ El antiguo art. 252 Cp se distingue del actual por incluir una modalidad típica adicional: la distracción de los elementos patrimoniales objeto del delito. Por ello sigue siendo válido lo dicho respecto de la modalidad típica que integra el nuevo delito previsto en el actual art. 253 Cp. Respecto de la anterior versión, véase PASTOR MUÑOZ, «Apropiación indebida», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Práctico. Penal económico y de la empresa*, 2011, nms. 4700-4702. Igual CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 2004, p. 852 y nota 449.

²²¹ Ponente: Berdugo Gómez de la Torre. En la misma línea véase, por todas, la STS de 23 de noviembre de 2009, p. Delgado García.

«...la esencia de la agravación del art. 250.1.6, reside en el mayor grado de antijuricidad que comporta un plus de culpabilidad que supone la lealtad quebrantada entre personas vinculadas por una relación de confianza, de la que se aprovecha el autor faltando [*sic*] los deberes de fidelidad que le impone esa relación. Por ello *la agravante es la esencia del delito* de apropiación indebida, pues precisamente el hecho determinante del reproche penal lo constituye la deslealtad o quiebra de la confianza depositada en el sujeto activo del delito, que reuniendo las condiciones o apariencias para no dudar de él, defrauda tal confianza disponiendo de los bienes que le fueron entregados con perjuicio de su verdadero titular. Siendo así esta circunstancia es aplicable en algunos casos *excepcionales* al delito de apropiación indebida, precisamente porque se trata de una exigencia que va más allá de la mera relación de confianza entre acusado y víctima, si bien debe acreditarse una especial intensidad derivada de relaciones distintas de las que por sí mismas justificarían la entrega de aquello que debe entregarse o devolverse (STS. 672/2006 de 19.6)».

Por ello, en virtud del principio de inherencia previsto en el art. 67 Cp²²², la jurisprudencia sólo considera aplicable la agravante de abuso de confianza en el marco del delito de apropiación indebida cuando concurra una relación de parentesco o amistad previa y de distinta naturaleza, cuya defraudación añada un *plus* de desvalor a la relación de confianza cuya defraudación fundamenta el tipo básico. En otras palabras, la agravante de confianza del art. 250.1.6° solamente se considera aplicable cuando la defraudación de una relación previa de parentesco o amistad implique una adición a la “cantidad” de confianza defraudada con la vulneración de los deberes derivados de la relación de confianza profesional o empresarial que fundamenta el desvalor de conducta del tipo básico²²³.

En la medida en que la relación del autor del delito de apropiación indebida con el elemento patrimonial ajeno objeto del delito no es más estrecha que la relación que mantiene el autor del delito de administración desleal con el patrimonio ajeno administrado, la agravante de abuso de confianza también

²²² «Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse».

²²³ Por todas, véanse las sentencias del TS de 1 de marzo de 2013, p. del Moral García; de 29 de diciembre de 2011, p. Sánchez Melgar.

debería considerarse inaplicable en relación con este último delito. Dicho abuso de confianza es, en efecto, constitutivo del injusto de administración desleal. Emplearlo como fundamento de una agravación de la pena vulneraría el principio *non bis in idem*.

Por último, una interpretación rigurosa de las condiciones de surgimiento y alcance del deber penal de reserva es también la clave para que el delito de espionaje industrial (art. 278 Cp) y el de disposición desleal de secreto empresarial (279 Cp) sean valorativamente coherentes entre ellos. Las penas asignadas a la revelación del secreto empresarial previamente asegurado de forma ilegítima son de tres a cinco años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses. Como veremos *infra* VII.7, el delito de espionaje industrial también puede ser cometido por “internos”, esto es, sujetos pertenecientes a la esfera de control del titular del secreto empresarial con acceso legítimo a la información. Cuando el autor sea uno de estos sujetos, el desvalor de su conducta vendrá dado, principalmente, por la vulneración de un deber de confidencialidad. En estos casos, el *plus* de desvalor de la conducta prevista en el 278.2 representado por la elevación en un año del límite superior de la pena de prisión corresponde a la mayor peligrosidad del medio de comisión: la revelación a través de soportes materiales que contienen el secreto empresarial. En otras palabras, en los supuestos de revelación de secreto empresarial por parte de un interno con acceso legítimo, la calificación de la conducta como espionaje industrial del 278.2 Cp o como disposición desleal de secreto empresarial del art. 279.1 Cp dependerá de si la revelación se ha hecho con uso de soportes materiales (278.2 Cp) o, por el contrario, recurriendo exclusivamente a la propia capacidad intelectual o memoria (art. 279.1 Cp), pero no de si se carga con un deber penal de reserva o no. En ambos casos será necesario cargar con dicho deber para poder ser sujeto activo del correspondiente delito.

Pues bien, en los casos de revelación por parte de un interno con uso de soporte material, el desvalor de conducta hasta el límite superior de los cuatro años de prisión (límite superior del tipo de aseguramiento previsto por el art. 278.1 Cp), lo aportará la violación de un pacto de confidencialidad. Solamente un deber de reserva cualificado puede ser axiológicamente equivalente a la altura de las barreras de protección exigidas para considerar que concurre el tipo de aseguramiento ilegítimo de secreto empresarial. Recuérdese que, entre estas barreras están, por ejemplo, las barreras de

protección previstas en el delito de robo con fuerza en las cosas, el engaño bastante de la estafa, etc.

Con base en todos los argumentos sistemático-teleológicos vistos hasta aquí considero, pues, que la única forma de ser respetuosos con el principio de proporcionalidad en la interpretación de los tipos de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279.1 y .2 Cp) es optar por una aproximación especialmente rigurosa con las condiciones de surgimiento y alcance del deber penal de reserva.

4.2. Argumentos basados en un estudio de Derecho comparado

- a) Interpretaciones penales españolas *vs.* interpretaciones jurídico-privadas alemanas y estadounidenses

A los argumentos sistemáticos, históricos y teleológicos relativos al Derecho interno se añaden, a favor de la interpretación restrictiva, argumentos basados en un análisis de Derecho comparado. Como en su momento ya tuvimos ocasión de comentar (véase *supra* VII.2), tanto la comunidad jurídico-privatista alemana como la estadounidense toman con mucha más cautela que la española las condiciones de validez y los límites del deber (jurídico-privado, naturalmente) de reserva. Así, vimos como en Alemania tanto el *Bundesgerichtshof* como el *Bundesarbeitsgericht* son especialmente exigentes en relación con la configuración del alcance del deber de reserva, negando su existencia cuando su imposición *ex lege* o por vía contractual le convierta *de facto* en un deber de no competencia. En ese caso, tan solo admiten la concurrencia de tal deber si se cumplen las estrictas condiciones de validez de los pactos de no competencia, previstas en los §§ 74 y ss. HGB (limitación temporal a 2 años, deber de compensación patrimonial al obligado a reserva, formalización por escrito). La doctrina suscribe la aproximación de ambos Tribunales, matizándola tan solo con la aportación de algunos criterios que permitan determinar de forma más clara, homogénea y segura si estamos ante un deber de reserva válido o ante una prohibición de no competencia *de facto* que debería sujetarse a las condiciones mencionadas. Entre estos criterios cabe citar el grado de precisión con el que la información objeto de reserva es delimitada, su trascendencia para el perfil laboral o profesional del obligado o las intenciones de éste en relación con la

revelación de la información a terceros (la mera revelación a cambio de precio se consideraría enriquecimiento injusto).

En relación con los EE. UU., vimos como allí la jurisprudencia somete todo pacto de confidencialidad al filtro de la razonabilidad (*reasonableness*). Y como manifestaciones de esa razonabilidad se cuentan, por ejemplo, la identificación precisa de la información objeto de reserva (determinación del alcance material); la limitación temporal y geográfica del deber (determinación del alcance temporal y geográfico); la adecuada compensación de la restricción de los derechos de competencia y/o movilidad laboral que el deber comporta y la necesidad misma de imponer tal deber de confidencialidad para la protección de los legítimos intereses del titular (criterio de la comunicación del secreto al potencial obligado bajo la “*need-to-know basis*”). En cuanto a la relación laboral, si bien en aquella comunidad se acepta de forma generalizada la posibilidad de que el deber de secreto nazca de manera implícita, así como que se extienda más allá de la vigencia de la relación laboral sin necesidad de un pacto expreso, se exige que, en todo caso, el trabajador haya sido debidamente advertido del carácter confidencial de la información a la que accede y del contacto en el que participa, de modo que haya tenido la oportunidad de oponerse al mismo. Por lo demás, cuando el deber de secreto suponga *de facto* una prohibición de competencia –por coincidir el secreto empresarial con los conocimientos y experiencias del trabajador, por ejemplo– solamente se considera válido si cumple con los requisitos de validez de una prohibición de esa naturaleza.

Pues bien, a menos que se desarrolle un modelo interpretativo del delito de disposición desleal del art. 279 Cp más restrictivo que los manejados actualmente por la comunidad jurídico-penal española²²⁴, el alcance del deber *penal* de reserva sería más amplio que el que le atribuyen las comunidades jurídico-privatistas alemana y estadounidense al deber *extra-penal*. Ello a pesar de que éstas se muevan, aunque resulte obvio decirlo, en planos estrictamente jurídico-privados o jurídico-laborales en los que las condiciones de surgimiento y alcance del deber podrían ser más laxas, por ser menos graves las consecuencias jurídicas que atribuyen a su vulneración.

²²⁴ Al menos respecto de los modelos interpretativos sin problemas de infrainclusión, que son los que no pudimos descartar con un mero análisis de coherencia valorativa a nivel exclusivamente interno, del tipo.

b) Interpretaciones penales españolas *vs.* modelos penales extranjeros

De modo aún más evidente se manifiesta la desproporcionalidad de los modelos interpretativos de la comunidad jurídico-penal española cuando se los compara con los modelos de protección penal de los secretos empresariales de países industrial y económicamente punteros como Alemania, el Reino Unido o Japón.

i) Alemania

Alemania criminaliza la disposición desleal de un secreto empresarial en el § 17(1) UWG. El alcance de este tipo legal es significativamente menor al del art. 279 Cp. Sujetos activos solamente pueden serlo quienes mantengan una “relación de empleo” (*Dienstverhältnis*) con la empresa titular del secreto empresarial y conozcan la información porque les ha sido accesible o confiada en el marco del ejercicio de sus funciones. Naturalmente, el concepto de “relación de empleo” ha sido objeto de debate, pero la doctrina es ampliamente mayoritaria en interpretarlo de forma moderadamente extensiva: se incluye cualquier forma de relación laboral, pero se excluye a los accionistas, socios, etc., así como los servicios de profesionales liberales (auditores, abogados, etc.)²²⁵.

En cualquier caso, las principales diferencias respecto del tipo legal español de disposición desleal y el alemán son, por un lado, que el deber penal de reserva está temporalmente limitado a la vigencia de la “relación de empleo” entre titular y obligado, lo que, salvo por algunos intentos (fracasados) a principios del siglo pasado²²⁶, hoy se considera de forma unánime un límite

²²⁵ Por todos FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, pp. 116-119.

²²⁶ Así, por ejemplo, BAUMBACH, *Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, 1929, p. 455, quien admitía la perdurabilidad del deber a través de pactos de confidencialidad, cuya adopción y vigencia entendía como una forma de mantener la vigencia de la „relación de empleo“, aunque ya no existiera más prestación por parte del „ex empleado“ que la de ofrecer reserva. Igual ROSENTHAL, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 9ª ed., 1969, § 17 nms. 27 y 28, p. 542.

infranqueable de *lege lata*²²⁷, sin que la revelación post “relación de empleo” en vulneración de un pacto de confidencialidad reciba protección penal. Sólo recibe protección civil.

La otra diferencia fundamental se encuentra en la menor gravedad de las penas previstas: la conducta prevista en el § 17(1) se castiga con una pena de prisión de hasta tres años o con multa (¡son penas alternativas!), mientras que las penas previstas en el art. 279 Cp son las de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. La mitad inferior en el caso de uso en provecho propio (art. 279.II Cp).

A mayor abundamiento, el uso en provecho propio por parte de estos sujetos no está expresamente tipificado, lo que la doctrina ha considerado históricamente un laguna de punibilidad²²⁸. Laguna que no cabría cubrir con una interpretación extensiva del tipo de espionaje industrial –considerar un acto de aseguramiento ilegítimo la memorización con la intención de usar el secreto en provecho propio, por parte de quien tiene acceso legítimo– sin vulnerar la prohibición de analogía en contra de reo²²⁹.

ii) El Reino Unido

El Reino Unido es, junto con Irlanda y Bulgaria, el único estado miembro de la Unión Europea que no criminaliza de forma específica las violaciones de secreto empresarial²³⁰. Esto no significa que queden siempre y en todo caso fuera del alcance del Derecho penal. En ocasiones, el concreto medio comisivo en el que tome forma la violación puede ser constitutivo de ilícito

²²⁷ FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, pp. 128-130, 223 y ss.

²²⁸ Por todos Eberhard SCHMIDT, en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, p. 168 y ss.

²²⁹ FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, pp. 233 y s.

²³⁰ Informe final del estudio encargado por la Comisión Europea titulado: *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, abril de 2013 (referencia del contrato: MARKT/2011/128/D) (consultable en: http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/tradesecrets/130711_final-study_en.pdf).

penal. Pero la relevancia penal tan sólo indirecta de estas conductas da lugar a que algunas no sean abarcadas por ninguno de los ilícitos penales vigentes en ese país. Así, por ejemplo, el aseguramiento de la información sin desplazamiento de soporte material alguno, mediante memorización, por ejemplo, no es constitutivo del delito de hurto²³¹.

Este escenario fue valorado negativamente por la *Law Commission*, en un informe de 1992 que tenía por objeto examinar y valorar el régimen de protección jurídico-penal de los secretos empresariales en el Reino Unido²³². En su opinión, existían sólidas razones para criminalizar de forma específica la violación de secreto empresarial: 1) no existe diferencia entre el daño causado mediante un hurto convencional de bien mueble y el hurto intangible de información; 2) la imposición de sanciones legales es necesaria para proteger la inversión en investigación; 3) los remedios civiles son insuficientes por sí solos para disuadir de la violación de secreto empresarial porque muchos infractores son patrimonialmente incapaces de resarcir los daños causados; 4) es inconsistente que la Ley prohíba penalmente la vulneración de los derechos de autor y de la marca registrada, pero no la violación de secreto empresarial; 5) la criminalización de estas conductas podría ayudar a mantener los “estándares” –de lealtad, entiendo– en la vida económica.

La *Law Commission* es un órgano independiente creado por Ley (*Law Commissions Act* de 1965) con el fin de revisar la legislación vigente en el Reino Unido y proponer reformas o iniciativas legislativas en aquellos ámbitos que lo considere necesario. La comisión está integrada por cinco juristas de reconocido prestigio nombrados por el *Lord Chancellor* y el *Secretary of State for Justice*. El presidente es un juez del Tribunal Supremo (*High Court*) o de un Tribunal de Apelaciones (*Appeal Court*) nombrado por un periodo de tres años. Los otros cuatro comisarios son nombrados para un periodo de cinco años. Todos ellos deben dedicación absoluta a la institución.

Ante tales razones, la *Law Commission* concluyó que el régimen jurídico-penal existente en aquel entonces en el Reino Unido daba lugar a lagunas de punibilidad (nm. 1.24). En aras de cubrirlas, en el mismo informe realizó una

²³¹ BENTLY/SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 4ª ed., 2014, p. 1197 y s.

²³² THE LAW COMMISSION, *Legislating the Criminal Code: Misuse of Trade Secrets*, Consultation Paper n° 150, 1992.

propuesta provisional de criminalización. En este sentido, la comisión fue especialmente cautelosa y reconoció que la tipificación penal de estas conductas conllevaba serios riesgos y dificultades. Entre las dificultades, la de encontrar una definición de secreto empresarial preventivamente satisfactoria y a la vez lo suficientemente precisa como para cumplir con las exigencias mínimas de seguridad jurídica (nms. 3.51 y ss., 4.1 y ss.). Entre los riesgos, el de que estos delitos se utilizaran como forma de presión negocial en el tráfico económico (nm. 5.13 y ss.). Por todo ello, realizó una propuesta incompleta –no se atrevió a proponer una definición cerrada de secreto empresarial, por ejemplo– de criminalización claramente moderada en comparación con los regímenes de protección penal de los que disponen otros países. Así, solamente propuso sancionar penalmente el *uso y revelación* del secreto empresarial (p. 95 número 12), obviamente con conocimiento de que la información pertenece a un tercero que no consiente en su uso o revelación (p. 96 punto 15). La punición del mero *aseguramiento* la descartó expresamente (nm. 5.1 y ss.). Además, propuso exigir una *manifestación* expresa o implícita de la voluntad de mantener la información bajo secreto al titular (p. 94 número 4), y planteó la posibilidad de exigirle la adopción de *medidas de autoprotección* en el mantenimiento del carácter secreto de la información (p. 95 número 5). Por último, y entre otros ejemplos de moderación, propuso contemplar varias exclusiones de punibilidad: uso de los conocimientos y experiencias por parte de los trabajadores, desarrollo independiente, ingeniería inversa (*reverse engineering*) y el uso o revelación por parte de terceros adquirentes de buena fe (p. 97 números 21 a 26).

Pasados más de veinte años desde el informe, el régimen jurídico-penal de protección de los secretos empresariales en el Reino Unido sigue siendo, en lo sustancial, igual al que evaluó la *Law Commission*. A pesar de lo cautelosas que fueron sus propuestas de intervención penal, nunca han sido acogidas por el legislador británico²³³.

iii) Japón

En el mapa de los estados más industrializados del mundo, Japón fue, hasta el año 2003, uno de los pocos bastiones de la competencia empresarial libre

²³³ BENTLY/SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 4ª ed., 2014, p. 1197 y s.; CORNISH/LLEWELYN/ALPIN, *Intellectual Property*, 8ª ed., 2013, nm. 8-55.

de intervención penal en materia de violaciones de secretos empresariales. No obstante, aquel año se aprobó una modificación de su Ley de Competencia Desleal (*Unfair Competition Prevention Act*, en inglés; UCPL, en adelante), de 1993, que criminaliza determinadas formas de violación de secreto empresarial. Aunque las penas previstas son llamativamente elevadas, hasta diez años de prisión y multa de hasta diez millones de yenes, pueden aplicarse de forma alternativa. Además, los tipos legales son más restringidos que los de nuestro código penal. En particular, en materia de disposición desleal, las sanciones penales se reservan para los trabajadores y directivos que revelen la información o la usen en provecho propio durante la vigencia de la relación contractual (art. 21(1)(v) UCPL). Más allá de su vigencia, tan solo es penalmente relevante el uso o revelación a favor de tercero cuando el trabajador o directivo accedió a usar o revelar la información mientras la relación era vigente (art. 21(1)(vi) UCPL). También estarían penalmente prohibidas la revelación o uso en provecho propio cuando el trabajador o directivo (o cualquier tercero con deber de reserva) se hubiera asegurado previamente el secreto empresarial de forma ilegítima o mediante reproducción (art. 21(1)(iii) UCPL).

iv) Los Estados Unidos de América

Como se habrá advertido, no me he atrevido a enumerar los EE. UU. entre los países económica e industrialmente más punteros del mundo con un modelo de protección penal más moderado que los modelos interpretativos vigentes en la comunidad jurídico-penal española. Sin lugar a dudas, cuenta con uno de los modelos legislativos de protección penal de los secretos empresariales más amplios y duros del mundo: la *Economic Espionage Act*, de 1996. Sus §§ 1831 y 1832 tipifican numerosas formas de ataque a los intereses de los titulares de secretos empresariales, entre las que se cuentan tanto el espionaje industrial como la disposición desleal de secreto empresarial²³⁴. Las previstas en el § 1831 se encuadran en un marco de espionaje económico internacional y se castigan con penas de multa de hasta 5 millones de dólares o prisión de hasta 15 años, o ambas a la vez. Las del § 1832 se encuadran en la lucha competitiva interna y se castigan con penas de

²³⁴ También se castigan, bajo el mismo marco penal, la mera recepción, compra o posesión de un secreto empresarial ajeno sabiendo que el acceso al mismo se debe a un acto previo ilegítimo de violación de su carácter secreto.

multa o prisión de no más de 10 años, o ambas a la vez. Por lo que se refiere a las modalidades equivalentes a lo que aquí entendemos como supuestos de disposición desleal, los §§ 1831 y 1832 EEA castigan con las penas mencionadas la mera comunicación a terceros del secreto empresarial sin autorización de su titular. En cualquier caso, deben concurrir los elementos subjetivos específicos exigidos por estos tipos y el objetivo de que la información se refiera a un producto o servicio usado o que se pretende usar en el comercio interno o internacional exigido por el § 1832. Requisitos que, en todo caso, poseen una capacidad para limitar el alcance de estos tipos manifiestamente escasa.

Si bien la previsión alternativa de las penas de multa y prisión puede valorarse, ciertamente, como un rasgo de moderación frente al modelo legislativo español, parece evidente que la configuración del tipo legal de disposición desleal es más amplia en la EEA que en el Código penal español. Pero cuando descendemos a los modelos de aplicación ya no resulta tan claro que el modelo estadounidense dé lugar a una intervención penal más amplia y severa que la emanada del modelo español con las propuestas interpretativas al uso. En efecto, también en la jurisdicción penal federal se exige al titular del secreto empresarial la adopción de medidas de protección razonables para merecer protección penal²³⁵, entre las que se cuentan la advertencia del carácter secreto de la información a quienes el titular dé acceso, la adopción de pactos de confidencialidad así como la identificación precisa de la información objeto de secreto²³⁶. Si bien no se ha podido realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia penal estadounidense, en los informes anuales del DOJ puede apreciarse que los casos que han sido enjuiciados bajo la EEA y que han acabado con condena hacen referencia a

²³⁵ *United States of America v. Sean Edward Howley and Clark Alan Roberts*, 707 F.3d 575 (U.S. Court of Appeals, 6th Circuit, 4 de febrero de 2013) – titular del secreto empresarial: *Goodyear*; *United States of America v. Hanjuan Jin*, 733 F.3d 718 (U.S. Court of Appeals, 7th Circuit, 26 de septiembre de 2013) – titular del secreto empresarial: *Motorola*.

²³⁶ *United States of America v. Dongfan “Greg” Chung*, 659 F.3d 815 (U.S. Court of Appeals, 9th Circuit, 26 de septiembre de 2011) – titular del secreto empresarial: *Boeing*.

secretos empresariales valorados en millones de dólares²³⁷. En todos los casos que se ha alcanzado a ver, los condenados habían firmado pactos de confidencialidad de forma expresa y la empresa titular había adoptado numerosas medidas de protección de la información adicionales, de forma que la relación entre condenado y titular del secreto empresarial se enmarcaba en un claro contexto de confidencialidad²³⁸. En algunos casos, los condenados percibían sustanciosas retribuciones del titular del secreto empresarial²³⁹.

²³⁷ EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES, *Administration Strategy on Mitigating the Theft of U.S. Trade Secrets*, febrero de 2013, pp. 23-31 (consultable en:

http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/admin_strategy_on_mitigating_the_theft_of_u.s._trade_secrets.pdf; última visita el 21.11.2013); UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ), *PRO IP Act Annual Report FY2012*, diciembre de 2012, p. 16 y s. (consultable en:

<http://www.justice.gov/dag/iptaskforce/proipact/doj-pro-ip-rpt2012.pdf>; última visita el 21.11.2013).

²³⁸ Así *United States of America v. Kexue Huang*, 1:10 CR 0102 (U.S. District Court, S.D. of Indiana, 16.6.2010) – titular del secreto empresarial: Dow Chemical Company; *United States of America v. Xiang Dong Yu*, 2:09 CR 20304 (U.S. District Court, E.D. of Michigan, 7.8.2009) – titular del secreto empresarial: Ford Motor Company; *United States of America v. Dongfan “Greg” Chung*, 659 F.3d 815 (9th Circuit, 26.9.2011) – titular del SE: Boeing; *United States of America v. Yu Qin et al.*, 2:10 CR 20454 (U.S. District Court, E.D. of Michigan, 21.7.2010) – titular del secreto empresarial: General Motors; *United States of America v. Sergey Aleynikov*, 737 F.Supp.2d 173 (U.S. District Court, S.D. of New York, 3.9.2010) – titular del secreto empresarial: *Goldman Sachs & Co.*, este caso fue casado por la sentencia *United States of America v. Sergey Aleynikov*, 676 F.3d 71 (U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, 11.4.2012), debido a que la información objeto de litigio (el código fuente de un programa informático destinado a la contratación de alta frecuencia en los mercados financieros: bolsa, etc.; Goldman Sachs era la empresa titular de la información) no hacía referencia o estaba contenida en un producto que se produjera o comercializara a nivel interestatal o internacional, tal y como exigía la versión de la EEA aplicable en el momento de enjuiciar los hechos. Esta resolución absolutoria motivó la reciente modificación de la EEA para que el tipo penal previsto en su § 1832 incluyeran también información comercialmente valiosa no sólo referida a productos, sino también a servicios.

²³⁹ Este era el caso, por lo menos, de Sergey Aleynikov, informático programador de Goldman Sachs retribuido con 400.000 dólares al año. Como hemos dicho, este señor fue finalmente absuelto por la U.S. Court of Appeals por respeto al principio

Por lo demás, conviene recordar la cautelosa intervención penal de algunos de los estados más avanzados económica e industrialmente de los EE. UU., como por ejemplo New York, California o North Carolina. Como ya tuvimos ocasión de ver en relación con el delito de espionaje industrial (*supra* VI.5.1), estos legisladores han preferido reservar el peso de la pena a los supuestos en los que la afectación de los intereses del titular del secreto empresarial se lleva a cabo mediante el aseguramiento de la información a través de un soporte material. Ello supone excluir del ámbito penal toda revelación a terceros que se haga sin soportes materiales, esto es, a través de la mera comunicación de palabra, por ejemplo. Como veremos más adelante (ver *infra* VII.7), la mera revelación de palabra –o el uso en provecho propio del secreto empresarial sin la ayuda de soportes materiales, esto es, recurriendo a la memoria– debería ser, a nuestro juicio, el campo de aplicación único y propio del delito de disposición desleal de secreto empresarial previsto en el art. 279 Cp. Pues bien, en estados como California, al menos conforme a una interpretación literal del tipo aplicable (*section* 499c California Penal Code), la revelación desleal sin mediar soporte material del secreto empresarial es penalmente atípica. En cualquier caso, las penas previstas para los supuestos abarcados por el tipo son la de prisión no superior a 1 año, la de prisión no superior a 3 años (*section* 1170(h) California Penal Code) o una multa no superior a 5000 dólares, todas ellas aplicables alternativamente, o cumulativamente la multa con alguna de las dos penas de prisión.

5. Vías de restricción del delito de disposición desleal de secreto empresarial

En el apartado anterior se han expuesto los argumentos que, a mi juicio, fundamentan la conclusión de que los tipos penales de disposición desleal de secreto empresarial deben interpretarse, de uno u otro modo, de forma restrictiva en relación con los modelos de interpretación amplia defendidos por la Sala segunda del Tribunal Supremo español y por parte de nuestra doctrina. Ahora ha llegado el momento de aclarar cuál debe ser el modo de interpretar restrictivamente estos tipos penales.

de legalidad penal: su conducta no se consideró cubierta por el tipo penal de la EEA vigente en el momento de enjuiciamiento del caso.

La embestida puede emprenderse por varios frentes. Aquí nos centraremos en uno de ellos: las condiciones y alcance del deber penal de reserva, por considerarlo uno de los potencialmente más fructíferos. Las restricciones que cabe obtener de la necesidad de constatar un desvalor de resultado de suficiente entidad para que las penas del art. 279 Cp se puedan considerar legítimas, se verán en el apartado dedicado a las violaciones de secreto empresarial penalmente sancionables (ver *infra* IX.).

La restricción del ámbito de aplicación del delito de disposición desleal a través de la delimitación restrictiva del deber penal de reserva puede llevarse a cabo de tres formas: a) con la exigencia de rigurosas condiciones de surgimiento del deber, b) con la limitación de su alcance o, c) con ambas cosas a la vez.

La exposición que sigue a continuación no tiene pretensiones de exhaustividad. Se es plenamente consciente de que existe la posibilidad de introducir numerosos matices a las vías aquí presentadas, así como de realizar combinaciones entre ellas. Aquí tan solo se van a analizar las que han tenido mayor eco en la discusión doctrinal. Ellas son, en todo caso, el punto de partida de cualquiera de las matizaciones o combinaciones que puedan hacerse.

5.1. La exigencia de rigurosas condiciones de surgimiento del deber

a) La previsión legal o contractual expresa del deber

La exigencia de una previsión legal o contractual expresa para el surgimiento del deber penal de reserva es la vía de restricción tradicionalmente empleada por la jurisprudencia menor española²⁴⁰ y por buena parte de nuestra doctrina²⁴¹. Otro sector importante recurre a ella como criterio de relevancia

²⁴⁰ Véanse, por todas, AAP Madrid de 29 de diciembre de 2011, p. Cubero Flores; AAP Madrid, de 18 de febrero de 2009, p. López Chacón; SAP Barcelona de 30 de mayo de 2008, p. de Alfonso Laso; SAP Córdoba de 12 de marzo de 2007, p. Vela Torres; SAP León de 20 de febrero de 2007, p. Mallo Mallo.

²⁴¹ SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 806; FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed.,

penal una vez finalizada la relación laboral o mercantil que vinculaba a las partes²⁴².

Esta vía de restricción presenta tanto problemas de infra- como de sobreinclusión. Los problemas de infrainclusión ya han sido puestos de manifiesto en el análisis crítico de las posturas encuadrables en este apartado, realizado *supra* VII.3. Por lo que se refiere a los problemas de sobreinclusión, cabe remitirse al estudio sistemático-teleológico realizado *supra* VII.4.

En efecto, una vez comparada la gravedad de las penas previstas por el art. 279 Cp con las previstas para el delito de administración desleal (art. 252 Cp), las condiciones de surgimiento y alcance del deber penal de reserva no pueden consistir en la mera previsión legal o contractual expresa de un tal deber. Las penas previstas para los delitos de administración desleal y apropiación indebida son inferiores a las previstas para el delito de disposición desleal de secreto empresarial, a pesar de que, en el peor de los casos, el desvalor de conducta de aquellos delitos consiste en la vulneración de deberes legales o contractuales expresamente previstos. Y se dice “en el peor de los casos” porque un autorizado sector de la doctrina no tiene suficiente con la mera infracción de deberes extrapenales para considerar fundamentado el injusto de administración desleal, sino que requiere el abuso de una posición de garante materialmente fundamentada²⁴³.

En cualquier caso, aquí no reclamamos como elemento adicional a esta vía de restricción una fundamentación material del deber penal de reserva. La necesidad de ello ya la hemos demostrado *supra* VII.3. Se trata, más bien, de

2011, p. 1070; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, pp. 136-138; 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. 55 y ss. De forma menos clara, hablan de *deberes específicos*: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., 2010, p. 507; BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 547 nm. 290.

²⁴² CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, p. 230 y ss.; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, pp. 193-196.

²⁴³ LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 25 nm. 42; PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «Tema 11. Delitos contra el patrimonio (II)», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 269-270.

poner de manifiesto que incluso con una fundamentación material del deber penal de reserva (la asunción mediante pacto expreso, por ejemplo) hace falta algo más para legitimar las penas previstas para los tipos de disposición desleal de secreto empresarial previstos en el art. 279 Cp. Con la sola fundamentación material de la posición de deber –de garante en sentido laxo, si se quiere– tan solo se consigue legitimar las penas previstas para los delitos de administración desleal o apropiación indebida, vigentes o proyectados, significativamente inferiores a las previstas para el delito de disposición desleal de secreto empresarial. Adviértase, por lo demás, que el delito de apropiación indebida está mucho más arraigado en nuestra cultura jurídico-penal que el de disposición desleal de secreto empresarial, lo que otorga mayor solidez a la decisión valorativa tomada por nuestro legislador penal en la determinación de las penas que le asigna.

5.2. La limitación del *alcance* del deber

Como ya hemos comentado en otras partes de este trabajo, el deber de reserva tiene una triple dimensión en cuanto a su alcance: la dimensión temporal, la material y la territorial.

a) La limitación temporal

Existen tres grandes vías de limitación temporal de *lege lata* del deber penal de reserva:

i) La vinculación a la vigencia de la relación jurídica principal

El § 17(1) UWG circunscribe el deber penal de reserva a la vigencia de la relación de servicio (*Dienstverhältnis*) entre el empleado (*Beschäftigte*) y el titular del secreto empresarial. La decisión político-criminal del legislador alemán de decantarse a favor de los intereses de los trabajadores por cuenta ajena –y desde 2004, a favor de los de los demás empleados no subordinados de la empresa (administradores, por ejemplo)– en el conflicto de intereses entre éstos y el titular del secreto empresarial una vez finalizada la relación jurídica que les vincula, es manifiesta. No sólo por la claridad del tenor literal del § 17(1), sino por la firmeza con la que ha mantenido esta decisión a pesar de las persistentes críticas vertidas por la doctrina desde la aprobación de la UWG de 1896.

La doctrina alemana ha reprochado históricamente a su legislador esta decisión, por considerar que coloca a los productores de conocimiento del país y, con ellos, a la competitividad de su economía, a la merced de los “ex empleados”. Ya en los años treinta la doctrina alertaba del agravio comparativo en el que se encontraban los titulares de secretos empresariales alemanes en relación con sus homólogos extranjeros, pues en los países de su entorno, como por ejemplo Bélgica, Holanda o Suiza, la protección penal se extendería más allá de la vigencia de la relación laboral o mercantil que daba lugar al surgimiento del deber penal de reserva²⁴⁴.

En efecto, tal y como advierten LAMPE *et al.* en el proyecto de Código penal alternativo de 1977, no existe siempre y en todo caso un interés legítimo que se oponga al interés de protección del titular del secreto una vez finalizada la relación laboral o mercantil principal. Por el contrario, pueden darse casos en los que el interés de protección del titular no colisione con ningún interés legítimo por parte del ex empleado o ex colaborador. Se trata, por ejemplo, de supuestos como el del trabajador que llega a su edad de jubilación y, después de pactar una cuantiosa compensación por su silencio con su empleador, revela su secreto empresarial a un competidor a cambio de una recompensa adicional.

De acuerdo con el modelo escogido por el legislador penal alemán, este tipo de casos deben quedar impunes. Las incongruencias valorativas de esta opción saltan a la vista: con el § 17(1) en la mano, debe castigarse al ingeniero que, habiendo liderado el proceso de desarrollo de la información, la revela durante la vigencia de la relación laboral a un tercero a cambio de precio, por sentirse infrarrecompensado por su empleador que, por lo demás, no explota en toda su potencialidad la información. En cambio, debe permanecer impune el trabajador que, después de tres meses de estancia en la empresa, rescinde unilateral y legalmente el contrato y revela el secreto empresarial más valioso de su ex empleador a un competidor a cambio de una cuantiosa suma de dinero, en vulneración de un pacto expreso de confidencialidad.

²⁴⁴ KOHLRAUSCH, *ZStW*, 1930, p. 48 y ss.

Alemania y Japón, con modelos penales de protección del secreto empresarial muy similares, consiguen superar parcialmente las deficiencias que aquí ponemos de relieve a través del castigo de estos supuestos por la vía del tipo penal de espionaje industrial (§ 17(2)(1) UWG). Esto es, se condena a los ex trabajadores por espionaje industrial cuando han revelado el secreto empresarial a través de soportes materiales. Ciertamente, parece que los secretos empresariales cuya revelación puede afectar de forma significativa las cuotas de mercado de los oferentes en el correspondiente mercado relevante deberían ser lo suficientemente complejos como para no poder ser transmitidos recurriendo simplemente a la memoria. Con todo, no siempre tiene por qué ser necesariamente así. De ahí la necesidad preventiva del tipo de disposición desleal de secreto empresarial.

ii) La introducción de límites temporales absolutos

En realidad, la vía acabada de analizar, la vinculación de la vigencia del deber a la duración de la relación jurídica principal, puede definirse como un tipo de limitación temporal absoluta del deber penal de reserva. El límite absoluto sería la duración de la relación jurídica principal. Aquí, no obstante, se está pensando en límites temporales fijos una vez extinguida la relación jurídica principal. En este sentido, BAJO/BACIGALUPO proponen importar los dos años de prohibición de competencia para los técnicos – seis meses para el resto de trabajadores, a través de una interpretación sistemática del art. 21.2 ET²⁴⁵. En Alemania, GAUL propone limitar el deber *jurídico-privado* (!) de reserva a cinco años²⁴⁶.

El problema de esta vía de restricción es el mismo que el de la anterior: la infrainclusión. Con límites temporales absolutos, se dejan fuera del alcance del tipo penal conductas tanto o más graves como las que sí se consideran subsumibles. Por lo demás, un límite absoluto difícilmente puede librarse de la crítica de la arbitrariedad: ¿por qué dos años? ¿Por qué cinco? Adviértase

²⁴⁵ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 548.

²⁴⁶ GAUL, *Der erfolgreiche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1994, pp. 85-96, 95; GAUL, *NZA* (7), 1988, p. 231 y s. Otros autores lo rebajan incluso a dos años: RICHTERS/WODTKE, *NZA-RR* (6), 2003, p. 288; KUNZ, *DB* (49), 1993, p. 2486 c.i.; MOLKENBUR, *BB* (17), 1990, p. 1199 y s.; PREIS/REINFELD, *Arbeit und Recht* (12), 1989, pp. 368-369.

que los sectores de actividad empresarial en los que se puede recurrir a la protección del conocimiento mediante el régimen del secreto empresarial pueden ser muy distintos. Poco tienen que ver el sector del *software* para ordenadores o móviles personales (cuyos productos padecen una rápida obsolescencia), con el sector farmacéutico o la ingeniería naval, por ejemplo²⁴⁷.

iii) La asunción de un determinado límite temporal

Al igual que con las condiciones de surgimiento del deber penal de reserva, las condiciones de alcance temporal pueden restringirse a través de la exigencia de la asunción, expresa o tácita, de un compromiso de reserva durante un período de tiempo determinado. A mi modo de ver, y anticipando parcialmente la tesis aquí defendida, esta es la vía correcta de interpretación para dotar al delito de disposición desleal de secreto empresarial de un contenido de injusto valorativamente coherente desde una perspectiva sistemática tanto interna como externa al tipo.

No obstante, si bien la asunción de un compromiso de reserva con un determinado alcance es condición necesaria para la mencionada coherencia valorativa, no es condición suficiente. La mera emisión de un consentimiento jurídico-civilmente válido en forma de asunción de un compromiso de reserva para un periodo de tiempo determinado no puede ser suficiente para legitimar las penas previstas en el art. 279 Cp, en caso de vulneración de dicho deber. Si así fuera, estaríamos avalando la imposición de sanciones penales, entre ellas penas de prisión de dos a cuatro años (!), por meros incumplimientos contractuales.

Por el contrario, aquí se es de la opinión de que, en atención a los intereses en juego (interés competitivo del titular de la información de rentabilizar su inversión; interés general de la sociedad en que existan incentivos a la innovación así como de que se difunda el conocimiento innovador; interés de los trabajadores en el trabajo, en la movilidad laboral y en el desarrollo profesional; interés de cualquier persona en la libertad de empresa) y a la gravedad de las penas previstas en el art. 279 Cp, la determinación de las

²⁴⁷ En esta línea, WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 91 y s.

condiciones de surgimiento y alcance del deber penal de reserva deberá ser el fruto de una delicada y objetiva ponderación.

Así, habrá que tener en cuenta en qué medida el potencial obligado ha asumido el compromiso de reserva con un poder de negociación similar al del titular del secreto empresarial. Habrá que tener en consideración si efectivamente estamos ante un acuerdo de voluntades o más bien ante una estructura análoga a la de un contrato de adhesión en el que la manifestación de voluntad del potencial obligado responde más a un contexto de necesidad que a un ejercicio de su libertad en sentido fuerte, que es el único que debería ser relevante en el ámbito jurídico-penal. En la misma línea, habrá que tener también en cuenta cuál es el grado de incidencia del deber (penal) de reserva asumido en los intereses del potencial obligado, así como en los demás contrapuestos al interés privado del titular en la protección. Igualmente, tendríamos que preguntarnos si el deber asumido implica una restricción total o muy significativa del derecho al trabajo, a la movilidad laboral o, en fin, a la libertad de empresa, o si, por el contrario, estos derechos se ven tan solo ínfimamente afectados.

b) La limitación material

Las principales fórmulas al uso para limitar materialmente el alcance del deber penal de reserva adolecen de los mismos problemas que ya hemos señalado respecto de algunas de las fórmulas utilizadas para restringir las condiciones de surgimiento del deber o su alcance temporal.

Ello se debe a que, en el fondo, las diferentes fórmulas comentadas y por comentar se reducen a dos formas de determinación de las condiciones de surgimiento y alcance del deber: la determinación heterónoma y la determinación autónoma del deber. La determinación heterónoma, basada en criterios externos a la voluntad del obligado, suele pecar de sobreinclusión. Al prescindir de la libertad del obligado, algunos de los supuestos en los que considera que surge un deber de reserva, o que su alcance es válido, padecen déficits sustanciales de organización por parte del (potencial) obligado, de modo que resulta imposible legitimar la gravedad de las penas previstas por el art. 279 Cp. Así, por ejemplo, en relación con el alcance material del deber, dos posibles vías de restricción heterónomas son: a) la vinculación con el objeto del contrato o la relación jurídica que une el

titular del secreto empresarial con el potencial obligado y, b) la necesaria comunicación del secreto empresarial para el desarrollo adecuado de su actividad empresarial (el conocido criterio de la “*need-to-know basis*” en la comunidad jurídica de los EE. UU.).

Con ambos criterios surgen problemas de sobreinclusión, más acusados en el primero (a)), que en el segundo (b)). El motivo radica en que por muy necesaria que sea para el titular del secreto empresarial la comunicación de la información al potencial obligado, el fundamento material del desvalor de conducta del delito de disposición desleal es la vulneración de un deber negativo basado en la asunción de un compromiso de reserva posteriormente defraudado (ver *supra* VII.3). Sin embargo, con estos criterios se prescinde de la cantidad de organización desplegada por parte del potencial obligado, de modo que se abarcan supuestos en los que el grado de organización desplegada no es suficiente como para merecer la pena asignada al injusto de disposición desleal. Piénsese en el siguiente ejemplo: un trabajador es contratado como peón para ocupar un puesto muy específico en la cadena de montaje de una empresa de automóviles multinacional. Su sueldo se acerca al mínimo legal permitido, pues el puesto que ocupa es de muy baja cualificación. De forma excepcional, se le requiere que colabore en el montaje de un prototipo, constitutivo de secreto empresarial. El día en el que fue contratado, el trabajador firmó un pacto de confidencialidad con la empresa en el que se comprometía a no revelar ninguno de los secretos empresariales que conociera como trabajador de la misma. En el caso de que la participación del trabajador en el montaje del prototipo se pudiera considerar necesaria por razones excepcionales, ¿bastaría eso para entender que cuando revela a un tercero el secreto empresarial conocido incurrirá en la defraudación de un compromiso de reserva digna del reproche penal previsto en el art. 279 Cp?

También aquí se reproducen las carencias del criterio de la asunción si no se le dota de ulteriores matizaciones. En efecto, ya vimos *supra* VII.2 como el BAG dejaba sin efectos un pacto de confidencialidad por ser demasiado amplio el abanico de informaciones que el concreto trabajador se había comprometido a mantener bajo reserva. De hecho, el BAG –recordemos que no es un tribunal penal, sino del ámbito laboral– deja por regla general sin efectos aquellos pactos de confidencialidad que, *de facto*, suponen un pacto de no competencia.

En la misma línea vimos que se sitúa el BGH, así como la jurisprudencia jurídico-privada y jurídico-penal federal de los EE. UU. El pacto de confidencialidad, para ser eficaz, tiene que versar sobre secretos empresariales muy concretos, claramente identificados y con valor competitivo. No valen fórmulas genéricas de descripción del objeto del pacto de confidencialidad, por mucho que el potencial obligado haya asumido expresamente el compromiso de mantener bajo reserva toda aquella información.

Si la validez de los pactos de confidencialidad puede someterse a todas estas reservas en los ámbitos laboral y jurídico-privado, a pesar de que en la adopción del pacto se hubieran satisfecho los requisitos jurídico-privados de validez del consentimiento (arts. 1262 y ss. Cc), con más razón debería relativizarse la validez de estos pactos en el ámbito jurídico-penal.

c) La limitación territorial

Lo dicho en los apartados anteriores es por completo trasladable, *mutatis mutandis*, a los eventuales criterios que pudieran desarrollarse para limitar territorialmente el alcance del deber penal de reserva.

Excursus: ¿Vías de restricción de lege ferenda?

Desde una perspectiva de *lege ferenda*, las vías para acometer la restricción del ámbito de aplicación del delito de disposición desleal de secreto empresarial son numerosas. Así, por ejemplo, la limitación expresa del surgimiento y alcance temporal, material o geográfico del deber penal de reserva; la delimitación más estrecha del círculo de sujetos activos, como sucedía con el antiguo art. 499 Cp y como sucede con el § 17 UWG alemán; la exigencia de un efectivo resultado de lesión; la introducción de elementos subjetivos especiales, como los previstos por el § 17 UWG alemán, históricamente criticados por la doctrina mayoritaria de aquel país²⁴⁸; o la introducción de

²⁴⁸ Por todos, véanse KOHLRAUSCH, «Industriespionage», *ZStW*, 1930, pp. 53 y ss.; KRÜGER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1984, pp. 77-80; FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, pp. 235-237.

cláusulas de exclusión del tipo, como la que en su día propusieron los autores del Proyecto de Código penal alemán alternativo, de 1977 (AE 1977, en adelante), para quien utilizara para sí o para un tercero el secreto empresarial conocido legítimamente, pero con deber de reserva, para hacer efectivo su derecho al desarrollo profesional²⁴⁹.

En este trabajo no se apuesta por ninguna de estas vías. Por un lado, porque algunas se revelan claramente inadecuadas para el fin aquí perseguido, a saber, la asignación de un ámbito de aplicación al delito del art. 279 Cp axiológicamente coherente tanto intra- como intersistemáticamente hablando. Este es el caso de la limitación del círculo de sujetos activos con base en su relación de dependencia con el titular del secreto empresarial. Esta fue la vía adoptada, como ya hemos visto, por el antiguo art. 499 Cp y por el antiguo § 17 UWG, cuyas consecuencias valorativamente insatisfactorias (castigo del trabajador raso y absolución [o menor castigo en el modelo alemán] del administrador de la empresa) han sido reiteradamente puestas de manifiesto por nuestra doctrina²⁵⁰. También por la alemana²⁵¹, lo que dio lugar a que en la reforma de la UWG de 2004 se modificara el criterio típico de selección del círculo de sujetos activos, basado en la relación de dependencia respecto del titular del secreto («*Angestellter, Arbeiter oder Lehrling*»), por otro más amplio, basado en la relación de ocupación, aunque no de subordinación («*Beschäftigte*»). De este modo, se consideran sujetos activos los gerentes o administradores de una sociedad, pero no los socios, profesionales liberales o terceros contratantes (proveedores, clientes)²⁵². El resultado sigue siendo insatisfactorio, pues es axiológicamente incoherente: la potencialidad lesiva de sus revelaciones desleales son igual o más nocivas para el bien jurídico protegido que las que provienen de los sujetos que sí

²⁴⁹ LAMPE/LENCKNER/STREE/TIEDEMANN/WEBER, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, 1977, p. 9 y ss.

²⁵⁰ MORALES PRATS/MORÓN LERMA, «Arts. 278-280», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Código penal*, 9ª ed., 2011, p. 872; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 72 y ss.

²⁵¹ KRÜGER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1984, p. 46. LAMPE/LENCKNER/STREE/TIEDEMANN/WEBER, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, 1977, p. 78.

²⁵² Por todos Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 14; Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm. 11; *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nms. 33-36.

abarca el círculo de sujetos activos, sin que su relación con el titular sea, necesariamente, de menor confianza (o lealtad) con el titular de la información²⁵³.

Por otro lado, ninguna de las opciones mencionadas se presenta como necesaria para alcanzar el fin aquí perseguido. De *lege lata* disponemos de suficientes recursos para elaborar una propuesta interpretativa que adecúe en sus justos términos el ámbito de aplicación del delito de disposición desleal a las penas que le han sido asignadas. Ciertamente, el elemento subjetivo especial exigido en el tipo penal básico de espionaje industrial (art. 278.1 Cp), a saber, que el sujeto activo actúe con el *ánimo de descubrir* el secreto empresarial, ha servido a la jurisprudencia menor como argumento recurrente para fundamentar la atipicidad de los aseguramientos de la información por quienes querían utilizarla en un proceso judicial para hacer valer sus derechos legítimos²⁵⁴. La introducción de un elemento subjetivo de naturaleza análoga en el delito de disposición desleal del art. 279 Cp podría cumplir esa misma función. No obstante, una interpretación teleológicamente atenta permite ahorrar, sin que el modelo pierda un ápice en coherencia y consistencia metodológica, la hercúlea –cuando no ingenua– tarea de conseguir movilizar todo el aparato legislativo para que produzca un determinado resultado. Así, en ningún caso podrá hablarse de puesta en peligro penalmente relevante del bien jurídico protegido (la capacidad competitiva del titular) cuando se comunique a la administración pública o de justicia el contenido de un secreto empresarial con el fin de hacer efectivo un derecho o interés legítimo. Naturalmente, ello presupone que quienes actúen en nombre de dichas administraciones estén sometidos a un deber cualificado de reserva, penalmente garantizado en determinados casos. Nada que no pueda fundamentarse, en cualquier caso, por vía interpretativa.

En cuanto a la cláusula de exclusión de la tipicidad propuesta por los autores del proyecto alternativo alemán, el mismo resultado puede obtenerse, también, de *lege lata*. La preservación de los derechos a la movilidad, al desarrollo profesional y a la libertad de empresa puede alcanzarse a través de

²⁵³ FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, pp. 220-222.

²⁵⁴ Así, por ejemplo, el AAP Madrid de 18 de junio de 2012, p. Hervas Ortiz; AAP Las Palmas de Gran Canaria de 12 de diciembre de 2011, p. Alcazar Montero.

la limitación del alcance del deber penal de reserva por vía interpretativa, como más adelante tendremos ocasión de ver. De todos modos, la cláusula de exclusión del § 180.2 AE 1977 no solo es metodológicamente innecesaria, sino que también presenta problemas de inadecuación. Como se ha visto en los anteriores apartados, existen supuestos en los que es absolutamente legítimo prohibir bajo amenaza de las penas previstas en el art. 279 Cp el uso o revelación del secreto empresarial cuando ello impida el ejercicio de los derechos a la movilidad y/o desarrollo profesional, o a la libertad de empresa.

6. Toma de postura

La función del tipo consiste en ofrecer una “muestra” del comportamiento penalmente prohibido²⁵⁵. No obstante, debido a que el legislador describe el comportamiento penalmente típico mediante sucesos pertenecientes al mundo real, se produce una divergencia entre el comportamiento del autor abarcado por una interpretación estrictamente formal del enunciado legal y el desvalor que la ley pretende, en realidad, abarcar²⁵⁶.

Por ello, autores como SCHÜNEMANN afirman que, «[d]esde luego, con el análisis del bien jurídico no ha concluido el trabajo dogmático, sino que acaba de empezar». A este primer nivel de análisis le sigue un segundo nivel de consideraciones centradas en la estructura del delito. El tercer nivel de análisis se corresponde con las reflexiones relativas a la distribución de ámbitos de responsabilidad, nivel para el cual «habrá que desarrollar instrumentos infinitamente más diferenciados que los que se vienen discutiendo hasta la fecha, como por ejemplo el supuesto “principio de autonomía”, tan genérico como extendido, en cuyo lugar merecería prioridad la victimodogmática, infinitamente más elástica»²⁵⁷.

La principal aportación que el modelo interpretativo aquí propuesto pretende realizar se ubica en ese tercer nivel de análisis. En efecto, la búsqueda de

²⁵⁵ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 55.

²⁵⁶ LANGER, *Die Sonderstrafat*, 2ª ed., 2006, p. 77.

²⁵⁷ Son palabras de 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.

criterios materiales que permitan fundamentar el surgimiento y alcance del deber penal de reserva en relación con el tipo de disposición desleal de secreto empresarial no es sino el intento de fundamentar materialmente la distribución de los ámbitos de responsabilidad del titular del secreto y del tercero a quien aquél lo ha comunicado en la tarea de velar por el bien jurídico protegido por dicho tipo.

Los criterios de distribución material de estos ámbitos de responsabilidad se corresponden con los dos fundamentos materiales que la teoría de la antijuridicidad material nos proporcionó para atribuir responsabilidad penal a quienes revelan o usan en provecho propio un secreto empresarial al que han accedido a través de un acto imputable a su titular. Estos fundamentos son, por un lado, el ejercicio defectuoso de la libertad de organización que, en el caso particular del delito de disposición desleal de secreto empresarial, se manifiesta en la defraudación de un compromiso previamente asumido y, por otro, la defraudación de los deberes inherentes a una función pública considerada esencial para el mantenimiento de la configuración normativa de la sociedad. Ejemplo paradigmático de función pública con estas características es la función jurisdiccional.

De acuerdo con el modelo interpretativo aquí defendido, tan solo la vulneración de un deber de reserva previamente asumido o basado en una función pública con las características acabadas de mencionar permite legitimar las penas asignadas al delito de disposición desleal de secreto empresarial: prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Ello, al igual como sucedió en relación con el delito de espionaje industrial (véase *supra* VI.6.1), se basa fundamentalmente en razones de proporcionalidad en sentido amplio. En este sentido son reveladoras las siguientes palabras de KRATZSCH:

«La tendencia de la Ley, de responder correctora o reforzadamente a los ataques dirigidos contra el mantenimiento de los bienes jurídicos, es emanación de un *principio jurídico* general, según el cual el Derecho penal no debe conformarse con realizar sus fines más o menos bien, sino que debe realizarlos de forma *óptima*, esto es, de la forma más *efectiva* posible y salvaguardando tan ampliamente como pueda el *principio de proporcionalidad*. Así, el Derecho penal no se conforma, a diferencia de lo que cabe esperar de las concepciones dominantes del injusto, con la estructuración del *comportamiento peligroso* del autor, sino que en la planificación de sus normas también incluye el *comportamiento preventivo* de todos los

responsables mencionados, en la medida en que influyan en la realización de los fines»²⁵⁸.

Por ello, puede afirmarse que la asunción de un compromiso de reserva y el ejercicio de una función pública fundamental son, respecto del injusto de disposición desleal de secreto empresarial, lo que las barreras fácticas y normativas de (auto)protección al delito de espionaje industrial. Se trata de equivalentes funcionales en la tarea de dotar del suficiente contenido material a los correspondientes injustos; tarea que fundamentalmente se lleva a cabo a través de la distribución de ámbitos de responsabilidad entre el titular del secreto empresarial y los terceros que entran en contacto con la información.

Valga, pues, todo lo dicho *supra* VI.6.2 en relación con la fundamentación de la atribución de deberes de autoprotección a la víctima en el marco del delito de espionaje industrial para fundamentar lo que aquí también puede considerarse un deber de autoprotección del titular del secreto frente a los terceros a quienes les comunica libremente la información. A saber: que el titular del secreto empresarial solamente recibirá protección penal en caso de haber confiado la información a un tercero que haya asumido un compromiso de confidencialidad –las concretas condiciones de asunción las veremos a continuación–, o en el caso de que lo haya confiado a un tercero que desempeñe una función pública esencial para el mantenimiento de la identidad de nuestra sociedad, naturalmente en el ejercicio de tal función.

En las líneas que siguen se procede a concretar el modelo interpretativo aquí propuesto de acuerdo con los dos fundamentos materiales acabados de mencionar: la asunción de un deber de reserva y el ejercicio de una función pública fundamental para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad.

6.1. La asunción

La asunción como acto fundamentador de responsabilidad penal dispone de un espacio propio en la teoría del delito. En los manuales y tratados de referencia se menciona la asunción de forma recurrente como uno de los posibles fundamentos materiales de una posición de garantía, presupuesto,

²⁵⁸ *Cursivas en el original. KRATZSCH, FS-Oehler, 1985, p. 68.*

como es sabido, de la imputación en comisión por omisión de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico²⁵⁹. Que hayamos acabado en este epígrafe de los manuales de Derecho penal no es casualidad. Como ya tuvimos ocasión de ver, autores como LANGER²⁶⁰ y SCHÜNEMANN²⁶¹ conciben los delitos especiales como delitos cometidos por sujetos en *posición de garantía* respecto del bien jurídico protegido por el correspondiente delito²⁶². Compartimos esta tesis, al menos respecto del delito de disposición desleal de secreto empresarial objeto de esta investigación. A la misma conclusión llegan, por lo demás, algunos autores de la doctrina penal española, quienes consideran que los sujetos activos del delito de disposición desleal ocupan una posición de garante²⁶³. No aclaran, en todo caso, cuál es la fuente material de dicha posición.

Conviene advertir que, desde la concepción de los delitos de omisión de la que aquí se parte²⁶⁴, la afirmación de que el sujeto ocupa una posición de garantía no implica, automáticamente, la posibilidad de imputar en comisión por omisión la puesta en peligro o lesión del correspondiente bien jurídico protegido. En el modelo interpretativo aquí propuesto, la constatación de esta posición tan sólo sirve para legitimar las penas que el art. 279 Cp prevé para las revelaciones o usos en provecho propio en comisión activa. Ello al margen de que, en determinados casos, al sujeto que ocupa dicha posición

²⁵⁹ Véanse, por todos, KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 36 nms. 23 y ss., 60; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 13 nms. 5 y ss., 25. En España, MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, 12/33 y ss., 12/50.

²⁶⁰ LANGER, *Die Sonderstrafat*, 2ª ed., 2006, pp. 291-334, p. 315 y ss.

²⁶¹ LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 25 nm. 42.

²⁶² Al menos una parte de los delitos especiales, esto es, aquellos en los que la posición del autor permite incrementar el merecimiento de pena por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico: véase LANGER, *Die Sonderstrafat*, 2ª ed., 2006, p. 291-334, pp. 315 y ss.

²⁶³ Explícitos en este sentido, MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, pp. 137-140. En la misma línea, aunque algo más ambiguos, SUÁREZ GONZÁLEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 806; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 194.

²⁶⁴ La concepción de los delitos de omisión de la que se parte en este trabajo se corresponde, parcialmente (las discrepancias en *infra* VII.6.2.3), con la defendida por SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, *passim*.

también se le puedan imputar en comisión por omisión algunas de las lesiones o puestas en peligro del bien jurídico que no hubiere evitado pudiendo hacerlo (ver *infra* VII.6.2.3).

Como se sabe, la doctrina penal identifica varias fuentes materiales²⁶⁵ de la posición de garantía en Derecho penal. Sin perjuicio de los matices que puedan existir entre las posturas concretas de cada autor, cabe enumerar las siguientes: la estrecha vinculación familiar, la comunidad de peligro, la asunción, la existencia de fuentes de peligro en la propia esfera de organización (cosas, personas) y la injerencia.

El fundamento material de que la asunción se considere una fuente (material) de posición de garantía en Derecho penal es que da lugar a un dominio del riesgo normativo-estructuralmente idéntico al dominio del riesgo que existe para el bien jurídico en la comisión activa. Ello acontece cuando a través del acto libre de asunción se produce un “abandono” del bien jurídico por parte del titular y de eventuales terceros, a favor, claro está, de quien asume su protección. La bajada de las barreras de protección del bien jurídico que el titular y/o eventuales terceros hubieran puesto para protegerlo otorga a quien ha efectuado el acto de asunción un dominio del riesgo (cuya contención ha asumido) equivalente (en el plano normativo) al dominio que tiene quien dirige activamente el riesgo no permitido desde su propia esfera a la ajena (estructura normativa de la comisión activa)²⁶⁶.

En el ámbito del delito de disposición desleal de secreto empresarial, la asunción de un compromiso de reserva otorgará ese dominio del riesgo cuando haya provocado una comunicación del secreto empresarial imputable a su titular. El “abandono” del bien jurídico o la bajada de las barreras de protección que se habían dispuesto para protegerlo consiste, en este ámbito,

²⁶⁵ Por todos, STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 13 nms. 14 y ss.; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, 12/50. Cuestiona que se trate de verdaderas fuentes materiales, en la medida en que la doctrina no supera el plano descriptivo-clasificadorio al enumerarlas, SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, p. 470 y ss.

²⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 1999, p. 455 y ss., 461 y ss. Describen la asunción de modo similar KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 36 nm. 60; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 13 nm. 25; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 623.

en la desactivación, en relación con el sujeto activo (tercero destinatario de la información), de las barreras que configuran y protegen la esfera de reserva del titular, esto es, en permitirle la entrada en la propia esfera de reserva.

El hecho de que la asunción otorgue un dominio del riesgo normativamente idéntico al dominio del riesgo no permitido de quien lo dirige desde su esfera de organización hacia la ajena, para injerirse en ella, permite considerar la defraudación del compromiso de reserva del art. 279 Cp normativamente equivalente a las arrogaciones en la esfera de reserva del titular del secreto empresarial tipificadas en el delito de espionaje industrial del art. 278.1 Cp. Lo que es coherente con el hecho de que las penas de ambos delitos sean equivalentes, salvo por pequeñas diferencias explicables, como se verá *infra*, por otras razones ajenas al grado de dominio normativo del riesgo: la mayor peligrosidad de la revelación mediante soporte material (art. 278.2 Cp); la menor peligrosidad del uso en provecho propio (art. 279.2 Cp).

De forma mayoritaria, en la doctrina se considera que la relevancia penal del acto de asunción es independiente de si el acto tiene efectos jurídicos o no, como por ejemplo constituir un contrato jurídicamente válido²⁶⁷. Opinión que también se comparte. Así, por ejemplo, en el caso de que un trabajador pactara verbalmente no competir con su ex empleador durante dos años a cambio de una indemnización equitativa, cabría entender que se ha producido un compromiso de reserva penalmente relevante durante esos dos años, a pesar de que, en el ámbito jurídico-laboral, el acuerdo no fuera válido por un defecto formal, como por ejemplo la omisión de la formalización del acuerdo por escrito, si fuera un requisito de validez. Si bien lo es en Alemania (§ 74 HGB), no lo es en España (art. 21.1 ET)²⁶⁸.

La asunción también debería ser penalmente relevante tanto si la promesa de protección se manifiesta de forma *expresa* como *concluyente*²⁶⁹. En efecto,

²⁶⁷ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/48; ROXIN, *AT II*, 2003, § 32 nm. 53; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 623.

²⁶⁸ Sin embargo, doctrina y jurisprudencia consideran que el pacto de no competencia debe adoptarse de manera expresa, lo que por regla general se traduce en la exigencia de la forma escrita. En este sentido, véanse PEDRAJAS MORENO/SALA FRANCO, *El pacto de no concurrencia postcontractual*, 2005, pp. 26-29, 44.

²⁶⁹ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/46; MüKo-FREUND, 2ª ed., 2011, § 13 nm. 173; LK-WEIGEND, 12ª ed., 2007, § 13 nm. 34.

existen conductas que manifiestan inequívocamente la voluntad de hacerse cargo de la protección de un bien jurídico, sin que la ausencia de una declaración expresa (verbal o por escrito) al respecto quite un ápice de contenido expresivo a la mencionada conducta como manifestación de la libertad de organización del sujeto. En todo caso, en atención a las consideraciones de proporcionalidad comentadas en el apartado anterior (*supra* VII.4), la asunción concluyente de un compromiso de reserva como base de atribución de responsabilidad penal por este delito debería apreciarse *cum grano salis*, pues las penas del art. 279 Cp requieren un ejercicio intenso por parte del sujeto activo de su libertad de organización.

Así, no debería considerarse una conducta concluyente de asunción de un compromiso de reserva el *mero no oponerse* al contexto de confidencialidad unilateralmente impuesto por el titular de la información. Deberían concurrir, por el contrario, *contribuciones activas* por parte del potencial obligado a la construcción del contexto de confidencialidad. De este modo, ejemplos de conductas concluyentes de la asunción de un compromiso de reserva podrían ser los siguientes: prestación de un servicio de blindaje del sistema informático del cliente frente al acceso de terceros no autorizados, trabajo para el cual la empresa informática prestadora del servicio necesita acceder al sistema informático del cliente; licenciamiento de *know-how* constitutivo de secreto empresarial a otra empresa en exclusiva: ambas empresas se deben confidencialidad recíprocamente, pues el contrato que las une no tendría sentido si cada una por su lado no tratara de mantener la información bajo reserva; aceptación de un puesto de trabajo cuyo único o principal objeto es el desarrollo de un concreto secreto empresarial²⁷⁰; pacto de prejubilación entre un trabajador y su empresa empleadora al que se incorpora un pacto de no competencia que cumple con todos los requisitos formales y materiales (ver *infra* VII.6.1.e)).

Como ejemplos de conductas *no concluyentes* de la asunción de un compromiso de reserva pueden mencionarse las siguientes: no renunciar al

²⁷⁰ En este sentido véase PÉREZ PÉREZ, *Inventiones laborales*, 2001, p. 154 y ss., donde sostiene que cuando la actividad investigadora es objeto de la relación laboral de forma permanente y duradera, ya sea el único objeto de la relación o uno entre otros más, la titularidad originaria sobre la invención es atribuible al empresario a pesar de que el encargo de la concreta invención no haya tenido lugar de forma explícita.

puesto de trabajo o, en todo caso, no pedir la negociación de un pacto de confidencialidad cuando el titular del secreto empresarial (empleador) comunica unilateralmente la información advirtiéndolo del carácter secreto de la misma y de su pretensión de confidencialidad; prestar un servicio en el que necesariamente se va a acceder a un secreto empresarial del cliente respecto del cual tiene pretensiones de confidencialidad, sin que la causa del servicio sea construir o reforzar la esfera de reserva del cliente (ejemplo concreto: fabricante de punto que recibe el encargo de transformar unos diseños constitutivos de secretos empresariales en prendas listas para su venta al público); aceptar un puesto de trabajo cuyo objeto incluye, eventualmente y de forma puntual, el desarrollo de un secreto empresarial²⁷¹.

De acuerdo con el modelo interpretativo aquí propuesto, la joven recepcionista del ejemplo visto *supra* VII.3.1.a), a la que la veterana secretaria del departamento de dirección encarga corregir las erratas de un documento que contiene secretos empresariales de la empresa por la que trabajan, no cometería el delito de disposición desleal de secreto empresarial en caso de revelar la información a terceros sin aseguramiento de soporte material alguno. Con excepción, claro está, de que existiera un pacto de confidencialidad expreso que reuniera las condiciones que a continuación se mencionarán.

En cualquier caso, y en atención a las consideraciones de proporcionalidad vistas *supra* VII.4, la conducta constitutiva de asunción concluyente debe permitir fijar el alcance del compromiso de reserva asumido, en sus tres dimensiones: material, temporal y territorial. Algo que difícilmente se podrá predicar de una conducta concluyente de asunción. Quizá la conducta sea lo suficientemente concluyente como para fundamentar la asunción de un compromiso de reserva, pero no basta sólo con esto. A la fundamentación del surgimiento del deber hay que añadir la fundamentación de su concreto alcance y aquí es donde, por lo general, fracasarán las conductas de asunción concluyente. Las limitaciones de las conductas de asunción concluyente para fundamentar el alcance del deber penal de reserva, cuya concreta fundamentación resulta imprescindible para legitimar las penas del art. 279 Cp, ponen en evidencia la escasa capacidad de rendimiento de esta forma de

²⁷¹ De forma análoga, en materia de atribución de la titularidad sobre la invención, véase PÉREZ PÉREZ, *Inventiones laborales*, 2001, p. 158 y ss., donde defiende que los encargos de investigación puntuales al trabajador deben ser explícitos para desactivar la presunción de atribución originaria de la titularidad de la invención al trabajador.

asunción, que solamente de forma excepcional podrá fundamentar el deber penal de reserva.

Si bien la asunción expresa (verbal o por escrito) del compromiso de reserva es sin lugar a dudas la vía más sólida de fundamentar materialmente el deber penal de secreto, tampoco está libre de problemas. En efecto, debemos preguntarnos si cualquier manifestación de la voluntad de asumir un compromiso de reserva que supere los requisitos de validez del consentimiento previstos en los arts. 1262-1270 Cc es capaz de fundamentar un deber penal de reserva a los efectos del art. 279 Cp. Se está pensando, fundamentalmente, en grupos de casos en los que, en términos de poder de negociación, existe un desequilibrio significativo entre las dos partes de la relación de confidencialidad.

El principal grupo de casos en el que se va a producir tal desequilibrio es el que abarca las relaciones entre empresario y trabajador²⁷². Aunque no sólo en las relaciones laborales se producen desequilibrios en el poder de negociación de las partes. Así, por ejemplo, cuando el titular del secreto empresarial ocupa una posición dominante en el mercado, también pueden darse situaciones de desequilibrio entre el poder de negociación del titular y los terceros que entran en contacto con su secreto empresarial en el ejercicio de sus respectivas actividades económicas.

Volviendo a la relación empresario–trabajador, salvo supuestos muy excepcionales, normalmente relacionados con trabajadores altamente cualificados, mercados emergentes o de alto riesgo, el trabajador por cuenta ajena se encuentra en una posición de inferioridad respecto del empleador. En mercados laborales como el español, con una tasa de paro estructural superior al 10% de la población activa, ello resulta aún más evidente. A todo ello debe sumársele la asimetría informativa entre las partes en relación con

²⁷² NOGUEIRA GUASTAVINO, *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, 1998, p. 53 nota 125. Respecto del pacto de no competencia, advierten del menor poder de negociación del trabajador cuando el acuerdo se adopta al inicio de la relación laboral, PEDRAJAS MORENO/SALA FRANCO, *El pacto de no currencencia postcontractual*, 2005, p. 49.

el valor del secreto empresarial. Sin lugar a dudas, el titular suele estar mucho mejor informado en este sentido que su contraparte²⁷³.

Consciente de este desequilibrio crónico entre empleadores y empleados, nuestro legislador –y no sólo el nuestro, sino el de la mayor parte de países de nuestra tradición jurídico-laboral– ha venido construyendo durante las últimas décadas un Derecho laboral que, en determinados ámbitos, ha adoptado un papel paternalista en relación con el trabajador por cuenta ajena, manifestado con normas de derecho imperativo que impiden o tutelan la disposición de algunos de sus propios derechos e intereses. Un ejemplo es la regulación de los pactos de no competencia entre empleador y trabajador, que para ser válidos deben cumplir los siguientes requisitos: a) estar limitados temporalmente a dos años (técnicos y personal cualificado) o 6 meses (resto de trabajadores); b) estar dotados de una compensación económica adecuada y c) responder a un interés industrial o comercial legítimo del empresario (art. 21.2 ET).

Por otra parte, las asunciones expresas de reserva, normalmente en forma de pactos de confidencialidad o pactos de no competencia, pueden resultar contrarias al Derecho de la competencia por constituir restricciones prohibidas de la competencia (véanse arts. 1 y ss. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia). Y ello tanto por lo que se refiere a los pactos entre el titular del secreto empresarial y sus trabajadores²⁷⁴, como por lo referido a los pactos entre dicho titular y sus socios²⁷⁵, ex socios²⁷⁶, ex

²⁷³ Respecto de las causas del menor poder de negociación del trabajador, véase, por todos, LOWRY, «Inevitable Disclosure Trade Secret Disputes: Dissolutions of Concurrent Property Interests», *Stanford Law Review* (40), 1987-1988, pp. 532 y ss.

²⁷⁴ Al respecto véase, FLETCHER, «Antitrust implications arising from the use of overly broad restrictive covenants for the protection of trade secrets», *Hastings Law Journal* (29), 1977, pp. 297-317.

²⁷⁵ En el plano del mercado común de la UE, existe un reglamento que permite restricciones a la competencia a través de acuerdos de investigación y desarrollo bajo determinadas condiciones. Se trata del Reglamento (UE) 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.

²⁷⁶ Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 57; OHLY/Sosnitza, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm. 42.

propietarios de la empresa comprada o absorbida por el nuevo titular del secreto empresarial²⁷⁷, licenciarios del secreto empresarial²⁷⁸ o demás contrapartes del titular en el tráfico económico: proveedores, prestadores de servicios, clientes, etc.²⁷⁹

Por todo ello, doctrina y jurisprudencia jurídico-privada y jurídico-laboral de Alemania y de los EE. UU. han adoptado una aproximación cautelosa a la hora de conceder efectos jurídicos a este tipo de pactos. En efecto, estas comunidades jurídicas no han dudado en recurrir a los instrumentos jurídicos a su alcance para realizar un control jurisdiccional de contenido y validez de este tipo de pactos. Así, en Alemania, se ha invocado tanto el § 138.1 BGB como el § 242 BGB²⁸⁰:

§ 138.1 BGB:

«Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo».

§ 242 BGB:

«El obligado tiene el deber de cumplir la prestación conforme a las exigencias de la buena fe en atención a las costumbres del tráfico».

En los EE. UU., se ha recurrido, tácita o explícitamente, tanto a la institución del *Common law* conocida como *unconscionability* como a la *public policy*. De acuerdo con la doctrina de la *unconscionability*, un tribunal estadounidense puede dejar sin efectos un pacto entre dos personas que supera los requisitos jurídico-privados de validez del consentimiento si las condiciones del pacto son extremadamente (desproporcionadamente) gravosas para una de las dos

²⁷⁷ *Commission Decision of 26th July 1976 relating to a proceeding under article 85 of the EEC Treaty* (IV/28.996 - Reuter/Basf), OJ L 254, 17.9.1976, pp. 40-50.

²⁷⁸ En el plano del mercado común de la UE, existe un reglamento que permite restricciones a la competencia a través de acuerdos de transferencia de tecnología bajo determinadas condiciones. Se trata del 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.

²⁷⁹ Sobre el tema, en general, véase CZAPRACKA, «Antitrust and trade secrets: the U.S. and the EU approach», *Santa Clara High Technology Law Journal* (24), 2008, pp. 236 y ss.

²⁸⁰ WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 93 nm. 51; PREIS/REINFELD, *Arbeit und Recht* (12), 1989, p. 364.

partes. La doctrina de la *public policy* permite dejar sin efectos un acuerdo jurídico-privado que atente contra intereses generales preponderantes al interés general de garantizar la vigencia del principio de *pacta sunt servanda*²⁸¹.

En el ordenamiento jurídico español, pueden considerarse equivalentes funcionales, sin perjuicio de los matices procesales y sustantivos (alcance) que puedan existir, los arts. 1255, 1258, 1274 y 1275 Cc, así como la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura, que puede servir de referente valorativo para una aplicación analógica del Derecho²⁸².

Y es que los intereses en conflicto en los contactos económico-empresariales del titular del secreto empresarial con terceros a los que comunica la información no son sólo los *intereses particulares* del titular y los concretos terceros con quienes adopta el pacto o acuerdo, a saber, el interés del titular del secreto empresarial de rentabilizar su inversión en I+D (arts. 33, 38 CE) y el interés del tercero en ejercer su derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), o sus derechos al trabajo, a la movilidad y a la promoción laboral (art. 35). También entran en conflicto *intereses públicos*: el interés general en que existan incentivos para la investigación y el desarrollo, lo que implica proteger los intereses económicos de quienes producen conocimiento innovador; el interés en que el desarrollo alcanzado revierta en la sociedad, lo que normalmente se va a alcanzar facilitando, fomentando o garantizando que el conocimiento innovador fluya en la sociedad; y el interés en que la actividad económica se lleve a cabo de forma legítima y en cumplimiento del ordenamiento jurídico, lo que requiere transparencia y accesibilidad a la información²⁸³.

²⁸¹ BAST, *William Mitchell Law Review* (25), 1999, pp. 643 y ss., 694 y ss. Véase, también, el *comment d* al § 41 del *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, en el que se advierte que la validez de este tipo de pactos depende de su “razonabilidad” (*reasonableness*).

²⁸² BARRAL-VIÑALS, «Freedom of contract, unequal bargaining power and consumer law on unconscionability», en KENNY/DEVENNEY/FOX O’MAHONY, *European Private Financial Transactions. Protecting the vulnerable*, 2010, pp. 46-61; REVERTE NAVARRO, «Artículo 1255 Cc», en ALBALADEJO/DÍEZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, 1978- (1993), *passim*.

²⁸³ Sobre los intereses en conflicto en la comunicación del SE por parte del titular en su interacción económico-empresarial con terceros, véanse, por todos, en Alemania: fundamental Eb. SCHMIDT, en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN

Por ello, a los efectos de conceder validez a los pactos de confidencialidad y a los pactos de no competencia, no sólo resulta problemática la asimetría entre los poderes de negociación de las partes que los adoptan, sino también la compleja conciliación de intereses públicos contrapuestos, entre los que se cuentan, por lo menos, los que acabamos de mencionar: el interés en que el mercado funcione en condiciones tendentes hacia la competencia perfecta (interés protegido por el Derecho de defensa de la competencia), el interés en incentivar la investigación y el desarrollo, el interés en que la I+D revierta en un mayor bienestar social y el interés en que la actividad económica se ejerza de conformidad con el ordenamiento jurídico (casos de *Whistleblowing*).

En relación con los pactos de no competencia, el legislador español, al igual que el alemán (§§ 74 y ss. HGB), ha tomado cartas en el asunto cuando se enmarcan en una relación laboral: art. 21.2 ET. En estos casos, la solución al conflicto de intereses arriba descrito viene resuelta por ley: se limita temporalmente a un máximo de dos años la restricción de la competencia y se condiciona su validez a la compensación económica adecuada del trabajador, así como a la existencia de un interés industrial o comercial efectivo (y legítimo) del empresario. Cumplidos estos requisitos, y más allá de los eventuales matices que puedan surgir en la concreción final del modelo (p. e.: ¿cómo se determina si la compensación económica es adecuada o no?²⁸⁴), un pacto de tales características sería válido para ejercer como fuente de un deber penal de reserva. Por el momento, no obstante, voy a dejar de lado el pacto de no competencia como fuente del deber penal de reserva, cuestión que más adelante retomaré (ver *infra* VII.6.1.e)).

DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, pp. 107-119, con un estudio empírico (encuesta) sobre la necesidad de criminalizar las violaciones de secretos empresariales; Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968, nm. 314; Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, Vor. §§ 17-19 nms. 4 y 5. En los EE. UU.: LEMLEY, *Stanford Law Review* (61), 2008, p. 351; BAST, *William Mitchell Law Review* (25), 1999, p. 627-633; BONE, *California Law Review* (86), 1998, p. 260 y ss.; DREYFUSS, «Trade secrets: how well should we be allowed to hide them? The Economic Espionage Act of 1996», *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* (9), 1998-1999, p. 5; KITCH, *The Journal of Legal Studies* (9), 1980, *passim*.

²⁸⁴ Véanse, en este sentido, PEDRAJAS MORENO/SALA FRANCO, *El pacto de no currencencia postcontractual*, 2005, pp. 46-53.

En los EE. UU., el régimen jurídico de los pactos de no competencia varía de un estado a otro. En algunos estados las condiciones de validez de esta clase de acuerdos vienen determinadas por ley, en muchos otros son desarrolladas jurisprudencialmente y en algunos pocos la ley declara esta clase de acuerdos, salvo por contadas excepciones, inválidos²⁸⁵. En los estados en los que los pactos de no competencia no se consideran acuerdos prohibidos, las condiciones de validez suelen corresponderse con un juicio de razonabilidad basado en la exigencia de que: a) exista un interés legítimo por parte de quien se beneficia de la restricción de la competencia; b) exista la necesidad de la restricción para proteger dicho interés; c) la limitación temporal, geográfica y material (ámbitos de actividad) de la competencia sea la necesaria para la protección del legítimo interés del beneficiado²⁸⁶.

Los que no encuentran una respuesta expresa en el Derecho positivo español –ni en el alemán ni en el estadounidense– son los conflictos de intereses que el titular del secreto empresarial y el tercero que ha entrado en contacto con su secreto empresarial tratan de resolver a través de un pacto de confidencialidad. De la mano del *principio de proporcionalidad*, la doctrina especializada en Alemania ha tratado de desarrollar algunos criterios para resolver de la forma más equitativa posible estos conflictos y reducir, a su vez, la inseguridad jurídica que genera poner en entredicho la eficacia de los pactos de confidencialidad²⁸⁷. La doctrina estadounidense, por su parte, llega a resultados muy similares, aunque no siempre exactamente iguales. En ambos países los trabajos se han centrado en los pactos de confidencialidad adoptados entre el titular del secreto empresarial y sus empleados. Sin perjuicio de las debidas matizaciones, creo que las conclusiones alcanzadas

²⁸⁵ MALSBERGER, *Covenants Not to Compete. A State-by-State Survey*, 2007, p. 1341 (Florida, con una ley específica reguladora de los pactos de no competencia), pp. 985, 997 (California, con una ley que parte de la regla general de invalidez de los pactos de no competencia), pp. 1145, 1225, 1287, 1561, 1873 (Connecticut, District of Columbia, Delaware, Georgia, Illionis, con desarrollo jurisprudencial de las condiciones de validez).

²⁸⁶ MALSBERGER, *Covenants Not to Compete. A State-by-State Survey*, 2007, p. 1341, 1145, 1225, 1287, 1561, 1873 (Florida, Connecticut, District of Columbia, Delaware, Georgia, Illionis).

²⁸⁷ GAUL, *NZA* (7), 1988, p. 226 c.d., 229 y ss.; PREIS/REINFELD, *Arbeit und Recht* (12), 1989, p. 368; MOLKENBUR, *BB* (17), 1990, p. 1199; KUNZ, *DB* (49), 1993, p. 2486 c.i.

en este ámbito pueden ser trasladables al resto de casos en los que se producen desequilibrios significativos entre los poderes de negociación de las partes. En los demás casos, las consideraciones aquí realizadas pueden servir, en todo caso, de referente axiológico.

a) El *pacto de confidencialidad* como fuente material del deber penal de reserva

Por lo general, se parte de la base de que las prestaciones integrantes de un pacto de confidencialidad entran dentro de lo disponible a través de la autonomía privada de la persona y que, por tanto, pueden producir efectos jurídicos²⁸⁸. Además, y a diferencia de los pactos de no competencia, se reconoce que su validez no está, en principio, condicionada por el pago de una compensación económica adecuada a la parte que soporta la restricción de sus derechos e intereses²⁸⁹. En efecto, el pacto de confidencialidad es, en teoría, mucho menos restrictivo que el pacto de no competencia en cuanto a limitación de los intereses y derechos del trabajador, pues su cumplimiento es perfectamente compatible con una actividad competitiva del ex trabajador, tanto por su cuenta como por cuenta de otro²⁹⁰.

No obstante, en los EE. UU. se exige, en todo caso, que el pacto de confidencialidad sea una *medida necesaria* para proteger los intereses legítimos del titular del secreto empresarial²⁹¹, requisito que no debería encontrar

²⁸⁸ MOLKENBUR, *BB* (17), 1990, p. 1198 c.i.; GAUL, *NZA* (7), 1988, p. 229 c.i.

²⁸⁹ En Alemania KUNZ, *DB* (49), 1993, p. 2486. En la jurisprudencia alemana, véanse BAG 16.03.1982 – *Thrombosefall* (*BAGE* 41, p. 21), BAG 19.05.1998 – *Kantenbänder* (*NZA* 1999, p. 200). En los EE. UU., véanse, por todos, POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 8.02[1], p. 8-4; PUGH, *Berkeley Technology Law Journal* (17), 2002, p. 236 y ss.; KITCH, *South Carolina Law Review* (47), 1995-1996, pp. 664 y ss., todos con ulteriores referencias jurisprudenciales.

²⁹⁰ Sobre las diferencias entre un pacto de confidencialidad y un pacto de no competencia, véanse, SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, 1997, pp. 193-203; WHALEY, «The inevitable disaster of inevitable disclosure», *University of Cincinnati Law Review* (67), 1999, p. 817.

²⁹¹ PUGH, *Berkeley Technology Law Journal* (17), 2002, p. 236. KITCH habla, en términos similares, de un interés válido del titular del SE en la restricción de los intereses del trabajador: *South Carolina Law Review* (47), 1995-1996, p. 667.

oposición en Alemania siendo coherentes con una solución del conflicto informada por el principio de proporcionalidad.

Además, se encuentra bastante extendida la idea de que, para que este tipo de pactos sean válidos, la información objeto de reserva debe estar *específicamente determinada*. El deber de reserva debe recaer sobre un secreto empresarial concreto y descrito con claridad²⁹². Si recayera sobre varios secretos empresariales, todos deberían ser individualizables e identificados de manera autónoma. En este sentido, resulta significativo que 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, defina el concepto de “conocimientos técnicos” (uno de los posibles objetos de los acuerdos de transferencia de tecnología) como el conjunto de información práctica, derivada de pruebas y ensayos, de carácter secreto, sustancial (esto es, importante y útil para la producción de los productos contractuales) y determinada (art. 1.1.i)). Por “determinada” se entiende que la información esté «descrita de manera suficientemente exhaustiva para permitir verificar si se ajusta a los criterios de secreto y sustancialidad» (art. 1.1.i)iii)).

Ciertamente, el pacto de confidencialidad tiene un impacto limitado en las posibilidades laborales o competitivas del ex trabajador si el deber de reserva (o la prohibición de uso de la información) se refiere a un secreto empresarial muy concreto. Si el deber (o la prohibición de uso) se extiende sobre numerosa información relacionada con un determinado sector de actividad, la premisa de partida deja de ser cierta. Algunos autores, sin embargo, son menos exigentes y se conforman con que la descripción del secreto sea todo

²⁹² En Alemania, WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, 2007, p. 93 nm. 51; MAUTZ/LÖBLICH, «Nachvertraglicher Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen», *MDR*, 2000, p. 69; WERTHEIMER, *BB* (31), 1999, p. 1601; GAUL, *NZA* (7), 1988, p. 693; PREIS/REINFELD, *Arbeit und Recht* (12), 1989, p. 364. En los EE. UU., véanse POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 8.02[1], p. 8-4; PUGH, *Berkeley Technology Law Journal* (17), 2002, p. 236 y ss.; BAST, *William Mitchell Law Review* (25), 1999, pp. 639 y ss.; y KITCH, *South Carolina Law Review* (47), 1995-1996, pp. 664 y ss., todos con ulteriores referencias jurisprudenciales.

lo concreta que las circunstancias del caso permitan²⁹³. No excluyen, por tanto, la posibilidad de dar validez a un pacto de confidencialidad con cláusulas de determinación del alcance material del deber relativamente amplias, en las que no se identifiquen secretos empresariales en particular.

Si bien los tribunales de los diferentes estados integrantes de los EE. UU. no controlan con el mismo rigor el contenido de los pactos de confidencialidad (*non-disclosure agreements*: NDAs), no es menos cierto que en un buen número de ellos la supervisión ejercida es significativa. En esos estados, a los requisitos acabados de mencionar se les añade la exigencia de que el alcance temporal y geográfico del acuerdo sea razonable²⁹⁴.

En Alemania la doctrina ha concentrado sus esfuerzos en la limitación temporal de los pactos de confidencialidad cuando afectan al trabajador por cuenta ajena. Fuertemente condicionados por la solución dada por el legislador a los pactos de no competencia (§§ 74 y ss. HGB), las propuestas de los autores han discurrido por dos vías: la fijación de límites temporales absolutos y el condicionamiento de la extensión temporal del deber a una compensación económica al trabajador. Así, por un lado, se ha propuesto declarar nulo cualquier pacto de confidencialidad que supere determinados límites temporales, que por lo general oscilan entre los 2 y los 5 años, en función del tipo de secreto empresarial²⁹⁵. Algunos, más generosos, han propuesto aplicar analógicamente los límites de los derechos de Propiedad Industrial, que en nuestro país –y en los países de nuestro entorno jurídico-cultural, salvo excepciones²⁹⁶– son los que siguen: 20 años para las invenciones patentables (art. 49 LPat); 10 años para los modelos de utilidad

²⁹³ Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 56; MOLKENBUR, *BB* (17), 1990, p. 1198 c.d.

²⁹⁴ Por todos, BAST, *William Mitchell Law Review* (25), 1999, pp. 639 y ss., con referencias jurisprudenciales.

²⁹⁵ KUNZ propone que el límite sean dos años: *DB* (49), 1993, p. 2486. GAUL propone que sean cinco: GAUL, *NZA* (7), 1988, pp. 230 y ss., 232.

²⁹⁶ Véanse, en relación con la patente y el diseño industrial, el art. 63 del Convenio de Munich sobre Concesión de Patentes Europeas, de 5 de octubre de 1973, y el art. 10 de la Directiva 98/71/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998 sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos. Para los modelos de utilidad, véase el § 23 de la *Gebrauchsmustergesetz*, de 28 de agosto de 1986 (Ley de modelos de utilidad alemana).

(art. 152 LPat); y 5 años, prorrogables hasta un máximo de 25, para los diseños industriales (art. 43 LDInd). A los secretos empresariales de carácter comercial y a los de carácter técnico que no superan los estándares del Derecho de la propiedad industrial se les aplicaría el límite de 2 años previsto para los pactos de no competencia²⁹⁷. Quedan sin una solución expresa los secretos empresariales constitutivos de creaciones intelectuales protegibles a través de los Derechos de autor (Propiedad intelectual en sentido estricto), cuyos límites temporales llegan a los 70 años. Adviértase que, en España y en los países de nuestro entorno jurídico-cultural, los programas de ordenador (*software*) reciben protección jurídica a través de este régimen. Ya hemos criticado en varias ocasiones estas vías de restricción basadas en límites temporales absolutos. Su problema es, básicamente, que dan lugar a una aplicación valorativamente incoherente del tipo de disposición desleal de secreto empresarial.

Por el contrario, a mi modo de ver, resulta axiológicamente mucho más satisfactoria la aplicación del tipo obtenida con la otra vía de solución anteriormente apuntada. A saber: el condicionamiento de la prolongación temporal del deber de reserva a una compensación económica adecuada al trabajador²⁹⁸. La compensación económica del obligado a reserva me parece la vía más equitativa de conciliación de los intereses que subyacen a los casos aquí objeto de análisis. Y no sólo de los individuales, sino también de buena parte de los colectivos. Hasta lo que se ha alcanzado a ver, a menudo la aproximación de la doctrina a los efectos de los pactos de confidencialidad y de los pactos de no competencia para los derechos al trabajo y a la libre competencia del trabajador es absoluta: los pactos de confidencialidad no restringirían la actividad competitiva del trabajador, ni su derecho al trabajo, por lo que no sería preciso compensarles económicamente, mientras que los pactos de no competencia supondrían una restricción absoluta de su actividad competitiva y una restricción muy sustancial de su derecho al trabajo, por lo que su alcance debería limitarse temporalmente y condicionarse a una compensación económica adecuada en todo caso.

En mi opinión, la realidad admite un amplio abanico de matices entre ambos extremos. Salvo contadas excepciones, por lo general la prohibición de

²⁹⁷ PREIS/REINFELD, *Arbeit und Recht* (12), 1989, p. 368 y s.

²⁹⁸ MOLKENBUR, *BB* (17), 1990, p. 1199.

revelar o de usar el secreto empresarial, en tanto que conocimiento competitivamente valioso en un determinado sector empresarial, supondrá una restricción de la competencia y del derecho al trabajo del trabajador. Restricción que, en función de múltiples circunstancias (grado de vinculación del secreto empresarial con los productos o servicios ofrecidos en un determinado sector empresarial: secreto empresarial vinculado a un producto muy específico o secreto empresarial vinculado a una gran categoría de productos, por ejemplo; grado de especialización del trabajador; grado de obsolescencia del secreto empresarial, etc.), va a ser mayor o menor, pero en cualquier caso existente.

Así, entre el pacto de confidencialidad de duración indefinida y no retribuido, excepcionalmente válido (ejemplo: químico de una empresa farmacéutica que desarrolla a lo largo de toda la relación laboral más de 100 fármacos, de los cuales uno, que sirve para curar una enfermedad muy poco común, es constitutivo de secreto empresarial), y el pacto de confidencialidad que, *de facto*, equivale a un pacto de no competencia (por tener, junto con otras características, un alcance material, temporal y territorial tan amplio que supone una restricción absoluta de la actividad competitiva y laboral del ex trabajador), existen un abanico de pactos de confidencialidad que por la relevancia del secreto empresarial en el sector de actividad, el grado de especialización del trabajador, el alcance del deber de reserva y demás circunstancias, pueden consistir, con la debida compensación económica, en una restricción perfectamente razonable de los derechos e intereses del trabajador. La compensación económica adecuada del trabajador constituye, de este modo, uno de los criterios fundamentales para controlar la validez, con base en el principio de proporcionalidad, de los pactos de confidencialidad enmarcables en el abanico de grises entre los dos polos mencionados: la no afectación del derecho al trabajo ni el derecho a la actividad competitiva del trabajador a través de un pacto de confidencialidad y, por otro lado, la restricción de forma absoluta de ambos derechos a través de un pacto de no competencia.

La exigencia de una compensación económica adecuada como forma de resolver los problemas que plantea la inferioridad negocial del trabajador frente al empresario no es una solución extraña en el ámbito de la creación de conocimiento. También el legislador alemán la ha adoptado, junto a otras medidas, en su Ley de invenciones laborales, de 25 de julio de 1957 (*Gesetz über*

Arbeitnehmererfindungen: ArbNErfG). La *ArbErfG* se concibe como una norma de naturaleza social-laboral, aunque especialmente vinculada al Derecho de patentes, dirigida a equilibrar la relación de fuerzas entre trabajador y empresario²⁹⁹. En efecto, se parte de la premisa de que el trabajador se encuentra en una situación de inferioridad negocial por su dependencia social e inferioridad económica respecto de su empleador³⁰⁰. Para reequilibrar las posiciones, el legislador alemán otorga una serie de derechos con carácter indisponible al trabajador. Entre ellos se encuentra el derecho a una remuneración adecuada (*angemessene Vergütung*) cuando el empleador decida ejecutar su derecho de explotación sobre la invención, tanto si se trata de una invención mixta (desarrollada a iniciativa del trabajador pero con medios productivos del empresario)³⁰¹, como si se trata de una invención de servicio (su desarrollo integra de forma sustancial el objeto del contrato de trabajo)³⁰². Lo más significativo es que el legislador alemán también ha otorgado al trabajador el derecho a una remuneración adecuada cuando la invención no sea protegible, ni como patente ni como modelo de utilidad, pero consista en una mejora técnica que da una ventaja competitiva al empresario equivalente a la que le daría una invención protegible (§ 20).

El derecho a una compensación adecuada es irrenunciable (§ 22). Sin embargo, es cierto que, una vez comunicada la invención o la mejora técnica al empleador, el trabajador puede negociar las condiciones de la transmisión de los derechos de explotación con aquél. Con todo, el legislador alemán también ha querido evitar abusos en este espacio de libre disposición abierto a las partes a través del § 23, donde se prevé la nulidad de cualquier acuerdo que pueda considerarse no equitativo (*unbillig*). En este sentido, se considera *unbillig* un acuerdo que fije la remuneración del trabajador por debajo del 50% del importe que le habría correspondido de acuerdo con las reglas legalmente previstas por defecto.

En mi opinión, la decisión valorativa que late detrás del reconocimiento de estos derechos al trabajador es trasladable a la creación de cualquier otro tipo de conocimiento constitutivo de secreto empresarial por parte de un trabajador por

²⁹⁹ KRASSER, *Patentrecht*, 6ª ed., 2009, pp. 392, 393; BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., 2012, *Einleitung* nm. 3; REIMER/SCHADE/SCHIPPEL, *Das Recht der Arbeitnehmererfindung*, 6ª ed., 1993, pp. 69-71; *ArbNErfG-VOLMER/GAUL*, 2ª ed., 1983, *Einleitung* nms. 1-33, 2, 7.

³⁰⁰ BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., 2012, *Einleitung* nm. 3; KRASSER, *Patentrecht*, 6ª ed., 2009, p. 391; REIMER/SCHADE/SCHIPPEL, *Das Recht der Arbeitnehmererfindung*, 6ª ed., 1993, pp. 69-71, 70.

³⁰¹ § 9(1) *ArbNErfG*.

³⁰² § 9(1) *ArbNErfG*.

cuenta ajena o cualquier otra persona que se encuentre en una posición de manifiesta inferioridad negocial ante quien acaba siendo el titular de un derecho de reserva frente a él.

La solución aquí propuesta sirve también para conciliar de la forma más proporcionada posible el conflicto entre los intereses particulares y los colectivos antes mencionados. A mi modo de ver, el modelo aquí defendido es el que mejor se concilia con la lógica del Derecho de la propiedad industrial, según la cual, el inventor recibe protección jurídica, pero a cambio de que enriquezca el estado de la técnica con su conocimiento. En otras palabras: se concede protección a cambio de divulgación. El régimen del secreto empresarial surge como una alternativa a la vía del Derecho de propiedad industrial, probablemente más eficiente en determinados grupos de casos. Pero la opción por el régimen del secreto empresarial no puede convertirse en una forma de eludir el nivelamiento de intereses contrapuestos (los del titular – los de la sociedad) que persigue el Derecho de la propiedad industrial. El titular del secreto empresarial no debería conseguir la protección jurídica a cambio de nada, peor: a costa del sacrificio de los intereses de los competidores, de los trabajadores, del resto de participantes en la actividad empresarial y de la sociedad en general. Al contrario, la protección jurídica del secreto empresarial debería condicionarse a que el titular haya aportado algo, ya sea en forma de protección privada (costeándose él mismo un cierto grado de protección – lógica del modelo interpretativo aquí defendido para el art. 278 Cp), ya sea compensando económicamente a quienes hace renunciar a sus derechos o intereses (que también puede considerarse una forma de autoprotección – lógica del modelo interpretativo aquí defendido para el art. 279 CP).

Es cierto que, con la mera comercialización del producto o servicio relacionado con el secreto empresarial, el titular ya aporta algo positivo a la sociedad: los frutos del conocimiento innovador. Pero esta aportación no es en absoluto gratuita, sino que el producto o servicio se comercializa de forma onerosa. Por ello, el nivelamiento debería conseguirse a través de un reparto de los deberes de protección del secreto empresarial entre la sociedad y quien

pretende que se le reconozca jurídicamente un derecho de exclusión frente a terceros³⁰³.

Hay que advertir que, desde la perspectiva aquí defendida, basada en una concepción deontológica del injusto penal, no es adecuado fijar el momento de intervención del régimen jurídico de protección del secreto empresarial en el momento en que la adopción de una medida adicional de (auto)protección –un incremento en la cuantía de la compensación económica del trabajador, por ejemplo– resulte antieconómica, por salir más a cuenta renunciar al secreto empresarial que protegerlo³⁰⁴. Sin embargo, el grado de reprochabilidad (penal) de la deslealtad sí puede (y debe) vincularse a la entidad de las medidas de autoprotección defraudadas, como por ejemplo un pacto de confidencialidad dotado de una sustanciosa compensación económica.

b) La distinción entre secreto empresarial y conocimiento y experiencia del trabajador

Desde hace algunos años, en la jurisprudencia penal (menor) proliferan resoluciones en materia de violación de secretos empresariales en las que se

³⁰³ De forma similar, consideran que el régimen jurídico-privado de protección de los secretos empresariales conseguiría ser más equitativo si repartiera los costes de la protección del SE entre el empresario titular y el trabajador a través de la compensación forzosa de éste último, cuando se le restrinja su derecho al trabajo o a la libertad de empresa: LOWRY, «Inevitable Disclosure Trade Secret Disputes: Dissolutions of Concurrent Property Interests», *Stanford Law Review* (40), 1987-1988, pp. 535 y ss.; PASSI, «Compensated injunctions: a more equitable solution to the problem of inevitable disclosure», *Berkeley Technology Law Journal* (27), 2012, *passim*. El modelo interpretativo aquí propuesto para el delito de disposición desleal de SE ajeno del art. 279 Cp va en la misma línea, pues el deber de autoprotección del titular del SE con el que éste contribuiría en los costes de protección del SE consiste, fundamentalmente, en el pago de una compensación económica adecuada al sujeto que quiera someter a un deber penal de reserva, a menos que éste haya renunciado libremente a ella.

³⁰⁴ Propone justo lo contrario en relación con el régimen jurídico-privado de protección de los secretos empresariales en los EE. UU., POSNER, *Harvard Law Review* (106), 1992, p. 472 y ss.

encuentran afirmaciones que, si no iguales, son muy similares a las que siguen:

«...la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 24-11-2006, con relación a la competencia desleal, señala que no pueden ser objeto de secreto empresarial aquellas informaciones que forman parte de las habilidades, capacidades y experiencias profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aún [*sic*] cuando dichas habilidades o capacidades se hayan adquirido en el desempeño de un puesto determinado o de unas concretas funciones desarrolladas para un determinado empleador»³⁰⁵.

La postura de la Sala primera del Tribunal Supremo³⁰⁶ en la que se fundamenta esta línea jurisprudencial penal se ha visto, al menos en parte, reafirmada en una sentencia reciente de aquella misma sala:

«Pero claro está que la experiencia profesional del empleado no puede considerarse un secreto empresarial de la empresa empleadora ni, desde luego, es exigible que quien deja una empresa para trabajar en otra dedicada a la misma actividad prescindiera absolutamente, como parece pretenderse en este fundamento del recuso [*sic*], de todo lo aprendido en la primera, ya que esto equivaldría a la eliminación del propio concepto de experiencia profesional como factor relevante de todo currículum orientado a obtener un puesto de trabajo»³⁰⁷.

La distinción entre el concepto de secreto empresarial y los conocimientos y experiencias del trabajador ha sido una cuestión históricamente recurrente en la bibliografía sobre violación de secretos empresariales. Ya en el año 1931 Arno BLUM afirmaba que, si bien en un plano teórico quizá fuera posible trazar algún tipo de distinción entre ambos conceptos, en la práctica el amplio concepto de secreto empresarial manejado en Alemania convertía la distinción en una empresa destinada al más absoluto fracaso. En su opinión, las dos únicas vías para proteger los secretos empresariales frente a los

³⁰⁵ SAP Santiago de Compostela de 29 de junio de 2012, p. Gómez Rey. Iguales o muy similares: AAP Madrid de 29 de febrero de 2012, p. Molina Marín; AAP Lleida de 14 de diciembre de 2011, p. Segura Sancho; AAP Teruel de 22 de noviembre de 2011, p. Hernández Gironella; SAP A Coruña de 25 de marzo de 2011, p. Taboada Caseiro; AAP Madrid de 15 de octubre de 2008, p. Aizpurua Biurrarena.

³⁰⁶ STS, Sala 1ª, de 24 de noviembre de 2006, p. Montes Penadés FJ 9º.

³⁰⁷ STS, Sala 1ª, de 21 de febrero de 2012, p. Marín Castán, FJ 6º.

antiguos empleados eran, o bien el borrado de la información de la mente del trabajador, medida para la cual aún no se había inventado una máquina adecuada –hoy parece que seguimos sin tal artilugio–³⁰⁸, o bien la adopción de un pacto de no competencia³⁰⁹. Un año atrás KOHLRAUSCH advertía de que la posibilidad de distinguir entre secreto empresarial y conocimiento y experiencia es condición necesaria para poder extender más allá de la vigencia de la relación laboral el deber (penal) de reserva³¹⁰.

Hoy, casi un siglo después, los grupos de casos relacionados con la supuesta dificultad de distinción entre los conocimientos y experiencias del ex trabajador y los secretos empresariales del ex empleador distan de gozar de soluciones claras y consistentes por parte de doctrina y jurisprudencia³¹¹. Sin embargo, tal y como Eberhard SCHMIDT defendió ya en los años treinta, la distinción es factible con un concepto restrictivo de secreto empresarial, como el que él mismo impulsó con el interés objetivo cualificado de la información como requisito configurador del concepto³¹².

En realidad, todo depende de cómo se defina el concepto de conocimiento y experiencia del trabajador. Probablemente, la expresividad de los términos que conforman este concepto ha sido una de las razones por las que la doctrina especializada ha eludido una discusión seria sobre su definición, pero tenerla habría facilitado mucho la solución de los grupos de casos vinculados a la supuesta dificultad de distinción entre este concepto y el de secreto empresarial. Recientemente, SUÑOL LUCEA ha realizado una importante aportación en esta línea. En su opinión, bajo el concepto de conocimiento y experiencia del trabajador cabe incluir: las *habilidades personales del trabajador* (capacidad de razonamiento, creatividad, capacidad de previsión, iniciativa, capacidad de liderazgo, carisma, capacidad de persuasión,

³⁰⁸ Y aunque contáramos con él, sería muy discutible que su utilización fuera jurídicamente admisible.

³⁰⁹ «Der Schutz des Betriebsgeheimnisses als gesetzgeberisches Problem», *Markenschutz und Wettbewerb* (9), 1931, pp. 484 y ss.

³¹⁰ *ZStW*, 1930, pp. 50-52.

³¹¹ Véanse, por todos, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 247-284; Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 59; FELDMAN, *High Technology Law Journal* (9), 1994, pp. 165-171.

³¹² Eb. SCHMIDT, en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, pp. 121-140.

fiabilidad, constancia, etc.); los *conocimientos generales del correspondiente sector de actividad* en el que ha trabajado o en el que se ha especializado y que el trabajador ha hecho suyos; así como, con matices³¹³, *los secretos empresariales* de los empresarios por los que ha trabajado y que, o le resultan *imprescindibles* para ejercer su especialización, o le han quedado grabados de forma natural en su *memoria*, o bien los ha *internalizado* «de tal modo que una vez aprendida [la información constitutiva de SE] resulta inexorablemente absorbida por esa esfera de habilidades y demás conocimientos inseparables de su persona»³¹⁴. Denominador común de los tres tipos de conocimientos y experiencias que integran el concepto de conocimiento y experiencia del trabajador es el hecho de que se trata de informaciones, rasgos o capacidades inextricablemente unidos a la persona del trabajador, de los cuales no puede separarse.

Si, a diferencia de SUÑOL LUCEA, se considera que el concepto de conocimiento y experiencia del trabajador solamente integra los dos primeros tipos de conocimientos y habilidades mencionados por la autora, a saber, sus habilidades personales y los conocimientos generales del sector que ha internalizado, la distinción con el concepto de secreto empresarial no debería generar ningún tipo de problema. Esta clase de conocimientos y habilidades no reúnen, en ningún caso, los requisitos configuradores del concepto de secreto empresarial, ni los del penal, ni los del jurídico-privado, por lo que la distinción conceptual debería ser meridianamente clara, tanto en la teoría como en la práctica. Si, por el contrario, se comparte el concepto de conocimientos y experiencia de la mencionada autora, la distinción tampoco debería ser problemática, pues simplemente se trata de conceptos que, a veces, se solapan. El solapamiento tiene lugar cuando el conocimiento o experiencia se corresponde con el secreto empresarial de un antiguo empleador. En estos casos, el problema no es de distinción conceptual entre conocimiento y experiencia y secreto empresarial, sino de las consecuencias jurídicas que se atribuyan al hecho de que entre los conocimientos y

³¹³ En relación con la información memorizada de forma natural, SUÑOL LUCEA advierte que la memorización espontánea, por sí sola, no es razón suficiente para considerar la información constitutiva de Conocimiento y experiencia del trabajador. Será necesario que, además, la prohibición de su uso o revelación suponga una restricción inadmisiblemente de su derecho al trabajo o desarrollo profesional, o a su derecho a la libertad de empresa (p. 271).

³¹⁴ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 254-280, p. 275.

experiencias de un trabajador figure el secreto empresarial de uno de sus ex empleadores.

La consecuencia jurídica que suele asignarse al solapamiento entre conocimiento y experiencia y secreto empresarial es la exclusión del régimen de protección del secreto empresarial. Esta es la opción defendida por SUÑOL LUCEA cuando el secreto empresarial es imprescindible para el ejercicio de la especialización del trabajador o cuando la información se encuentra tan internalizada por éste, que cumplir con un deber de reserva o prohibición de uso supondría renunciar a su profesión u oficio³¹⁵. De forma mucho menos distintiva, ésta también es la postura sostenida por la jurisprudencia civil y penal arriba comentada.

Desde la perspectiva aquí defendida, no es esta la solución más razonable ni más proporcionada del conflicto de intereses que subyace a este grupo de casos. Ciertamente, puede que así lo sea en el ámbito jurídico-privado, donde las condiciones de surgimiento y alcance del deber de reserva pueden ser más laxas que en el ámbito penal. Como se ha visto en relación con el ilícito jurídico-privado de disposición desleal de secreto empresarial (art. 13.1 LCD), un deber genérico de buena fe podría dar lugar a un deber de reserva de forma legítima, por ejemplo. Sin embargo, el objetivo de este trabajo no es proponer un modelo de interpretación del ilícito jurídico-privado de disposición desleal de secreto empresarial, sino del jurídico-penal. Y de acuerdo con la investigación realizada en este trabajo, expuesta en los apartados anteriores, el contenido de injusto de los tipos penales de disposición desleal debe basarse en la vulneración de un compromiso de reserva asumido de forma cualificada (asunción expresa o concluyente, precisa respecto del alcance y debidamente compensada económicamente) o en la vulneración de una función pública fundamental para el mantenimiento de la configuración normativa de nuestra sociedad.

Por ello, a mi modo de ver, castigar penalmente a un trabajador que ha vulnerado un deber penal de reserva fundamentado por alguna de las dos vías acabadas de mencionar (asunción cualificada o función pública fundamental) no resulta ilegítimo, por desproporcionado, cuando el secreto empresarial revelado o usado en provecho propio constituye, a su vez, un

³¹⁵ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 260-280.

conocimiento y experiencia del trabajador de acuerdo con la definición de conocimiento y experiencia propuesta por SUÑOL LUCEA.

En primer lugar, y en relación con el primer grupo de secretos empresariales considerados conocimientos y experiencias del trabajador, porque la información que resulte imprescindible para el ejercicio de la especialidad del trabajador no puede ser constitutiva de secreto empresarial, a menos que la especialidad del trabajador se circunscriba al desarrollo o implementación del concreto secreto empresarial. Si la información resulta imprescindible para el ejercicio de una determinada especialidad significa que se trata de un conocimiento general del sector, por lo que en ningún caso puede satisfacer el requisito de secreto, configurador del concepto de secreto empresarial. Si, en realidad, lo que sucede es que la especialidad del trabajador se reduce al desarrollo o implementación del secreto empresarial de su ex empleador, quizá el problema sea de sobreespecialización del trabajador, pero no de restricción de su capacidad competitiva por parte de su ex empleador a través de un pacto de confidencialidad. El ex trabajador siempre podrá competir con su ex empleador, ya sea por su cuenta, ya sea a través de un tercero, sin recurrir al secreto empresarial. No de otra forma concurrirán con su ex empleador el resto de competidores y sus respectivos empleados. Ciertamente, es posible que el problema se presente porque el ex empleador ostenta una posición de monopolio o cuasi monopolio en el mercado, ya sea porque, precisamente, el hecho de poseer el secreto empresarial le ha colocado en dicha posición, ya sea por otras causas. Sin embargo, no se ve por qué esta circunstancia debería colocar al titular del secreto empresarial en peor posición que los titulares de secretos empresariales vinculados a productos o servicios de mercados no (cuasi)monopolísticos, especialmente cuando la situación de monopolio se debe, justamente, al haber innovado con el secreto empresarial.

En segundo lugar, porque el hecho de que la información se encuentre inextricablemente ligada a la persona del trabajador, de forma que éste no pueda separarse de ella y, lo que es más importante, que no pueda ejercer su profesión sin tenerla en cuenta, no son razones suficientes como para anular un pacto de confidencialidad con un alcance preciso y claramente delimitado, dotado de una compensación económica al trabajador absolutamente proporcionada a la restricción que supone de sus derechos. Tanto es así, que el hecho de considerar conocimiento y experiencia del trabajador los secretos

empresariales que ha internalizado podría resultarle altamente contraproducente. Piénsese en el siguiente ejemplo: un ingeniero químico desarrolla un producto completamente nuevo en el mercado para su empleador. El empresario pacta con el ingeniero un compromiso de confidencialidad y prohibición de uso de la nueva fórmula territorialmente ilimitado y temporalmente limitado al tiempo que la fórmula se mantenga en secreto, todo ello compensado con una suma de 200.000 euros anuales o el 0,01% de los beneficios netos cuando esta cifra sea superior a la anterior. El ingeniero no tiene ni los medios ni las ganas de explotar la información por su cuenta mientras que, por otro lado, ninguna empresa potencialmente competidora puede ofrecerle mejor retribución. ¿Deberíamos considerar la fórmula desarrollada por el ingeniero un conocimiento y experiencia excluido del régimen de protección del secreto empresarial, de forma que adoptar un pacto de confidencialidad con las condiciones descritas representara un acto de irracionalidad por parte de la empresa, pues el trabajador, en cualquier caso, podría incumplirlo de forma legal por constituir la información un conocimiento y experiencia?

c) La doctrina de la revelación inevitable (*inevitable disclosure doctrine*)

En realidad, el problema que plantean los secretos empresariales que han sido internalizados por el trabajador no es el de la falta de legitimidad de un eventual pacto de confidencialidad que le someta a reserva o le prohíba el uso de la información, sino otro, de carácter fundamentalmente práctico. En principio, un pacto de confidencialidad prohíbe revelar la información a terceros o usarla en provecho propio, pero no impide trabajar para una empresa de la competencia o competir con el ex empleador de manera autónoma. No obstante, un trabajador que ha hecho suyo el secreto empresarial de forma que no puede deshacerse de él, sino que lo tiene integrado en su memoria y en sus esquemas de razonamiento, difícilmente puede cumplir con un pacto de confidencialidad si decide trabajar para un competidor de su ex empleador o hacerle la competencia.

Para liberar al titular del secreto empresarial del enorme riesgo que supone que un ex trabajador suyo que ha internalizado el secreto empresarial lo revele o lo use en provecho propio de forma inevitable a pesar de estar sometido a un deber de reserva, en los EE. UU. algunos tribunales, en aplicación de lo que se ha dado en llamar “doctrina de la revelación

inevitable” (*inevitable disclosure doctrine*), han prohibido a los ex trabajadores trabajar para un competidor o ejercer una actividad competitiva por su cuenta, o les han obligado a cesar tales conductas. De acuerdo con la *section 2(a)* de la UTSA³¹⁶, los tribunales pueden prohibir tanto la violación actual del secreto empresarial (*actual misappropriation*) como el riesgo de violación (*threatened misappropriation*). Por su parte, la “doctrina de la revelación inevitable” consiste en un conjunto de consideraciones que permitirían concluir que, en determinados casos, fundamentalmente cuando el ex trabajador hubiera internalizado el secreto empresarial durante la relación laboral, es imposible que éste ejerza una actividad competitiva por su cuenta, o que trabaje por uno de los competidores del ex empleador, sin usar o revelar el secreto empresarial³¹⁷. Así, con base en la doctrina de la *inevitable disclosure*, algunos tribunales de los EE. UU. han impedido a un trabajador establecerse por su cuenta o trabajar por una empresa de la competencia por riesgo de violación del secreto empresarial (*threatened misappropriation*), y ello a pesar de no haber firmado ningún pacto de no competencia (!) sino, a lo sumo, uno de confidencialidad³¹⁸.

La doctrina está lejos de ser aplicada de manera uniforme por los tribunales de los estados integrantes de los EE. UU. De hecho, los tribunales de algunos estados se han opuesto explícitamente a su aplicación por considerarla axiológicamente inaceptable: supone una restricción desproporcionada de los derechos del trabajador y de los intereses de la

³¹⁶ Propuesta de regulación jurídico-privada para la protección de los secretos empresariales de manera uniforme en todo el territorio jurisdiccional de los EE. UU., elaborada por la Conferencia Nacional de Comisionados para la adopción de Leyes Estatales Uniformes (*National Conference of Commissioners on Uniform States Law*), el 1985. La UTSA ha sido adoptada, en mayor o menor medida, por una buena parte de los estados integrantes de la federación: véase, en este sentido véase MALSBERGER, *Trade Secrets. A State-by-State Survey*, 3ª ed., vol. II, 2005, Appendix B, p. 3093 y ss.

³¹⁷ OTTEN, «The inevitable disclosure doctrine in Illinois: is it an inevitable mistake?», *The John Marshall Review of Intellectual Property Law* (2), 2003, p. 382 y s.

³¹⁸ PASSI, «Compensated injunctions: a more equitable solution to the problem of inevitable disclosure», *Berkeley Technology Law Journal* (27), 2012, pp. 933-936.

sociedad en la movilidad laboral y en la circulación del conocimiento³¹⁹. Por lo que se refiere al mundo académico, la doctrina de la revelación inevitable ha levantado ampollas³²⁰. Aunque, al final, un buen número de autores acaban formulando meras enmiendas parciales a la misma, con modelos de aplicación algo más distintivos y restrictivos que los hasta ahora empleados por parte de la jurisprudencia³²¹.

El principal problema de la doctrina de la revelación inevitable es que convierte el deber de reserva en una prohibición de competencia. De este modo, se coloca en mejor posición al empresario titular de un secreto empresarial que no ha negociado un pacto de no competencia con su ex trabajador que al empresario que sí lo ha hecho y que, además, tendrá que superar los estrictos estándares de validez desarrollados por doctrina y jurisprudencia si quiere hacerlo ejecutar por vía jurisdiccional³²². Por ello, entre los autores que tratan de “salvar” la doctrina de la *inevitable disclosure* se ha propuesto, a mi modo de ver correctamente, que las órdenes de cesación o prohibiciones de establecerse por cuenta propia en competencia con el titular del secreto empresarial o de trabajar/colaborar con alguno de sus competidores, vayan acompañadas de la debida compensación económica³²³.

³¹⁹ WIESNER, «A State-by-State Analysis of Inevitable Disclosure: A Need for Uniformity and a Workable Standard», *Marquette Intellectual Property Law Review* (16), 2012, pp. 217 y ss.

³²⁰ EDELSTEIN, «Intellectual slavery?: the doctrine of inevitable disclosure of trade secrets», *Golden Gate University Law Review* (26), 1996, pp. 717-736.

³²¹ WIESNER, «A State-by-State Analysis of Inevitable Disclosure: A Need for Uniformity and a Workable Standard», *Marquette Intellectual Property Law Review* (16), 2012, pp. 228 y ss.; ROWE, «When Trade Secrets Become Shackles: Fairness and the Inevitable Disclosure Doctrine», *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property* (7), 2005, pp. 207 y ss.; OTTEN, *The John Marshall Review of Intellectual Property Law* (2), 2003, pp. 393 y ss.; WHALEY, *University of Cincinnati Law Review* (67), 1999, p. 820.

³²² WHALEY, *University of Cincinnati Law Review* (67), 1999, p. 820.

³²³ PASSI, «Compensated injunctions: a more equitable solution to the problem of inevitable disclosure», *Berkeley Technology Law Journal* (27), 2012, *passim*; WHALEY, *University of Cincinnati Law Review* (67), 1999, p. 851; LOWRY, «Inevitable Disclosure Trade Secret Disputes: Dissolutions of Concurrent Property Interests», *Stanford Law Review* (40), 1987-1988, pp. 535 y ss.

A los efectos de la tesis aquí defendida, la doctrina de la revelación inevitable pone probablemente en evidencia que los pactos de confidencialidad no son el instrumento de protección más eficaz de los secretos empresariales. No obstante, ello no debería traducirse en un relajamiento de las condiciones de aplicación de los tipos de disposición desleal del secreto empresarial, cuyo contenido de injusto se basa, precisamente, en la vulneración de este tipo de pactos. En cualquier caso, no en el ámbito jurídico-penal. En este sentido conviene dejar claro que la existencia de un contexto de revelación inevitable nunca podrá considerarse prueba de cargo de la revelación o uso en provecho propio de la información. A lo sumo, podrá considerarse indicio de ello.

A los efectos de esta investigación, la doctrina de la revelación inevitable debería servir, más bien, para poner nuevamente de manifiesto que la mejor forma de resolver el conflicto de intereses subyacente en todo caso de protección de secretos empresariales es tratar de repartir equitativamente los costes de la protección de la información entre el titular de la misma, aquellos a quienes éste pretende prohibir el uso o revelación. Como se ha visto, también aquí la compensación a los terceros a quienes se quiere prohibir el uso o revelación de la información³²⁴ parece la mejor vía para articular este reparto. Esta es, precisamente, la dirección a la que apuntan las propuestas doctrinales que han estudiado estos grupos de casos.

d) La compensación económica adecuada en un pacto de confidencialidad

La determinación de la cuantía de la compensación que, por lo general, va a ser económica, aunque no tiene por qué ser necesariamente así, es, obviamente, una de las cuestiones clave en la concreción del modelo de interpretación aquí propuesto. Sin embargo, no voy a tratar de establecer fórmulas que determinen de forma exacta la cuantía compensatoria que objetivamente se considera adecuada en cada caso concreto. El riesgo de incurrir en arbitrariedades me parece evidente. Al contrario, la determinación de la compensación debería llevarse a cabo teniendo en cuenta varios

³²⁴ Evidentemente, en determinados grupos de casos, la solución equitativa del conflicto no pasará por la compensación económica al tercero obligado a reserva para merecer la protección jurídica del secreto empresarial.

factores relacionados con el conflicto de intereses subyacente. A saber: el grado de restricción de la libertad de trabajo y de competencia del obligado a reserva; el valor del capital humano del obligado (formación, conocimientos, experiencia, contactos, capacidad de trabajo, etc.) en el mercado; la contribución de las partes en la generación de la información; el grado de retribución al obligado por la cesión de los derechos sobre la información, en caso de que hubiera contribuido en su creación (el valor del secreto empresarial en el mercado será muy relevante en la consideración de este factor); etc.

e) Los pactos de no competencia como fuente de un deber penal de reserva

Probablemente el pacto de no competencia sea el ejemplo paradigmático de asunción concluyente de un compromiso de reserva por parte de quien se obliga a no competir. El mantenimiento bajo reserva de los secretos empresariales de aquél con quien se pacta la restricción de competencia constituye una de las obligaciones nucleares del pacto de no competencia, pues el uso o revelación del secreto empresarial es un acto que, si no es concurrencial en sí mismo –puede haberse revelado la información simplemente para dañar al titular del secreto empresarial– tiene, indudablemente, efectos concurrenciales.

Así lo han entendido doctrina³²⁵ y jurisprudencia en relación con el pacto de no competencia en el marco de la relación laboral. La Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya lo expresó en su sentencia de 11 de abril de 2000³²⁶, con una formulación que ha sido posteriormente reproducida por la misma sala y sus homólogas de otras comunidades autónomas:

³²⁵ En España, por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 80; PEDRAJAS MORENO/SALA FRANCO, *El pacto de no concurrencia postcontractual*, 2005, pp. 34-36, 38-40, 39; NOGUEIRA GUASTAVINO, *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, 1998, p. 135 y ss., *a fortiori*. En Alemania, por todos, RICHTERS/WODTKE, *NZA-Rechtsprechungs-Report* (6), 2006, p. 283 c.d.; MOLKENBUR, *BB* (17), 1990, p. 1197 c.i.; PREIS/REINFELD, *Arbeit und Recht* (12), 1989, p. 21; . En los EE. UU., por todos, *Restatement (Third) of Unfair Competition*, 1995, § 41 *comment d*.

³²⁶ Ponente: Quetcuti Miguel, FJ 2º.

«[E]s preciso señalar respecto de tal institución que el pacto de no competencia lo regula el art 21 del ET como supuestos excepcionales en que puede limitarse la plena libertad del trabajador por la empresa con quien estuvo vinculado aún después de extinguida la relación laboral, y con ello se pretende proteger los legítimos intereses de la empleadora en orden a que otras entidades puedan beneficiarse de sus secretos profesionales o usurparles la clientela o aprovecharse de la formación especializada que el trabajador ha obtenido»³²⁷.

Por eso, no puede compartirse la postura de quienes defienden lo contrario, con base en el argumento de que, en el pacto de no concurrencia, el «sujeto no se obliga a guardar silencio sobre lo conocido en la empresa, sino, más bien, a no entrar en competencia con aquélla, realizando la misma o semejante clase de actividad que desarrollaba para su antiguo empleador»³²⁸. En esta misma línea, resultan llamativas las manifestaciones contenidas al respecto en un Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de febrero de 2007³²⁹:

«Es evidente que el denunciado no tenía suscrito una cláusula o contrato u obligación expresa de guardar dicha reserva. Se ha aportado por la parte apelante el contrato de trabajo (folio 123) y un contrato añadido al anterior (folio 126) que contenía un expreso pacto de no competencia. Ahora bien no es lo mismo un pacto de no competencia, que obliga a no trabajar para otra empresa del sector durante cierto tiempo a cambio de una contraprestación económica, que un expreso pacto de reserva, de salvaguarda de información, de obligación de no revelar secretos de empresa (cláusula de confidencialidad). Precisamente la existencia de ese pacto de no competencia, implica que no existía una obligación contractual de guardar secreto, pues de existir, se habría aportado a las actuaciones. En ello basa, precisamente, el Ministerio Fiscal su argumento favorable al archivo de las actuaciones».

³²⁷ En el ámbito de lo social: STSJ Aragón, Sala de lo social, de 4 de julio de 2012, p. Mora Mateo, FJ 2º; STSJ Catalunya, Sala de lo social, de 23 de noviembre de 2010, p. Martínez Fons, FJ 2º; STSJ Catalunya, Sala de lo social, de 14 de marzo de 2006, p. Aragó Gassiot, FJ 4º; STSJ Navarra, Sala de lo social, de 30 de abril de 2001, p. Santos Martín, FJ 3º. En el ámbito de lo penal: SAP Granada, de 24 de octubre de 2006, p. Ginel Pretel, FJ 3º.

³²⁸ CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, p. 228 y s.

³²⁹ AAP Madrid, de 2 de febrero de 2007, p. Cubero Flores.

En cualquier caso, es importante subrayar que el hecho de que el pacto de no competencia pueda ser fuente de un deber penal de reserva no significa que su vulneración (ir a trabajar para la competencia o ejercer actividad concurrencial por sí mismo) dé lugar, automáticamente, a la violación de dicho deber. Trabajar para la competencia o crear una nueva empresa con idéntico o similar objeto social que el titular del secreto empresarial puede ser indicio de la revelación o del uso en provecho propio de la información, pero bajo ningún concepto prueba de cargo de ello.

6.2. El ejercicio de una función pública fundamental

El modelo interpretativo aquí propuesto parte de una determinada concepción del contenido de injusto de los delitos de violación de secreto empresarial. Así, el contenido de injusto de los tipos de espionaje industrial (art. 278 Cp) entiendo que puede consistir, o bien en la infracción de un deber negativo, o bien en la de un deber positivo de gravedad equivalente³³⁰, en ambos casos junto con la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

En este sentido, como infracción de un deber negativo, los tipos de espionaje industrial (art. 278 Cp) consisten en la arrogación de un ámbito de organización ajena. En el plano naturalístico, existen numerosos supuestos de hecho que permiten advertir de forma muy clara la estructura normativa del injusto de espionaje industrial como infracción de un deber negativo. Así, por ejemplo, la intromisión de un tercero en las instalaciones del titular del secreto empresarial y la sustracción de los ficheros en los que se encuentra documentada la información. Normativamente, esta concepción del injusto de espionaje industrial también se puede describir como la creación y dirección (dominio) de un riesgo penalmente desaprobado contra el bien jurídico protegido. Descripción que también encuentra una clara traducción en el plano naturalístico: el tercero que se introduce subrepticamente en las instalaciones del titular del secreto empresarial y acto seguido sustrae la

³³⁰ En relación con todos los delitos de comisión, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 7/70 y s.; SEELMANN, «Intereses de la víctima y responsabilidad por la acción en la dogmática de los deberes de garante», en EL MISMO, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2013, p. 168 y s.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 116 y ss., 120; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 174-178.

información documentada crea un riesgo de lesión de la configuración leal del mercado relevante en el que opera el titular del secreto empresarial.

Teniendo en cuenta que las penas previstas para los tipos de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp) son muy similares a las previstas para los tipos de espionaje industrial (art. 278.2 Cp), y que, de acuerdo con el modelo aquí propuesto (ver *infra* VII.7), la mayor penalidad del tipo de espionaje industrial con revelación (art. 278.2 Cp) se debe a la mayor peligrosidad de la comunicación a terceros hecha a través de soportes materiales de la información, entiendo que el contenido de injusto de los tipos de disposición desleal de secreto empresarial también debe fundamentarse en la infracción de un deber negativo o en la de uno positivo de gravedad equivalente, en ambos casos junto con la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Sin embargo, en los tipos de disposición desleal de secreto empresarial, la concepción del injusto como arrogación de un ámbito de organización ajena (infracción de un deber negativo) es menos evidente, tanto desde una perspectiva naturalística como normativa, que en los tipos de espionaje. En los casos de disposición desleal no se produce una intromisión en la esfera de organización ajena seguida de la sustracción de la información. En estos supuestos el secreto empresarial se conoce de forma legítima, con autorización del titular. Ello nos ha obligado a buscar un acto de organización normativamente equivalente a la intromisión en la esfera de organización ajena. Este acto de organización lo hemos encontrado en la asunción de un compromiso de reserva que provoca la bajada de las barreras de protección del titular frente al potencial sujeto activo de los tipos de disposición desleal. Bajada de las barreras de protección que, en el plano naturalístico, se corresponde con la comunicación de la información al tercero. En el plano normativo, la defraudación del compromiso de reserva se considera equivalente a la intromisión en la esfera de reserva ajena seguida de la sustracción y posterior revelación del secreto empresarial. La equivalencia en el plano normativo no sólo es axiológica, sino también estructural, cuando la asunción supone la efectiva retirada y/o exclusión de las medidas de protección del bien jurídico desplegadas por el titular o por terceros.

Ante la gravedad de las penas previstas para los tipos de disposición desleal de secreto empresarial, y en atención a todas las consideraciones sistemático-teleológicas, político-criminales y de Derecho comparado realizadas en el apartado *supra* VII.4, hemos concretado las condiciones de surgimiento del deber penal de reserva de forma especialmente restrictiva. Como se ha tratado de exponer, en el modelo interpretativo aquí propuesto la asunción del compromiso puede ser expresa o concluyente, pero debe ser clara en cuanto a su alcance temporal, geográfico y material, además de ir acompañada de una compensación proporcional a la restricción de los derechos a la libertad de empresa y/o de trabajo del obligado.

Con este modelo interpretativo, el estándar de relevancia penal se eleva considerablemente respecto del manejado por la Sala segunda del Tribunal Supremo en sus dos últimas sentencias en materia de violación de secreto empresarial³³¹. Estándar de la Sala segunda que, como hemos visto (*supra* VII.3.2), desde 2009 ha sido adoptado por numerosas Audiencias Provinciales. Sin embargo, a mi juicio, en el tráfico económico entre privados solamente la defraudación de un compromiso de reserva claramente delimitado y debidamente compensado merece las penas previstas por el delito de disposición desleal de secreto empresarial.

Con todo, la participación en el tráfico económico no se limita a los contactos entre privados. A menudo los contactos se producen con la Administración pública. En ocasiones, estos contactos no sólo resultan necesarios para una participación plena y adecuada en el tráfico económico (demanda de violación de secreto empresarial ante la jurisdicción civil, por ejemplo), sino que son jurídicamente obligatorios (inspecciones de sanidad, medio-ambientales, fiscales, etc.).

Normalmente, en estos supuestos de comunicación necesaria u obligatoria del secreto empresarial a representantes de las administraciones públicas, no se produce una asunción expresa del compromiso de reserva por parte del funcionario público, ni mucho menos una compensación por ello de parte del titular del secreto empresarial. De hecho, la compensación podría incluso

³³¹ STS de 16 de diciembre de 2008, p. Delgado García; STS de 12 de mayo de 2008, p. Monterde Ferrer.

llegar a ser ilegal, si no constitutiva del tipo objetivo del delito de cohecho (art. 420 Cp).

Sin embargo, si el contenido de injusto de los tipos de disposición desleal de secreto empresarial se concibe exclusivamente como la infracción de un deber negativo, estos supuestos deberían quedar fuera del alcance de tales tipos. En efecto, una concepción coherente y consistente del deber negativo debería negar la tipicidad, a los efectos del art. 279 Cp, de la conducta del funcionario que revela el secreto empresarial a terceros sin haber asumido previamente ningún compromiso específico de reserva. Cualquier propuesta de interpretación que tratara de encontrar en la conducta del funcionario un acto de asunción conduce irremediabilmente a una desnaturalización del concepto de asunción estructural y valorativamente inaceptable desde el plano normativo³³².

Así, de acuerdo con una interpretación de los tipos de disposición desleal de secreto empresarial como de exclusiva infracción de un deber negativo, la única forma de castigar penalmente la conducta del funcionario sería a través de un tipo penal previsto por el legislador, en el que se criminalizara expresamente la infracción del deber positivo por parte del funcionario³³³. A mi modo de ver, y en este sentido me adhiero a los planteamientos del profesor JAKOBS, entiendo que los tipos de la parte especial que tradicionalmente se han interpretado como tipos de dominio o de infracción de un deber negativo también pueden ser imputados por la infracción de un deber positivo de gravedad equivalente a la infracción del deber negativo³³⁴. Esto no significa que comparta la postura de JAKOBS en relación con todos los concretos deberes positivos cuya infracción considera de gravedad equivalente a la del deber negativo³³⁵. En lo que sí coincido es en considerar

³³² En esta línea, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 187 y ss., 188; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 153-173.

³³³ ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, p. 14; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 475 y ss.

³³⁴ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 7/56 y s., 7/70 y s., 29/57 y ss. En España, en la misma línea, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 120.

³³⁵ Al respecto, véase JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84; EL MISMO, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 29/59 y ss.

de gravedad equivalente la infracción de aquellos deberes positivos que se basan en funciones públicas fundamentales para la identidad normativa de nuestra sociedad, como por ejemplo la Administración de Justicia o la Tributaria³³⁶. No, en cambio, la defraudación de la función pública a través de conductas de violación de secretos empresariales por parte de funcionarios en el marco de prestaciones públicas de carácter promocional, como por ejemplo ayudas a la investigación y al desarrollo³³⁷. En estos casos, entiendo que las infracciones no estarían en plano de igualdad, en términos de gravedad, con la infracción del deber negativo.

De todas formas, con el Código penal de 1995 en la mano, no es necesario compartir el concepto de injusto penal de JAKOBS –aunque sólo sea en parte– para sancionar penalmente las revelaciones de los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, hayan tenido acceso al secreto empresarial de un administrado. Esta conducta es constitutiva del delito previsto en el art. 417 Cp. De acuerdo con el modelo interpretativo aquí defendido, este delito se encuentra en relación de concurso aparente de leyes con los delitos de violación de secreto empresarial de los arts. 278 y 279 Cp, siendo preferentemente aplicable el delito del art. 417 Cp, por ser ley especial (art. 8.1 Cp). El hecho de que las penas previstas por este delito coincidan con las del art. 279.1 Cp, salvo por la suspensión de empleo o cargo público, específica del delito contra la administración pública, me parece que es, precisamente, prueba de la equivalencia axiológica entre la infracción del deber positivo del funcionario que presta servicios públicos fundamentales y la infracción del deber negativo tipificada en los arts. 278 y 279 Cp.

La existencia y la concreta redacción del art. 417 Cp permiten sancionar penalmente también a los funcionarios que revelan el secreto empresarial conocido en el ejercicio de funciones públicas de promoción de la investigación, por ejemplo. Esta circunstancia no pone en duda la corrección valorativa del modelo interpretativo de los delitos de violación de secreto empresarial aquí

³³⁶ De otra opinión, ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, pp. 13 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., 2003, p. 467 y ss.

³³⁷ Gradúan de forma análoga la importancia de la institución “Administración de Justicia” y la de la institución “Administración Pública promocional” (función de subvención), 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. 303.

propuesto. Más bien pone en duda la corrección valorativa del delito de revelación de secretos de particulares por parte de funcionario público diseñado por el legislador penal en el precepto mencionado.

6.3. La imputación de la revelación o el uso en provecho propio en comisión por omisión

Para legitimar las penas asignadas a los tipos de disposición desleal de secreto empresarial, y para encontrar una justificación a la limitación, por parte del legislador, de su círculo de sujetos activos, hemos concluido que la disposición desleal de secreto empresarial tan solo es penalmente relevante cuando se realiza vulnerando un compromiso de reserva previamente asumido, claramente delimitado en su alcance y compensado en proporción a las restricciones que supone para los derechos a la libertad de empresa y/o de trabajo del obligado a reserva.

Como en su momento ya se ha comentado (*supra* VII.3.3), la asunción es una de las fuentes materiales de la posición de garantía exigida por la doctrina mayoritaria para la imputación de un delito en comisión por omisión³³⁸. En el sistema de la imputación jurídico-penal de JAKOBS, el desempeño de una función pública fundamental para la identidad normativa de la sociedad también permite imputar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos penalmente relevantes por omisión³³⁹. Por tanto, de acuerdo con el modelo interpretativo aquí propuesto, para ser sujeto activo de los tipos de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp) es preciso ocupar una posición de garante respecto del mantenimiento del carácter secreto de la información constitutiva de secreto empresarial.

Llegados a este punto, lo interesante es determinar el alcance de esta posición de garantía respecto del mantenimiento del carácter secreto de la información. El alcance coincide, sin lugar a dudas, con el del deber penal de

³³⁸ Por todos, véanse KINDHÄUSER, *AT*, 6ª ed., 2013, § 36 nm. 60; STRATENWERHT/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 12 nm. 22; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, 12/50 y ss.; ROXIN, *AT II*, 2003, § 32 nms. 53 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 623 y ss.

³³⁹ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 25 y ss., 83 y s. Le siguen, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 174 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 93 y ss., 116 y ss.

reserva. Pero sólo parcialmente. El alcance de la posición de garante respecto del mantenimiento del carácter secreto de la información *puede* ir más allá del *aseguramiento de la propia persona* como fuente de peligro para el mantenimiento del carácter secreto. La pregunta es si la asunción de un deber penal de reserva o el ejercicio de una función pública fundamental *deben* dar lugar a una posición de garante que vaya más allá del aseguramiento de la propia persona como fuente de peligro. ¿Debe imputarse el delito de disposición desleal de secreto empresarial al director de producción por no haber impedido, pudiendo hacerlo, que un comercial de la empresa (inferior jerárquico, aunque perteneciente a otro departamento) permitiera la entrada en las instalaciones a una persona no autorizada que accedió, de este modo, al secreto empresarial respecto del cual el director había asumido un deber penal de reserva? ¿Puede imputarse a un juez el delito de disposición desleal de secreto empresarial por no haber impedido, pudiendo hacerlo, que una de las partes del proceso filtrara la información constitutiva de secreto empresarial a un medio de comunicación de masas?

A mi juicio, en los supuestos de asunción de un deber penal de reserva, la posición de garantía respecto del mantenimiento del carácter secreto de la información puede extenderse a otras fuentes de peligro que no sean la propia persona, pero con el límite del propio ámbito de organización y del concreto secreto empresarial respecto del cual se ha asumido, expresa o tácitamente, la reserva. El garante no sólo tiene el deber de ser discreto, sino que también tiene el deber de evitar que terceros accedan al secreto empresarial a través de su ámbito de organización. Así, por ejemplo, el garante tiene el deber de impedir que terceros accedan a sus documentos de trabajo, a su ordenador personal o a su cuenta de correo electrónico, si en estos soportes se encuentra el secreto empresarial respecto del cual se ha comprometido, expresa o tácitamente, a guardar reserva. El garante por asunción también tiene el deber de evitar que aquellas personas a quienes comunique la información en el ejercicio de las funciones en virtud de las cuales el titular le comunicó el secreto empresarial, la revelen a terceros o la utilicen en provecho propio, siempre y cuando tales personas actúen bajo sus órdenes (director comercial penalmente obligado a reserva que no impide que uno de sus subordinados comunique la información a un potencial cliente) o se encuentren en relación horizontal con el obligado (director de producción obligado penalmente a reserva que comunica el secreto

empresarial a un proveedor sin firmar previamente un pacto de confidencialidad).

En los supuestos de posición de garantía por ejercicio de una función pública fundamental, el alcance debería limitarse al concreto ámbito funcional del funcionario, así como, naturalmente, a su capacidad de evitación. Exigir más sería, en mi opinión, disfuncional³⁴⁰. De este modo, el juez titular de un juzgado tiene el deber de impedir que sus oficiales y demás funcionarios de su juzgado revelen la información a terceros, pero no tiene el deber de impedir que los miembros del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil (SECRIM), por ejemplo, revelen la información, a pesar de poder impedirlo. Si el juez es conocedor de que en el área de informática forense de aquella institución, por ejemplo, hay un funcionario desleal dispuesto a revelar el secreto empresarial, el juez no tiene la obligación *penal* de no mandar la información a aquella institución. Por el contrario, puede enviar las fuentes de prueba que contengan el secreto de una de las partes sin incurrir en un delito de disposición desleal. Puede que los funcionarios del SECRIM estén jerárquicamente subordinados al juez, pero no es competencia del juez la dirección y organización de los recursos humanos de dicho servicio.

Por razones de espacio no voy a abordar en este trabajo la cuestión relativa a si el hecho de admitir la imputación del delito de disposición desleal de secreto empresarial como delito de infracción de un deber (positivo) modifica de alguna forma los títulos de intervención en el delito cuando se imputa en tales términos³⁴¹.

7. Delimitación entre el delito de espionaje industrial (art. 278 Cp) y el delito de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp)

En la doctrina penal española se encuentra bastante extendida la convicción de que quienes tienen acceso legítimo a la información no pueden cometer

³⁴⁰ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 85: «...der Inhaber eines lenkenden un überwachenden Amtes schon kraft seiner Amtsstellung Täter aller im Amtsbereich begangenen Straftaten ist...».

³⁴¹ Al respecto, véanse, por todos, JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 85 y s.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 181 y ss.

los tipos de espionaje industrial previstos en el art. 278 Cp³⁴². Estas figuras quedarían reservadas para quienes accedieren o conocieren la información de forma ilegítima. Así, por ejemplo, MORALES PRATS/MORÓN LERMA afirman, en relación con el art. 279 Cp, lo siguiente:

«El precepto contempla la violación de secretos empresariales sobre el presupuesto de que el *acceso* a los mismos ha sido lícito (a diferencia de la revelación prevista en el art. 278.2 que presupone un *acceso* ilícito)»³⁴³ (cursiva añadida).

Por su parte, BAJO/BACIGALUPO afirman, en relación con el tipo agravado de espionaje industrial con revelación previsto en el art. 278.2 Cp, lo siguiente:

«Una interpretación sistemática, en efecto, parece dar a entender que la revelación de secretos de otro, por quien participa del *conocimiento* de los mismos en virtud de expresa voluntad de su titular, sólo realiza, en su caso, un comportamiento punible si se cumplen los requisitos del artículo 279 Cp, siendo impune la conducta en otro caso»³⁴⁴ (cursiva añadida).

En esta línea, se han criticado expresamente las calificaciones de algunos tribunales que han condenado por el delito de espionaje industrial del art. 278.1 o 278.2 Cp a sujetos que tuvieron *acceso* legítimo a la información. Se trata, por ejemplo, de la SAP Tarragona de 4 de abril de 2003, p. Nouvilas Puig, en la que se condena por el delito del art. 278.1 Cp con la agravante de abuso de confianza (art. 22.6 Cp) a un ex empleado de la empresa titular del secreto empresarial por copiarlo y guardarlo en un ordenador personal de su domicilio durante la vigencia de la relación laboral. El condenado tenía permitido el acceso a la información para poder realizar las funciones propias de su puesto, el de administrador de sistemas informáticos³⁴⁵. Otra de las sentencias que ha sido objeto de crítica es la dictada por la AP Alicante el 19

³⁴² En la jurisprudencia menor, véase, por ejemplo, la SAP Barcelona de 26 de septiembre de 2011, p. Balibrea Pérez.

³⁴³ «Art. 278 Cp», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Código penal*, 9ª ed., 2011, p. 872.

³⁴⁴ *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 532 nm. 221.

³⁴⁵ Sentencia censurada por FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 1070.

de diciembre de 1998, p. Soriano Soriano. En esta resolución se condenó por el delito del art. 278.1 Cp a quien prestó un servicio de informática (elaboración de un programa informático) para la empresa titular del secreto empresarial. El prestador del servicio resolvió unilateralmente el contrato y empleó la información a la que había tenido acceso legítimo para poder llevar a cabo la prestación mientras estuvo vigente la relación contractual en una empresa de nueva constitución de la que formó parte como socio cofundador. El tribunal subraya en varias ocasiones que no puede considerarse probada la revelación de la información constitutiva de secreto empresarial a los integrantes de la nueva empresa, pero sí que el condenado se “apropió” de ella para emplearla en la elaboración de los programas informáticos que aquella necesitaba para competir con la acusadora³⁴⁶.

Si bien es cierto que los ámbitos de aplicación de los tipos previstos en los arts. 278 y 279 Cp pueden y deben delimitarse en función de la legitimidad de la relación del sujeto activo con la información constitutiva de secreto empresarial, la relación relevante no es ni la de acceso ni la de conocimiento, sino la de *aseguramiento*. Quienes emplean como criterios de delimitación entre ambas figuras delictivas la legitimidad del *acceso*³⁴⁷ a la información o la legitimidad de su *conocimiento*³⁴⁸, pasan por alto ciertos matices de significado en el plano normativo –y también en el lenguaje ordinario– entre los términos *acceso*, *conocimiento* y *aseguramiento*. Matices que, en este contexto,

³⁴⁶ La sentencia es criticada por CARRASCO ANDRINO, *Revista de Derecho penal y criminología* (enero), 2001, pp. 377, 390-391.

³⁴⁷ Emplean este criterio: FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 1069; CARRASCO ANDRINO, «La tutela penal del secreto comercial y la concreción de la obligación de reserva: un análisis de la reciente jurisprudencia», *Revista de Derecho penal y criminología* (enero), 2001, pp. 388-391; MIQUEL PRATS, en DEL ROSAL BLASCO (dir.), *Delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores*, 1997, p. 197; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 139.

³⁴⁸ Emplean este criterio: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 70; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., 2010, p. 507; 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; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 192; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 279», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 805.

resultan relevantes, pues si no se tienen en cuenta en la interpretación y delimitación del ámbito de aplicación de los tipos aquí estudiados se incurre en incoherencias valorativas de notable entidad.

En dicho plano normativo, entiendo por *aseguramiento* de la información el garantizarse el acceso discrecional a la misma, esto es, la introducción del secreto empresarial en la propia esfera de control. A mi juicio, este es el significado normativo del término “apoderamiento” empleado por el legislador en el art. 278.1 Cp. Ejemplo: el comercial guarda en su ordenador personal el listado de clientes de su empresa.

Por el contrario, tener *acceso* a la información significa, en el plano normativo, facultad limitada de entrar en contacto con su contenido. La posibilidad de acceder al secreto empresarial implica un menor grado de discrecionalidad en la toma de contacto con la información que el aseguramiento. Quien tiene facultad de acceso al secreto empresarial no tiene la información en su esfera de control. La facultad consiste, más bien, en la posibilidad de introducirse en una esfera de control ajena, donde se encuentra la información³⁴⁹. Ejemplo: el comercial de una empresa tiene libre acceso a la lista de clientes de la empresa, pero la información se encuentra en un fichero ubicado en las instalaciones de la empresa, al que puede acceder en horario laboral, pero que no puede desplazar ni física ni digitalmente del centro de trabajo.

Por su parte, *conocer* la información significa saber su contenido, haberla captado intelectualmente y registrado en la memoria. En el lenguaje ordinario podría discutirse si implica, además, comprenderla. En el plano normativo nos basta con entender el verbo “conocer” como memorización del contenido del secreto empresarial. De hecho, a los efectos de los delitos de violación de secreto empresarial, es mayoritaria la opinión de que no es necesaria la comprensión de la información para realizar cualquiera de los tres delitos previstos en los arts. 278 a 280 Cp, sino que basta con saber que es competitivamente relevante³⁵⁰.

³⁴⁹ Distingue entre acceso y aseguramiento la AAP Barcelona de 22 de mayo de 2012, p. Planchat Teruel.

³⁵⁰ Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 65; BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 544-546, nm. 278, 284, 285; CASTRO MORENO, *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia* (1-2), 2006,

Como se habrá advertido, en este sentido, *conocer* la información es una forma de aseguramiento. Quien registra la información en su memoria garantiza su acceso discrecional a la misma. Sucede, sin embargo, que tan solo se trata de una de las formas de aseguramiento de la información y, a menudo, la menos segura. La discrecionalidad de acceso estará garantizada en función de lo fiable que sea la memoria de uno. En cambio, cuando el aseguramiento de la información se lleva a cabo a través de algún instrumento digital (un lápiz de memoria, una copia en una nube de memoria, etc.), la accesibilidad se garantiza, se asegura. Siendo esto así, alguien que *conozca* la información puede tener interés en *asegurarse* el acceso (futuro) a la misma por otros medios. Y el titular puede tener interés, sin duda, en impedirlo.

De este modo, puede afirmarse que el contenido de injusto del tipo penal básico de espionaje industrial previsto en el art. 278.1 Cp consiste, junto con otros elementos, en la infracción del deber de no aseguramiento del secreto empresarial. Por su parte, el contenido de injusto del tipo agravado de espionaje industrial con revelación, previsto en el art. 278.2, consiste, junto con otros elementos, en la infracción del deber de no aseguramiento más la infracción del deber de no revelar la información a terceros. En contraposición a estos dos tipos, el contenido de injusto de los tipos del delito de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp) son, por un lado, la infracción del deber de no revelar la información (279.1 Cp) y, por otro, la infracción del deber de no usar la información (279.2 Cp).

Pues bien, siendo esto así, quienes tienen *acceso* legítimo a la información, o quienes la *conocen* de forma legítima, pueden cometer el delito de espionaje industrial, tanto en su tipo básico (art. 278.1), como en su tipo agravado (art. 278.2 Cp)³⁵¹. Veámoslo con un ejemplo:

La empresa FARMA, S.A. es titular de la fórmula química y procedimiento de producción de un esperado medicamento en el mercado, lo que hace a la fórmula y al proceso de producción constitutivos de un secreto empresarial. La Sra. S,

p. 54; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, pp. 186.

³⁵¹ Comparte esta aproximación, en relación con los tipos jurídico-privados de espionaje industrial y disposición desleal de SE ajeno previstos en la LCD: MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, p. 401 nm. 34.

secretaria de dirección de la empresa FARMA, S.A., tiene acceso permitido a la información en el ejercicio de su puesto de trabajo, por ser necesario para el correcto desempeño de sus funciones. La fórmula química y el proceso de producción del medicamento son de gran complejidad, por lo que un especialista en la materia con capacidad intelectual media no sería capaz de memorizarla si ocupara el puesto de la secretaria. La Sra. S tiene una capacidad intelectual media, sin conocimientos técnicos específicos en farmacología. En el contrato de trabajo entre la Sra. S y FARMA S.A. consta la prohibición de aseguramiento de cualquier información constitutiva, total o parcialmente, de un secreto empresarial de la empresa. Así, se incluyen a título de ejemplo la prohibición de sacar la documentación del centro de trabajo a través de cualquier tipo de soporte material o digital, así como la prohibición de memorizar la información de forma sistemática.

En este caso, la Sra. S tiene acceso legítimo a la información. Sin embargo, no puede ni memorizarla ni asegurársela de forma legítima. Si la Sra. S se asegurara el secreto empresarial de alguna de las formas que le hubieran sido expresamente prohibidas (sacando la documentación de las instalaciones de la empresa, por ejemplo) incurriría, sin lugar a dudas, en un *aseguramiento* ilegítimo y, por tanto, realizaría, dadas las demás circunstancias exigibles (tipicidad subjetiva, por ejemplo), el tipo básico de espionaje industrial del art. 278.1 o el agravado del art. 278.2, si la revelara a un tercero. Lo mismo cabría decir si la Sra. S, por la razón que fuera, *conociera* la información de forma legítima, en el sentido de haberla memorizado, y se la *asegura* adicionalmente a través de algún tipo de soporte material.

De no ser así, se incurriría en importantes incoherencias axiológicas. Si se excluyera la aplicación del art. 278 Cp a quien tiene *acceso* o *conocimiento* legítimo de la información, pero se la ha asegurado de forma ilegítima, tan solo podríamos castigar al autor por el delito de revelación desleal del art. 279 Cp, siempre y cuando tuviere un deber legal o contractual de guardar reserva y se hubiere probado que reveló –o intentó revelar– la información a terceros. En el ejemplo de la secretaria de FARMA, S.A., si se llevara copia de los documentos en los que consta el secreto empresarial tan solo se la podría condenar por el delito de revelación desleal del art. 279.1 Cp, siempre y cuando cargara con un deber penal de reserva. Sin embargo, si quien se asegura el secreto empresarial de forma ilegítima es alguien que no tiene acceso legítimo a la información, un empleado de la limpieza, por ejemplo, tendremos que castigarle con la misma pena (véase art. 278.1 Cp), a pesar de

que, a diferencia de la secretaria, tan solo habría infringido un deber de no aseguramiento. En el ejemplo acabado de mencionar ella habría infringido el de no aseguramiento y el de no revelación. La incoherencia valorativa aún resulta más manifiesta si el empleado de la limpieza revelara, además, la información a terceros. En ese caso se le condenaría a la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses (véase art. 278.2 Cp), a pesar de que habría infringido los mismos deberes –cuando no inferiores³⁵²– que la secretaria del ejemplo, a quien tan solo cabría condenar, siguiendo la línea propuesta por la doctrina mayoritaria española, a las penas del delito del art. 279.1 Cp.

La interpretación sistemática de los tipos de espionaje y disposición desleal de secreto empresarial aquí propuesta coincide con la de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias en Alemania en relación con sus correspondientes tipos penales de espionaje y disposición desleal de secreto empresarial (§ 17(1) y (2) UWG). En una sentencia de 24 de noviembre de 1959, el BGH conoció el caso de un diseñador industrial que, durante la vigencia de su relación laboral con la acusadora, se hizo con planos que él había elaborado sobre un determinado proceso de producción. Una vez finalizada la relación laboral, utilizó dichos documentos en una empresa de la competencia. El tribunal entendió aplicable el delito de espionaje industrial previsto en el § 17(2) UWG, en la redacción vigente por aquel entonces, que consistía en el aseguramiento y posterior uso o revelación del secreto empresarial en contra de la ley o de las buenas costumbres. El BGH consideró aplicable el tipo de aseguramiento a pesar de que el trabajador no sólo había tenido *acceso* legítimo a la información, sino que la había creado él mismo³⁵³.

La sentencia de 24 de noviembre de 1959 no es una resolución aislada en la jurisprudencia alemana. Por el contrario, se encuentran numerosas sentencias con calificaciones muy similares tanto previas como posteriores a la de

³⁵² Ella carga con una posición de deber de reserva cualificada previa al acto de intromisión en la esfera de control de la víctima. El deber de reserva del empleado de la limpieza se fundamenta, por el contrario, en el acto de intromisión en la esfera de control ajena.

³⁵³ BGH 24.11.1959 – *Kaltfließpressverfahren* (GRUR 1960, p. 294 y ss.).

1959³⁵⁴. Avalan la interpretación jurisprudencial autores de todas las épocas desde la entrada en vigor de la UWG de 1909: SCHRAMM³⁵⁵, Eberhard SCHMIDT³⁵⁶, CALLMANN³⁵⁷, KISSLING³⁵⁸, ARIANS³⁵⁹, BRAMMSEN³⁶⁰, HARTE-BAVENDAMM³⁶¹, KÖHLER³⁶² o FÖBUS³⁶³.

Las conclusiones aquí alcanzadas no sólo son relevantes por razones de pulcritud teórica. Su importancia es, más bien, práctica. La prueba de la *revelación* de un secreto empresarial es mucho más compleja que la prueba de su *aseguramiento*. Mientras la primera depende, la mayor de las veces, de testigos que en su vida profesional o laboral comparten intereses con el acusado (socios, el nuevo empleador, compañeros de trabajo de la nueva empresa), si es que no son co-imputados o co-demandados, la segunda puede conseguirse a través de las correspondientes diligencias de recogida e inspección de los objetos del delito (arts. 334 y ss. LECrim), de las de entrada

³⁵⁴ En este sentido, véase la sentencia del RG 17.3.1936 – *Albertus Stehfix* (GRUR 1936, p. 573) y las del BGH 21.12.1962 – *Industrieböden* (GRUR 1963, p. 367); BGH 19.11.1982 – *Stapel-Automat* (GRUR 1983, p. 179); BGH 19.12.2002 – *Weinberater* (GRUR 2003, p. 453); BGH 27.04.2006 – *Kundendatenprogramm* (GRUR 2006, p. 1044); BGH 26.02.2009 – *Versicherungsuntervertreter* (NJW-RR 2009, p. 997). En esta última sentencia, el BGH afirma que el trabajador tan solo podrá utilizar libremente aquella información que guarde *en su memoria* o a la que pueda acceder a través de otras *fuentes de acceso legítimo*. En mi opinión, ésta sería una de las principales lagunas de punibilidad que presenta el modelo de protección penal de los secretos empresariales alemán. En España, estos grupos de casos serían los que cubre, precisamente, el 279 Cp.

³⁵⁵ SCHRAMM, *Betriebsespionage und Geheimnisverrat*, 1930, p. 35 y s.

³⁵⁶ Eb. SCHMIDT, en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, p. 165 y ss.

³⁵⁷ CALMANN, *Der unlautere Wettbewerbs-Kommentar*, 2ª ed., 1932, p. 538 y s., nm. 22 y ss.

³⁵⁸ KISSLING, *Der nach § 17 UWG strafbare Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen*, 1957, p. 113.

³⁵⁹ ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 361.

³⁶⁰ *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 82.

³⁶¹ Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nms. 19, 20, 21, 24 y 32.

³⁶² Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nms. 36, 37.

³⁶³ FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, p. 151 y ss.

y registro en el domicilio o en las dependencias laborales o profesionales del acusado (art. 545 y ss. LECrim), así como a través de las de registro de sus objetos o documentos (ordenadores portátiles, teléfonos móviles, etc.; art. 545 y ss. LECrim)³⁶⁴. Precisamente estas dificultades probatorias se ponen de manifiesto en las dos sentencias de las Audiencias Provinciales arriba comentadas y que fueron objeto de crítica por nuestra doctrina. En ambas se constata que lo único que consiguieron considerar probado los respectivos tribunales fue el aseguramiento de la información, de modo que si no hubieran podido condenar por el art. 278.1 Cp, tendrían que haber absuelto a los correspondientes acusados.

³⁶⁴ Advierten de las dificultades probatorias en estos delitos BONE, *California Law Review* (86), 1998, p. 278; DANNECKER, *BB*, 1987, p. 1616 con ulteriores referencias; KITCH, «The Law and Economics of Rights in Valuable Information», *The Journal of Legal Studies* (9), 1980, p. 690; ARIANS, en OEHLER (ed.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, 1978, p. 319 nota 1.

**VIII. CONDUCTAS DE EXTENSIÓN DESLEAL DE LA
VIOLACIÓN DE SECRETO EMPRESARIAL
PENALMENTE RELEVANTES (ART. 280 CP)**

1. Introducción

La tercera figura delictiva en materia de violación de secreto empresarial es la prevista en el art. 280 Cp. Conforme con este precepto:

«El que, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses».

Introducida por primera vez en el ordenamiento jurídico-penal español de la mano del Código penal de 1995, esta figura viene a colmar lo que, en opinión de una buena parte de la doctrina, venía siendo una manifiesta laguna de punibilidad¹. Es ésta una valoración político-criminal que, cuanto menos, resulta paradójica cuando se advierte que algunos de los autores reconocen que las conductas tipificadas en este precepto son subsumibles en el delito de receptación del art. 298 Cp². Como resulta conocido, esta figura dispone de autonomía como delito desde 1950³.

Ciertamente, de modo análogo al delito de receptación, que consiste en recibir y/o dar circulación en el tráfico económico a los efectos de delitos patrimoniales o socioeconómicos previos, el delito previsto en el art. 280 Cp consiste en recibir y/o dar circulación en el tráfico económico a los efectos de la violación de secreto empresarial. No obstante, no todo son coincidencias entre estas dos figuras. Así, mientras que la conducta típica del

¹ MORALES PRATS/MORÓN LERMA, «Arts. 278-280», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Código penal*, 9ª ed., 2011, pp. 877; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., 2010, p. 507; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 129; CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, 2004, p. 1008; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, p. 316; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 144.

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 131 nota 242; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 144. En la jurisprudencia véase, por ejemplo, la SAP Zaragoza de 16 de octubre de 2008, p. Arriero Espes, FJ 3º.

³ PALMA HERRERA, «Artículo 298», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. IX, 1999, p. 604 y s.

delito de receptación es una conducta realizada con ánimo de lucro, la constitutiva del tipo previsto en el art. 280 Cp no es preciso que persiga fines lucrativos, sino que puede responder a razones políticas, ideológicas o simplemente a la voluntad de perjudicar al titular de la información. Por ello, para hacer referencia a la figura delictiva prevista en el art. 280 Cp, más que de delito de aprovechamiento de violación de secreto empresarial⁴ o de delito de receptación específica, en lo que sigue se hablará de *delito de extensión de la violación de un secreto empresarial*.

Al margen del concepto de secreto empresarial, cuestión ya analizada *supra* IV., y del desvalor de resultado de este delito, cuestión que analizaremos *infra* IX., la desafortunada redacción del tipo penal previsto en el art. 280 Cp plantea tres grandes cuestiones: a) cuáles son las acciones típicas de este delito, b) cuáles son los actos ilícitos previos que contagian de antijuridicidad a aquellas conductas y, c) cuál es el conocimiento o representación que de estos actos ilícitos previos han de tener autores y partícipes de aquellas conductas para que las mismas sean consideradas penalmente típicas.

Antes de tratar de dar respuesta a estas cuestiones conviene advertir que, nuevamente, el tipo penal de extensión de violación de secreto empresarial no está solo en la prevención jurídico-penal de esta clase de conductas. Como vimos en relación con el delito de espionaje industrial (art. 278 Cp) y con el de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp), la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, también trata de hacer frente a la misma clase de conductas mediante los ilícitos jurídico-privados previstos en los arts. 13.1, 13.2 y 14.2 LCD. En la medida en que el Derecho penal debería ser la *ultima ratio* en la protección de los bienes jurídicos y en la medida en que, a su vez, debería protegerlos de forma fragmentaria, parece oportuno determinar, aunque solo sea a grandes rasgos, cuál es el alcance de tales tipos. Ello no sólo permitirá abordar la interpretación del tipo penal de forma axiológicamente más coordinada con el tipo jurídico-privado, sino que la aproximación a la casuística del ámbito jurídico-privado en esta materia, mucho más rica que la del jurídico-penal, será una buena forma de ampliar el

⁴ Esta es la terminología que, erróneamente, utilicé en una publicación previa sobre esta cuestión: ESTRADA I CUADRAS, «Violación de secretos empresariales», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento práctico. Penal económico y de la empresa*, 2011, nms. 5880 y ss.

abánico de conductas conocidas de extensión de la violación de un secreto empresarial.

2. El ilícito jurídico-privado de extensión de la violación de un secreto empresarial

2.1 El Derecho interno

Los aseguramientos, explotaciones o revelaciones de un secreto empresarial que traen causa de aseguramientos, explotaciones o revelaciones ilícitos también reciben la atención del Derecho jurídico-privado español. De acuerdo con la doctrina especializada, estos grupos de casos son subsumibles en los tipos previstos en los arts. 13 y 14 LCD, a pesar de la alambicada redacción y sistemática utilizadas por el legislador⁵:

Artículo 13. Violación de secretos:

«1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente o en el artículo 14.

2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

3. La persecución de las violaciones de secretos contempladas en los apartados anteriores no precisa de la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2. No obstante, será preciso que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto».

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.

⁵ GALÁN CORONA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 374-375, nms. 63 y 65; MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, pp. 400-401.

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».

Se distinguen cinco posibles ilícitos jurídico-privados de extensión de la violación de un secreto empresarial. En primer lugar, la «adquisición» (=aseguramiento) del secreto empresarial mediante un «procedimiento análogo» al espionaje industrial, en virtud del art. 13.2 LCD. Incurren en responsabilidad civil por este tipo quienes, sin haber participado en el aseguramiento ilegítimo por parte de un tercero del secreto empresarial, o sin haber inducido su explotación o revelación desleales, lo reciben «sabiendo o debiendo haber sabido su origen ilícito»⁶. *Ejemplo*: adquisición de los soportes materiales del secreto empresarial a cambio de precio, a sabiendas de que el secreto empresarial pertenece a un competidor y que quien lo transmite es un sujeto que lo ha obtenido previamente mediante espionaje industrial.

El segundo ilícito consiste en la explotación o divulgación del secreto empresarial en las mismas condiciones que las «adquisiciones» que fundamentan el ilícito anterior, salvo por el hecho de que en estos casos la información se explota o se divulga, en lugar de simplemente recibirse (=asegurarse). *Ejemplo*: difusión por internet de un secreto empresarial revelado por un trabajador del titular en vulneración de un deber contractual de reserva, con conocimiento efectivo de las circunstancias descritas.

En tercer lugar, se cuenta con el ilícito previsto en el art. 14.2 LCD, según el cual incurrirá en responsabilidad quien se aproveche en beneficio propio o de un tercero de un secreto empresarial que se haya asegurado a sabiendas (o debiendo saber)⁷ que su acceso al mismo se debe a una infracción contractual ajena, aunque el autor no la hubiere inducido. Se trata, en realidad, de una ley especial respecto del ilícito previsto en el art. 13.2 LCD. Es una ley especial criticada con razón, pues los requisitos de atribución de responsabilidad son más estrictos («aprovechamiento en beneficio propio o de tercero, o acompañado de determinadas circunstancias: engaño, intención

⁶ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 331.

⁷ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 331-338.

de eliminar un competidor del mercado o análogas) que los de aquél ilícito (art. 13.2), a pesar de que las conductas subsumibles en el art. 14.2.II son, al menos, tan graves como las abarcadas en el otro⁸. *Ejemplo*: adquisición de los soportes materiales del secreto empresarial revelado por un trabajador de su titular en vulneración de un deber contractual de reserva, con conocimiento efectivo de las circunstancias descritas.

El cuarto y quinto ilícitos se prevén, respectivamente, en los arts. 11 (actos de imitación) y 4 LCD (cláusula general o ilícito concurrencial básico). Estos ilícitos se consideran aplicables cuando se explota o divulga un secreto empresarial que fue recibido (=asegurado) de *buena fe, fortuitamente* o por un *error* cometido por el titular del secreto empresarial, o por alguien perteneciente a su ámbito de organización, conociendo o debiendo conocer que la recepción del secreto empresarial se produjo por alguna de estas circunstancias, siempre y cuando se cumplan, además, las condiciones específicas de aplicación de estos ilícitos.

Si bien en los casos de recepción de buena fe, fortuita o por error imputable al titular, quien recibe el secreto empresarial no comete ilícito jurídico-privado alguno, la doctrina advierte de que, si en un momento posterior el receptor toma o debiere tomar conocimiento de que la información recibida constituye un secreto empresarial y, a pesar de ello, la explota o divulga, su conducta se convierte en antijurídica en virtud de los ilícitos mencionados (arts. 11 y 4 LCD, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos de aplicación de estos tipos)⁹. *Ejemplo*: recepción por mensajería de unas muestras que contienen el secreto empresarial de un competidor, enviadas por error por parte de un proveedor del titular del secreto empresarial. El receptor las explota o divulga posteriormente a sabiendas de que las muestras pertenecen al competidor y que su recepción ha sido fruto de un error.

Como se habrá advertido, denominador común y elemento crucial de los cinco ilícitos es el conocimiento, *efectivo* o *debido*, de que el secreto empresarial recibido (=asegurado) pertenece a un tercero que desea mantenerlo bajo reserva y, por tanto, se opone a que cualquier tercero disponga sobre el mismo. En efecto, el aseguramiento, explotación o divulgación del secreto

⁸ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 401-404.

⁹ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 404-416.

empresarial se consideran ilícitos cuando el agente actúa *a sabiendas* o *debiendo saber* que la información procede de un hecho ilícito previo o, simplemente, que la información divulgada o explotada constituye un secreto empresarial. Si bien no existe consenso entre la doctrina, en España SUÑOL LUCEA propone fijar la frontera entre lo lícito y lo ilícito en el conocimiento de las circunstancias que razonablemente deberían haber llevado al sujeto agente a conocer de forma efectiva el origen ilícito del secreto¹⁰.

De este modo, se consideran circunstancias o factores que razonablemente deberían haber llevado al sujeto agente a conocer el origen ilícito de la información o, simplemente, su carácter de secreto empresarial: los conocimientos de la industria o sector por parte del agente, con base en los cuales la información en cuestión es evidente que constituye un secreto empresarial; la naturaleza de la información, la identidad del sujeto que la proporciona unido al precio inusualmente bajo al que lo hace; el haber intentado durante tiempo desarrollar sin éxito dicha información y, tras contratar a los trabajadores de un competidor que habían participado en su desarrollo, dar con el secreto empresarial en un tiempo récord; etc.¹¹ En esta línea, se presume el conocimiento incluso cuando el agente ha recibido, explotado o divulgado la información a través de la contratación de un trabajador que, procedente de una empresa competidora, se comprometió ante él, expresa y formalmente, a no revelar ni usar ningún secreto empresarial del antiguo empleador, pero al que, sin embargo, le encomienda unas funciones que no puede realizar sin recurrir a sus conocimientos previos sobre el secreto empresarial (*inevitable disclosure doctrine*)¹². Igualmente, se considera razón suficiente para presumir el conocimiento del carácter, así como la condición de secreto empresarial de la información, el conocimiento de la interposición de una demanda por violación de secretos empresariales por parte del titular del secreto empresarial contra el sujeto del que el agente lo recibió, o la mera notificación directa por parte del titular del secreto

¹⁰ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 333 y ss.

¹¹ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 334 y ss.

¹² SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 336.

empresarial al sujeto agente del carácter reservado y privativo de dicha información¹³.

En cuanto al fundamento de la ilicitud, de nuevo se encuentran tanto autores que la fundamentan desde una perspectiva deontológica, como autores que la fundamentan desde un punto de vista consecuencialista. Entre los primeros se cuenta DOMÍNGUEZ PÉREZ, quien considera que la «adquisición» (=aseguramiento), la explotación o la divulgación del secreto empresarial, cuando se produce con conocimiento efectivo o presunto de las condiciones hasta aquí comentadas, vulnera el principio del avance por el propio esfuerzo. Prohibir tales conductas es legítimo, incluso cuando el sujeto ha recibido la información de buena fe, fortuitamente o por error imputable al titular del secreto empresarial, porque el agente avanza en la lucha competitiva a través de un esfuerzo ajeno, en lugar del suyo propio¹⁴. En otras palabras, estamos ante supuestos análogos a la conocida figura del enriquecimiento injusto. SUÑOL LUCEA, en cambio, fundamenta la ilicitud de las conductas arriba comentadas con base en razones de eficiencia en relación con el fin de maximización de los estímulos a la innovación y al desarrollo. En su opinión, la prohibición de la explotación o divulgación de los secretos empresariales recibidos de buena fe, por error o fortuitamente, cuando se conozca (de forma efectiva o presunta) la naturaleza de secreto empresarial de la información, es lo más eficiente de cara a la maximización de los estímulos a la innovación y al desarrollo en nuestra sociedad¹⁵.

El régimen jurídico-privado hasta aquí esbozado se compadece bien con los estándares mínimos de protección jurídica de los secretos empresariales establecidos por el art. 39 ADPIC. De acuerdo con el apartado segundo de este precepto:

«Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea

¹³ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 337. Con ejemplos similares véanse POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, § 6.03[2] y ss., pp. 6-25, 6-30.3, 6-33; *Restatement (Third) of Unfair Competition*, 1995, § 40 comment d.

¹⁴ DOMÍNGUEZ PÉREZ, «Artículo 14. Inducción a la infracción contractual», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 403 nm. 45.

¹⁵ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 415-416.

adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos».

En el propio Acuerdo se aclara que por “maneras contrarias a los usos comerciales honestos” se entenderán, por lo menos, prácticas tales como «el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción», así como «la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas [las acabadas de mencionar]»¹⁶.

No forma parte del estándar mínimo de protección exigido por el Acuerdo ADPIC a los estados firmantes la prohibición de asegurarse, explotar o divulgar un secreto empresarial obtenido fortuitamente, por error imputable al ámbito de organización de su titular u obtenido de un tercero de buena fe.

a) *Excursus*: el aseguramiento, la explotación o la divulgación procedentes de la inducción a la violación de un secreto empresarial

Conviene realizar una breve aclaración antes de continuar. Hemos dejado de lado los supuestos de adquisición (=aseguramiento), explotación o divulgación de secretos empresariales obtenidos por el agente a través de la inducción a infringir un deber de reserva. Este tipo de inducciones, cuando el deber de reserva del inducido es de naturaleza *penal*, más que a la imputación de un delito de aprovechamiento de secreto empresarial del art. 280 Cp debe dar lugar a la imputación de un delito de disposición desleal (art. 279.1 Cp) o de espionaje industrial (art. 278.2 Cp), a título de inducción, cuando la misma haya consistido en un influjo psicológico directo (art. 28.a) Cp).

¿Qué sucede en los casos en los que el aseguramiento, explotación o revelación del secreto empresarial procede, o bien de la *inducción indirecta* a un delito de espionaje industrial (art. 278 Cp) o de disposición desleal (art. 279 Cp), o bien de la inducción directa a la vulneración de un deber de reserva *extra-penal*, de la comisión de un acto de espionaje industrial solamente relevante en el ámbito *jurídico-privado* (*dumpster diving*, por ejemplo) o de la inducción a un *acto conforme a Derecho*, como es la terminación regular de un contrato (art. 14.2 LCD)?

La respuesta presupone una toma de postura sobre el alcance del tenor literal del art. 280 Cp. Anticipando algunas conclusiones al respecto, parece que la

¹⁶ Véase art. 39.2 nota al pie número 10 del Acuerdo ADPIC.

respuesta a esta pregunta debería ir en la siguiente línea. Por lo que se refiere al aseguramiento, explotación o revelación procedente de una *inducción indirecta* a un delito del art. 278 o 279 Cp, en la medida en que, en todo caso, el receptor del secreto empresarial se habrá asegurado la información con conocimiento de su origen ilícito, su conducta debería calificarse como delito del art. 280 Cp. La inducción indirecta no puede considerarse una participación jurídico-penal en el descubrimiento, por lo que su subsunción en el art. 280 Cp no contradiría su tenor literal (“sin haber tomado parte en su descubrimiento”).

Respecto de los casos de aseguramiento, explotación o revelación procedente de una inducción directa a la infracción de *deberes de reserva extra-penales* o a la comisión de *actos de espionaje industrial solamente relevantes en el ámbito jurídico-privado*, o incluso *conformes a Derecho* (terminación regular de un contrato), la calificación jurídico-penal de la conducta del receptor del secreto empresarial dependerá de lo que se entienda por “no haber tomado parte en el descubrimiento del secreto empresarial”, requisito previsto por el tenor literal del art. 280 Cp. A primera vista, parece que contradiría el sentido ordinario del lenguaje entender que una inducción directa al descubrimiento de un secreto empresarial (entendiendo “descubrimiento” en sentido amplio, como aseguramiento o revelación) no consiste en una participación en su descubrimiento. Como es sabido, la inducción es una de las formas de participación en el delito. Por tanto, este grupo de casos debería quedar excluido del delito del art. 280 Cp. Sin embargo, valorativamente resultaría bastante incoherente incluir en él –tal y como algún autor ha sugerido¹⁷– los supuestos de aseguramiento, explotación o revelación de un secreto empresarial procedente de un ilícito extra-penal en cuya comisión no se ha tomado parte y, por el contrario, considerar excluidos de su ámbito de aplicación los aprovechamientos, usos o revelaciones procedentes de inducciones a la comisión de conductas extra-penalmente ilícitas. Al fin y al cabo, en este último grupo de casos, además de una inducción jurídico-privadamente relevante, se produce también un aseguramiento, explotación o divulgación de un secreto empresarial que procede de un acto ilícito (la inducción a la vulneración de un deber de reserva o a la terminación regular de un contrato).

¹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, pp. 134 y s., 138 y s.

La condición de no haber tomado parte en el descubrimiento del secreto empresarial para la aplicación del delito del art. 280 Cp no tiene sentido que tenga por finalidad dejar sin respuesta penal conductas tanto o más graves que otras que, a priori, sí tendrían cabida en su tenor literal. Tiene sentido que sirva para dejar fuera de su ámbito de aplicación conductas de participación que encuentran respuesta a través de otros títulos de imputación, como por ejemplo la participación en un delito de espionaje industrial (art. 278 Cp) o en un delito de disposición desleal (art. 279 Cp). Pero cuando la conducta de “participación” (inducción jurídico-privada) no tiene relevancia penal, no tiene sentido dejarla sin respuesta penal si, además, cumple con la estructura básica del tipo del art. 280 Cp: aseguramiento, uso o revelación de un secreto empresarial procedente de un aseguramiento, uso o revelación ilícitos; ilícitos desde la perspectiva jurídico-privada.

Siendo esto así, y teniendo en cuenta que, como se ha dicho, algunos autores del ámbito penal defienden que el “origen ilícito del secreto empresarial” se entienda como procedente de un ilícito penal o extra-penal, resulta oportuno conocer, aunque sólo sea a grandes rasgos, cuál es el alcance que la comunidad jurídico-privada atribuye a los ilícitos de inducción a la infracción de deberes contractuales básicos (art. 14.1 LCD) y de inducción a la terminación regular del contrato (art. 14.2 LCD).

Cuestión distinta es si la ilicitud de la conducta de la que traen causa el aseguramiento, el uso o la revelación penalmente típicos conforme al 280 Cp debe ser, a efectos de atribución de responsabilidad penal por el delito de aprovechamiento desleal de un secreto empresarial, una ilicitud exclusivamente jurídico-penal o puede tratarse de una ilicitud genérica. Esta cuestión no corresponde abordarla aquí, sino en los próximos epígrafes, plenamente dedicados a la interpretación del tipo penal. Pero en este momento de la investigación hay que reconocer cierto interés por esclarecer, muy a grandes rasgos, qué es lo que se entiende en el ámbito jurídico-privado por inducción a la infracción de deberes contractuales básicos (en particular, el deber de reserva) y a la terminación regular del contrato (art. 14 LCD). Y es que, como este último tipo de inducción pone de manifiesto, no todas las inducciones jurídico-privadamente ilícitas –que a su vez tienen de ilícitos el aseguramiento, uso o revelación posteriores de un secreto empresarial procedente de dicha inducción– lo son a un hecho ilícito por sí mismo. En

otras palabras, y como a continuación veremos, determinadas formas de inducción a hechos conformes a Derecho se consideran ilícitas. Y estas inducciones pueden manchar de ilicitud los posteriores aseguramientos, usos o revelaciones de los secretos empresariales que traen causa de las mismas.

Empecemos por el concepto de inducción a los efectos de los tipos previstos en el art. 14.1 y 14.2.I LCD. La doctrina la ha definido como todo influjo psicológico del agente en un tercero, dirigido a hacerle surgir la determinación de incumplir un deber contractual básico (art. 14.1) o de terminar regularmente un contrato (14.2.I), e idóneo para conseguirlo¹⁸. En las definiciones no se aclara si el concepto de inducción manejado abarca tanto las inducciones *directas* (manifestaciones dirigidas a convencer al tercero para que cometa la *concreta* infracción del deber básico o para que termine el contrato) como las *indirectas* (actos o manifestaciones que sin tratar de convencer al tercero para que cometa la concreta infracción, crean un riesgo relevante de que el tercero tome esa decisión). De los ejemplos ofrecidos puede concluirse, no obstante, que las indirectas también se consideran incluidas: «colocar al inducido en una posición en la que es prácticamente inevitable que utilice los conocimientos secretos adquiridos en la anterior empresa y, por ello, que incumpla su obligación de reserva, sin que el inductor haya adoptado ninguna precaución para asegurarse de que ese incumplimiento no se producirá». U «ofrecer un servicio de asistencia jurídica para la defensa de los sujetos que infrinjan su deber contractual o resuelvan unilateralmente el contrato suscrito con el titular del secreto»¹⁹.

A los efectos de esta investigación, el tipo de inducción desleal que mayor interés suscita es el referido a la terminación regular de un contrato (art. 14.2.I LCD). En efecto, la inducción a la infracción de un deber contractual básico (art. 14.1 LCD), en nuestro particular ámbito de estudio, el deber de reserva –considerado un deber contractual básico²⁰–, no varía la valoración jurídico-privada de la conducta de aseguramiento, explotación o divulgación del secreto empresarial con dicha procedencia. Con o sin inducción, en estos

¹⁸ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 355 y s.; DOMÍNGUEZ PÉREZ, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, p. 388 y s.

¹⁹ Los dos ejemplos son de SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 357.

²⁰ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, pp. 360-362.

casos la disponibilidad sobre el secreto empresarial procederá de un acto ilícito: la infracción del deber contractual básico de secreto.

En cambio, la inducción a la terminación regular del contrato, si se lleva a cabo con la intención de explotar o divulgar el secreto empresarial, permite teñir de ilicitud el aseguramiento, la explotación o la divulgación de un secreto empresarial que traiga causa de tal inducción. Y ello incluso cuando el aseguramiento, la explotación o la divulgación habrían sido absolutamente legítimos si no hubiere concurrido la inducción mencionada. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un trabajador que pone fin a su relación laboral de forma regular y, acto seguido, sin infracción de deber de reserva alguno (el titular no adoptó medida de protección alguna del carácter secreto de la información), lo utiliza a favor de la empresa competidora que lo ha contratado con la única finalidad de hacerse con la información. En este caso, si el empresario competidor aplaudiera la conducta de su nuevo trabajador, no podría ser condenado por aseguramiento, explotación o divulgación de secreto empresarial en virtud del art. 13.1 o .2 LCD.

¿Cómo se valorarían el aseguramiento, la explotación o la divulgación del secreto empresarial si lo hubiera obtenido a través de la inducción del mismo trabajador con el único fin de conseguir el secreto empresarial? Parece evidente que estaríamos ante un caso de vulneración del principio del avance por el propio esfuerzo. Sin embargo, lo único que convertiría en desleal la conducta sería la finalidad perseguida por el empresario competidor: hacerse con el secreto empresarial, pues cuando el trabajador usa o revela a su favor la información, no infringe deber de secreto alguno.

Se ha dicho que en estos casos la ausencia de deslealtad de la conducta del empresario competidor viene dada, ya, por el hecho de que no existe secreto empresarial: si el trabajador no tiene deber de secreto, es que no hay secreto. En otras palabras, si el titular de la información no ha adoptado las medidas necesarias para protegerla, no cabría hablar de secreto empresarial²¹. Sin embargo, como se ha tratado de demostrar *supra* IV., el carácter secreto de la información debería valorarse con criterios fáctico-normativos, de modo que no tengan cabida las presunciones normativas, *iuris et de iure*, de destrucción del carácter secreto de la información. Así, en casos como el descrito, en los

²¹ SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial*, 2009, p. 364.

que el titular del secreto empresarial no ha adoptado medida de protección alguna respecto de la información, también cabría hablar de secreto empresarial si, en términos fácticos, puede demostrarse que el competidor medio del sector no tiene un fácil acceso a la misma. Siendo esto así, los supuestos de inducción a la terminación regular de un contrato con la finalidad de hacerse con un secreto empresarial (art. 14.2.I LCD) adquieren relevancia como fuente autónoma de determinación del carácter lícito o ilícito de un aseguramiento, explotación o divulgación de un secreto empresarial.

2.2. Estudio de Derecho comparado

a) Alemania

En Alemania, el régimen jurídico-privado de protección de los secretos empresariales se ve marginado por el monopolio del régimen jurídico-penal. Como es sabido, la naturaleza penal de los tipos de violación de secreto empresarial previstos por el § 17 UWG ha dejado históricamente en la sombra el alcance de la protección jurídico-privada de los secretos empresariales en ese país. Los trabajos doctrinales se han centrado especialmente en la interpretación de los tipos penales, quedando al margen el estudio del régimen jurídico-privado. Ello a pesar de que, precisamente por el hecho de no existir una regulación legal expresa al respecto, el jurídico-privado sea el régimen más necesitado de construcción dogmática.

El § 17(2)(2) primera parte UWG tipifica penalmente el uso o revelación del secreto empresarial asegurado a partir de una revelación desleal del § 17(1) o a partir de una de las conductas de espionaje industrial previstas en el § 17(2)(1), conductas en ambos casos cometidas por un tercero. Este precepto establece el régimen jurídico-penal en materia de extensión de la violación de secreto empresarial. La protección ofrecida por este régimen a los secretos empresariales puede verse ampliada por vía jurídico-privada a través del ilícito básico de concurrencia desleal previsto en el § 3 UWG, entre otros²². Tomando este precepto como base legal, se pueden tachar de desleales conductas tales como la inducción maliciosa a la infracción contractual ajena

²² Por todos, EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, 8ª ed., 2009, § 11, p. 124-125; Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm. 43.

(*Verleitung zum Vertragsbruch*) –que será de nuestro interés cuando no llegue a constituir una inducción jurídico-penal a un delito de los previstos en los §§ 17(1) o (2)(1) UWG– o el aprovechamiento de una infracción contractual ajena en la que no se haya intervenido (*Ausnutzen fremden Vertragsbruchs*).

El concepto de inducción maliciosa al incumplimiento contractual (*Verleiten zum Vertragsbruch*) se entiende en sentido amplio, de modo que «basta con cualquier intento consciente de convencer a alguien para que incumpla un contrato»²³. Al igual que en España, el concepto jurídico-privado de inducción es sensiblemente más amplio que el jurídico-penal²⁴. En todo caso, se requiere el conocimiento (dolo) de estar contribuyendo a un incumplimiento contractual²⁵.

Entre las inducciones maliciosas al incumplimiento contractual que no llegan a constituir una inducción jurídico-penalmente relevante en nuestro ordenamiento (art. 28.a) Cp: «inducción directa»), se cuentan, por ejemplo, inducciones indirectas basadas en informaciones negativas falsas sobre el titular del secreto empresarial (por ejemplo: dar datos falsos sobre la precaria situación financiera del empleador del sujeto sometido a deber de reserva, en el sentido de que en cualquier momento entrará en concurso y él, por lo tanto, se quedará sin trabajo) o en contraprestaciones por encima del precio de mercado (por ejemplo: ofrecer el triple del sueldo medio en el sector condicionándolo a resultados que, en el plazo concedido, solamente pueden conseguirse utilizando los secretos empresariales del ex empleador). Todas estas conductas, caracterizadas por la contribución activa y maliciosa del agente en la infracción contractual ajena, se consideran constitutivas de actos de competencia desleal conforme al § 3 UWG (§ 1 de la versión antigua)²⁶.

Más complejo resulta en Alemania fundamentar la calificación de “desleal” de una conducta de aprovechamiento de una infracción contractual ajena

²³ MALZER, «Anmerkung zur BGH 23.5.1975 – *Speiseeis*», *GRUR* (10), 1975, p. 557.

²⁴ PIPER, «Zur Wettbewerbswidrigkeit des Einbrechens in fremde Vertragsbeziehungen durch Abwerben von Kunden und Mitarbeitern», *GRUR* (9), 1990, p. 646.

²⁵ FISCHÖTTER, «Anmerkung zur BGH 4.5.1973-Spielautomaten II», *GRUR* (2), 1974, p. 99.

²⁶ EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, 8ª ed., 2009, § 6 nms. 34-39, 42-47, nm. 45; PIPER, *GRUR* (9), 1990, p. 644, 647.

(*Ausnutzen fremden Vertragsbruch*). Por regla general, se considera que este tipo de conductas no son constitutivas de un acto de competencia desleal, incluso cuando hayan sido llevadas a cabo con finalidad concurrencial. Los contratos tan solo tienen fuerza de ley entre las partes que los adoptan y extender sus efectos a terceros supondría “realizar” el Derecho de obligaciones, esto es, asemejarlo al Derecho de cosas, con las perjudiciales consecuencias que ello tendría para el libre intercambio de bienes y servicios: la paralización del tráfico jurídico, por ejemplo. Por lo demás, se considera que las empresas ya reciben suficiente protección jurídica con la posibilidad de ejercer acciones de cesación e indemnización contra sus contrapartes, siendo innecesario, pues, involucrar a terceros. Así, solamente cuando concurren *especiales circunstancias* podrá calificarse el aprovechamiento de una infracción contractual ajena de conducta desleal²⁷.

Lo problemático es, naturalmente, determinar cuáles son estas “especiales circunstancias”. Existen, en este sentido, tres grandes posturas. Por un lado, y ligada a una concepción deontológica del ilícito concurrencial²⁸, la de quienes entienden que el carácter desleal de la conducta lo aportan determinadas circunstancias de naturaleza subjetiva, a saber: los conocimientos o fines perseguidos por el agente²⁹. Por otro, y ligada a una concepción funcional del ilícito concurrencial –concepción actualmente imperante en Alemania–³⁰, la de quienes entienden que el carácter desleal de la conducta procede de determinadas circunstancias objetivas, en particular, del potencial lesivo de la conducta para el buen funcionamiento del mercado,

²⁷ BGH 11.1.2007 – *Aussendienstmitarbeiter* (GRUR 2007, p. 800 y ss.). En la misma línea, BGH 6-6-2002 – *Titelexklusivität* (GRUR 2002, p. 795).

²⁸ Harte/Henning/W. SCHÜNEMANN, 2ª ed., 2009, § 3 nms. 345 y ss. Esta habría sido la posición tradicionalmente defendida por la jurisprudencia alemana.

²⁹ SCHULZE ZUR WIESCHE, «Anmerkung zur BGH vom 23. November 1979», GRUR (5a), 1980, p. 299 c.i.; FISCHÖTTER, GRUR (2), 1974, pp. 98-99. Esta era la antigua postura del BGH, previa a la reforma de la UWG en 2004: BGH 19.10.1966 – *Streckenwerbung* (GRUR, 1967, p. 138), BGH 4.5.1973 – *Spielautomaten II* (GRUR, 1974, p. 97).

³⁰ Harte/Henning/W. SCHÜNEMANN, 2ª ed., 2009, § 3 nms. 122-126, 199 y ss. En su sentencia de 11.1.2007 – *Aussendienstmitarbeiter* (GRUR 2007, p. 800), el BGH reconoce explícitamente haber cambiado de doctrina jurisprudencial. El tribunal declara superada la antigua doctrina, según la cual la deslealtad se basaría en circunstancias subjetivas.

siendo las circunstancias subjetivas irrelevantes al efecto³¹. En un punto intermedio se encuentra la postura de quienes consideran que la deslealtad trae causa de una combinación de circunstancias objetivas y subjetivas³².

Sea como fuere, respecto de los supuestos de explotación o divulgación de un secreto empresarial obtenido a través del incumplimiento contractual de un tercero existe cierto consenso en entender que se trata de actos de competencia desleal cuando se han cometido con dolo directo, eventual o con imprudencia grave, incluidos los supuestos de ignorancia deliberada³³. De hecho, tanto la especial relación de confianza entre el competidor y su contraparte incumplidora, como la especial entidad del perjuicio que puede causarse al competidor con la explotación o divulgación de alguno de sus secretos empresariales, se consideran circunstancias objetivas portadoras de deslealtad³⁴.

En el caso *Konfektions-Stylist*, el BGH condenó con base en el antiguo § 1 UWG (equivalente del actual § 3) a un empresario que contrató a un diseñador que trabajaba por otra empresa del sector (mercado de ropa para mujeres gráciles) para que le diseñara sus colecciones de ropa para niños y adolescentes. Para el diseñador el encargo representaba un trabajo extra respecto de su actividad principal en la otra empresa, circunstancia conocida por el empresario de ropa infantil y juvenil. Lo que éste no sabía es que el diseñador estaba incumpliendo, con ello, un pacto de no concurrencia. El diseñador había asegurado al empresario de ropa infantil y juvenil que su empleador principal estaba de acuerdo en que realizara dicho trabajo extra. Por lo general, el propio BGH considera que ningún participante en el mercado tiene el *deber de investigar la veracidad* de las afirmaciones o

³¹ BGH 11.1.2007 – *Aussendienstmitarbeiter* (GRUR 2007, p. 800).

³² SEMLER, «Die Mißachtung vertraglicher Bindungen Dritter als Wettbewerbsverstoß», GRUR (11), 1983, p. 627 y s., 628; PIPER, GRUR (9) 1990, pp. 644-648.

³³ Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32^a ed., 2014, § 17 nm. 62; EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, 8^a ed., 2009, § 6 nm. 45; PIPER, GRUR (9), 1990, p. 647-648. En la jurisprudencia, en relación con los supuestos de aprovechamiento de incumplimiento contractual ajeno (*Ausnutzung fremden Vertragsbruch*), véanse BGH 30.1.1976 – *Möbelentwürfe* (GRUR, 1976, p. 372); BGH 23.5.1975 – *Speiseeis* (GRUR 1975, p. 555).

³⁴ SEMLER, GRUR (11), 1983, p. 627.

declaraciones de los terceros que intervienen en el tráfico jurídico, a menos que concurren especiales circunstancias³⁵. Sucede, no obstante, que en el caso de autos el tribunal consideró que concurrieron tales *circunstancias especiales*: la contraprestación ofrecida al diseñador era lo suficientemente elevada como para que tuviera incentivos para mentir; el empresario contratante era conocedor de las costumbres y usos del sector, entre las que se contaba el blindaje de los diseñadores con pactos de confidencialidad. Circunstancias que permitían calificar el hecho de que el empresario de ropa infantil y juvenil no se dirigiera al empleador del diseñador para confirmar su consentimiento como una infracción de las más elementales normas de prudencia (imprudencia grave). Ello teniendo en cuenta que, según el tribunal, era muy probable que el diseñador, al cumplir el encargo, recurriera a información relevante y secreta (secretos empresariales) de su empleador principal³⁶.

Conviene advertir de que parte de este grupo de casos suele considerarse abarcada por la cláusula de recogida del tipo penal de espionaje industrial, prevista en el § 17(2)(2) – “*sonst unbefugt*”. Como tuvimos ocasión de ver en su momento, cuando analizamos el tipo de espionaje industrial (*supra* VI.), doctrina y jurisprudencia mayoritarias en Alemania consideran constitutivo del tipo (penal) previsto en el § 17(2)(2) – “*sonst unbefugt*”– la inducción a un tercero a la infracción de su deber de reserva respecto de secretos empresariales, incluso cuando la vulneración del deber no sea constitutiva del delito previsto en el § 17(1) UWG. Así, por ejemplo, se consideran subsumibles las entrevistas sistemáticas a trabajadores de buena fe de la competencia, con la única finalidad de conseguir información sobre sus secretos empresariales³⁷. Menos claras están las cosas en relación con la *mera recepción* del secreto empresarial procedente de un tercero que infringe por iniciativa propia un deber de reserva. En relación con estos casos, se

³⁵ BGH 23.5.1975 – *Speiseis* (GRUR 1975, p. 557).

³⁶ BGH 23.11.1979 – *Konfektions-Stylist* (GRUR (5a), p. 296). Sobre el deber de cotejar la información recibida de los terceros con quienes se interactúa en el tráfico jurídico, BGH 4.5.1973 – *Spielautomaten II* (GRUR, 1974, p. 97).

³⁷ *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nms. 119.

encuentran interpretaciones tanto a favor de su punibilidad a través del § 17(2)(2) – “*sonst unbefugt*”, como en contra³⁸.

Por lo que respecta a los supuestos de obtención (=aseguramiento) *fortuita* del secreto empresarial, parece que no dan lugar a responsabilidad jurídico-privada, sin que se haya alcanzado a ver si esta valoración puede cambiar respecto de los usos o revelaciones una vez el receptor del secreto empresarial haya tomado conocimiento del carácter de secreto empresarial de la información, así como de su ajenidad. Lo mismo cabe decir de los supuestos de obtención de secretos empresariales por *error* imputable a la esfera de organización del titular de la información³⁹, aunque hay quien sostiene que, una vez obtenido (=asegurado) el secreto empresarial, la conducta del agente merece una valoración jurídica autónoma⁴⁰. Cuando la recepción del secreto empresarial traiga causa de una conducta ilícita, pero el receptor lo sea de *buena fe*, su revelación o explotación se consideran ilícitas sí, cuando se llevan a cabo, se conocía el origen ilícito de la información⁴¹.

b) Los Estados Unidos de América

En los EE. UU., el tratamiento jurídico-privado de los supuestos de extensión de la violación de secreto empresarial es muy similar, en lo fundamental, al que reciben en España o en Alemania. Su régimen jurídico, no obstante, se encuentra mucho más precisado y ofrece explícitamente algunos matices especialmente interesantes. Si bien el régimen jurídico-privado de protección de los secretos empresariales en los EE. UU. tiene su origen en el *common law*, esto es, en el bagaje acumulado de normas establecidas por vía jurisprudencial, actualmente muchos estados han adoptado, con mayores o menores matices, la conocida *Uniform Trade Secrets Act*, de 1985. Además, existe el *Restatement (Third) of Unfair Competition*, de 1995, que vendría a cristalizar el régimen jurídico desarrollado por vía

³⁸ En contra de considerar estos supuestos constitutivos del tipo penal del § 17(2)(2) – “*sonst unbefugt*”: *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 120. A favor de ello: WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 266.

³⁹ En relación con el § 3 UWG, véase Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32ª ed., 2014, § 17 nm. 62. En relación con el § 17(2)(2) – „sonst unbefugt“ UWG, véase *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 120 nota 564.

⁴⁰ WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 267.

⁴¹ WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 267.

jurisprudencial en esta materia a lo largo de los últimos años. En la medida en que el régimen previsto en ambos instrumentos en materia de aprovechamiento de secretos empresariales es casi idéntico, en lo que sigue tomaremos como referente lo previsto en el *Restatement Third*.

Conforme al § 40(a) *Restatement Third*, un sujeto es jurídico-privadamente responsable si adquiere (se asegura) un secreto empresarial por *medios impropios*. Ello incluye, entre otras conductas: el aseguramiento del secreto empresarial a través de la mera «participación» en una revelación por parte de alguien que, con la revelación, infringe un deber de reserva, así como el aseguramiento del secreto empresarial a través de la “participación” en la revelación de un tercero que lo ha obtenido de forma ilegítima (véase § 43).

De acuerdo con los comentaristas del *Restatement Third*, la “participación” debe entenderse como la *recepción* (=aseguramiento) del secreto empresarial a sabiendas de que se está recibiendo la información de alguien que la revela después de haberla obtenido por medios ilegítimos o que la revela incumpliendo un deber de confidencialidad (§ 43 *Comment c*).

Más allá de los aseguramientos ilegítimos del secreto empresarial –que, como se habrá advertido, vendrían a configurar el tipo jurídico-privado de espionaje industrial (ver *supra* VI.)– también se consideran ilícitos tanto el uso como la revelación del secreto empresarial recibido de *buena fe, fortuitamente* o por *error* imputable a un tercero si, antes del uso o la revelación, el agente ha tenido conocimiento de que la información que ha recibido constituye un secreto empresarial y que su posesión procede de un hecho ilegítimo. El uso o revelación de un secreto empresarial recibido (asegurado) en tales condiciones también constituye un ilícito jurídico-privado si, a pesar de no ser sabedor del origen ilegítimo de la información, en atención a las concretas circunstancias del caso un hombre razonable en su posición sí lo habría advertido (véase § 40 *Comment d*)⁴². Entran en juego, en este grupo de casos, las comunicaciones por parte del titular del secreto empresarial notificando el carácter secreto y “privativo” de la información (véase § 40 *Comment d*, segundo párrafo).

⁴² En el mismo sentido, véase, recientemente POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, p. 6-30.3.

Un matiz importante en el modelo estadounidense, que bien puede estar implícito en los modelos español o alemán, pero que solamente el norteamericano hace explícito, es el relativo a que ni el aseguramiento, ni el uso ni la revelación del secreto empresarial serán jurídico-privadamente ilícitos si la disposición sobre la información por parte del agente trae causa del hecho de no haber adoptado el titular del secreto empresarial medidas razonables para preservar su carácter secreto (véanse § 40(b)(4) *Restatement Third, comment* de la *Section 1 UTSA*)⁴³.

3. Interpretaciones posibles del delito de extensión de la violación de secreto empresarial

Como ya se ha anticipado en la introducción de este capítulo, al margen del concepto de secreto empresarial, cuestión ya analizada *supra* IV., y al margen del desvalor de resultado de este delito, cuestión que analizaremos *infra* IX., la desafortunada redacción del tipo penal previsto en el art. 280 Cp plantea tres grandes cuestiones interpretativas: a) cuáles son las acciones típicas de este delito, b) cuáles son los actos ilícitos previos cuyo conocimiento contagia de antijuridicidad penal a aquellas acciones y c) cuál es, exactamente, la representación subjetiva que de estos actos ilícitos previos han de tener autores y partícipes de aquellas acciones para que las mismas sean consideradas penalmente típicas.

En lo que sigue trataré de exponer las posibilidades interpretativas del tipo legal de extensión de la violación de secreto empresarial a la luz de las principales posturas defendidas por la doctrina jurídico-penal española en relación con estas tres cuestiones.

3.1. Las acciones típicas

El enunciado legal del art. 280 Cp no menciona los verbos típicos del delito de extensión de la violación de secreto empresarial. El legislador español ha determinado por remisión a los delitos de espionaje industrial (art. 278 Cp) y de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp) las acciones típicas

⁴³ En el mismo sentido, véase, recientemente POOLEY (et al.), *Trade Secrets*, 2011, p. 6-33.

de este delito: «El que (...) realizare alguna de las *conductas* descritas en los dos artículos anteriores...» (cursiva añadida).

La remisión a las «conductas» descritas en los arts. 278 y 279 Cp permite interpretar que las conductas prohibidas por el delito de extensión consisten en las acciones típicas previstas en estos preceptos, junto con todas las demás circunstancias que las rodean. A saber, el ánimo de descubrir el secreto empresarial (art. 278.1 Cp) o el uso o revelación de la información en vulneración de un deber de reserva (art. 279 Cp), por ejemplo. Esta posibilidad interpretativa, basada en una interpretación gramatical válida del tenor literal del art. 280 Cp, da lugar a resultados político-criminalmente insostenibles. En efecto, dar por buena esta opción interpretativa obliga a concebir el contenido de injusto de este delito como la arrogación en la esfera de reserva de quien previamente se ha arrogado, de forma ilegítima, en la esfera de reserva del titular del secreto empresarial. Con los requisitos de que el autor actúe con “conocimiento de *su* origen ilícito” –del secreto empresarial, se entiende– y “sin haber tomado parte en *su* descubrimiento”, debe entenderse que el tenor literal parte de la base de que el autor de este delito accede al secreto empresarial a través de quien previamente ha descubierto de forma ilícita la información⁴⁴. Luego, si se entiende que las conductas típicas de este delito son las de asegurarse la información mediante la intromisión en una esfera de reserva ajena, o usar o revelar la información con infracción de un deber de reserva, parece que la esfera de reserva violada desde fuera o defraudada desde dentro debe ser la del autor del descubrimiento ilícito previo del secreto empresarial. Dar este contenido de injusto al delito del art. 280 Cp es político-criminalmente irrazonable. Utilizar esta figura para proteger al autor de una violación de secreto empresarial, en lugar de utilizarla para proteger al titular de la información frente a terceros que contribuyen a la extensión de dicha violación, no tiene ningún sentido.

Con razón, la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en interpretar la remisión a las «conductas» de los delitos de espionaje industrial (278 Cp) y de disposición desleal de secreto empresarial (279 Cp) como una remisión

⁴⁴ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 549 nm. 306.

exclusivamente a sus *acciones típicas*⁴⁵: apoderamiento (=aseguramiento), difusión, cesión, revelación y uso en provecho propio.

Sin embargo, el requisito típico de que el autor no haya tomado parte en el “descubrimiento” del secreto empresarial ha dado lugar a que la mayor parte de autores interprete que el «apoderamiento» (=aseguramiento) del secreto empresarial no forma parte de las acciones típicas del delito de extensión de violación de secreto empresarial⁴⁶. En este sentido, se ha afirmado que «la conducta contemplada en el art. 278.1 estriba precisamente en un apoderamiento de objetos o un empleo de artificios técnicos tendentes al descubrimiento del secreto, modalidades de comisión que, por lo demás, son las que permiten estimar que su autor accede ya él personalmente de modo ilícito al secreto. De este modo, es claro que, en lo que atañe al art. 278, sólo el tipo cualificado del párrafo 2º puede servir de referencia para integrar el injusto del delito del art. 280»⁴⁷.

Si se ha comprendido bien, la postura acabada de reproducir y, probablemente, la de la mayoría de la doctrina que comparte la misma conclusión, concibe el requisito típico de que el autor no haya tomado parte en el *descubrimiento* del secreto empresarial en el sentido de que el autor del delito de extensión no puede haber tomado parte en la *arrogación* de la esfera de reserva del titular del secreto empresarial, ya sea a través de una injerencia

⁴⁵ BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 549 nm. 305; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 137; 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. 62; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 202; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 809.

⁴⁶ MORALES PRATS/MORÓN LERMA, «Arts. 278-280», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Código penal*, 9ª ed., 2011, pp. 876-877; FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, pp. 1073; BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 549 nm. 307; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 202-203; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 809.

⁴⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 132.

ilegítima en la misma desde fuera (art. 278 Cp), ya sea a través de la defraudación de sus barreras de protección desde dentro, esto es, mediante la infracción de un deber de reserva (art. 279 Cp).

No cabe objeción alguna a esta forma de concebir este requisito del tipo. No obstante, hasta lo que aquí se alcanza a ver, esta vía interpretativa no es incompatible con admitir el «apoderamiento» (=aseguramiento) del secreto empresarial como acción típica del delito de extensión. Con un ejemplo puede verse con claridad: un profesional del espionaje ofrece a un empresario el secreto empresarial más valioso de uno de sus principales competidores. El espía posee la información porque previamente la obtuvo de forma ilegítima, lo que es conocido por el empresario. No obstante, el empresario *adquiere* la información. En un posterior proceso penal, lo único que puede probarse es que el empresario poseía la información con conocimiento de su origen ilícito. ¿Por qué razón este tipo de conducta debería quedar al margen del tipo penal previsto en el art. 280 Cp, cuando el tenor literal de su enunciado legal no es incompatible con su inclusión?

A mi modo de ver, la única diferencia de ese caso de *aseguramiento* respecto de uno de *revelación* se encuentra en el potencial de la concreta acción típica para afectar al bien jurídico protegido, pero no en la concreta redacción del tenor literal del tipo del art. 280 Cp. Como es evidente, revelar el secreto empresarial a terceros en contra de la voluntad de su titular es más peligroso para su patrimonio que el mero aseguramiento de la información en contra de su voluntad. Pero este es un fundamento de atipicidad distinto al que la doctrina mayoritaria alega para excluir el «apoderamiento» (=aseguramiento) del ámbito del tipo penal del art. 280 Cp. Fundamento de una posible atipicidad que, en este trabajo, analizaremos más adelante (véase *infra* VIII.5.1).

Con la misma lógica acabada de rechazar, algunos autores también excluyen del ámbito de aplicación de este delito la acción de «utilizar en provecho propio» el secreto empresarial⁴⁸. Los mismos argumentos esgrimidos para

⁴⁸ GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, pp. 202-203. Tampoco incluyen el “uso en provecho propio” en el ámbito del art. 280 Cp: BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 549 nm. 307.

defender la inclusión del «apoderamiento» (=aseguramiento) son válidos para defender la inclusión del «uso en provecho propio», con la que buena parte de la doctrina está de acuerdo⁴⁹.

3.2. Los actos ilícitos previos

Trascendental en la interpretación del delito de extensión de la violación de secreto empresarial es la determinación del alcance del «origen ilícito» del secreto empresarial, requisito exigido por el tenor literal del art. 280 Cp.

De acuerdo con este requisito del tipo, existe consenso en que el aseguramiento o la disponibilidad del autor sobre el secreto empresarial debe traer causa de la conducta previa e ilícita de un tercero. Las discrepancias surgen a la hora de determinar la naturaleza de esa ilicitud. Mientras un sector de la doctrina la restringe exclusivamente a la *penal* y, en particular, a la procedente de la comisión de un delito de espionaje industrial (art. 278 Cp) o de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp)⁵⁰, algunos autores defienden la posibilidad de extender el ámbito de aplicación del delito a los supuestos de aseguramiento o disposición de un secreto empresarial procedente de cualquier violación, ya sea constitutiva de un ilícito penal o *extra-penal*. Se defiende su extensión, incluso, a los aseguramientos o disposiciones que tienen origen en un acceso o comunicación *furtivos* pero contrarios a la voluntad del titular del secreto empresarial⁵¹.

En mi opinión, tan solo la posibilidad de extender la tipicidad penal a las disposiciones procedentes de accesos o comunicaciones fortuitas del secreto empresarial presenta problemas de legalidad penal. En efecto, quienes han defendido la restricción de su ámbito de aplicación a los supuestos de disposición de un secreto empresarial procedente de un delito del art. 278 o

⁴⁹ FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, pp. 1073; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 135; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 809; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 146.

⁵⁰ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, pp. 320-321; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 203.

⁵¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, pp. 134-139.

279 Cp han fundamentado sus propuestas interpretativas en consideraciones político-criminales basadas en el principio de fragmentariedad⁵². En ningún caso lo han hecho apelando a exigencias derivadas del tenor literal del art. 280 Cp.

La elección de una u otra opción interpretativa tiene importantes consecuencias para la extensión del ámbito de aplicación del delito de extensión de la violación de secreto empresarial. En efecto, su alcance cambia sustancialmente en función de si se opta por una u otra interpretación. Conforme a una interpretación extensiva en los términos arriba mencionados, cabría considerar penalmente relevantes conductas tales como el uso en provecho propio de un secreto empresarial obtenido de *buena fe* pero con conocimiento posterior de que la disponibilidad sobre el mismo procede de un hecho ilícito, penal o extra-penal (!), así como el mero aseguramiento de un secreto empresarial revelado por parte de un ex trabajador de la competencia, al que se indujo a terminar regularmente su contrato de trabajo con el fin de acceder a secretos empresariales, a pesar de que no tuviera deber alguno (¡ni penal ni extra-penal!) de reserva. En cambio, con la interpretación restrictiva arriba mencionada, solamente sería punible el aseguramiento, uso o revelación de secreto empresarial obtenido a través de la previa comisión de un delito de espionaje industrial o de disposición desleal por parte de un tercero. Delitos que, a su vez, pueden interpretarse de forma significativamente restrictiva, tal y como en este trabajo se propone. Así, solamente serían punibles por el delito de extensión el aseguramiento, uso o revelación de un secreto empresarial proporcionado por un tercero que lo ha obtenido vulnerando barreras de protección de cierta entidad o defraudando un compromiso cualificado de reserva.

En otro orden de cosas, se ha afirmado que las conductas constitutivas del delito de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp) no pueden operar como presupuesto del delito de extensión. Se alega que, en la medida en que el autor del delito del art. 279 Cp accede de forma legítima al secreto empresarial, no puede hablarse de «origen ilícito»⁵³. Algunos autores han

⁵² FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, pp. 320-321.

⁵³ MORALES PRATS/MORÓN LERMA, «Arts. 278-280», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Código penal*, 9ª ed., 2011, p. 877; CASTRO MORENO, «El Derecho penal español ante el espionaje industrial y el secreto de

criticado, con razón, esta interpretación excesivamente formalista del tipo previsto en el art. 280 Cp⁵⁴. En efecto, nada impide interpretar el «origen ilícito» del secreto empresarial como “disponibilidad ilícita” por parte del tercero de quien, de una u otra forma, el autor del delito de extensión obtiene su disponibilidad sobre la información. Una interpretación en este sentido no sólo es respetuosa con el tenor literal del art. 280 Cp, sino que además permite construir soluciones interpretativas mucho más respetuosas con el principio de igualdad, esto es, mucho más coherentes desde una perspectiva valorativa. Ciertamente, no resulta axiológicamente coherente castigar los aseguramientos, usos en provecho propio o revelaciones de un secreto empresarial que traen causa de un delito de espionaje industrial en el que no se ha participado y, al mismo tiempo, considerar impunes las mismas conductas cuando la disponibilidad sobre el secreto empresarial procede de un delito de disposición desleal de secreto empresarial cometido por un tercero.

Otra cuestión relevante sobre el «origen ilícito» del secreto empresarial es la relativa a la punibilidad de los aseguramientos, usos en provecho propio o revelaciones del secreto empresarial que traen causa de una conducta que, a su vez, es constitutiva del delito de extensión de la violación de secreto empresarial (art. 280 Cp). En otras palabras: la cuestión relativa a la punibilidad de la extensión *en cadena* de la violación.

Hay quien se ha mostrado contrario a ello de modo más vehemente que convincente. El argumento se basaría en la mención del «descubrimiento» del secreto empresarial por parte del tenor literal, como hecho previo o presupuesto del tipo de extensión. En la medida en que las conductas típicas no son conductas de «descubrimiento», las conductas de extensión no podrían operar como presupuesto del propio tipo de extensión⁵⁵. Ciertamente, si se interpreta el término “descubrimiento” como arrogación de la esfera de reserva del titular del secreto empresarial, parece claro que la

empresa», *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'economia* (1-2), 2006, p. 61; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, pp. 317-319.

⁵⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 135; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 202.

⁵⁵ GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, p. 202.

conducta del autor de un delito de extensión no constituye una intromisión (desde fuera) o una defraudación (desde dentro) de la esfera de reserva del titular del secreto empresarial. Sin embargo, igual de claro resulta que el tenor literal del art. 280 Cp en ningún momento exige que el autor del delito haya obtenido la disponibilidad sobre el secreto empresarial única y exclusivamente de un tercero que haya cometido o bien un delito de espionaje industrial, o bien un delito de disposición desleal de secreto empresarial. El tenor literal simplemente exige que no se haya participado en dichos delitos, pues de lo contrario se estaría privilegiando penológicamente la participación en los mismos.

3.3. La representación subjetiva penalmente típica

Otra fuente de discrepancias en la delimitación del ámbito de aplicación del delito de extensión de violación de secreto empresarial la constituye el requisito de que el sujeto activo actúe «con conocimiento del origen ilícito» de la disponibilidad sobre la información. Mientras que algunos autores han considerado este conocimiento como elemento o requisito integrante del *dolo típico*⁵⁶, otros lo han calificado como un *elemento subjetivo especial* del tipo penal⁵⁷. Al margen del tratamiento dogmático que efectivamente se dé a la exigencia de este conocimiento, queda por resolver la cuestión que, probablemente, tiene mayor trascendencia práctica. A saber: cuál debe ser el *grado de exactitud del conocimiento* sobre dicho origen ilícito.

Ni la calificación dogmática del conocimiento del origen ilícito como elemento subjetivo especial del tipo, ni como parte integrante del dolo típico, implica un determinado grado de certeza de dicho conocimiento. Tampoco el tenor literal del art. 280 Cp impone ninguna concreta toma de postura al respecto. A menudo, cuando el legislador utiliza este tipo de expresiones, «con conocimiento» o «a sabiendas», se interpreta que con ello quiere

⁵⁶ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, «La receptación específica», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, 1990, p. 495-496; PÉREZ MANZANO, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, 1994, p. 223 y ss.

⁵⁷ VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, 1997, p. 117. En la jurisprudencia, por ejemplo, véase la STS de 16 de noviembre de 2007, p. Marchena Gómez, FJ 2º.

excluirse la relevancia penal de determinadas clases de dolo, en particular, el llamado “dolo eventual”. La explicación sería que, salvo que el legislador prevea expresamente el castigo de la comisión imprudente, las acciones y omisiones objetivamente típicas solamente se consideran penalmente relevantes si se cometen con dolo (art. 12 Cp). Dolo que puede ser directo (de primer o segundo grado) o eventual⁵⁸. Por ello, cuando el legislador penal se manifiesta expresamente sobre la necesidad de cometer el hecho con determinados conocimientos, se interpreta como una desviación del régimen que opera por defecto, en el sentido de excluir la punibilidad de alguna clase de dolo, normalmente el eventual. Esto es lo que ocurre con la interpretación del delito de extensión de violación de secreto empresarial (art. 280 Cp). Parte de la doctrina entiende que este delito solamente puede cometerse con *dolo directo*⁵⁹.

Esta aproximación contrasta, sin embargo, con la postura mayoritaria en la doctrina en relación con delitos como el de receptación o el de blanqueo de capitales, cuyos tenores literales exigen, respectivamente, el «conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico» (tipo básico de receptación del art. 298.1 Cp) o la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes «sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva» (tipo básico de blanqueo del art. 301.1 Cp). Ante estos delitos, buena parte de la doctrina se muestra partidaria de la punibilidad de su comisión con *dolo eventual*⁶⁰.

⁵⁸ Por todos véanse ROXIN, *AT*, t.I, 4ª ed., 2006, § 12 nms. 1-34; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, 10/66 y ss.

⁵⁹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, p. 324-326; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, pp. 203.

⁶⁰ En relación con el delito de blanqueo de capitales (art. 301 Cp): véanse MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 4ª ed., 2013, p. 613; BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 734; CASTRO MORENO, «Consideraciones críticas sobre la aplicación e interpretación del tipo subjetivo de los delitos de blanqueo de capitales», LH-Rodríguez Ramos, 2012, p. 453; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 1997, p. 373. De *lege ferenda*, antes del CP 95, DÍEZ RIPOLLÉS, «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas», *Actualidad Penal* (32), 1994, p. 611. En relación con el delito de receptación, véase PALMA HERRERA, «Artículo 298», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. IX, 1999, pp. 634-636; PÉREZ MANZANO, en MARTÍNEZ

En efecto, ya se parta de una concepción cognoscitiva del dolo, ya se parta de una concepción volitiva, denominador común de ambas concepciones es el conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho penalmente típico⁶¹. La concepción volitiva requiere, además, una inclinación de la voluntad del autor hacia la realización de dichas circunstancias⁶². Así, ambas concepciones admiten como una de las modalidades de dolo típico el *dolo eventual*. La concepción cognoscitiva lo entiende como el conocimiento de que con el comportamiento que se pretende llevar a cabo existe la posibilidad de realizar un tipo penal, posibilidad que, según los autores, debe haberse considerado como concreta⁶³, como no improbable⁶⁴, como altamente probable⁶⁵, etc.⁶⁶ La volitiva también lo define como el conocimiento de la posibilidad de realizar un tipo penal con el comportamiento pretendido, pero añadiendo la exigencia de una inclinación volitiva del autor hacia dicha realización, inclinación que toma formas distintas según los autores: aprobación, aceptación, conformidad, etc.⁶⁷

ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, 1994, pp. 234 y s.; SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, 1990, p. 496.

⁶¹ En este preciso sentido RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 156 y ss. En la jurisprudencia, véanse SSTs de 2 de febrero de 2009, p. Marchena Gómez, FJ 2º apartado B); de 16 de marzo de 2012, p. Marchena Gómez.

⁶² Ejemplos de concepciones volitivas son las defendidas por MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, pp. 267 y ss., 268 nm. 73, 275 nm. 100, o LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, 16/31. En la jurisprudencia, véase, por ejemplo, la STS de 24 de mayo de 2013, p. Jorge Barreiro, FJ 2º apartado 3. En Alemania, véase la tesis defendida por ROXIN, *AT*, t.I, 4ª ed., 2006, § 12 A.

⁶³ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, 10/88. En la jurisprudencia española, en relación con el concepto genérico de dolo, STS de 23 de diciembre de 2013, p. Sánchez Melgar, FJ 6º.

⁶⁴ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 8/23.

⁶⁵ Así, por ejemplo, la STS de 12 de junio de 2012, p. Conde Pumpido-Tourón, FJ 3º.

⁶⁶ Una sucinta exposición de la definición del dolo eventual según las distintas posturas cognoscitivas en STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 8 nms. 114 y 115.

⁶⁷ STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 8 nms. 66, 116 y s.

En contraposición a esta clase de dolo, el *dolo directo de segundo grado* se concibe como el conocimiento de que las circunstancias objetivas del hecho se van a realizar de forma *segura* o *casi segura*, sin que dicha realización sea la finalidad que en última instancia mueve al autor.

Por su parte, en el *dolo directo de primer grado* lo característico sería la intensa inclinación volitiva hacia la realización de las circunstancias objetivas del hecho. Su realización es, aquí sí, la finalidad última que mueve al autor, y no tiene por qué ir acompañada de un conocimiento seguro o casi seguro de que las circunstancias objetivas del tipo se van a realizar con el comportamiento que pretende llevar a cabo⁶⁸.

Pues bien, en la medida en que el tipo legal previsto en el art. 280 Cp solamente habla de «conocimiento» del origen ilícito, es completamente respetuoso con su tenor literal interpretar que este conocimiento no tiene por qué ser un conocimiento seguro o casi seguro de que la disponibilidad sobre el secreto empresarial procede de una conducta previa de un tercero ilícita, sino que puede tratarse de un conocimiento de la posibilidad, o de la alta probabilidad, de ello, constitutivo de lo que se vendría a entender como dolo eventual⁶⁹. Con la exigencia de «conocimiento del origen ilícito», el tenor literal del art. 280 Cp no exigiría nada más allá del dolo que, como hemos visto, puede consistir tanto en el conocimiento de que las circunstancias objetivas del hecho se van a realizar de forma segura o casi segura, como en el conocimiento de la (alta) probabilidad, o posibilidad concreta, de dicha realización. Esta es la opción interpretativa defendida por autores como MARTÍNEZ-BUJÁN y FARALDO CABANA, que admiten la

⁶⁸ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, pp. 271 y ss.; ROXIN, *AT*, t.I, 4ª ed., 2006, § 12 A nms. 1-6.

⁶⁹ En igual sentido, respecto de este tipo de previsiones legales así como de otras análogas, como la exigencia de realizar una conducta «a sabiendas» de determinadas circunstancias objetivas, véase RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 184; EL MISMO, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, p. 105. En la misma línea, respecto del tipo penal de receptación, véanse SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, 1990, pp. 495 y s.; PÉREZ MANZANO, en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, 1994, pp. 234 y s.

punibilidad de la realización del tipo de extensión de la violación de secreto empresarial con dolo eventual⁷⁰.

En la jurisprudencia, hasta lo que aquí se ha alcanzado a ver, no existen pronunciamientos que interpreten el requisito del «conocimiento de su origen ilícito» previsto por el art. 280 Cp. Los referentes deben buscarse en la interpretación jurisprudencial de análogos requisitos subjetivos exigidos por el enunciado legal de delitos como los de receptación y blanqueo de capitales. En relación con el delito de receptación, aparece de forma recurrente en las resoluciones de la Sala segunda del Tribunal Supremo la afirmación de que, para entender que ha existido conocimiento del origen delictivo de los bienes:

«no basta con una simple sospecha, duda o recelo, sino que *se ha de tener la certidumbre* (estado anímico de certeza) de que los objetos adquiridos proceden de un delito contra los bienes, o sea que son de procedencia delictiva (STS 1591/1997, 12 de diciembre; 447/1999, 15 de marzo; 610/1999, 20 de abril y 1422/1999, 6 de octubre y 8/2000, 21 de enero de 2000); sin que ello deba suponer un conocimiento detallado de las circunstancias concretas del delito del que proceden los objetos»⁷¹ (cursiva añadida).

Sin embargo, a renglón seguido, estos mismos magistrados reconocen que al ser el conocimiento del origen ilícito un dato psicológico:

«su acreditación habrá de establecerse normalmente por inducción a través de inferencias lógicas o inequívocas (STS 1347/1997, 12 de noviembre), a partir de datos objetivos o de circunstancias materiales acreditadas, siendo de las más significativas la *irregularidad de la compra*, o el *precio vil*»⁷² (cursiva añadida).

Que de la *irregularidad de la compra* o del *precio vil* pueda inferirse que el sujeto conoció con absoluta o cuasi absoluta certeza el origen delictivo de los bienes, parece, como mínimo, atrevido. Más sensato parece entender que con la concurrencia de estos datos el sujeto tuvo que representarse la

⁷⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 139 y s.; FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 1073.

⁷¹ Así, por ejemplo, STS de 16 de noviembre de 2007, p. Marchena Gómez, FJ 2º.

⁷² STS de 16 de noviembre de 2007, p. Marchena Gómez, FJ 2º.

posibilidad de que los bienes procedieran de la comisión de un delito patrimonial o socioeconómico. Actualmente, tanto en el ámbito del delito de receptación como en el de blanqueo de capitales, son numerosas las resoluciones que reconocen la posibilidad de imputar estos delitos a título de dolo eventual⁷³.

- a) Los supuestos de *ignorancia deliberada* respecto del origen ilícito de la obtención o disposición de secreto empresarial

La estructura comisiva del tipo de extensión de la violación de secreto empresarial se basa en el aseguramiento o disposición de un secreto empresarial con conocimiento de que el dominio sobre la información procede de un hecho ilícito. Esta configuración de la conducta típica da lugar a que los supuestos de ignorancia deliberada sobre el origen ilícito del mencionado dominio cobren relevancia de cara a la determinación del alcance del tipo penal.

Aproximadamente desde el año 2000, la Sala segunda del Tribunal Supremo viene prestando especial atención al fenómeno de la ignorancia deliberada. Desde entonces, la siguiente afirmación puede encontrarse en un número considerable de sentencias:

«...quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias»⁷⁴.

El Tribunal Supremo se ha manifestado en los términos acabados de reproducir en el enjuiciamiento de hechos subsumibles en diferentes delitos de la parte especial. Las más de las veces en relación con el desconocimiento

⁷³ En relación con el delito de receptación: STS de 10 de octubre de 2013, p. Saavedra Ruiz; STS de 12 de junio de 2012, p. Conde Pumpido-Tourón, FJ 3º; STS de 12 de diciembre de 2001, p. Soriano Soriano. En relación con el delito de blanqueo de capitales: STS de 22 de marzo de 2013, p. Berdugo Gómez de la Torre, FJ 24º, apartado 3; STS de 6 de febrero de 2013, p. Jorge Barreiro, FJ 10º.

⁷⁴ Por todas: STS de 12 de julio de 2013, p. Sánchez Melgar, FJ 8º; STS de 16 de marzo de 2012, p. Marchena Gómez; STS de 15 de junio de 2011, p. Monterde Ferrer, FJ 1º; STS de 25 de abril de 2011, p. Ramos Gancedo, FJ 2º.

del transporte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas destinadas al tráfico ilegal, en el marco de un proceso por delito de tráfico de drogas. Pero también en relación con los conocimientos exigidos por delitos como los de terrorismo, blanqueo de capitales u otros de carácter patrimonial o socio-económico, como por ejemplo el de alzamiento de bienes o, precisamente, el de receptación.

Según las consecuencias que se anuden a la afirmación arriba reproducida, la misma puede suponer mera retórica o una revolución de la doctrina (jurisprudencial) de la imputación subjetiva tradicionalmente defendida por nuestro Tribunal Supremo. Hasta el día de hoy, la Sala segunda del Tribunal Supremo, al igual que la doctrina mayoritaria en España, tan solo ha considerado válidos en materia de atribución de responsabilidad penal dos títulos de imputación subjetiva: el dolo y la imprudencia. Como hemos visto *supra*, el Tribunal ha definido el dolo como el conocimiento concreto de que el comportamiento puede realizar un tipo penal, o como el conocimiento y voluntad de ello⁷⁵. La imprudencia se ha definido como la infracción de un deber de cuidado interno (deber de advertir el peligro y su gravedad) y otro externo (deber de no generar riesgos o de neutralizar los existentes)⁷⁶.

En la afirmación arriba reproducida no se aclara por qué título de imputación subjetiva (dolo o imprudencia) debe responder quien se pone en situación de ignorancia deliberada. En la medida en que el Tribunal la ha traído a colación en el enjuiciamiento de causas por delitos solo punibles a título de dolo, como por ejemplo los delitos de tráfico de drogas (arts. 368 a 378 Cp), parece que la intención del Tribunal sería castigar estos supuestos a través de este título de imputación. De hecho, en la mayor parte de sentencias en las que la Sala segunda ha entendido que el acusado se colocó a sí mismo en situación de ignorancia deliberada, ha acabado condenando por delito doloso. Con todo, también existen sentencias en las que se contempla la posibilidad de que se responda tanto a título de dolo como de imprudencia⁷⁷,

⁷⁵ Como hemos visto, existen resoluciones tanto a favor de la teoría cognitiva del dolo como resoluciones a favor de la teoría volitiva.

⁷⁶ Por todas, véanse la STS de 6 de noviembre de 2013, p. Colmenero Menéndez de Luarca; STS de 28 de junio de 2013, p. Jorge Barreiro.

⁷⁷ STS de 22 de marzo de 2013, p. Berdugo Gómez de la Torre, FJ 24º; STS de 27 de enero de 2009, p. Berdugo Gómez de la Torre, FJ 16º.

siempre y cuando el Código prevea expresamente el castigo de la comisión imprudente del correspondiente delito, claro está.

Si la provocación deliberada de la ignorancia de algún elemento objetivo del tipo penal se equipara al dolo, o se le concede el estatus de (nuevo) título de imputación subjetiva, asignándole las mismas penas previstas para el dolo por considerarse axiológicamente equivalente, entonces estamos ante lo que representa un cambio fundamental de la que hasta el año 2000 venía siendo doctrina jurisprudencial de la imputación subjetiva en España. Pues la ignorancia deliberada, entendida como desconocimiento deliberado de todos o alguno de los elementos objetivos del tipo penal, solamente encaja sin fricciones en el modelo jurisprudencial de imputación subjetiva hasta ahora existente si se castiga penalmente a título de imprudencia. Si se castiga a título de dolo, se rompe con los conceptos cognitivo y volitivo de dolo hasta ahora manejados, cuyo denominador común es el conocimiento de la concreta posibilidad de que con el comportamiento se realice un tipo penal. En principio, en la ignorancia deliberada, por definición, se desconoce alguno o todos los elementos objetivos del tipo penal que es posible realizar con el comportamiento.

Sucede, no obstante, que la Sala segunda de nuestro Tribunal Supremo no siempre utiliza el concepto de ignorancia deliberada en un sentido estricto. Hasta lo que aquí se ha alcanzado a ver, en la mayoría de los casos en los que ha entendido que el acusado se colocó a sí mismo en situación de ignorancia deliberada, sacando a colación las manifestaciones arriba reproducidas, al final la Sala segunda ha acabado considerando probado a través de los indicios existentes, de forma ciertamente contradictoria, que el acusado tuvo el conocimiento suficiente de la posibilidad concreta de realización de un tipo penal como para imputarle, al menos, dolo eventual. Así, el Tribunal Supremo estaría utilizando la provocación deliberada de la “ignorancia” o, mejor dicho, la decisión deliberada del acusado de no saber más de lo que ya sabía, o bien como prueba del dolo (del elemento volitivo, por ejemplo), o bien de forma puramente retórica⁷⁸. Aparte, no obstante, cabe contar con un

⁷⁸ A estas conclusiones llegan RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 21-61, 57-61; EL MISMO, «La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 295-298;

menor número de resoluciones que toman verdaderamente postura sobre el tratamiento dogmático que debe recibir la ignorancia deliberada en materia de imputación subjetiva. Por un lado, se cuentan las que imponen una condena por delito doloso en virtud de la constatación de un supuesto de ignorancia deliberada, renunciando así al elemento cognitivo del dolo, ya sea porque no existe conocimiento en absoluto, ya sea porque el que se posee no llega al umbral del exigido para integrar el dolo eventual. Estas resoluciones, a veces de manera explícita, otorgan a la ignorancia deliberada el estatus de (nuevo) título de imputación subjetiva junto al dolo y la imprudencia. La STS de 16 de marzo de 2012, p. Marchena Gómez, es un ejemplo de ello:

«...la experiencia ofrece numerosos ejemplos en los que se producen verdaderas situaciones de ignorancia deliberada. Son casos en los que el autor, pese a colmar todas las exigencias del tipo objetivo, ha incorporado a su estrategia criminal, de una u otra forma, rehuir aquellos conocimientos mínimos indispensables para apreciar, fuera de toda duda, una actuación dolosa, si quiera por la vía del dolo eventual. De esa manera, se logra evitar el tratamiento punitivo que el CP reserva a los delincuentes dolosos, para beneficiarse de una pena inferior -prevista para las infracciones imprudentes- o de la propia impunidad, si no existiera, como sucede en no pocos casos, una modalidad culposa expresamente tipificada.

De lo que se trata, en fin, es de fijar los presupuestos que permitan la punición de aquellos casos de ignorancia deliberada en los que se constate la existencia de un acto de indiferencia hacia el bien jurídico que sugiera la misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual en su sentido más estricto. Para ello sería necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos...»⁷⁹.

Por otro lado, se cuentan las resoluciones que, también de forma más o menos explícita, se muestran contrarias a condenar por delito doloso los supuestos de ignorancia deliberada, ya sea porque el propio concepto de ignorancia deliberada se considera una contradicción en los términos: «si se

MIRÓ LLINARES, «Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del tribunal supremo. (II) Tipo “subjetivo”», en SILVA SÁNCHEZ/EL MISMO (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 264-276.

⁷⁹ En el mismo sentido véanse, por ejemplo, las sentencias del TS de 30 de septiembre de 2009, p. Marchena Gómez; de 2 de febrero de 2009, p. Marchena Gómez.

tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora»⁸⁰, ya sea porque se sigue exigiendo conocimiento y voluntad respecto de los elementos objetivos del tipo^{81 82}.

En primer lugar, y antes de continuar, conviene dejar claro que el concepto de ignorancia deliberada no tiene por qué constituir un oxímoron siempre y en todo caso. Es cierto que la intención de ignorar presupone un cierto conocimiento de lo que se pretende ignorar. Pero este conocimiento no siempre va a alcanzar el grado de representación exigida para poder hablar de dolo, siquiera eventual, en términos jurídico-penales. La decisión de colocarse en situación de ignorancia se toma, por lo general, en un momento muy alejado del momento de ejecución del posterior delito, de modo que no sólo puede faltar la coincidencia entre la realización objetiva del tipo penal y el momento de representación del riesgo de realización de un tipo penal, sino que, además, va a ser muy difícil que dicha representación alcance el suficiente grado de concreción como para poder hablar de conocimiento de la posibilidad *concreta* de que con un determinado comportamiento se realice un determinado tipo penal⁸³. Estos casos han sido denominados por la doctrina como supuestos de *ignorancia deliberada en sentido estricto*⁸⁴.

Ejemplo: el director de producción de una empresa (Sr. B) sabe que el departamento de recursos humanos realiza ofertas a trabajadores de una empresa de la competencia, famosa por sus innovadores procesos de producción. El Sr. B se representa la posibilidad de que, en algún momento futuro, si se llegara a contratar alguno de los trabajadores de la competencia, éste llegue a usar o revelar, estando bajo sus órdenes, alguno de los secretos empresariales del ex empleador, incurriendo el nuevo trabajador, así, en un delito de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp). Como consecuencia de ello, para evitar incurrir él, en un futuro, en un delito de extensión de la violación de

⁸⁰ STS de 20 de julio de 2006, p. Bacigalupo Zapater, FJ 16.

⁸¹ STS de 15 de noviembre de 2011, p. Jorge Barreiro, FJ 3º.

⁸² Esta es la valoración que hace RAGUÉS I VALLÈS de la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo en materia de ignorancia deliberada, hasta finales del año 2012: «La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 295-301.

⁸³ La misma idea en RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, p. 317.

⁸⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, p. 109 y ss.

secreto empresarial, adopta medidas para ignorar completamente, de aquel momento en adelante, las prácticas de contratación del departamento de recursos humanos, así como la procedencia laboral de sus nuevos empleados. Un par de años más tarde, un trabajador recién incorporado implementa un proceso de producción revolucionario, basado en un secreto empresarial de la empresa competidora, sin que el director de producción reparara, mientras el nuevo trabajador lo desarrollaba, en la posibilidad de que trabajador y proceso procedieran de aquella concreta empresa competidora⁸⁵.

Las manifestaciones del Tribunal Supremo sobre la ignorancia deliberada arriba reproducidas y, en particular, la postura defendida en el grupo minoritario de sentencias que imponen una condena por delito doloso ante supuestos de ignorancia deliberada en sentido estricto, responden a una intuición axiológicamente fundada.

En este trabajo se ha definido el injusto penal como la infracción de un deber jurídico de no lesionar o de no poner en peligro un bien jurídico-penal (*supra* II.3). El deber se considera infringido con la realización de una conducta que, a pesar de ser evitable para el autor, lesiona o pone en peligro, de modo penalmente típico, un bien jurídico-penal. La realización de la conducta se considera evitable cuando se lleva a cabo con *conocimiento* de su carácter peligroso para el bien jurídico-penal, o cuando se ejecuta con *desconocimiento imputable* al autor. El desconocimiento se considera imputable cuando se debe a un error vencible, o cuando ha sido provocado por el mismo autor. En este último caso se habla de ignorancia deliberada.

En la doctrina, el conocimiento de la lesión o puesta en peligro típica del bien jurídico-penal constituye el denominador común del concepto de *dolo*⁸⁶. El error vencible sobre la creación de un peligro o lesión típica de un bien jurídico-penal integra el concepto de *imprudencia*⁸⁷, sin perjuicio de que

⁸⁵ Un ejemplo aún mejor al respecto en RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 156-157.

⁸⁶ En este sentido, véase, por todos, en Alemania, ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 10 nm. 62, § 12 nms. 1-72. En España, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, 10/73.

⁸⁷ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 57 y ss.

algunos autores incluyan bajo este concepto, además, otros tipos de relación subjetiva con el hecho^{88 89}.

Como es sabido, tradicionalmente los Códigos penales españoles, así como las legislaciones penales de los países de nuestro entorno jurídico-cultural, han castigado con penas significativamente más graves a las conductas dolosas que a las imprudentes. No existe consenso sobre cuál es el fundamento de este distinto trato penológico⁹⁰. A mi juicio, el grado de oposición o de indiferencia hacia el bien jurídico-penal manifestado por el autor con su conducta juega un papel decisivo al respecto⁹¹. A mayor grado de oposición⁹² o indiferencia⁹³, mayor daño ideal y psicológico-social generado con la conducta, lo que debe traducirse en un mayor grado de merecimiento y necesidad de pena. En este sentido, es evidente que la lesión o puesta en peligro típica del bien jurídico-penal con conocimiento del

⁸⁸ Como por ejemplo los supuestos de ignorancia deliberada.

⁸⁹ La ignorancia deliberada no puede considerarse una especie de error: JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto», en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, p. 195.

⁹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 164 y ss.

⁹¹ En este sentido, véanse, JAKOBS, en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, pp. 189 y ss. En la misma línea, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 371 y ss. También consideran el grado de oposición un factor relevante, aunque junto al de la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico-penal, MIR PUIG, «Límites del normativismo en Derecho penal», *RECPC* (07-18), 2005, p. 19 y ss.; SCHÜNEMANN, «De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo», en EL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, 2002, p. 105 y s. Si lo he entendido bien, también HASSEMER consideraría relevante el grado de oposición al bien jurídico-penal, cuando afirma que «el autor de un delito doloso lesiona no sólo el bien jurídico sino también la norma que obliga a observar ese bien jurídico», en «Los elementos característicos del dolo», *ADPCP* (43), 1990, p. 917.

⁹² PAWLIK habla de “enemistad hacia el Derecho”, recuperando así la terminología de Grolman: *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 371 y ss., 373 y s. En términos de “enemistad hacia el bien jurídico” habla SCHÜNEMANN, en EL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, 2002, p. 106.

⁹³ JAKOBS, en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, *passim*. PAWLIK habla de “ausencia de amistad hacia el Derecho”: *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 371 y ss.

peligro generado manifiesta una mayor oposición o falta de consideración, según el caso, que la lesión o puesta en peligro por error.

Los supuestos de ignorancia deliberada en sentido estricto no encajan en la definición habitual del concepto de dolo. Al menos, no en una definición mínimamente concreta y precisa que lo defina, como mínimo, como el conocimiento de la creación de un riesgo *concreto* de lesión o peligro, penalmente típico, de un bien jurídico-penal⁹⁴. En los supuestos de ignorancia deliberada falta el conocimiento de la creación de un riesgo *concreto*. Por ello, con un concepto de dolo basado, al menos, en el conocimiento, la ignorancia deliberada debe castigarse, en todo caso, como una forma de imprudencia, con las correspondientes consecuencias penológicas que esto conlleva. Sin embargo, si se atiende al fundamento del distinto tratamiento punitivo del dolo y la imprudencia, se puede advertir que algunos supuestos de ignorancia deliberada manifiestan un grado de indiferencia hacia el bien jurídico-penal capaz de generar un daño ideal y psicológico-social de entidad, si no equivalente, muy próxima a la del daño ideal y/o psicológico-social producido con la comisión de la conducta con conocimiento del riesgo concreto.

Obviamente, con un concepto amplio de dolo, basado en el conocimiento de la mera posibilidad de que la conducta llevada a cabo cree un riesgo penalmente relevante, la mayor parte de los supuestos de ignorancia deliberada podrían imputarse a título de dolo eventual⁹⁵. Sin embargo, ello sí resulta tanto dogmática como político-criminalmente inadmisibles. Un concepto amplio e impreciso de dolo impide distinguir entre dolo eventual y culpa consciente. Por otra parte, obliga a castigar con la pena prevista para la realización dolosa conductas con un grado de conocimiento muy bajo, a pesar de que este escaso conocimiento no se vea compensado por una actitud de manifiesta oposición o indiferencia hacia el bien jurídico-penal protegido. En efecto, un concepto amplio de dolo no sólo abarca los supuestos de ignorancia planificada, sino todos los de conocimiento débil del riesgo y los de conocimiento de un riesgo difuso.

⁹⁴ En esta línea, véase RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 155 y ss., 175.

⁹⁵ En este sentido, véase FEIJOO SÁNCHEZ, «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret* (3), 2015, pp. 7, 18 y ss.

En trabajos recientes⁹⁶, RAGUÉS I VALLÈS muestra con detalle cómo en determinados supuestos de ignorancia deliberada en sentido estricto se manifiesta una indiferencia hacia el bien jurídico protegido de entidad equivalente o muy similar a la que se manifiesta con un comportamiento llevado a cabo con conocimiento de la posibilidad concreta de realizar los elementos de un determinado tipo penal (dolo eventual). Esto permite afirmar que determinados comportamientos realizados en situación de ignorancia deliberada *merecen*, si no la misma pena, una pena (muy) próxima a la que merece su realización con dolo eventual. Sin embargo, el sistema de imputación subjetiva manejado actualmente por la comunidad jurídico-penal española –y también por la alemana– no da una respuesta adecuada a ese merecimiento de pena. Anclada en la concepción cognitiva o volitiva del dolo, los supuestos de ignorancia deliberada están destinados a ser reprobados con una pena atenuada, la de la imprudencia, o no recibir reproche institucional alguno, cuando el castigo de la imprudencia no está expresamente previsto, lo que en el ámbito del Derecho penal económico suele ser la regla genera⁹⁷.

RAGUÉS I VALLÈS trata de ofrecer remedio frente a este escenario valorativamente insatisfactorio a través de una propuesta de *lege lata*, sin perjuicio de animar al resto de la doctrina a realizar propuestas de *lege ferenda* para enriquecer el sistema de imputación subjetiva actualmente vigente, y al legislador a atenderlas⁹⁸. La propuesta de *lege lata* consiste, fundamentalmente, en una reformulación del concepto de dolo. Si actualmente el común denominador de las concepciones cognitivas y volitivas es el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, RAGUÉS I VALLÈS propone definir el dolo en torno a la idea de hostilidad o

⁹⁶ RAGUÉS I VALLÈS, «La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 316-318; RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 95-133.

⁹⁷ Crítico con incluir los supuestos de ignorancia deliberada, tanto en sentido amplio como estricto, en el concepto de dolo, GRECO, «Comentario al artículo de Ramon Ragués», *Discusiones* (13), 2013, pp. 67-77.

⁹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, «La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial», en SILVA SÁNCHEZ/MIRÓ LLINARES, (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, 2013, pp. 318; RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 205-210.

indiferencia hacia el bien jurídico protegido por el tipo. En palabras del propio autor: «el dolo podría definirse como “la expresión de hostilidad o indiferencia grave hacia un determinado interés manifestado en la realización de una conducta objetivamente típica”»⁹⁹.

Los supuestos de ignorancia deliberada, como manifestación grave de indiferencia hacia los intereses protegidos por las normas cuya aplicación se eludiría con la ignorancia, encajarían sin fricciones en esa definición. La pregunta es si la definición encaja en nuestro Derecho positivo. El mencionado autor responde afirmativamente a esta pregunta¹⁰⁰, a pesar de que entre las críticas dirigidas contra su propuesta tenga un papel principal el aparente problema de legalidad¹⁰¹. En efecto, el Código penal español no define el concepto de dolo y su construcción dogmática se ha fundamentado, principalmente, en la regulación del error de tipo prevista en el art. 14.1 Cp. De acuerdo con este precepto, el *error* sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal, si es invencible, o se castiga como una infracción imprudente, si es vencible. De ahí concluye la doctrina mayoritaria que el *desconocimiento* de un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la posibilidad de castigar con la pena del dolo el comportamiento realizado en condiciones de desconocimiento. Sin embargo, esta conclusión parte de la base de que desconocimiento y error son conceptos equivalentes, intercambiables, lo que no solo no es algo evidente, sino más bien incorrecto¹⁰².

Con todo, hay que reconocer que la inclusión de la ignorancia deliberada en sentido estricto en el concepto de dolo plantea serios riesgos. Por un lado, que los Tribunales aprovechen esta figura para ahorrarse la siempre compleja tarea de probar el conocimiento. Por otro, que se castiguen con la pena

⁹⁹ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, p. 207.

¹⁰⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 193-199. En el mismo sentido se pronuncia JAKOBS respecto del art. 14.3 del Código penal español: en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, p. 206.

¹⁰¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret* (3), 2015, p. 6 y s.; GRECO, *Discusiones* (13), 2013, p. 76 y ss.

¹⁰² RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 197-198; JAKOBS, en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, p. 195.

prevista para la comisión dolosa supuestos de desconocimiento que, si bien evitables, no expresen el mismo grado de indiferencia hacia el bien jurídico protegido que los supuestos de dolo. Por ello, el autor propone un concepto restrictivo de ignorancia deliberada, dotado de precisas condiciones de aplicación. Se trata de las siguientes, de carácter cumulativo: a) que esté *ausente una representación suficiente* para afirmar que el sujeto ha actuado con el dolo (entendido en el sentido tradicional, esto es, como conocimiento) del tipo legal en cuestión. Ello supone que dentro del concepto de ignorancia deliberada se incluyan distintos grados de representación: desde la más absoluta ausencia de representación hasta ciertos grados de sospecha sobre la posible ilicitud de la conducta lo suficiente imprecisos como para afirmar que se actúa con conocimiento de la realización de un tipo penal; b) que exista *disponibilidad de la información* ignorada; c) que el sujeto tuviera el *deber de conocimiento*; d) que el sujeto haya tomado, de forma voluntaria o, como mínimo, consciente, la *decisión de permanecer en la ignorancia*, siendo indicativo del grado de deslealtad al Derecho el tiempo que se mantiene dicha decisión; e) que el sujeto persiga *beneficiarse de la situación de ignorancia, sin asumir riesgos propios y evitando responsabilidades*¹⁰³.

Cuando la realización del comportamiento previsto por el tipo objetivo se lleve a cabo bajo las condiciones acabadas de mencionar, es dogmáticamente correcto condenar por el correspondiente delito doloso, teniendo en cuenta que no existe una definición legal del concepto de dolo y que el art. 14.1 Cp regula las consecuencias jurídico-penales del error, no las del desconocimiento de la realización de un tipo penal. Ésta me parece una conclusión defendible en términos generales.

Sucede, no obstante, que determinados tipos de la parte especial prevén expresamente que el comportamiento se realice «con conocimiento» o «a sabiendas» de determinada información. Este es precisamente el caso del delito de extensión de la violación de secreto empresarial previsto por el art. 280 Cp. En estos casos, a diferencia de lo que ocurre por regla general, sí existe una exigencia legal expresa de «conocimiento». Ello hace surgir la duda de si sigue siendo posible condenar a la pena prevista por la comisión del hecho en tales circunstancias subjetivas («con conocimiento») a quienes lo

¹⁰³ Con más detalle: RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, pp. 156-159, 184-187.

cometen en situación de ignorancia deliberada en sentido estricto¹⁰⁴; o, como mínimo, a quienes lo cometen en ignorancia deliberada en el sentido más estricto posible de los términos, a saber, cuando se comete con una *absoluta ausencia de representación* de los elementos objetivos del tipo. En estos casos parece evidente que entender que se satisface el requisito típico del «conocimiento» y condenar por delito doloso transgrede el tenor literal posible del tipo legal, siendo una aplicación del Derecho penal vulneradora del principio de legalidad (art. 25 CE). Ello no resta ni un ápice a la inadecuación de esta calificación en términos de coherencia valorativa, pues estos casos, si concurren todas las condiciones previstas en el modelo arriba expuesto, expresan tanta indiferencia hacia el Derecho como los casos de comisión con conocimiento. Estamos, sin lugar a dudas, ante una injustificada laguna de punibilidad.

Por el contrario, a mi modo de ver, la interpretación favorable a condenar por esta clase de delitos, entre ellos el del art. 280 Cp, cuando la situación de ignorancia deliberada no consiste en una ausencia de representación absoluta, sino en una representación insuficiente, como por ejemplo la sospecha de que se podría estar realizando algo ilícito, sin mayor concreción, parece respetuosa con el principio de legalidad. Eso sí, siempre y cuando concurren todas y cada una de las condiciones exigidas en el modelo de punición de la ignorancia deliberada propuesto por RAGUÉS I VALLÈS^{105 106}.

Ejemplo: el Sr. A, director de producción de una empresa, sospecha que la información recibida procedente del departamento de optimización podría tener origen ilícito, pues da lugar a un producto con cualidades muy parecidas a las que, de forma muy novedosa, reúne uno de los productos del principal competidor. Además, el tiempo de desarrollo por parte del departamento de optimización habría sido exageradamente rápido. Este departamento se creó

¹⁰⁴ RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2007, p. 200 y s.

¹⁰⁵ A favor de la imputación a título de dolo de un delito de blanqueo de capitales (art. 301 Cp) cuando el tipo objetivo de ese delito se ha cometido con ignorancia deliberada, BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 735 y s., nms. 69 y s.

¹⁰⁶ El modelo de punición de la ignorancia deliberada propuesto por RAGUÉS I VALLÈS ha sido adoptado, con algunos matices, por las SSTs de 16 de marzo de 2012, p. Marchena Gómez; de 30 de septiembre de 2009, p. Marchena Gómez; de 2 de febrero de 2009, p. Marchena Gómez.

como departamento subordinado al de producción, pero con funcionamiento autónomo y bajo estrictas medidas de confidencialidad, incluso dentro de la propia empresa, por orden del propio Sr. A, con la intención de evitar, de ese modo, cualquier imputación por delito de extensión de violación de secreto empresarial. El Sr. A es conocedor de que las personas que integran el departamento de optimización disponen de libertad absoluta en cuanto a los medios para desarrollar u obtener información competitivamente relevante. En tanto que director de producción, el Sr. A tiene el deber de asegurarse de que sus subordinados no utilizan secretos empresariales en el ejercicio de su trabajo. En tanto que sujeto competente al respecto, además de superior jerárquico del departamento de optimización, el Sr. A tiene plena disponibilidad de la información relativa al origen de la información facilitada, pues sólo tiene que preguntar a sus subordinados al respecto. A pesar de todo, el Sr. A decide no indagar sobre el origen de la información y permite que sus subordinados del departamento de producción la utilicen en la fabricación de uno de los productos de la empresa.

4. Necesidad de interpretar restrictivamente el tipo penal de extensión de la violación de secreto empresarial (art. 280 Cp)

Una vez examinadas las principales opciones interpretativas del tipo penal respetuosas con el tenor literal de su enunciado legal (tipo legal), es momento de proseguir en el proceso dogmático de construcción del tipo de interpretación. Al igual que los tipos penales de violación de secreto empresarial previamente estudiados, la interpretación sistemática y teleológica del tipo de extensión de la violación de secreto empresarial aconseja su reconstrucción restrictiva.

En primer lugar, si se toman realmente en serio los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad, deberían descartarse todas aquellas opciones interpretativas que suponen un amplio o total solapamiento del ámbito de aplicación del tipo penal con el de las modalidades de extensión previstas en los arts. 13 y 14 LCD.

En segundo lugar, la gravedad de las conductas subsumidas en el tipo penal de extensión debe ser proporcional a la de las conductas subsumibles, de acuerdo con los tipos de interpretación propuestos en este trabajo, para los tipos legales de espionaje industrial (art. 278 Cp) y disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp). Las penas asignadas al tipo de extensión se

corresponden con el límite inferior de la pena inferior en grado y con el límite superior de la mitad superior de la pena asignada a los tipos básicos de aquellos delitos. Ello en lo que se refiere a la pena de prisión, pues los límites inferiores y superiores de la pena de multa son idénticos a los de las penas de multa de los tipos básicos de aquellos delitos (de 12 a 24 meses). Sin embargo, el contenido de injusto del tipo de extensión es significativamente menos grave que el contenido de injusto de los tipos de espionaje industrial y disposición desleal. Mientras aquellos consisten en la arrogación de la esfera de reserva ajena por parte del autor, ya sea en forma de una intromisión en dicha esfera (art. 278 Cp), ya sea en forma de defraudación de un deber de confidencialidad (art. 279 Cp), en el tipo de extensión el autor no se arroga en ningún caso dicha esfera, sino que simplemente da continuidad a las consecuencias lesivas o peligrosas para el bien jurídico protegido de dicha arrogación. El delito del art. 280 Cp es una norma de resguardo de las normas contenidas en los delitos de espionaje industrial (278 Cp) y de disposición desleal de secreto empresarial (279 Cp). Por ello, el bien jurídico protegido por el delito del art. 280 Cp no es otro que el protegido por aquellos delitos¹⁰⁷: el patrimonio individual.

Sin duda, el autor del delito de extensión infringe un deber negativo cuando introduce dolosamente el secreto empresarial en su ámbito de organización y, con ello, pone en peligro o lesiona el bien jurídico protegido. Pero el merecimiento de pena es, sin duda, menor que el de quien espía o dispone deslealmente de un secreto empresarial. Ciertamente, las penas asignadas al tipo de extensión también son inferiores a las asignadas a los tipos de espionaje y disposición desleal, pero no lo suficiente como para prescindir del enfoque restrictivo que informó la interpretación de aquellos tipos. Adviértase, en este sentido, que el tipo legal de extensión admite la subsunción de *meros actos de apoderamiento* (aseguramiento) de la información ajena con conocimiento de su origen ilícito. A esta conducta se le asigna una pena de 1 a 3 años de prisión y multa de 12 a 24 meses, mientras que al *uso en provecho propio* del secreto empresarial —conducta más próxima a la causación de un perjuicio al titular de la información y de una alteración perceptible de la configuración del mercado— en *vulneración de un deber penal de reserva* se le asigna una pena de 2 a 3 años de prisión y una pena de multa inferior (!), de 12 a 18 meses.

¹⁰⁷ SÁNCHEZ OSTIZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 469 y ss., p. 471.

En tercer lugar, la necesidad de interpretar restrictivamente el tipo legal de extensión de violación de secreto empresarial se pone de manifiesto al comparar la gravedad de su contenido de injusto y las penas que le han sido asignadas, con la gravedad del contenido de injusto y las penas previstas para tipos legales teleológica y estructuralmente análogos al previsto por el art. 280 Cp. El tipo penal estructural y teleológicamente más similar al de extensión del secreto empresarial, y con mayor tradición en nuestro ordenamiento jurídico, es el de *receptación*, previsto en el art. 298 Cp. Su contenido de injusto es análogo al del tipo de extensión de violación de secreto empresarial: continuar y perpetuar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado por un delito previo, de naturaleza patrimonial o socioeconómica. Delito previo en el que el autor de la receptación no ha participado, pero de cuya existencia tiene conocimiento. Las acciones típicas son la recepción, adquisición u ocultación de los efectos del delito previo, o la prestación de ayuda a los responsables del delito previo para aprovecharse de los efectos del mismo, siempre con ánimo de lucro. La modalidad comisiva consistente en la prestación de ayuda a los responsables del delito previo es, sin duda, la más alejada, estructuralmente hablando, del tipo de extensión del art. 280 Cp. Al margen de ello, la analogía del resto de acciones con las previstas por el tipo legal de extensión de violación de secreto empresarial es evidente. Adviértase que, además de la recepción, la adquisición y la ocultación, se castiga también el tráfico económico con los efectos (298.2 Cp).

La analogía no solo es estructural, sino también teleológica. Existen al menos tres posturas doctrinales sobre cuál es el bien o bienes jurídicos protegidos por el delito de receptación previsto en el art. 298 Cp. En primer lugar, la conocida como “teoría del mantenimiento”, según la cual el bien jurídico protegido por este delito es el mismo que el protegido por el delito previo, a saber, el patrimonio o algún bien jurídico de carácter socio-económico¹⁰⁸. Esta puede considerarse la postura más antigua y menos defendida en la actualidad¹⁰⁹. En segundo lugar, la postura de quienes entienden que el delito de receptación tiene carácter pluriofensivo. Entre quienes defienden esta aproximación, cabe distinguir, a su vez, dos posiciones diferenciadas: la de

¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., 2013, p. 510.

¹⁰⁹ No obstante, véase SÁNCHEZ OSTIZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 471.

quienes entienden que los bienes jurídicos protegidos son el del delito previo y la Administración de Justicia¹¹⁰, y la de quienes sostienen que los bienes jurídicos protegidos son el tráfico lícito de bienes (bien jurídico socio-económico) y la Administración de Justicia¹¹¹. En tercer lugar están quienes consideran que el bien jurídico protegido por este delito es uno y de carácter macroeconómico: el orden socio-económico¹¹². En este último caso, la discordancia con el bien jurídico protegido por el delito de extensión, el patrimonio, no impide la comparación. Al contrario. Quienes entienden que el bien jurídico protegido por el delito de receptación es un bien de carácter macro-económico, tratan de restringir el ámbito de aplicación de este delito a conductas capaces de poner en peligro el orden socio-económico, lo que presupone que dichas conductas son capaces de afectar el patrimonio del concreto titular de los bienes receptados. En realidad, la lesividad de la conducta iría mucho más allá de eso¹¹³.

En la misma línea, si el delito de receptación protege la Administración de Justicia, además del patrimonio o el bien jurídico protegido por el delito previo (de carácter socio-económico, por ejemplo), no se explica que se castigue con penas inferiores a las del delito de extensión, pues este último delito tan sólo protege el bien jurídico patrimonio, sin que las conductas que pretende prevenir sean más graves que las tipificadas por el delito de receptación.

Pues bien, resulta llamativo que, a pesar de la proximidad teleológica y estructural entre el tipo de extensión de la violación de secreto empresarial del art. 280 Cp y el tipo de receptación del art. 298 —recuérdese que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han realizado afirmaciones en el sentido de considerar que ambas figuras se encuentran en concurso de

¹¹⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 298», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 852. En una línea similar, QUINTERO OLIVARES, «De la receptación y el blanqueo de capitales», en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. II, 6ª ed., 2011, p. 432.

¹¹¹ PALMA HERRERA, «Artículo 298», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. IX, 1999, pp. 604-615.

¹¹² BLANCO CORDERO, «De la receptación y el blanqueo de capitales», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2010, pp. 1143-1144; Díez Ripollés, «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas», *Actualidad Penal* (32), 1994, pp. 611 y s.

¹¹³ Al respecto, véase, Díez Ripollés, «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas», *Actualidad Penal* (32), 1994, pp. 583 y ss., 609 y ss.

leyes¹¹⁴– la pena prevista para el delito de receptación es sustancialmente menor a la prevista para el delito de extensión de la violación de secreto empresarial: prisión de 6 meses a 2 años, en la receptación (art. 298 Cp) – prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 24 meses, en la extensión de la violación de secreto empresarial.

En fin, solamente una interpretación restrictiva del tipo penal de extensión es capaz de dotarle de un ámbito de aplicación que guarde relación con la gravedad de las penas que le han sido asignadas, así como con la escala valorativa subyacente al Libro II del Código penal.

Desde una perspectiva de análisis de Derecho comparado, el rigor punitivo del régimen penal español en materia de violaciones de secretos empresariales contrasta, de nuevo, con el alemán, cuando se comparan las penas asignadas a los respectivos tipos de extensión de la violación de secreto empresarial. Mientras que la conducta típica prevista en el art. 280 Cp puede llegar a ser castigada con penas de prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 24 meses, el tipo de extensión en Alemania se castiga, o bien con la pena de privación de libertad de hasta tres años, o bien con una pena de *multa*, alternativa (§ 17(2)(2) UWG).

A pesar de la mayor benevolencia punitiva, el tipo legal de extensión de la violación de secreto empresarial previsto en el § 17(2)(2) UWG no permite abarcar un mayor número de conductas que el tipo español de extensión sino todo lo contrario. Su tenor literal se remite exclusivamente a los tipos *penales* de disposición desleal de secreto empresarial (§ 17(1)) y de espionaje industrial (§ 17(2)(1)), como únicos presupuestos de la extensión.

Las acciones prohibidas son el *uso* y la *comunicación* a terceros (cesión, revelación, difusión) del secreto empresarial. El *aseguramiento* es, en principio, atípico. Bien es cierto que el tipo legal previsto en la segunda parte del § 17(2)(2) – “*sonst unbefugt*” ofrece una vía de criminalización de los aseguramientos y posteriores usos o comunicaciones procedentes de actos

¹¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 131 nota 242; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 144. En la jurisprudencia véase, por ejemplo, la SAP Zaragoza de 16 de octubre de 2012, p. Arriero Espes, FJ 3º.

ilícitos no estrictamente penales de terceros. Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida al respecto a la hora de decidir si este tipo de supuestos deben quedar abarcados por el tipo de interpretación¹¹⁵. En cualquier caso, incluso las penas asignadas a este tipo (las mismas que para el de extensión: prisión de hasta 3 años o multa) son más benévolas que las previstas para el tipo de extensión español del art. 280 Cp.

5. Vías posibles de restricción

En lo que sigue se van a explorar las posibilidades de restricción por vía dogmática del ámbito de aplicación del tipo penal de extensión de la violación de secreto empresarial. Se dejan al margen las posibilidades de restricción a través de la clase de afectación del bien jurídico protegido, cuestión que constituye el objeto de estudio del capítulo IX. *infra*.

5.1. ¿Las acciones típicas prohibidas?

Una primera opción consiste en reducir las acciones penalmente relevantes a la *utilización* del secreto empresarial en provecho propio o a su *comunicación* a terceros (cesión, revelación, difusión), dejando fuera del ámbito del tipo la acción de *aseguramiento* de la información. A pesar de que el tenor literal del art. 280 Cp se remite a las «conductas descritas en los dos artículos anteriores», no violentaría sus términos entender que no se refiere a todas ellas. Por un lado, porque aun eliminando la acción de «apoderamiento» (=aseguramiento), la remisión a los dos artículos seguiría teniendo sentido, pues las acciones de comunicación del secreto empresarial a un tercero se encuentran previstas en los dos artículos previos. De hecho, son las únicas que se encuentran previstas en los dos. Por otro lado, porque si se pone en relación la remisión a las acciones descritas en los dos artículos previos con la exigencia de que el autor no haya tomado parte en el descubrimiento, es sostenible entender que el «apoderamiento», como acto de “descubrimiento” del secreto empresarial, debe quedar fuera del ámbito de aplicación del art. 280 CP. Esta es, al menos con una interpretación estrictamente gramatical, la opción tomada por el legislador alemán en la redacción del tipo de extensión del § 17(2)(2) UWG. La conducta sancionada no es la recepción (*erlangen*) del

¹¹⁵ En contra: *MüKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm. 120. A favor: WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, 1993, p. 266.

secreto empresarial con conocimiento de su origen en un delito de espionaje (§ 17(2)(1)) o en uno de disposición desleal (§ 17(1)), sino su utilización (*ververten*) o comunicación a terceros (*mitteilen*) cuando se es conocedor de que la información tiene tal procedencia.

A mi modo de ver, esta vía de restricción, más que adecuar el ámbito de aplicación del tipo de extensión a la gravedad de las penas que le han sido asignadas, lo que hace es poner seriamente en duda su eficacia. Si se toma realmente en serio el deber de probar fuera de toda duda razonable la concurrencia de los elementos del tipo en el momento de decidir sobre su aplicación en un caso concreto, la prueba del uso en provecho propio de la información o de su revelación a terceros puede resultar un escollo notable para su aplicación. Por el contrario, la prueba del aseguramiento del secreto empresarial a raíz de un hecho ilícito previo cometido por un tercero puede ser, al menos en relación con aquellas conductas, bastante más sencilla.

Naturalmente, la conveniencia de tipificar penalmente una determinada conducta por las ventajas preventivas que ofrece debido a la mayor facilidad de su prueba, no es un argumento político-criminalmente fuerte. Menos aún cuando tal tipificación supone una anticipación de las barreras de punición. Sin embargo, cuando esas ventajas van acompañadas de razones materiales a favor de su punición, entonces la mayor eficacia preventiva gracias a las facilidades probatorias no debería obviarse como argumento de refuerzo en tal sentido.

A mi juicio, existen razones materiales a favor de la punición del mero aseguramiento del secreto empresarial con conocimiento de que el mismo trae causa de una violación de la esfera de reserva ajena. Esta conducta constituye una destrucción del monopolio sobre la información. Por sí misma, esta conducta puede provocar una disminución del valor de mercado de la información, si no su completa pérdida de valor. En cualquier caso, constituye una puesta en peligro de los intereses patrimoniales del titular, ya se basen en el valor de mercado de la información, ya se basen en las expectativas de ganancia futuras por su uso o detentación.

5.2. El hecho ilícito previo

Una de las vías de restricción interpretativa con mayor alcance es la que centra su atención en la procedencia del aseguramiento o disposición del secreto empresarial. En efecto, en la medida en que los delitos de espionaje industrial (art. 278 Cp) y de disposición desleal de secreto empresarial (art. 279 Cp) deben interpretarse, a su vez, de forma especialmente restrictiva, el ámbito de aplicación del delito de extensión se ve sustancialmente reducido si se restringe a los aseguramientos o disposiciones procedentes de ilícitos exclusivamente jurídico-penales. La interpretación de aquellos delitos de forma rigurosamente respetuosa con el principio de fragmentariedad permite asignarles un ámbito de aplicación concentrado en las conductas más graves, dejando fuera de él a buena parte de las conductas que integran el ámbito de aplicación de los ilícitos jurídico-privados previstos en los arts. 13 y 14 LCD. Por derivación, el ámbito de aplicación del delito de extensión también se ve sustancialmente reducido.

Como hemos visto en los apartados dedicados al contenido y alcance de los ilícitos jurídico-privados de violación de secreto empresarial (*supra* VI.2, VII.2 y VIII.2), son numerosas y de muy distinta gravedad las conductas que caen bajo su ámbito de aplicación. En efecto, los tipos de violación de secreto empresarial de la LCD han sido diseñados e interpretados para garantizar una protección eficaz de los secretos empresariales inmune al paso del tiempo, esto es, capaz de adaptarse a las innovaciones de los fenómenos del espionaje y la deslealtad. Para conseguirlo ha sido necesario recurrir a conceptos jurídicos indeterminados en la configuración del contenido de tales tipos, como por ejemplo el concepto mismo de «espionaje», el de «buena fe» o el de «abuso del Derecho». Si bien con el uso de este tipo de conceptos la protección jurídica de los secretos empresariales está teóricamente garantizada, ello se consigue, sin duda, a costa de la seguridad jurídica. Éste quizá sea un precio asumible en el ámbito jurídico-privado, donde los errores normalmente causan perjuicios indemnizables económicamente, pero no en el jurídico-penal, donde menoscaban derechos fundamentales de difícil reparación.

5.3. La exigencia de dolo directo o dolo eventual respecto del hecho ilícito previo

Una tentadora vía de restricción del alcance del tipo penal de extensión de la violación de secreto empresarial es la referida al grado de conocimiento de la

procedencia delictiva de la disponibilidad sobre el secreto empresarial. Como hemos visto, parte de la doctrina que se ha pronunciado sobre el particular aboga por exigir un conocimiento cierto y seguro de la procedencia delictiva de la disponibilidad sobre el secreto empresarial, excluyendo del ámbito de relevancia penal, de este modo, la sospecha o representación de la posible procedencia delictiva, constitutiva de dolo eventual¹¹⁶.

Tampoco me parece ésta una vía apropiada de restricción. Si nos ceñimos a la interpretación del sector doctrinal mencionado, la restricción consistiría en reducir la tipicidad subjetiva del tipo de extensión, en relación con el origen ilícito de la disposición sobre el secreto empresarial, al *dolo directo de segundo grado* o de consecuencias necesarias. Quedarían excluidos del ámbito de aplicación del tipo penal el aseguramiento o disposición del secreto empresarial realizados con *dolo directo de primer grado* (intención) o con *dolo eventual* (conocimiento de la posibilidad concreta de realización del tipo) en relación con el origen ilícito de la disponibilidad sobre la información. En efecto, en el dolo directo de primer grado lo que primaría es el elemento volitivo, en el de segundo grado o consecuencias necesarias el cognitivo y en el eventual, desde una concepción volitiva, concurrirían con “intensidad media” conocimiento y voluntad¹¹⁷. Si la exigencia de «conocimiento del origen ilícito» prevista por el tenor literal del art. 280 Cp se interpretara como conocimiento seguro o casi seguro de la realización de los tipos previstos en los arts. 278-280 Cp, deberían quedar excluidos tanto el dolo directo de primer grado (intención), cuando no vaya acompañado de un conocimiento seguro o casi seguro, como el dolo eventual.

Sin embargo, axiológicamente me parece desacertado considerar penalmente irrelevantes las realizaciones típicas cometidas con dolo de primer grado sin

¹¹⁶ 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. 62; GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1999, pp. 203; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, p. 324-326.

¹¹⁷ Con un concepto de dolo integrado por dos elementos de intensidad graduable y variable (dominio del hecho y enemistad hacia el bien jurídico), véase SCHÜNEMANN, «De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo», en EL MISMO, *Obras*, t.I, (1999) 2009, pp. 427 y ss. De forma similar ROXIN, *AT*, t.I, 4ª ed., 2004, § 12 A nm. 4.

conocimiento seguro o casi seguro del origen ilícito de la disposición sobre el secreto empresarial, así como las realizaciones típicas con dolo eventual al respecto. Por un lado, porque la realización del tipo con dolo directo de primer grado no tiene por qué ser axiológicamente de menor gravedad que su realización con dolo directo de segundo grado. Existe un menor grado de conocimiento, pero la indiferencia hacia el bien jurídico protegido puede ser bastante mayor que en la realización con dolo de consecuencias necesarias. De hecho, en la realización con dolo directo de primer grado más que indiferencia se manifiesta una clara hostilidad hacia el bien jurídico. Y en materia de imputación subjetiva lo relevante, desde una perspectiva axiológica, es el grado de oposición o indiferencia hacia el bien jurídico protegido, siendo el conocimiento y la intención manifestaciones de esa indiferencia u oposición¹¹⁸. Siendo esto así, parece que en los supuestos de realización del tipo con conocimiento inexacto pero con una clara decisión contra el bien jurídico el desvalor de conducta puede ser igual o superior al de la realización del tipo con conocimiento seguro o casi seguro, pero sin que exista una clara decisión contra el bien jurídico, sino mera indiferencia.

Por otro lado, a mi modo de ver, las diferencias axiológicas entre la realización del tipo con dolo de consecuencias necesarias y con dolo eventual, por existir en este segundo caso un menor grado de conocimiento de la realización típica¹¹⁹, no son de entidad suficiente como para que la realización del tipo con dolo eventual quede sin respuesta penal. Lo que resulta especialmente evidente cuando el tipo se realiza con el grado de conocimiento inmediatamente inferior al considerado como conocimiento seguro o casi seguro, constitutivo de dolo de consecuencias necesarias. Y, en los demás casos, el progresivo descenso del desvalor de la conducta a medida que disminuye el grado de conocimiento de realización del tipo queda precisamente reflejado en la progresiva disminución de pena desde el límite superior del marco penal asignado al tipo de extensión (art. 280 Cp), hasta el límite inferior.

¹¹⁸ Sobre la función meramente indiciaria del conocimiento en el concepto jurídico-penal de dolo, véanse JAKOBS, en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, p. 192-193; HASSEMER, *ADPCP* (43), 1990, p. 920.

¹¹⁹ Sobre la graduabilidad valorativa de las distintas formas de dolo en función del grado de conocimiento de la peligrosidad de la acción, véase MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 731-741.

Además, hay que tener en cuenta que los fines perseguidos con el comportamiento también pueden determinar el grado de injusto o culpabilidad de la conducta, en sentido atenuatorio o agravatorio¹²⁰. Constatación compatible con la extendida convicción de que los motivos del autor deberían ser irrelevantes en el juicio de adscripción del dolo o la imprudencia¹²¹. Siendo los fines perseguidos por el autor expresivos de una mayor o menor deslealtad al Derecho (=culpabilidad en sentido amplio), excluir en la interpretación del tipo previsto en el art. 280 Cp la relevancia penal de dos de las tres clases de dolo puede dar lugar a incoherencias valorativas. Como JAKOBS pone de manifiesto, el autor puede tener un motivo jurídicamente menos negativo para realizar un comportamiento con dolo directo de primer grado que para llevar a cabo una acción con dolo eventual¹²². Si tan solo consideráramos penalmente relevantes las realizaciones del tipo objetivo de extensión de la violación de secreto empresarial cometidas con dolo directo de segundo grado, dejaríamos fuera del ámbito de aplicación del delito comportamientos que, a pesar de haber sido llevados a cabo con un menor grado de conocimiento, pueden ser axiológicamente tanto o más graves que las conductas consideradas penalmente relevantes por haber sido cometidas con conocimiento casi seguro de realización del tipo, pues algunas de las realizaciones del tipo previsto en el art. 280 Cp, cometidas con dolo eventual, por ejemplo, pueden perseguir unos fines tan contrarios al programa valorativo del Derecho vigente que hagan a la conducta axiológicamente tanto o más grave que la realización del tipo objetivo con conocimiento seguro o casi seguro del origen ilícito de la disposición sobre el secreto empresarial (dolo de consecuencias necesarias). En otras palabras, en determinadas circunstancias, se puede expresar igual o más deslealtad al Derecho con una realización del

¹²⁰ ROXIN, *AT*, t.I, 4ª ed., 2006, § 10 F nms. 70-82; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 8/98. En España, MIR PUIG, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADPCP* (41), 1988, p. 665: «...la finalidad que guía una conducta lesiva no sólo manifiesta una determinada actitud interna del sujeto, sino que es *causa* de aquella conducta, tiende a influir en su forma de realización y contribuye a conferir a la misma conducta un significado de mayor o menor oposición al bien jurídico a que afecta».

¹²¹ LK-VOGEL, 12ª ed., 2007, § 15 nm. 40 y s.; *MiKo*-JOECKS, 2ª ed., 2011, § 16 nm. 20.

¹²² JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 8/8 nota 12.

tipo dolosa eventual, que con una realización con dolo de consecuencias necesarias¹²³. Veámoslo con algunos ejemplos:

Ejemplo 1: el Sr. A, aficionado a la informática y titular de un portal de internet de intercambio de información, recibe unos archivos de un internauta anónimo que le asegura haber sorteado las medidas de seguridad virtual de nada más y nada menos que la empresa Microsoft. Simpatizante con la “ética *hacker*” y con la esperanza de revelar secretos empresariales consistentes en códigos fuente de Microsoft que impiden compatibilizar sus programas con programario libre, el Sr. A publica en su página web los archivos recibidos, a pesar de no entender su contenido, de no estar seguro de que pertenezcan a la empresa Microsoft ni de que hayan sido, efectivamente, obtenidos mediante la superación de las barreras de protección de la esfera de reserva de Microsoft, a saber, sus medidas de seguridad virtuales.

Ejemplo 2: el Sr. A, ingeniero informático y titular de un portal de internet de intercambio de información, recibe unos archivos de un amigo íntimo suyo, conocido por ser un aventajado *hacker* y por haber utilizado sus conocimientos para ayudar en repetidas ocasiones a una joven y bella activista del suministro, a bajo coste, de medicamentos patentados a las comunidades pobres. El Sr. B le asegura al Sr. A que obtuvo los archivos vulnerando las medidas de seguridad virtual de la empresa Pfizer, explicándole concretamente cómo lo hizo. También le comenta que los archivos que le entrega hacen referencia a determinada información, constitutiva de secreto empresarial, sobre los procesos de fabricación de un medicamento que Pfizer se resiste a facilitar a bajo coste a comunidades con pocos recursos económicos. El Sr. A publica los archivos en su página web, con conocimiento seguro o casi seguro de que son constitutivos de un secreto empresarial y de que fueron obtenidos superando importantes barreras de protección del titular de la información.

Ejemplo 3: el Sr. A, competidor de Panrico, contrata a varios ex trabajadores de esta empresa, recién despedidos, para incorporarlos a su línea de producción de roscos de pan dulce. Uno de ellos le ofrece, a cambio de una suma importante de dinero, un documento con complejas recetas e instrucciones de producción para elaborar unos roscos idénticos a los famosos “donuts” de Panrico. A preguntas sobre la procedencia del documento, el ex trabajador contesta al Sr. A que “mejor no hacer preguntas incómodas”. En el sector de la bollería es sabido que la receta y proceso de producción de los “donuts” son uno de los secretos más preciados de Panrico, cuya reserva la empresa trata de proteger con numerosas

¹²³ En esta línea, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 180.

medidas. El Sr. A paga la suma de dinero al ex trabajador y fabrica un rosco dulce idéntico al “donut” de Panrico siguiendo las instrucciones del documento.

Si el «conocimiento sobre el origen ilícito» de la disposición sobre el secreto empresarial previsto por el tenor literal del art. 280 Cp se interpreta como la exigencia de que, para que revista relevancia penal, la conducta típica debe haber sido realizada con dolo de consecuencias necesarias respecto del mencionado origen ilícito, comportamientos como los descritos en los ejemplos 1 y 3 quedarían fuera del ámbito de aplicación del delito de extensión de la violación de secreto empresarial. No así la conducta prevista en el ejemplo 2, presumiendo que no podría considerarse justificada. Y ello a pesar de que, a mi modo de ver, axiológicamente las conductas previstas en los tres ejemplos son igual de graves en lo que respecta a la expresión de deslealtad hacia el Derecho por parte de sus autores. Si bien en los ejemplos 1 y 3 el grado de conocimiento sobre el origen ilícito de la información es menor que en el ejemplo 2, los fines perseguidos por el autor en los respectivos ejemplos (divulgación de la información por afinidad a la “ética hacker”, en el ejemplo 1; aprovecharse del esfuerzo ajeno en la lucha competitiva, en el ejemplo 3) hacen que la conducta llevada a cabo en dichos ejemplos sea tanto o más grave, en términos de deslealtad al Derecho, a la llevada a cabo en el ejemplo 2.

El descartar esta vía de restricción del tipo penal no debe interpretarse como una contradicción con la conclusión alcanzada en el apartado anterior *supra* VIII.4. Como se ha tratado de demostrar, estamos ante una vía de restricción axiológicamente insatisfactoria.

a) Los supuestos de *ignorancia deliberada* respecto del origen ilícito del aseguramiento o disposición de secreto empresarial

Si bien el modelo de punición de la ignorancia deliberada en sentido estricto propuesto por RAGUÉS I VALLÈS supone una ampliación del sistema de imputación subjetiva actualmente manejado por la doctrina mayoritaria, me parece científicamente deshonesto prescindir de él en aras de una delimitación restrictiva del tipo penal de extensión de la violación de secreto empresarial. La restricción por vía interpretativa, cuya necesidad creo haber demostrado *supra* 4, no puede conseguirse a cualquier precio. El modelo de punición de las ignorancias deliberadas en sentido estricto propuesto por

RAGUÉS I VALLÈS trata de ofrecer un sistema de imputación subjetiva valorativamente más coherente y satisfactorio que el que la comunidad jurídico-penal española viene utilizando de forma mayoritaria en la actualidad. Por tanto, las restricciones del ámbito de aplicación del tipo penal previsto en el art. 280 Cp deberán conseguirse por otras vías.

6. Concreción del modelo

6.1. Acciones típicas

En primer lugar, de acuerdo con el modelo interpretativo aquí propuesto, son acciones típicas del delito de extensión de la violación de secreto empresarial tanto el *aseguramiento* como el *uso* y la *comunicación* (cesión, revelación, difusión) de la información con conocimiento de su origen ilícito. Por aseguramiento debe entenderse cualquier acto que garantice el acceso a la información cuando se desee. Así, por ejemplo, la recepción de soportes materiales que contengan la información de forma indefinida o durante tiempo suficiente como para garantizar el acceso a la misma en cualquier momento.

Ejemplo (secreto empresarial procedente de un 278 Cp): un ex trabajador resentido (Sr. A) del titular del secreto empresarial visita por iniciativa propia a un empresario de la competencia (Sr. B), al que entrega copias de documentos de su antiguo empleador que contienen uno de sus principales secretos empresariales. El empresario copia toda la documentación que el hombre le entrega. El ex trabajador se había llevado la documentación de su antigua empresa, violando una prohibición al respecto prevista expresamente en su contrato de trabajo. El empresario competidor fue consciente, mientras copiaba la documentación, de que quien se la entregaba no tenía derecho a poseerla y que se la estaba prestando en contra de la voluntad de su titular. Además, el titular era conocido por las fuertes medidas de protección de las que se había dotado para proteger sus secretos empresariales, tanto frente a intromisiones externas como frente a filtraciones internas, todo lo cual también era conocido por el empresario competidor (Sr. B).

En segundo lugar, desde el punto de vista aquí defendido, el tipo penal de extensión debería interpretarse de modo que tan solo se consideraran penalmente relevantes los aseguramientos o disposiciones procedentes de un delito de violación de secreto empresarial. Esto incluye los aseguramientos o

disposiciones procedentes de un previo delito de extensión, esto es, lo que podríamos denominar extensión *en cadena*. Como hemos visto, hay quien se ha opuesto expresamente a esta posibilidad, aunque con base en aparentes exigencias del tenor literal del art. 280 Cp, a mi modo de ver poco convincentes. Desde una perspectiva teleológica, la punición de la extensión en cadena tiene pleno sentido. De hecho, incluso el aseguramiento o la disposición de un secreto empresarial obtenido a través de un tercero de buena fe que no sabe que su disponibilidad sobre la información trae casusa de un delito previo, cosa de la que sí es consciente quien obtiene el secreto empresarial del tercero de buena fe, debe castigarse¹²⁴.

Ejemplo: un competidor (Sr. B) del titular del secreto empresarial (Sr. T) capta buena parte de su equipo de investigación y desarrollo, ofreciendo sueldos significativamente por encima de la media en el mercado relevante, con el objetivo de que así usen en su provecho los secretos empresariales que desarrollaron para su antiguo empleador (Sr. A). Los miembros de aquel equipo están sometidos a un *deber penal* de confidencialidad, a pesar de lo cual utilizan la información a favor del nuevo empleador. El empresario competidor es consciente de que los nuevos trabajadores, al trabajar por él y usar el secreto empresarial, incumplen sendos deberes de no competencia y de confidencialidad, a pesar de recibir la debida compensación económica por parte del titular del secreto empresarial (Sr. T). El Sr. C, director de otra empresa que decide introducirse en el mercado relevante, adquiere la empresa dirigida por el Sr. B, a sabiendas de que dispone del secreto empresarial del Sr. T y de que el mismo fue obtenido en vulneración de pactos de confidencialidad y no competencia debidamente retribuidos. Una vez adquirida la empresa, el Sr. C mantiene la disponibilidad sobre el secreto empresarial. El Sr. C comete el delito de extensión del secreto empresarial previsto en el art. 280 Cp.

6.2. La naturaleza de la ilicitud del hecho previo

La disponibilidad sobre el secreto empresarial debe proceder de un delito de violación de secreto empresarial, incluido el propio delito de extensión del

¹²⁴ En los mismos términos, en relación con el delito de receptación, SILVA SÁNCHEZ, «La receptación específica», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, 1990, pp. 487-488. Le sigue, en la doctrina, SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 298», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 853. En la jurisprudencia, véase la STS de 12 de junio de 2012, p. Conde-Pumpido Tourón, FJ 4º.

art. 280 Cp (*extensión en cadena*). Son penalmente irrelevantes los aseguramientos o disposiciones de secreto empresarial procedentes de un hecho tan solo extra-penalmente ilícito.

A pesar de que alguna voz especialmente autorizada ha defendido la posibilidad de condenar por este delito a quienes usan en su provecho o comunican el secreto empresarial con conocimiento de que su capacidad de disposición sobre el mismo es *fortuita*¹²⁵, entiendo que esta forma de interpretar el tipo de extensión contraviene tanto el tenor literal del art. 280 Cp como su teleología.

Entender que el caso fortuito queda abarcado por el concepto de ilícito contradice el sentido ordinario del lenguaje así como la semántica jurídico-penal. Del tipo legal se desprende que la disponibilidad sobre el secreto empresarial debe tener «origen ilícito», y el “origen fortuito” no puede considerarse, bajo ningún concepto, una especie de “origen ilícito”.

Por otra parte, considerar penalmente relevantes los usos y revelaciones procedentes de aseguramientos fortuitos es teleológicamente insostenible. A mi modo de ver, el titular del secreto empresarial no merece protección jurídico-penal de su esfera de reserva por defecto, por haber desarrollado de forma original el secreto empresarial. Por el mero hecho de haber desarrollado la información merece protección jurídica a través del Derecho de la propiedad intelectual e industrial, así como a través de los correspondientes delitos contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 270-277 Cp). Pero si el titular del secreto empresarial decide optar por el régimen del secreto empresarial, entonces debe asumir el riesgo de perder el carácter secreto o, en cualquier caso, la protección jurídica de la información, cuando las medidas jurídicamente reconocidas o por él adoptadas para crear su esfera de reserva no son capaces de evitar lo inevitable, esto es, la diseminación fortuita del secreto empresarial.

- i) *Excursus*: promesas de no violación del secreto empresarial ante el nuevo empleador o tercero contratante

¹²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 134.

En los sectores económicos más familiarizados con la protección de los secretos empresariales, parece ser una práctica algo extendida que los trabajadores y directivos recién contratados se comprometan a no revelar ninguno de los secretos empresariales de su antiguo empleador.

A efectos penales esta clase de acuerdos tiene tan poca validez para delimitar esferas de responsabilidad como la tiene el contrato, por sí solo, para fundamentar una posición de garantía en la dogmática de la imputación de responsabilidad en comisión por omisión¹²⁶. Lo jurídico-penalmente relevante no es la realidad formal, sino la material. Por tanto, si bien la adopción de esta clase de acuerdos puede ser indicio de una eventual delimitación de ámbitos de responsabilidad entre el empresario competidor (o potencial competidor) del titular del secreto empresarial y el nuevo empleado, no libera automáticamente y por sí solo al empresario de toda responsabilidad penal ante un eventual uso o revelación de la información por parte del trabajador en el ejercicio de sus funciones en la empresa. Si, en la práctica, el empleado y el empresario competidor no orientan sus respectivas conductas de acuerdo con los términos del pacto adoptado, sino que, por ejemplo, el empresario competidor coloca dolosamente al nuevo empleado en un contexto de revelación inevitable, el empresario no puede apelar al mencionado acuerdo para evitar una condena por participación o coautoría en el uso o revelación penalmente relevante de su nuevo empleado, en caso de que concurrieran las condiciones de aplicación de los correspondientes títulos de imputación.

6.3. La tipicidad subjetiva

Subjetivamente, el delito tan sólo puede imputarse a título de dolo. Ello incluye al *dolo eventual*. El «origen ilícito» del aseguramiento o de la disposición del secreto empresarial es un elemento normativo del tipo y forma parte del objeto del dolo típico.

Hay quien ha calificado el requisito del «conocimiento del origen ilícito» como *elemento subjetivo especial*. La diferencia respecto de quienes lo consideran objeto del dolo es tan solo nominal si se considera un elemento (subjetivo)

¹²⁶ Por todos, STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 13, nms. 22 y ss.; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 12/50 y ss.; ROXIN, *AT*, t.II, 2003, § 32 nm. 13, 53.

del injusto, no de la culpabilidad. Los supuestos de error o participación, por ejemplo, recibirán el mismo tratamiento: el interviniente solamente incurrirá en responsabilidad penal cuando se haya representado los concretos elementos objeto del dolo¹²⁷.

En efecto, la única particularidad que presentan los elementos subjetivos expresamente previstos por los enunciados legales es su posible calificación como elementos del tipo (o del injusto), o como elementos de la culpabilidad. La opción por una u otra calificación tiene, como se ha comentado, trascendencia dogmática, como por ejemplo, en relación con la participación o el error. Un posible criterio para determinar si un elemento subjetivo previsto por el tipo legal pertenece al injusto o a la culpabilidad es el relativo a si el elemento en cuestión configura el contenido de injusto o no, esto es, si su presencia modifica la capacidad de la conducta para afectar al bien jurídico o la forma (cualitativa o cuantitativamente) de hacerlo¹²⁸. En relación con el delito de extensión de la violación de secreto empresarial, parece evidente que el conocimiento del origen ilícito (co)configura el contenido de injusto de la conducta. Sin tal conocimiento cabe plantearse el carácter desleal mismo de la conducta¹²⁹.

A pesar de que el origen ilícito de la disponibilidad sobre el secreto empresarial sea un elemento normativo, no es preciso que el autor haya realizado una calificación jurídico-penal precisa de los hechos de los que procede su aseguramiento o disposición sobre el secreto empresarial. Basta con una “valoración paralela [a la jurídico-penal] en la esfera del profano”¹³⁰

¹²⁷ ROXIN, *AT*, t.I, 4ª ed., 2006, § 10 F nms. 70 y ss.

¹²⁸ ROXIN, *AT*, t.I, 4ª ed., 2006, § 10 F nms. 71.

¹²⁹ Según la concepción deontológica del ilícito desleal, la vertiente subjetiva del hecho determina su carácter (des)leal: Harte/Henning/W. SCHÜNEMANN, 2ª ed., 2009, § 3 nms. 345 y ss.; SCHULZE ZUR WIESCHE, «Anmerkung zur BGH vom 23. November 1979», *GRUR* (5a), 1980, p. 299 c.i.; FISCHÖTTER, *GRUR* (2), 1974, pp. 98-99. Esta era la antigua postura del BGH, previa a la reforma de la UWG en 2004: BGH 19.10.1966 – *Streckenwerbung* (*GRUR* 1967, p. 138); BGH 4.5.1973 – *Spielautomaten II* (*GRUR* 1974, p. 97). En su sentencia de 11.1.2007 – *Aussendienstmitarbeiter* (*GRUR* 2007, p. 800), el BGH reconoce explícitamente haber cambiado de doctrina jurisprudencial al respecto.

¹³⁰ En relación con el delito de receptación, véanse, por todos, PÉREZ MANZANO, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, 1994, p. 226; BLANCO CORDERO, «De la receptación y el blanqueo de capitales», en Manuel GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2010, pp.

de los hechos subsumibles en los correspondientes delitos (arts. 278 a 280 Cp). En esta misma línea se ha pronunciado la Sala segunda del Tribunal Supremo en repetidas ocasiones, en relación con el delito de receptación (art. 298 Cp):

«El conocimiento por el sujeto activo de la comisión antecedente de un delito contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, del que proceden los efectos objeto de aprovechamiento, no exige una noticia exacta, cabal y completa del mismo, ni implica el de todos los detalles o pormenores del delito antecedente, ni siquiera el «nomen iuris» que se le atribuye (si proceden de un robo, un hurto o una estafa, por ejemplo), pues *no se requiere un conocimiento técnico...*»¹³¹.

En definitiva, para imputar subjetivamente el delito basta con un conocimiento de la posibilidad de que el aseguramiento o disposición sobre una información pueda traer causa de unos concretos hechos previos que constituyan el sustrato fáctico de los delitos de violación de secreto empresarial (arts. 278-280 Cp). Así, por ejemplo, el conocimiento de la posibilidad de que el trabajador que revela la información hubiera trabajado por un competidor y que en el momento de revelarla estuviera sometido a un pacto de no competencia compensado económicamente de forma razonable y limitado en el tiempo.

El delito también puede imputarse cuando el aseguramiento o la disposición sobre el secreto empresarial se han realizado con *ignorancia deliberada* respecto de su procedencia delictiva. No obstante, en atención al tenor literal del art. 280 Cp, que exige expresamente el «conocimiento» del origen ilícito del aseguramiento o disposición del secreto empresarial, solamente serán punibles por el delito de extensión las realizaciones objetivas del tipo penal que se hayan llevado a cabo: a) con representación de la posible comisión del tipo objetivo de este delito, aunque con una representación no lo suficientemente concreta como para afirmar que el sujeto ha actuado con dolo. Se excluyen los supuestos de ausencia absoluta de representación; b) con disponibilidad de la información ignorada; c) con deber de

1146 y s. En relación con el delito de blanqueo de capitales (art. 301 Cp), véanse BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 734 y s., nms. 67 y s.

¹³¹ STS de 12 de junio de 2012, p. Conde-Pumpido Tourón, FJ 3º. En igual sentido, véase la STS de 23 de diciembre de 2013, p. Sánchez Melgar, FJ 8º.

conocimiento; d) con la decisión de permanecer en la ignorancia, durante un periodo de tiempo considerable y e) con la intención de beneficiarse de la situación de ignorancia, sin asumir riesgos propios y evitando responsabilidades, aunque en sentido estricto y con representación (no suficiente para constituir el dolo) de la posible ilicitud de la conducta.

Ejemplo: el Sr. A, director de producción de una empresa, sospecha que la información recibida procedente del departamento de optimización podría tener origen ilícito, pues da lugar a un producto con cualidades muy parecidas a las que, de forma muy novedosa, ofrece uno de los productos del principal competidor. Además, el tiempo de desarrollo por parte del departamento de optimización habría sido exageradamente rápido. Este departamento se creó como departamento subordinado al de producción, pero con funcionamiento autónomo y bajo estrictas medidas de confidencialidad, incluso dentro de la propia empresa, por orden del propio Sr. A, con la intención de evitar, de ese modo, cualquier imputación por delito de extensión de la violación del secreto empresarial del art. 280 Cp. El Sr. A es conocedor de que las personas que integran el departamento de optimización disponen de libertad absoluta en cuanto a los medios para desarrollar u obtener información competitivamente relevante. En tanto que director de producción, el Sr. A tiene el deber de asegurarse de que sus subordinados no utilizan secretos empresariales en el ejercicio de su trabajo. En tanto que sujeto competente al respecto, además de superior jerárquico del departamento de optimización, el Sr. A tiene plena disponibilidad de la información relativa al origen de la información facilitada, pues sólo tiene que preguntar a sus subordinados al respecto. A pesar de todo, el Sr. A decide no indagar sobre el origen de la información y permite que sus subordinados del departamento de producción la utilicen en la fabricación de uno de los productos de la empresa.

a) *Excursus:* notificaciones a terceros por parte del titular del secreto empresarial

En los sectores económicos más familiarizados con la protección de los secretos empresariales, también parece haberse extendido como práctica el que los titulares del secreto empresarial envíen notas de aviso a sus competidores (o potenciales competidores) que contratan a alguno de sus ex trabajadores o ex colaboradores (proveedores, prestadores de servicios, etc.) con el fin de advertirles de que el ex trabajador o ex colaborador es conocedor de secretos empresariales de los que son legítimos titulares y que no desean compartir con terceros. En su caso, también advierten de que el

ex trabajador o ex colaborador se comprometió a guardar reserva de tales secretos a través de un pacto válido y vigente de confidencialidad o de no competencia.

Si la notificación va acompañada de una actividad probatoria a la altura de los estándares de prueba del proceso penal, no cabe duda de que la notificación puede considerarse una *transmisión previa* (al hecho penalmente típico de extensión del secreto empresarial) *del conocimiento* de que la disponibilidad sobre la información tiene origen en la vulneración de un pacto de confidencialidad o de no competencia. Y la constatación de esta transmisión previa del conocimiento puede servir de base para la atribución social del conocimiento del origen ilícito de la disponibilidad sobre el secreto empresarial en el momento de realización del hecho penalmente típico. En otras palabras, la notificación del titular del secreto empresarial puede servir de base para imputar el dolo al tercero que conoce el secreto empresarial a través de un ex trabajador o ex colaborador del titular de la información¹³².

Con todo, conviene ser cauteloso a la hora de asignar efectos jurídico-penales a este tipo de notificaciones. En efecto, existe el riesgo de que se utilicen de forma mendaz para desalentar la actividad competitiva, en lugar de proteger los legítimos intereses del titular de un secreto empresarial. Por ello, a mi modo de ver, la forma más proporcionada de conciliar los intereses contrapuestos en juego (libertad de empresa, libertad de trabajo *vs.* protección del patrimonio individual) es la exigencia de que este tipo de notificaciones, para tener efectos jurídico-penales en el sentido de actuar como presunciones normativas del conocimiento, superen los estándares de prueba penal en relación con la veracidad de la información que pretenden transmitir. Así, notificaciones unilaterales sin aportación de prueba documental o testifical sólida que permita superar toda duda razonable sobre la veracidad de su contenido, no debería servir como base para la atribución social del conocimiento del origen ilícito de la disponibilidad sobre el secreto empresarial. En este sentido, la muestra del documento original en el que conste el pacto de confidencialidad o de no competencia, o la entrega de una copia compulsada ante notario podrían considerarse prueba suficiente de veracidad del contenido de la notificación.

¹³² RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 403 y ss.

6.4. Relaciones sistemáticas del delito de extensión de violación de secreto empresarial

Como se indica en la introducción de este trabajo, el objeto de la investigación aquí presentada consiste en la determinación de la conducta típica de los delitos de violación de secreto empresarial (arts. 278 a 280 Cp). El estudio de los títulos de intervención con los que se pueden imputar estos tipos penales por su realización a través de la variada fenomenología existente en materia de espionaje industrial e inteligencia competitiva queda fuera del objeto de esta investigación.

En algunos grupos de casos, sin embargo, la conducta típica del delito de extensión de la violación de secreto empresarial puede presentar problemas de delimitación con la realización, a título de participación, de la conducta típica de los otros dos delitos de violación de secreto empresarial: el delito de espionaje industrial (art. 278 Cp) o el de disposición desleal (art. 279 Cp).

En lo que sigue se van a exponer los grupos de casos en los que existen estos problemas de delimitación y que aquí se han conseguido identificar. No se proponen soluciones cerradas al respecto, sino tan solo modelos de interpretación orientativos. Ofrecer soluciones definitivas depende de las circunstancias concretas de cada caso, así como de la toma de postura en relación con instituciones jurídico-penales que, como hemos dicho, quedan fuera del objeto de este trabajo.

- a) *Participación necesaria* en el delito previo de violación de secreto empresarial: la mera recepción de la información

Desde una perspectiva causal-naturalista, quien desempeña el papel de simple destinatario de la cesión, revelación o difusión constitutiva del subtipo agravado de espionaje industrial del art. 278.2 Cp, o de la modalidad de revelación en vulneración de un deber de reserva del art. 279.1 Cp, participa en tales tipos penales. De este modo, y siempre desde una perspectiva estrictamente causal-naturalista, la conducta del destinatario puede calificarse jurídico-penalmente de dos modos distintos: a) como *participación*, a título de complicidad (art. 29 Cp) o de cooperación necesaria (art. 28.b) Cp), en el delito previo (arts. 279.1, 278.2 Cp); o b) como constitutiva del *delito de*

extensión de la violación de secreto empresarial (art. 280 Cp), a título de autoría (art. 28 Cp).

Siendo esto así, cuando el destinatario, después de recibir (=asegurarse) el secreto empresarial, lo usa en provecho propio o lo revela a terceros, su conducta puede calificarse, o bien como constitutiva de un delito de extensión de la violación de secreto empresarial (arts. 280 Cp) en *concurso medial* con la participación en el delito previo de violación de secreto empresarial (art. 77 Cp), si se adopta la misma óptica que hay detrás de la calificación de la mera recepción como participación (opción a)); o bien como una conducta *absorbida* por el propio delito de extensión de la violación de secreto empresarial (art. 280 Cp), si se adopta la óptica detrás de la calificación de la mera recepción como delito de extensión de la violación de secreto empresarial (opción b)).

La disyuntiva entre considerar la mera recepción (=aseguramiento) del secreto empresarial como participación en el delito de espionaje o revelación desleal previo, o como constitutiva del delito de extensión del art. 280 Cp, puede enmarcarse en la discusión de parte general del Derecho penal sobre la llamada “participación necesaria” (*notwendige Teilnahme*). Bajo esta denominación se agrupan casos bastante heterogéneos que, a veces, lo único que comparten es que consisten en formas de lesionar o poner en peligro el bien jurídico que presuponen la intervención de dos o más personas.

Se distingue entre delitos de convergencia (*Konvergenzdelikten*), en los que varias personas contribuyen de la misma forma a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (delito de motín de presos, por ejemplo), y delitos de encuentro (*Begegnungsdelikte*), en los que la lesión o puesta en peligro consiste en contribuciones de distinto tipo de dos o más personas (por ejemplo: delitos contra la libertad sexual, delito de favorecimiento de acreedor en contexto de insolvencia, delito de deslealtad profesional de abogado). Rasgo común de este segundo grupo de delitos, entre los que puede contarse el delito de extensión, es que sus tipos legales tan solo refieren el castigo a la conducta de uno de los tipos de intervención, surgiendo la duda respecto de la relevancia penal del resto de roles o tipos de intervención en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido¹³³.

¹³³ LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, Vor. § 26 nm. 25.

La doctrina reconoce que denominar la discusión con los términos “participación necesaria” no es ajustado. En primer lugar, porque los grupos de casos abarcados por la discusión no son exclusivamente de “participación”: también incluye supuestos de coautoría. En segundo lugar, porque no todos los casos consisten en contribuciones “necesarias”: también se incluyen casos de intervenciones que van más allá de la estrictamente necesaria para que el autor consume la conducta típica (ejemplo: un preso suplica al funcionario competente que le deje fugarse, a lo que el primero accede. Las súplicas del preso no son necesarias para la comisión del delito del art. 471 Cp, para la cual solo es necesaria la fuga del preso).

Aunque la doctrina reconoce que la decisión sobre la punibilidad de este tipo de contribuciones debe tomarse en sede de interpretación de los correspondientes tipos de la Parte Especial, algunos autores han tratado de identificar algunas reglas generales que regirían en estos grupos de casos¹³⁴. Entre ellas, cabe mencionar la conocida como “teoría de la contribución mínima necesaria” (*Theorie der strafflosen Mindestmitwirkung*), según la cual se considera que quien interviene en un delito de encuentro con la contribución mínima necesaria para que pueda tener lugar la forma de lesión o puesta en peligro descrita en el tipo legal, participa de forma *no punible* en el delito¹³⁵.

La regla suele fundamentarse con un argumento formal: cuando el legislador quiere castigar todos los tipos de contribución descritos por el tipo legal, lo manifiesta expresamente¹³⁶. Materialmente el fundamento es menos evidente, pero existe¹³⁷. Según GROPP, la razón de la impunidad de la participación necesaria se deriva de exigencias del *principio de proporcionalidad*. Cuando la estructura del delito de encuentro consiste en la conducta de un autor que, desde una posición “central”, centrifuga riesgos no permitidos,

¹³⁴ LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, Vor. § 26 nm. 26.

¹³⁵ STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 12 nms. 204 y ss., 205; *MüKo-JOECKS*, 2ª ed., 2011, Vor. §§ 26, 27, nm. 34; LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, Vor. § 26 nm. 26; OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 22 nms. 70 y ss., 70; ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 26 V nms. 41 y ss., 50 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1995, p. 698 nota 73.

¹³⁶ Así, por ejemplo, *MüKo-JOECKS*, 2ª ed., 2011, Vor. §§ 26, 27, nm. 34.

¹³⁷ Entiende que no existe un principio general que permita afirmar que quien se mantiene dentro de la contribución mínima necesaria queda fuera de lo penalmente relevante, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 24/12.

realizándose el riesgo con el contacto con terceras personas, la conducta del tercero que contribuye a la realización del riesgo resulta periférica y no merecedora de pena en tanto que participación en el correspondiente delito. El específico contenido de injusto de estos delitos es el efecto multiplicador que para la lesión o puesta en peligro del bien jurídico representa la conducta del autor “central”. Desde la lógica de la proporcionalidad, parece que la mayor eficacia en la protección del bien jurídico que se conseguiría con el castigo penal de la contribución de los potenciales terceros no compensaría la restricción de la libertad general de acción que una extensión tal de la responsabilidad penal supondría: cuantitativamente aumenta exponencialmente el número de potenciales sujetos activos del delito^{138 139}.

Pues bien, en mi opinión, el legislador penal español ha sido consciente de la desproporción entre la ganancia en eficacia protectora y la restricción de la libertad general de acción derivada del castigo de la participación necesaria en esta clase de delitos de encuentro, “delitos de centrifugación”, les llama GROPP. Por ello, si bien no ha dejado completamente impunes estas contribuciones mínimas necesarias en la realización de los tipos de espionaje industrial y disposición desleal de secreto empresarial, las ha castigado con una pena inferior a la prevista para esos delitos.

En efecto, en el caso del delito de extensión de la violación de secreto empresarial, su propia existencia vendría a demostrar que el legislador español considera estas contribuciones mínimas necesarias impunes como participaciones en el delito de espionaje industrial con revelación (art. 278.2 Cp) o en el de revelación desleal de secreto empresarial (art. 279.1 Cp). Si fueran punibles, el tipo de extensión previsto en el art. 280 Cp no tendría sentido. De hecho, incluso en el caso de que se insistiera en la punibilidad de tal participación, la vigente regulación penal de la violación de secreto empresarial presentaría un concurso aparente de leyes entre el delito del art. 280 Cp y los delitos de los arts. 278.2, 279.1 Cp en relación con los títulos de

¹³⁸ GROPP, *AT*, 3ª ed., 2005, § 10 nms. 157 y ss., 166-169. Le siguen, ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 26 V nm. 54; LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, Vor. § 26 nm. 29.

¹³⁹ CARRASCO ANDRINO fundamenta la impunidad de las contribuciones necesarias en el delito de encuentro, a efectos de participación (arts. 28 y 29 Cp), en el *principio de legalidad* y en las relaciones entre los tipos de la *Parte especial* y las *reglas generales* de la autoría y la participación: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, 2002, pp. 105-125.

participación de los arts. 28 y 29 Cp. Concurso a resolver a favor de la aplicación del delito de extensión, por ser éste ley especial respecto de la eventual “participación necesaria” en los delitos previos (art. 8.1 Cp).

En realidad, existe la posibilidad de interpretar el tipo de extensión de manera que su ámbito de aplicación sea compatible con la punición de la “participación necesaria” en el delito previo de espionaje industrial con revelación o el de revelación desleal. Se trata de la opción interpretativa que entendería que el tipo de extensión tan solo abarca las recepciones (=aseguramientos) del secreto empresarial procedentes de revelaciones “no originarias”, esto es, procedentes de revelaciones realizadas por sujetos que no cometieron a título de autoría el delito de espionaje industrial o el de disposición desleal, sino que recibieron el secreto empresarial, a su vez, de una revelación procedente de un hecho delictivo. En otras palabras, se trata de la interpretación del tipo de extensión que reduce su ámbito de aplicación a las recepciones del secreto empresarial procedentes de “revelaciones en cadena”. Así, la recepción de un secreto empresarial a través de una “revelación originaria” sería punible como participación en el delito de espionaje industrial o en el de disposición desleal. Si a continuación le siguiera la revelación a terceros del secreto empresarial, se castigaría tal conducta como un delito de extensión en concurso medial con la participación previa. En cambio, la recepción del secreto empresarial a través de una “revelación en cadena”, se castigaría a través del art. 280 Cp. Si bien se trata de una opción interpretativa gramaticalmente admisible, no lo es desde una perspectiva axiológica. Si la recepción (=aseguramiento) del secreto empresarial se produce, tanto en la “revelación originaria” como en la “revelación en cadena”, con conocimiento de que la misma trae causa de un delito de violación de secreto empresarial, no se ve cuál puede ser la diferencia axiológica entre las dos recepciones que justifique un tratamiento penológico diferenciado.

Queda por resolver cómo deben calificarse las conductas que superan el umbral de la contribución mínima necesaria. Por ejemplo: la oferta de una cuantiosa recompensa a una persona sometida a deber penal de reserva para que revele el secreto empresarial; la promesa previa de pago a quien se ofrece a cometer un delito de espionaje industrial para obtener y revelar posteriormente un secreto empresarial; la inducción indirecta a la revelación a través de la introducción del obligado a reserva en un contexto de revelación inevitable; o la inducción a la terminación regular de un contrato con el fin de obtener un secreto empresarial. La calificación jurídico-penal de estas conductas es el objeto de análisis de los apartados que siguen.

b) *Participaciones no necesarias* 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.

Las intervenciones con una contribución por encima de la mínima necesaria para la realización del tipo de espionaje industrial con revelación (art. 278.2 Cp) o revelación desleal de secreto empresarial (art. 279.1 Cp), deben calificarse como participaciones punibles, cuando satisfagan las condiciones de aplicación de alguna de las formas de participación en el delito: inducción, cooperación necesaria o complicidad (arts. 28 y 29 Cp). Cuando éste no sea el caso, se castigarán como constitutivas del delito de extensión de la violación de secreto empresarial, a título de autoría (art. 280 Cp), aunque no consistan en la mera recepción pasiva del secreto empresarial.

Así, por ejemplo, la *oferta de una cuantiosa recompensa* a una persona sometida a deber penal de reserva para que revele el secreto empresarial será constitutiva de un delito de disposición desleal a título de inducción (art. 279.1 y 28 Cp), si con la oferta se hace nacer en la mente del sometido a reserva la decisión de revelar el secreto empresarial, decisión que finalmente ejecuta. También la *promesa previa de pago* a quien se ofrece a cometer un delito de espionaje industrial para obtener y revelar posteriormente un secreto empresarial es calificable como delito de espionaje industrial con revelación a título de cooperación necesaria (arts. 278.2 y 28 Cp) o de complicidad (arts. 278.2 y 29 Cp), según los casos, si con la promesa se estabiliza la decisión del autor de cometer el hecho. Estaríamos ante lo que se conoce como cooperación psicológica, punible, si se puede demostrar la contribución causal a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido¹⁴⁰.

La introducción de sujetos con deber penal de reserva en contextos de *revelación necesaria (inevitable disclosure)*, con el fin de acceder al secreto

¹⁴⁰ El término «cooperación» se usa en sentido amplio, abarcando tanto la cooperación necesaria como la complicidad. En España, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 15/77 y ss., 84. En Alemania, LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 27 nms. 11 y ss., 14; ROXIN, *AT*, t.II, 2003, § 26 nms. 197-209, 200; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 22/36. No obstante, JAKOBS califica el concreto ejemplo de la promesa de pago como *inducción*. *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 22/22.

empresarial, puede considerarse un caso límite entre la inducción y la cooperación psicológica. La inducción puede definirse, *grosso modo*, como la creación, objetiva y subjetivamente imputable, de la resolución criminal en un tercero que acaba cometiendo el hecho delictivo. Las discrepancias surgen a la hora de precisar los medios a través de los cuales debe despertarse la resolución delictiva en el autor. En este sentido puede distinguirse entre quienes exigen que la incitación tenga lugar, en todo caso, a través de una comunicación psíquica, verbal o por escrito, y quienes admiten que el influjo psicológico tenga lugar tanto por vía verbal como a través de la creación de situaciones o contextos materiales que persuadan a la comisión del hecho delictivo¹⁴¹. La introducción de un sujeto con deber penal de reserva en un contexto de revelación necesaria (*inevitable disclosure*) encaja en la segunda forma de incitación, también conocida como *incitación implícita* o *inducción indirecta*. Así, si se considera que el contexto de revelación necesaria supone la creación de un riesgo penalmente relevante de causación objetiva y subjetivamente imputable de la resolución criminal en el sujeto obligado, la conducta de quien coloca a dicho sujeto en tal situación puede considerarse constitutiva de inducción (indirecta) al delito de revelación desleal del art. 279.1 Cp. Eso sí, siempre y cuando no se opte por una concepción restrictiva de la inducción, en contra de la que parece ser la doctrina mayoritaria¹⁴².

Las consecuencias de negar a la inducción implícita o indirecta la relevancia penal no son desdeñables. Es cierto que la conducta podría considerarse, en todo caso, constitutiva de una participación punible en el delito de revelación desleal (279 Cp), a título de cooperación o complicidad (arts. 28, 29 Cp). Pero entonces cabría plantearse la posibilidad de estar frente a una conducta “neutral”, no punible como participación en el delito de revelación¹⁴³. Ciertamente, la contratación de trabajadores en el mercado laboral y su empleo en las tareas para las que están más cualificados se puede considerar, sin lugar a dudas, una conducta cotidiana o “neutral” –a pesar del apriorismo inherente al término– en la actividad empresarial. También cuando ello implicara colocar al nuevo empleado en un contexto de revelación necesaria

¹⁴¹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 178 y ss.

¹⁴² Por todos, véanse MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 15/57; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 178 y ss. En Alemania, ROXIN, *AT*, t.II, 2003, § 26 nms. 57 y ss.; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 22/22.

¹⁴³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 314-318.

(*inevitable disclosure*). De este modo, la realización de ofertas directas a los empleados del competidor podría calificarse de conducta “neutral”.

Con todo, cuando el destinatario del secreto empresarial haya adaptado su conducta para contribuir a la revelación del secreto empresarial, estará fuera de toda duda que no estamos ante una conducta “neutral” impune¹⁴⁴. Así, por ejemplo, no cabe considerar conductas “neutrales” la oferta de sueldos significativamente por encima de la media de mercado, o la captación sistemática o en bloque del personal de una empresa competidora titular de secretos empresariales. Todo ello sin perjuicio de que, en todos los supuestos acabados de ver, si se produce la recepción del secreto empresarial en las condiciones previstas por el art. 280 Cp, la conducta sea constitutiva, en todo caso, del delito de extensión.

Por su parte, la *inducción a la terminación regular de un contrato* con la única finalidad de acceder al secreto empresarial no es necesariamente constitutiva de una inducción a una revelación desleal constitutiva del delito previsto en el art. 279.1 Cp. Si no se han satisfecho las condiciones de aplicación de la inducción penal (art. 28.a) Cp)¹⁴⁵, no estaremos más que ante una conducta jurídico-privadamente ilícita de acuerdo con el art. 14.2 LCD. Por tanto, si finalmente se produce la revelación del secreto empresarial por parte del sujeto que fue inducido a extinguir de forma regular el contrato, en principio el “inductor” que recibe la información no habrá cometido más que el delito de extensión de la violación de secreto empresarial. Ello siempre y cuando la revelación fuese constitutiva del delito de disposición desleal del art. 279.1 Cp o del de espionaje industrial con revelación (art. 278.2 Cp), y el “inductor” se hubiese representado, ni que solo fuere eventualmente, la concurrencia de los elementos que constituyen el sustrato fáctico de aquellos delitos.

¹⁴⁴ Véanse JAKOBS, «La prohibición de regreso en los delitos de resultado», en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, 1996, p. 158 y ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 314-318.

¹⁴⁵ Adviértase que el Código penal español exige expresamente, a diferencia del alemán, que la inducción sea *directa*. Sobre las condiciones de aplicación de la inducción como título de imputación, véase MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 15/50 y ss.

Si el ex trabajador, una vez incorporado en la empresa del “inductor”, hubiese sido sometido a contextos de revelación necesaria o hubiese sido inducido, directa o indirectamente, a la revelación del secreto empresarial, entonces cabría plantearse la comisión por parte del inductor de un delito de revelación desleal a título de inducción, cooperación necesaria o complicidad, según los casos, siempre y cuando la revelación del ex trabajador fuera constitutiva de tales delitos.

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)?

Existen conductas de recepción (=aseguramiento) del secreto empresarial que, superando claramente el umbral de la mera contribución mínima necesaria en la revelación ajena, no pueden ser calificadas de participación en un delito de disposición desleal, ya sea a título de cooperación o complicidad, ya sea a título de inducción. Se trata de casos en los que la conducta de quien revela no es constitutiva de un delito de disposición desleal del art. 279.1 Cp, pero no porque no se hayan realizado los elementos objetivos del tipo, sino porque dicha realización no es subjetivamente imputable a su autor. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en las entrevistas de trabajo falsas, organizadas para interrogar los trabajadores de uno o varios competidores con la única finalidad de acceder a su secreto empresarial. También cuando se simula una determinada identidad y se consigue que alguien perteneciente al ámbito de organización del titular comunique, instrumentalizado, la información, a pesar de estar sometido a un deber penal de reserva.

En el ejemplo de las entrevistas falsas –aunque lo que sigue también es válido, *ceteris paribus*, para el resto de casos– cuando los trabajadores o ex trabajadores revelen la información de forma imprudente, o simplemente de buena fe, a pesar de estar sometidos a un deber penal de reserva, la conducta de los entrevistadores podría calificarse de autoría mediata en un delito de revelación desleal de secreto empresarial (art. 279.1 Cp). A mi juicio, no obstante, se produciría un concurso (aparente) de leyes con el delito de espionaje industrial, que en mi opinión sería de aplicación preferente por ser ley especial (art. 8.1 Cp).

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

En las partes precedentes de esta investigación me he centrado en el desvalor de conducta de los delitos de violación de secreto empresarial, en contraposición a su desvalor de resultado. En lo que sigue voy a centrarme en el juicio de (des)valoración de las conductas de violación de secreto empresarial desde la perspectiva *ex post*, esto es, en atención a los efectos que las mismas hayan producido, efectivamente, en el orden social.

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

Desde la perspectiva *ex post*, la conducta *ex ante* desvalorada puede dar lugar a la lesión del bien jurídico penalmente protegido, a su puesta en peligro o resultar absolutamente inocua. Como se ha visto en el apartado anterior, la doctrina mayoritaria en Alemania otorga relevancia a este hecho ya en la determinación de la cantidad de injusto realizado. Por su parte, desde la concepción personal del injusto, si bien se considera que las consecuencias de la conducta no pueden afectar a su merecimiento de pena (contenido de injusto), sí se les da relevancia de cara a su sancionabilidad, con base en consideraciones de necesidad de pena. Así, la reacción punitiva frente a una conducta *ex ante* desvalorada que *ex post* sólo consigue poner en *peligro* el bien jurídico (la tentativa de un delito de resultado, por ejemplo) podría ser más benigna que frente a la que termina en la *lesión* del bien jurídico protegido (consumación de un delito de resultado, por ejemplo).

Pero las diferencias en cuanto al grado de merecimiento o necesidad de pena del hecho no se agotan en la contraposición entre puesta en peligro y lesión del bien jurídico. Ya entre las puestas en peligro se distingue entre un mayor o menor merecimiento o necesidad de pena. Así, tanto desde la concepción integradora del resultado en el injusto, como desde la concepción personal, se sostiene que una *tentativa inacabada* merece menor pena que una *tentativa acabada*. En efecto, en la inacabada el desvalor *ex ante* de conducta es menor, pues no se han llevado a cabo todos los actos necesarios –desde la perspectiva del autor– para la realización completa del tipo penal. El autor no consigue manifestar de forma plena su voluntad contraria a la norma penal legítima. Su proyecto criminal no se objetiva a través de una conducta completamente contraria a la norma penal, sino a través de una conducta vulneradora sólo de parte de los elementos que la integran. Por ello, el

injusto debe considerarse incompleto y merecedor de una pena menor¹. La misma valoración ha realizado el legislador español, pues uno de los dos criterios de atenuación de la pena que ha previsto en relación con los supuestos calificables de tentativa es «el grado de ejecución alcanzado» (art. 62 Cp).

En otro orden de cosas, y con mucho menos consenso doctrinal, también se ha intentado trazar distinciones en función de la peligrosidad de la conducta, diferenciando entre la llamada *tentativa idónea* y la *inidónea*. La distinción presupone la posibilidad de predicar el atributo de “peligrosa” a la conducta. Además, resulta fundamental aclarar la perspectiva de enjuiciamiento de dicha peligrosidad: *ex ante* o *ex post*. En cualquier caso, en una primera aproximación intuitiva parece evidente que, desde una perspectiva *ex ante*, puede distinguirse entre el grado de peligrosidad generado por un disparo a dos metros de distancia de la víctima y el generado por uno a 20 metros con la víctima en movimiento. Y desde la perspectiva *ex post*, también parece evidente, en una primera aproximación intuitiva, la posibilidad de distinguir entre el grado de peligro producido por una bala que pasa a escasos milímetros de la cabeza de la víctima y el producido por una que le pasa a decenas de metros de distancia. El establecimiento del «grado de peligro inherente al intento» como criterio de atenuación obligatoria de la pena de la tentativa en el art. 62 Cp parece demostrar que el legislador español también parte, al menos, de la posibilidad de predicar dicho atributo a la conducta.

Por su parte, los actos preparatorios, por regla general, no se consideran punibles: forman parte de la esfera “interna” constitutiva de la persona. Controlarlos a través de la amenaza de pena «destruiría la persona libre»². Algo inaceptable en un ordenamiento jurídico de libertades como el que se supone que debe emanar de la Constitución española de 1978. De ahí que el principio de responsabilidad por el hecho se considere uno de sus principales

¹ Véase, desde la concepción integradora, por todos, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, p. 312 y ss.; *Schö/Schrö-ESER/BOSCH*, 29ª ed., 2014, § 23 nm. 7 y 7a. Desde la concepción personal del injusto, por todos, ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado* (trad. Sancinetti), (1973) 1990, p. 163; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, 13/61 y ss.

² JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 25/1a; JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, 1996 (1985), pp. 184-193.

baluartes³. Esta es, por lo demás, la postura adoptada por el legislador español. Al menos en principio, pues tan solo se castigan determinados tipos de actos preparatorios que trascienden la esfera interna del individuo, al involucrar o tratar de involucrar a más de un sujeto: la conspiración, la proposición y la provocación. Además, la punición de estas conductas únicamente es posible cuando esté expresamente prevista en relación con alguno de los tipos penales previstos en la parte especial del Código penal, o en alguna de las leyes penales especiales (arts. 17 y 18 Cp). Sucede, no obstante, que más a menudo de lo que sería deseable se tipifican como delito autónomo conductas que, en relación con el bien jurídico protegido, son materialmente calificables de meros actos preparatorios⁴.

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

Con la lectura de los delitos de violación de secreto empresarial se advierte como el legislador penal español ha previsto unos mismos marcos penales para conductas que, *ex post*, van desde la lesión del bien jurídico hasta la ausencia absoluta de puesta en peligro del bien (por ejemplo: supuestos de creación de un peligro abstracto). Los intereses patrimoniales en el secreto empresarial no disponen de más protección penal directa que la que le confieren los delitos previstos en los arts. 278 a 280 Cp, calificados por la doctrina de forma unánime como delitos de peligro⁵. Como consecuencia, no cabe remitir al aplicador a un delito de lesión cuando la conducta da lugar al efectivo menoscabo del bien jurídico protegido. Sin embargo, y a pesar de que se parte de la base de que la lesión necesita de una mayor cantidad de pena que la puesta en peligro, en los delitos de violación de secreto empresarial la mera puesta en peligro no da lugar, en principio, a la aplicación de las reglas de atenuación de la pena previstas para la tentativa (art. 62 Cp),

³ Por todos, MIR PUIG, «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, p. 175 y s.

⁴ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 25/1, 1f y 2.

⁵ Por todos, véanse BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., 2010, p. 545 nm. 283; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, pp. 235-242, 272-273, 299-300, 323-324.

pues formalmente la simple puesta en peligro abstracto realiza ya por completo cualquiera de los tipos de violación de secreto empresarial⁶.

A mi modo de ver, la uniformización de la reacción punitiva frente a conductas de tan distinta entidad material resulta dogmática y político-criminalmente insostenible, no sólo desde una perspectiva *ex post*, sino que en algunos casos ya desde una perspectiva *ex ante*. Así, por ejemplo, bajo los tipos de interpretación caben conductas materialmente calificables de tentativa inacabada o, incluso, de meros actos preparatorios (véase *infra* 3.2.a) y 3.2.b)). Por ello, en lo que sigue se va a tratar de trasladar las anteriores consideraciones, relativas a la graduabilidad de la necesidad de pena en función del tipo de resultado producido por la conducta, al juicio de determinación de la pena (3.1).

Asimismo, también se van a proponer distinciones penológicas en función del distinto merecimiento de pena de la conducta, esto es, en función del distinto grado de desvalor *ex ante*. Se trata de las distinciones basadas en el *grado de ejecución* del plan delictivo del autor (*infra* 3.2.a) y 3.2.b)), así como en las basadas en la *capacidad lesiva* *ex ante* (peligrosidad) de la concreta conducta planeada por el autor (*infra* 3.3).

2.1. Lesión *vs.* puesta en peligro

Las razones que desde las concepciones del injusto personal se han apuntado a favor de una mayor *necesidad de pena* en los casos en los que la conducta *ex*

⁶ En este sentido véase, en relación con el delito de disposición desleal (art. 279 Cp), CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, pp. 204-214, quien considera que la pérdida de control sobre la información por parte del titular constituye ya un peligro lo suficientemente relevante desde una perspectiva penal para considerar consumado –formalmente– el delito. Califica los delitos de violación de secretos empresariales de delitos de *peligro de aptitud*, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, p. 88, bastándole, si se ha entendido bien, con la idoneidad lesiva de la concreta conducta. En Alemania, en relación con las tesis que defienden el patrimonio como bien jurídico protegido, véase ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, p. 247 y ss., 283. Desde la perspectiva de la tesis de la competencia económica como bien jurídico protegido, véase WAWRZINEK, *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2010, p. 86.

ante desvalorada da lugar *ex post* a un resultado de lesión del bien jurídico penalmente protegido son convincentes: la producción del resultado manifiesta de forma evidente el daño ideal, por lo general causa un mayor daño psicológico-social y es prueba de la idoneidad lesiva de la conducta, lo que garantiza la legitimidad de su sanción penal (véase *supra* II.3).

De hecho, en términos sistemáticos, este planteamiento encuentra pleno reconocimiento en nuestro Código penal. Por regla general, a un mismo tipo de conducta (*ex ante*) desvalorado se le asigna mayor pena cuando desemboca en un resultado de lesión que cuando solamente constituye una puesta en peligro. Prueba de ello es, sin necesidad de ir más lejos, el imperativo de atenuación en uno o dos grados de la pena prevista para el delito consumado, cuando el hecho termina en una tentativa de delito (art. 62 Cp). Y ello sin que la atenuación obligatoria entre en contradicción con la concepción personal del injusto, pues puede partirse de la base de que, por regla general, la presencia de resultado siempre va a requerir una mayor respuesta punitiva que los supuestos de mera puesta en peligro⁷.

Siendo esto así, ¿existe alguna razón para valorar de forma distinta las conductas de violación de secreto empresarial? ¿La puesta en peligro del bien jurídico protegido a través de las conductas tipificadas por estos delitos necesita la misma cantidad de pena que su efectiva lesión mediante tales conductas? No se puede dar una respuesta unitaria a esta pregunta. Partiré de la base de que cabe distinguir entre tres clases de acciones típicas de violación de secreto empresarial: el aseguramiento ilegítimo de la información, su uso y su revelación. A mi modo de ver, la puesta en peligro del bien jurídico protegido a través de las acciones de aseguramiento o uso del secreto empresarial se ajusta a la regla general de que requiere menos pena que la lesión del bien jurídico. En cambio, la puesta en peligro a través de la acción de revelación presenta ciertas peculiaridades que permiten sostener que es necesario reaccionar frente a ella con la misma cantidad de pena que contra una acción de la misma clase que efectivamente haya producido la lesión del bien jurídico.

Estructuralmente, la lesión del bien jurídico protegido mediante revelación tan sólo es concebible a través de un contexto de coautoría o autoría mediata en el

⁷ MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, 2006, p. 143.

que quien revela la información dispone de un dominio funcional del hecho. La acción de revelación es prototípica de una conducta de participación en la lesión del bien jurídico, pero no de lesión a título de autoría (ver *infra* bb)).

La peculiaridad consiste en el hecho de que con la revelación de la información a terceros el autor pierde el control del secreto empresarial. La indemnidad del bien jurídico protegido ya no sólo depende de la conducta del autor, sino que está en manos de la voluntad de terceros que, o bien va a ser muy difícil identificar, o bien pueden usar o revelar la información de forma legítima hasta el momento en que se logre identificarles (adquirentes de buena fe, por ejemplo). Con la revelación se crea, pues, un *peligro latente* de lesión del bien jurídico que no cesa con la eventual detención del autor y la adopción de las correspondientes medidas cautelares, por detalladas y sofisticadas que fueran. En este sentido, la latencia del peligro equivale al carácter permanente de la lesión, una de las razones por las que se justifica la mayor necesidad de pena en los casos de producción del resultado⁸.

Puede afirmarse, por tanto, que los tipos de revelación del secreto empresarial se distinguen de los tipos de aseguramiento ilegítimo y uso en provecho propio de secreto empresarial. En estos dos últimos casos, el autor no pierde el control sobre la información. Al menos en principio. Otra cosa es que lo haya perdido por negligencia o que lo haya revelado dolosamente pero no pueda probarse. En el primer caso podría plantearse, efectivamente, una necesidad de pena cualificada de la conducta de aseguramiento ilegítimo o uso desleal. Pero en el segundo caso estaríamos ante un problema probatorio, no en uno de necesidad de pena.

Quizá en comparación con una conducta homicida se vea más clara la peculiaridad que presenta el riesgo para el bien jurídico creado por la conducta de

⁸ ZIELNSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 208. Recientemente JAKOBS, «Erfolgswert und Rationalität», FS-Samson, 2010, p. 54, aunque utilizando este argumento para fundamentar la inclusión del desvalor de resultado en el concepto de injusto penal: la presencia de un resultado lesivo objetivamente imputable a la conducta supone una objetivación de la infidelidad al Derecho con un contenido comunicativo más intenso que las conductas que quedan en grado de tentativa. Por ello, para corregir esa perturbación, la reacción «debe» (*mus*) ser más intensa cuando la conducta es comunicativamente menos intensa (tentativa).

revelación. El disparo de un arma de fuego con finalidad homicida crea un riesgo finito, dejando de lado los supuestos de producción del resultado de modo diferido en el tiempo (ejemplo: lesiones mortales latentes). Una vez el disparo ha resultado frustrado, el bien jurídico deja de estar en peligro, al menos respecto de aquella acción. En cambio, en la revelación de secreto empresarial, el riesgo creado por la conducta es permanente, en la medida en que la intervención dolosa, imprudente o incluso legítima de terceras personas, normalmente indeterminadas e indeterminables, puede resultar en cualquier momento en la lesión del bien jurídico. En este sentido, las acciones de aseguramiento ilegítimo y de uso de secreto empresarial son tipos de acciones estructuralmente idénticas a las del disparo frustrado de un arma de fuego con finalidad homicida. El riesgo de lesión del bien jurídico creado por estas acciones es finito: termina en la conducta desleal del autor; a menos que se haya podido demostrar, como se ha dicho, una pérdida de control de la información en el ejercicio de tales acciones.

En conclusión: cuando la revelación pueda calificarse de tentativa (material) idónea y acabada de lesión del bien jurídico, puede afirmarse que necesita la misma cantidad de pena que la lesión mediante revelación (consumación material). Es fundamental realizar una aclaración: en este punto y en los que siguen empleo los términos tentativa y consumación en un sentido *material*. No tomo como referencia el grado de realización de los elementos del tipo (concepción formal de la consumación), sino la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico⁹. En efecto, en la medida en que los delitos de violación de secreto empresarial han sido configurados como delitos de peligro, formalmente tanto la tentativa de lesión del bien jurídico como su efectiva lesión consuman cualquiera de los tipos de violación de secreto empresarial. Así, por ejemplo, la distribución masiva a los puntos de venta final de un producto que incorpora el secreto empresarial usado de forma desleal (con violación de un compromiso penalmente relevante de no utilizar la información) y que es sustitutivo del producto comercializado por el titular del secreto empresarial, es una conducta que consuma formalmente el tipo

⁹ Distingue entre tentativa formal y material JAKOBS, *PG*, 2ª ed., (1991) 1997, 25/1g, 2, 3, 15. En el apartado 25/21 define tanto la *tentativa material* (abandono del dominio siendo éste potencialmente lesivo para un tercero) como la *formal* (abandono del dominio siendo éste potencialmente realizador de un tipo penal). Véase, también, JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico» (1985), en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, 1996, pp. 181-184. Distingue entre *tatbestandsmäßiger Erfolg* y *Rechtsgutsverletzungserfolg* AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 211.

de uso desleal de secreto empresarial (279.2 Cp). Sin embargo, la conducta no ha producido lesión alguna del bien jurídico, pues aún no ha habido posibilidad de alterar la configuración del mercado, pues el producto aún no se ha empezado a vender, no pudiendo verse afectada la cuota de mercado del titular del secreto empresarial¹⁰.

Pues bien, la tesis aquí defendida es que, a la hora de determinar la pena de las conductas constitutivas de violación de secreto empresarial, debe primar la valoración material de las mismas. De este modo, en la medida en que la tentativa material de violación de secreto empresarial presenta una menor *necesidad de pena* que la consumación material (lesión del bien jurídico), la pena asignada a la primera debe ser más benigna que la asignada a los supuestos de consumación material. Concretamente, la menor necesidad de pena debería traducirse, obligatoriamente, en la aplicación de la atenuante analógica prevista en el art. 21.7 Cp.

A pesar de defender un concepto personal de injusto, considero forzosa la atenuación. El legislador español ha tomado postura sobre la necesidad de pena cuando la conducta *ex ante* desvalorada termina en tentativa. Como regla general ha establecido la atenuación obligatoria de la pena prevista por el tipo penal aplicable en uno o dos grados (arts. 16 y 62 Cp). Además, en el Código penal es recurrente la mayor punición de las lesiones de los bienes jurídicos penalmente protegidos que las puestas en peligro: los delitos dolosos de peligro abstracto se castigan con menor pena que los dolosos de lesión, a pesar de proteger el mismo bien jurídico. A ello cabe añadir la conocida impunidad de la tentativa imprudente¹¹.

A mi entender, no le faltan razones al legislador para tomar una decisión en tal sentido. Por otro lado, tampoco he conseguido encontrar ninguna razón – salvo por el caso de las conductas de revelación– para sostener que la

¹⁰ Se entiende que la demanda del mercado relevante, en el que el titular del SE y el competidor desleal intervendrían como oferentes, estaría integrada por los consumidores finales, no los puntos de venta al pormenor.

¹¹ A esta conclusión llega ROXIN, *AT II*, 2003, § 29 nm. 14, respecto del *StGB*. No existen diferencias sustanciales en este sentido con respecto al Código penal español. De hecho, algunas de las diferencias existentes apuntan hacia una mayor distinción punitiva entre tentativa y lesión en el caso español: atenuación forzosa de la tentativa en el Cp 95, atenuación facultativa en el *StGB*.

protección del patrimonio individual frente a la violación de secreto empresarial responde a necesidades de pena distintas a las de los supuestos subsumibles en el régimen general. Por ello, desviarse de las valoraciones genéricas del legislador sobre la necesidad de pena en casos materialmente equivalentes vulnera, al ir en contra del reo, el *principio de igualdad*¹².

En la medida en que dentro del grupo de hechos constitutivos de tentativa cabe introducir ulteriores distinciones valorativa y penológicamente relevantes, no puede darse aquí una regla general sobre la entidad atenuadora que correspondería asignar a esta circunstancia. Con todo, puedo avanzar el tratamiento penológico que, de acuerdo a lo dicho, considero adecuado otorgar al nivel de afectación del bien jurídico inmediatamente inferior a la lesión, a saber: la tentativa material acabada e idónea. A mi juicio, la menor necesidad de pena respecto de los hechos constitutivos de lesión del bien jurídico debería equivaler a la concurrencia de una atenuante simple. Como se sabe, en el régimen de determinación de la pena español, las atenuantes, en función de sus efectos penológicos, pueden clasificarse entre simples y muy cualificadas. Las atenuantes simples tienen como efecto la reducción del marco penal inicial previsto por el tipo a su mitad inferior (art. 66.1.1ª Cp), las cualificadas la aplicación de la pena inferior en grado (art. 66.1.2ª Cp). Pues bien, atendiendo a estas reglas y a la propuesta atenuadora aquí formulada, una tentativa material acabada e idónea de violación de secreto empresarial debería castigarse con la mitad inferior del marco penal asignado a los correspondientes tipos penales de violación de secreto empresarial.

La única excepción la conforman los tipos de revelación. En este caso, es necesario castigar la tentativa material acabada e idónea con la misma cantidad de pena que la efectiva lesión: marco penal completo previsto por el tipo penal. El motivo es que el daño psicológico-social que causa la revelación materialmente calificable de tentativa acabada e idónea equivale al que causa la efectiva lesión del bien jurídico. De hecho, a mi entender, esta es la valoración de necesidad de pena realizada por el legislador y que late tras el cuadro penológico que ha previsto para este grupo de delitos. La mayor punición de la revelación desleal (art. 279.1 Cp) que el uso desleal (art. 279.2 Cp), incluso cuando el segundo desemboca en la efectiva lesión del bien

¹² En esta línea, FRISCH, «Die Strafraahmenbildung beim Versuch», FS-Spendel, 1992, p. 399-402.

jurídico, sólo puede explicarse con la equiparación de la puesta en peligro mediante revelación con la lesión del bien jurídico. El error del legislador penal español, no obstante, ha sido infrapenar la lesión del bien jurídico mediante uso en provecho propio del secreto empresarial. Que la puesta en peligro del bien jurídico mediante revelación requiera más pena que la puesta en peligro mediante uso no significa que puedan establecerse diferencias penológicas de forma axiológicamente coherente entre la lesión del bien jurídico mediante revelación y la lesión mediante uso.

Una posible objeción al planteamiento aquí propuesto es que la mayor penalidad de la revelación frente al uso se debe a que a la revelación, cuando termina en la lesión del bien jurídico, hay que sumarle un ulterior resultado de peligro desvalorado: la pérdida de control sobre la información, tanto por parte del titular del secreto empresarial como por parte del autor. Lo que, en cualquier momento, puede traducirse en una ulterior lesión del bien jurídico. Sin embargo, cuando la revelación puede individualizarse en uno o varios destinatarios, este riesgo desaparece. Sí persiste, ciertamente, cuando la revelación ha tenido lugar de forma difusa, de modo que es imposible determinar el número de destinatarios actuales o potenciales de la información. En estos casos hay que reconocer que la revelación que se ha concretado en una determinada lesión del bien jurídico (un determinado competidor ha explotado la información y ha conseguido alterar las cuotas de mercado significativamente) genera, además, un peligro de lesión latente. Pero, de acuerdo con el concepto personal de injusto, el límite superior de la pena legítima no lo determinan los resultados desvalorados de la conducta, sino precisamente su desvalor *ex ante*. Y, en este sentido, tengo serias dudas de que, *ex ante*, la revelación difusa sin conocimiento de los destinatarios ni de su inclinación hacia la posibilidad de explotar la información pueda considerarse más merecedora de pena que el uso en provecho propio del secreto empresarial con un plan completamente detallado para explotarlo con altas probabilidades de éxito.

En resumen: la tesis aquí defendida no sólo se contrapone a una concepción formal de la tentativa y de la consumación, sino que rompe con el cuadro penológico que *prima facie* habría previsto el legislador para las conductas de consumación formal de los tipos de violación de secreto empresarial. En efecto, tanto la tentativa (material) acabada como la efectiva lesión del bien jurídico consuman formalmente los correspondientes tipos de violación de secreto empresarial, por lo que el marco penal que en principio les correspondería es el previsto por los arts. 278 a 280 Cp. Sin embargo, ello sería valorativamente inaceptable por las razones arriba expuestas. Además,

tampoco existe la necesidad de rendirse a las incoherencias axiológicas de una aproximación formalista a estos tipos. La vía prevista por la atenuante analógica del art. 21.7 Cp puede y debe¹³ encauzar distinciones materiales como las que aquí se ha tratado de poner de manifiesto. En la medida en que detrás de las atenuantes expresamente previstas por el legislador en los arts. 20 y 21 Cp están razones de merecimiento y necesidad de pena, cuando exista un menor merecimiento o necesidad de pena por alguna causa no prevista expresamente por los arts. 20 y 21 Cp debería recurrirse a la cláusula de cierre prevista en el art. 21.7 Cp para darle, así, la debida consecuencia penológica¹⁴.

2.2. El grado de ejecución del plan delictivo

a) Tentativa (material) acabada *vs.* tentativa (material) inacabada

Desde una perspectiva material, la tentativa acabada puede definirse como la realización de todos los actos necesarios para la lesión del bien jurídico de acuerdo con los conocimientos y plan del autor. Cuando, de acuerdo con sus

¹³ Así lo entiende tanto la doctrina como, recientemente, la Sala segunda del Tribunal Supremo: la analogía no debe buscarse en la morfología o estructura de las otras atenuantes o eximentes, sino en su fundamento. Al respecto véanse, por todos, ALCÁCER GUIRAO, «Capítulo 11. Circunstancias atenuantes. G. Atenuante analógica», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico. Penal*, 2015, nm. 4224, con ulteriores referencias jurisprudenciales; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, 25/57; OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, p. 141. En la jurisprudencia, véanse las STS de 5 de noviembre de 2013, p. Monterde Ferrer, FJ 3º; STS de 20 de marzo de 2013, p. Jorge Barreiro, FJ 6º.

¹⁴ En este sentido, véase ALCÁCER GUIRAO, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico. Penal*, 2015, nm. 4225, con referencias jurisprudenciales. Con una visión más restrictiva, exigiendo, además, analogía con «la específica razón que constituye el fundamento particular de cada atenuante», MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, 25/58. En la misma línea, OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, pp. 138 y ss. En la jurisprudencia, con una concepción más amplia de lo que venía siendo habitual y que avala la interpretación de la atenuante defendida en el texto, véanse las STS de 6 de noviembre de 2014, p. Berdugo Gómez de la Torre, FJ 9º; STS de 2 de julio de 2014, p. Berdugo Gómez de la Torre, FJ 7º.

representaciones, el autor aún no ha realizado todos los actos necesarios para la lesión del bien jurídico, estamos ante una tentativa inacabada¹⁵.

Como se ha dicho, es ampliamente compartida la valoración de la tentativa inacabada como merecedora de menor pena que la acabada. Ya desde una perspectiva *ex ante*, el desvalor de conducta es menor debido a una menor oposición a la norma penal legítima: en la tentativa inacabada el autor no realiza todo lo necesario para contradecir la norma de forma completa¹⁶. Por ello, puede desistir de forma penalmente relevante con facilidad: basta con que ponga fin, voluntariamente, a la ejecución de su plan delictivo. En la tentativa acabada, por el contrario, el autor debe llevar a cabo un desistimiento activo, consistente en hacer algo que impida la producción del resultado¹⁷.

A la misma conclusión valorativa se puede llegar partiendo de un concepto de injusto penal no finalista. Así, por ejemplo, ALCÁCER GUIRAO fundamenta el menor merecimiento de pena de la tentativa inacabada en su menor peligrosidad para el bien jurídico protegido¹⁸. Entiende que si el fin legitimador del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, el fundamento del merecimiento de pena no puede ser –al menos no de forma exclusiva o primordial– el quebrantamiento de la vigencia de la norma, sino la lesión o puesta en peligro del bien jurídico¹⁹. De este modo, y de acuerdo con lo que veremos en el siguiente subapartado, el grado de realización delictiva como criterio de graduación de la pena de la tentativa quedaría vacío de contenido, pues se basaría en el mismo fundamento que el segundo criterio previsto por el legislador en el art. 62 Cp: el *peligro* inherente al intento²⁰. De hecho, como el mismo ALCÁCER GUIRAO afirma: «...en un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos,

¹⁵ Se utilizan aquí los criterios empleados para la definición de la tentativa formal acabada y la inacabada. En lugar de referirlos al tipo penal, los referimos a la lesión del bien jurídico: véase, por todos, ROXIN, *AT II*, 2003, § 29 nm. 98, 192.

¹⁶ Por todos, ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado* (trad. Sancinetti), (1973) 1990, p. 163. Con una concepción no finalista del injusto penal llega a la misma conclusión ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 354-358.

¹⁷ Véase art. 16.2 Cp. En la doctrina, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, 13/94 y ss., 107.

¹⁸ *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 263-289.

¹⁹ *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 371-382.

²⁰ Así lo reconoce el propio ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, p. 395.

desde el cual el *injusto* se conforma en atención al peligro de lesión, lo relevante para determinar el distinto grado de punibilidad entre diferentes conductas ha de ser en primer lugar el criterio del peligro: la lesividad de la conducta. Independientemente de la concepción del injusto que se mantenga, el peligro será lo que determine la *gravedad delictiva*²¹. En mi opinión, partir de la base de que el único Derecho penal legítimo es el que protege bienes jurídicos no implica, necesariamente, basar exclusivamente el merecimiento de pena, entendido como fundamento del injusto, en la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico protegido. A mi juicio, el grado de oposición manifestado por la conducta del autor hacia el bien jurídico protegido también debe considerarse un criterio de graduación del merecimiento de pena en un Derecho penal legitimado por la protección de bienes jurídicos. Y ello porque uno de los principales instrumentos de los que este Derecho penal se sirve para conseguir dicho fin de protección es la norma como directiva de conducta. La oposición o indiferencia hacia la norma de conducta (legítima) produce tanto un *daño ideal* como un *daño psicológico-social*. El mayor o menor potencial de una conducta para ser ideal o psicológico-socialmente dañina debe determinar su mayor o menor merecimiento de pena. En efecto, el fin de protección de bienes jurídicos impide que se amenace con pena o se emita un reproche ético-jurídico cuando ello no es útil (no es necesario) para la protección de bienes jurídicos, esto es, cuando la conducta no es peligrosa. Pero cuando la amenaza o imposición de pena es necesaria para dicha protección, tener en cuenta el daño ideal causado por la oposición o indiferencia manifestada hacia el bien jurídico protegido es completamente coherente con los fines y medios del Derecho penal legítimo²². En esta línea, el menor merecimiento de pena de la *tentativa inacabada* puede explicarse en términos de menor lesividad: la tentativa inacabada produce tanto un menor daño ideal, el cuestionamiento de la vigencia de la norma no es tan intenso como en la tentativa acabada, como un menor daño psicológico-social, la perturbación de la confianza en la vigencia de la norma es también de menor intensidad²³.

²¹ *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, p. 375, énfasis añadido.

²² En esta línea, advierte de que los supuestos en los que el autor está en la fase más inicial de la tentativa (*noch im Stadium des unmittelbaren Ansetzens*) el hecho delictivo presenta déficits de desvalor tanto objetivos (menor peligrosidad) como subjetivos respecto del hecho consumado FRISCH, FS-*Spendel*, 1992, pp. 405-407.

²³ El mismo ALCÁCER GUIRAO reconoce como relevante de cara a la determinación del merecimiento y necesidad de pena del hecho punible al daño psicológico-social: *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, pp. 94, 98, 99. Sin embargo, en p. 126 lo relega del juicio de merecimiento de pena, reduciendo su ámbito de relevancia al juicio de necesidad. Entiendo que también desde la perspectiva *ex ante* adoptada por la norma primaria de conducta puede y debe tenerse en cuenta el potencial daño

La menor desvaloración de la tentativa inacabada no sólo se manifiesta en la regulación del desistimiento penalmente relevante. También en las concretas reglas de determinación de la pena previstas para los supuestos de tentativa puede advertirse la mencionada gradación valorativa. Como se ha comentado *supra*, en el art. 62 Cp se prevé la atenuación obligatoria de la pena para las conductas que terminan en grado de tentativa. En cuanto a la entidad de la atenuación, se otorga margen al aplicador para rebajar la pena en uno o dos grados. Eso sí, siempre con base en los dos criterios fijados por el legislador, uno de los cuales es, precisamente, «el grado de ejecución alcanzado». Así, a menor grado de ejecución, mayor debe ser la atenuación²⁴.

A efectos de determinación de la pena, lo dicho debería traducirse, forzosamente, en la asignación de una menor cantidad de pena a la tentativa (material) inacabada que a la tentativa (material) acabada. De acuerdo con la propuesta de individualización avanzada en el apartado anterior, creo que el diferente grado de *merecimiento de pena* de la tentativa inacabada respecto de la acabada debería reflejarse adjudicando a la (material) inacabada una mayor atenuación que a la acabada. En la medida en que he propuesto otorgarle el carácter de atenuante analógica simple a la condición de tentativa material (idónea) acabada, entiendo que cuando el hecho es materialmente equivalente a una tentativa (idónea) *inacabada* debería recibir una atenuación cualificada. A saber: la rebaja en uno o dos grados de la pena (art. 66.1.2ª Cp). La atenuación es obligatoria porque el fundamento es el menor merecimiento de pena del hecho.

Así, por ejemplo, la comercialización de un producto en cuya producción se ha utilizado un secreto empresarial vulnerando dolosamente un deber penal de reserva, debería castigarse con una pena de 2 a 2 años y medio de prisión y de 15 a 18 meses de multa, siempre y cuando tal comercialización fuera *idónea* para la lesión del bien jurídico protegido (ver *infra* IX.2.3). Desde una

psicológico-social de la conducta, de modo que configure su merecimiento de pena. Ello sin necesidad de conculcar el principio de culpabilidad si el potencial daño psicológico-social se valora *desde la perspectiva de lo objetivamente previsible*.

²⁴ En España, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, 13/61 y ss. En Alemania, en la misma línea del texto, aunque más profundo y distintivo, FRISCH, FS-*Spendel*, 1992, pp. 405-407.

perspectiva material, estaríamos ante un supuesto de uso desleal de secreto empresarial (279.2 Cp) calificable, en relación con la lesión del bien jurídico protegido, como *tentativa acabada*.

En cambio, la distribución del mismo producto, entendida como la entrega del producto a los puntos de venta finales, debería castigarse con la pena inferior en grado: prisión de 1 a 2 años y multa de 6 a 12 meses. Desde una perspectiva material, la conducta sería equivalente a una *tentativa idónea inacabada*, pues se parte de la base de que la posterior comercialización del producto a través de los puntos de venta utilizados y en las cantidades de producto entregadas sería idónea para la alteración de la configuración del mercado relevante. Naturalmente, desde una perspectiva formal, en ambos casos estaríamos ante conductas de consumación. Por eso parto del marco penal previsto por el tipo penal en lugar de remitirme a las reglas específicas de determinación de la pena previstas en el art. 62 Cp.

i) La revelación de secreto empresarial: tentativa de participación

De nuevo, la revelación de secreto empresarial presenta particularidades a la hora de ser valorada en función de su capacidad de lesión del bien jurídico protegido. Ya desde una perspectiva *ex ante* puede advertirse que la conducta no es apta, por sí sola, para lesionar el bien jurídico. Para ello hace falta la posterior intervención de terceros autorresponsables. Esta peculiaridad permite, en mi opinión, equiparar estructuralmente estas conductas a las de participación en el delito (cooperación necesaria, inducción, complicidad) o, en su caso, a la coautoría. Ello da lugar a varias cuestiones: ¿cuáles son los criterios de distinción entre unas y otras formas de participación o intervención en el delito? ¿Qué relevancia penológica tiene la clasificación de la contribución en el delito con base en alguna de las formas de participación? ¿Se pueden trazar distinciones entre estas formas de participación o intervención en función del grado de proximidad de la lesión del bien jurídico o, en todo caso, en función de su efectiva lesión o ausencia de lesión?

En cuanto a la primera pregunta, es obvio que supera los límites de este trabajo entrar en los concretos criterios de distinción entre unas y otras formas de intervención en el hecho delictivo. Con todo, como es sabido, el

*dominio del hecho*²⁵ y la *escasez*²⁶ de la contribución son criterios generalmente aceptados, sin perjuicio de ulteriores concreciones y matizaciones, para la distinción, respectivamente, entre autoría y participación, y entre cooperación necesaria y complicidad. Pues bien, si partimos de la base de que el escenario prototípico de revelación desleal de secreto empresarial (279.1 Cp) va a ser el del trabajador por cuenta ajena que, sometido a un deber penal de reserva, comunica los secretos empresariales de su antiguo empleador al nuevo, en la mayoría de los casos el autor de la revelación de secreto empresarial no dominará el plan delictivo que acaba dando lugar a la lesión. Con todo, la contribución del autor (trabajador por cuenta ajena) será sin lugar a dudas una prestación difícil de encontrar en el mercado relevante (escasa), lo que permite calificar materialmente su contribución –siempre en relación con el caso prototípico antes mencionado– de cooperación necesaria. En efecto, si en el sector relevante es fácil encontrar a alguien que conozca la información y la pueda comunicar de forma legal a terceros, ya no estaremos ante un secreto empresarial.

En cuanto a la revelación de secreto empresarial obtenido previamente de forma ilegítima (espionaje industrial con revelación: art. 278.2 Cp), normalmente lo más habitual es que la conducta sea llevada a cabo por un trabajador que, con o sin acceso legítimo a la información, se la asegura de forma ilegítima. La posterior revelación suele ser al nuevo empleador o a un tercero competidor a cambio de precio. En ambos casos la comunicación de la información representa una aportación escasa al plan delictivo de lesión del bien jurídico, plan dominado por un tercero: el nuevo empleador o el tercero competidor.

Por lo que se refiere a las revelaciones de secreto empresarial obtenido con conocimiento de su origen ilícito pero sin haber intervenido en su obtención ilegítima (art. 280 Cp), al igual que en las constelaciones anteriores, normalmente la conducta de revelación implica ausencia del dominio del hecho. Lo normal es que cuando exista dominio del hecho la información se esté usando en provecho propio, no a favor de terceros. Ejemplo: el representante de una empresa que ha obtenido el secreto empresarial con conocimiento de su origen ilícito lo revela a un especialista para que lo implemente en uno de sus productos. A pesar de que el representante de la empresa lleva a cabo una conducta de *revelación*, esta queda desplazada por el *uso en provecho propio* que está haciendo del secreto empresarial,

²⁵ ROXIN, *AT II*, 2003, § 25 nm. 27 y ss.

²⁶ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 151-204; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, 15/77-91, 79.

normativamente más importante en la medida en que es éste el que va a llevar a la directa lesión del bien jurídico protegido.

Mucho menos habitual va a ser el dominio funcional del hecho durante la fase de ejecución (autoría material, coautoría o autoría mediata) por parte de quien revela la información²⁷. Aunque, ciertamente, no es impensable. Ejemplo de ello sería el supuesto en el que el ex trabajador revela el secreto empresarial de su antiguo empleador al nuevo, sin que éste sea consciente de que está recibiendo información constitutiva de secreto empresarial. El trabajador, que contribuye con una conducta de revelación, dominaría el hecho que lleva a la lesión del bien jurídico, aunque la información no se esté usando en provecho suyo, sino en provecho del empresario. En este caso podría hablarse, desde una perspectiva material, de una autoría mediata de lesión del bien jurídico protegido a través de la revelación de la información a terceros.

Por lo que se refiere a la segunda pregunta, a saber, si la equiparación de la revelación a alguna de las formas de participación en el delito debe tener consecuencias penológicas distintas a la equiparación con conductas de autoría, la respuesta debe ser, *prima facie*, afirmativa. Valorativamente es más grave dominar la lesión del bien jurídico que simplemente contribuir accesoriamente a su lesión. Este debe ser el principio general de partida, también cuando se trata de sistematizar la determinación de la pena de estos delitos desde una perspectiva material. Sin embargo, hay que tener presente que el legislador español equipara penológicamente la cooperación necesaria a la autoría. Por tanto, si los casos prototípicos de revelación de los que partimos los equiparamos a la cooperación necesaria, de acuerdo con las valoraciones de las que parte el legislador español no sería oportuno trazar distinciones penológicas entre la contribución en la lesión del bien jurídico a través de la revelación de secreto empresarial (279.1 Cp – materialmente equivalente a una cooperación necesaria en dicha lesión) y el uso desleal en provecho propio de secreto empresarial (279.2 Cp – materialmente equivalente a una lesión del bien jurídico). Cuando la revelación no equivalga a una cooperación necesaria, sino a una forma menos grave de participación,

²⁷ El dominio funcional del hecho durante la fase de ejecución es uno de los criterios desarrollados por la doctrina especializada para distinguir la participación de la coautoría. Por todos, véase ROXIN, *AT II*, 2003, § 25 nms. 188-189, 198 y ss.

sí se debería dar efectos penológicos atenuadores al menor *merecimiento de pena* de la conducta.

Obviamente, lo que sí resulta criticable, como ya se ha dicho *supra* IX.2.1 en un momento anterior de este capítulo, es el trato penológico más gravoso que el legislador ha dado a la revelación frente al uso desleal del secreto empresarial. Cuando ambas conductas den lugar a la lesión del bien jurídico, la distinción no tiene mucho sentido. En todo caso, la diferencia penológica debería ir a favor de la conducta de revelación que, por lo general, será materialmente equivalente a una conducta de participación y, por tanto, menos merecedora de pena que la conducta de uso, por lo general materialmente equivalente a una intervención a título de autoría.

Queda por resolver la tercera cuestión: ¿se pueden trazar distinciones entre estas formas de participación o intervención en función del grado de proximidad de la conducta a la lesión del bien jurídico o, en todo caso, en función de su efectiva lesión o ausencia de lesión? En atención a lo dicho en los apartados anteriores, la respuesta debe ser, naturalmente, afirmativa. De hecho, las dudas se refieren, más bien, a si es posible castigar una conducta que, desde una perspectiva material, es equiparable a una tentativa de participación o, incluso, a un acto preparatorio de la conducta delictiva de un tercero autorresponsable.

Con todo, conviene recordar que en un apartado anterior (véase *supra* 3.1), se argumentó que la revelación de secreto empresarial materialmente equivalente a una tentativa idónea y acabada de lesión presenta una necesidad de pena análoga a la que requiere un hecho constitutivo de lesión del bien jurídico. Por tanto, cuando la conducta de revelación equivalga materialmente a una *tentativa de autoría mediata* o *coautoría* mediante revelación del secreto empresarial, penológicamente no debe recibir ningún tipo de atenuación respecto de la pena prevista por el legislador para el tipo penal aplicable.

En efecto, tanto el castigo de la participación en el delito, como el de la tentativa o los actos preparatorios, se consideran ampliaciones de la punibilidad del injusto penal nuclear, que estaría constituido por la realización del tipo penal a título de autoría²⁸. En aras de respetar las

²⁸ Por todos, véase ROXIN, *AT II*, 2003, § 29 nm. 102 en relación con la tentativa y los actos preparatorios, § 25 nm. 5 en relación con las formas de participación.

garantías detrás del principio de legalidad, las ampliaciones de la punibilidad a través del castigo de la participación o de los estadios previos a la lesión del bien jurídico tan sólo se consideran válidas en la medida expresamente prevista por el legislador, esto es, no se admiten ampliaciones sucesivas de la punibilidad: tentativa de participación o participación en la participación, por ejemplo²⁹.

En la medida en que el fundamento de la impunidad no es material, sino más bien formal, nada obsta a que, cuando el legislador expresamente lo prevea, se puedan castigar estas estructuras. Así, cuando se tipifique como delito formalmente consumado lo que materialmente es una participación en la lesión de un bien jurídico, o una tentativa inacabada de lesión, desde una perspectiva material no debería haber problema en castigar las correspondientes formas de participación o estadios previos punibles, siempre y cuando se respete, naturalmente, el principio de proporcionalidad. En efecto, cuando la tentativa de participación consista en una conducta que no tiene ningún otro sentido, desde un punto de vista objetivo, que la contribución a un hecho delictivo ajeno (*eindeutiges deliktisches Sinnbezug*), es legítima su prohibición bajo amenaza de pena. En ese caso, no existen razones para privilegiar el interés en la libertad general de acción frente al interés en la protección de bienes jurídicos³⁰. A mi juicio, esto es precisamente lo que ocurre con las revelaciones de un secreto empresarial obtenido ilegítimamente (278.2 Cp), con vulneración de un compromiso penalmente relevante de reserva (279.1 Cp) o con conocimiento del origen ilícito de la información (280 Cp).

²⁹ En contra de la punibilidad de ambas estructuras: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, 15/28. En Alemania, en cambio, se acepta la participación en la participación (*Anstiftung und Beihilfe zur Beihilfe*): por todos, LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, en § 27 nm. 73 (sin embargo, muestra serias dudas respecto de la posibilidad de castigar la participación en tipos penales que, materialmente, son calificables de participación: nm. 84); *Schö/Schrö-HEINE/WEISER*, 29ª ed., 2014, § 27 nm. 25. En cambio, los mismos autores rechazan la tentativa de participación: LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 27 nm. 8; *Schö/Schrö-HEINE/WEISER*, 29ª ed., 2014, § 27 nm. 40.

³⁰ FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 230-384, pp. 263 y ss., 280 y ss.

Por lo demás, es obvio que, para considerar una revelación de secreto empresarial materialmente equivalente a una tentativa de participación, en el hecho de la revelación deben concurrir las condiciones exigidas para considerar punible la participación. En este sentido, se requiere que exista una relación de causalidad entre la aportación del partícipe y el resultado desaprobado, que la conducta suponga un incremento del riesgo para el bien jurídico protegido³¹ y que, como se ha comentado *supra*, la conducta no tenga, desde un punto de vista objetivo, otro sentido (jurídicamente neutro, se entiende) más allá del de contribuir en un hecho delictivo ajeno³². Pero característica esencial de la participación, en forma de cooperación necesaria o de complicidad, es la contribución de modo accesorio³³, esto es, sin dominio del hecho, a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico dominada por un tercero autorresponsable. Ello da lugar, entre otras cosas, a que subjetivamente se exija un *doble dolo* en la conducta del partícipe: dolo respecto de la propia contribución, esto es, conocimiento de su potencial causal y de su capacidad de incrementar el riesgo para el bien jurídico; así como dolo respecto de la consumación del hecho principal³⁴.

Que la revelación del secreto empresarial puede ser causal respecto de la lesión del bien jurídico protegido y puede aumentar el riesgo de su lesión, está fuera de duda en los supuestos prototípicos de revelación de secreto empresarial de los que aquí se parte. Lo problemático es, más bien, la existencia de un hecho principal de lesión del bien jurídico y su comprensión subjetiva por parte del autor de la revelación. En efecto, en los contextos de revelación de secreto empresarial, el destinatario de la comunicación no siempre tendrá un plan completamente detallado sobre cómo implementar la información en un producto o servicio y sobre cómo comercializarlo para alterar, así, la configuración leal del mercado relevante. *Ejemplo*: un ex trabajador del titular del secreto empresarial revela la información a un competidor de aquél, con la esperanza de que así le contrate para implementarla en alguno de sus productos. El competidor, sin embargo,

³¹ LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 27 nms. 1-28; ROXIN, *AT II*, 2003, § 26 nms. 184-217.

³² JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 24/13-21.

³³ LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, Vor § 26 nms. 6-7; ROXIN, *AT II*, 2003, § 26 nm. 11.

³⁴ LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 27 nms. 54-62.

resulta ser un empresario moralmente ejemplar y no tiene intención alguna de utilizarla en su actividad empresarial por ser su uso contrario a su código ético.

Por lo demás, en el caso de que tal plan existiera, el autor de la revelación no tiene por qué conocerlo en absoluto. *Ejemplo*: el ex trabajador del titular del secreto empresarial revela la información a un competidor de aquél, con la esperanza de que así le contrate para implementarla en alguno de sus productos. El empresario que recibe la información hacía tiempo que iba tras ella a través de medios ilegítimos (espionaje industrial) que hasta el momento habían resultado infructuosos. Su intención era implementar la información en uno de sus productos y competir con él en el mercado relevante. Nada de eso era conocido por el ex trabajador, que finalmente no es contratado ni remunerado por el competidor.

Ambos déficits son superables de cara a la legitimación del castigo penal de la revelación de secreto empresarial. Así, ya en sede de participación punible conforme a las reglas de la parte general, se admite que la contribución del partícipe tenga lugar en un momento previo a la fase de ejecución, esto es, en el estadio preparatorio. Basta con que la aportación acabe siendo causal respecto del resultado y despliegue efectos (en términos de incremento del riesgo) hasta el momento de la consumación³⁵. *Ejemplo*: entrega de un arma dos semanas antes del día en que se ejecuta el robo con violencia. En la ejecución se utiliza el arma. *Ejemplo* de contribución en el estadio preparatorio que termina sin desplegar efectos en la fase ejecutiva (y, por tanto, impune): entrega de un arma dos semanas antes del día previsto para la ejecución del robo. Poco antes del inicio de la ejecución se decide prescindir del arma.

Por lo que se refiere a la tipicidad subjetiva de la participación punible conforme a las reglas de la parte general, se entiende que el grado de conocimiento exigido sobre el hecho principal para considerar punible la conducta de cooperación necesaria o complicidad puede ser inferior al grado de conocimiento exigido para el castigo de la inducción. En la medida en que la contribución del cómplice o cooperador no consiste en despertar una

³⁵ LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 27 nms. 8, 38 y ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 22/38.

determinada voluntad criminal, concretada a través de un determinado plan delictivo, sino que ya se encuentran dados tanto la una como el otro, se considera suficiente con que el partícipe sepa que su conducta contribuye o va a contribuir a la realización de un determinado delito. El conocimiento del concreto lugar, momento o ejecutor material del delito no se consideran necesarios para el dolo de participación³⁶.

Cuando la contribución no consiga desplegar efectos en la fase ejecutiva del hecho principal, ya sea por la decisión del autor principal de prescindir de ella, ya sea porque no se llega a producir tal hecho principal, estaremos ante una tentativa *impune* –siempre de acuerdo con las reglas generales– de participación o, en su caso, ante un acto preparatorio también *impune*. *Ejemplos* de tentativa de participación y de acto preparatorio, por este orden: revelación del secreto empresarial a un competidor que tras implementar la información en uno de sus productos y proceder a su distribución, decide no comercializarlos; revelación del secreto empresarial a un competidor que finalmente decide no implementar la información en ninguno de sus productos.

Que la punibilidad de estas conductas se excluya de acuerdo con las reglas de la punibilidad de la participación de la parte general no significa que sea ilegítimo castigarlas penalmente. Si el legislador las tipifica de forma expresa, a mi juicio no habrá problemas ni de legalidad ni de legitimidad³⁷. Esto es lo que ocurre en los delitos de violación de secreto empresarial en relación con las conductas de revelación del secreto. Con todo, conviene dejar claro que cuando el contexto de revelación no cumpla con las condiciones acabadas de comentar, la revelación no podrá castigarse como una conducta equivalente a la de una participación en un hecho delictivo, sino que deberá castigarse, en todo caso, como una conducta equivalente a una tentativa de participación o a un acto preparatorio. Esto es especialmente relevante de cara a la determinación de la pena, de lo contrario no se respetará el principio de proporcionalidad.

³⁶ LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 27 nm. 56; ROXIN, *AT II*, 2003, § 26 nms. 272-273.

³⁷ Véase FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 230-384, pp. 263 y ss., 280 y ss.

Normalmente con la revelación se habrá realizado ya toda la conducta con la que se pretende intervenir en la lesión del bien jurídico. Esto es, en principio, la revelación del secreto empresarial equivale a una tentativa acabada, de participación, de autoría mediata o de coautoría, según los casos.

En fin, cuando la conducta de revelación de un secreto empresarial sea materialmente equivalente a una *cooperación necesaria* a la lesión del bien jurídico protegido por los delitos de violación de secreto empresarial llevada a cabo por un tercero autorresponsable, la pena a imponer será la equivalente a la lesión material del bien jurídico protegido en términos de autoría. Se respeta, así, la valoración del legislador penal español, que equipara penológicamente la cooperación necesaria a la autoría mediante revelación. Cuando la conducta de revelación equivalga materialmente a una *tentativa acabada de cooperación necesaria*, la pena a imponer será la misma que aquí se ha propuesto para la tentativa material acabada a título de autoría: la misma que la prevista para la lesión, debido a las peculiaridades que el resultado de peligro producido por este tipo de conducta presenta.

b) Actos (materialmente) preparatorios castigados como lesiones consumadas

Desde una perspectiva material, las modalidades típicas de los delitos de violación de secreto empresarial no sólo abarcan tentativas acabadas e inacabadas, idóneas e inidóneas. En realidad, las descripciones típicas de estos delitos consisten en *actos (materialmente) preparatorios* cuya ejecución dolosa implica, desde una perspectiva formal, la plena consumación. Ello se ve de forma paradigmática en el tipo de espionaje industrial (278.1 Cp). El *aseguramiento ilegítimo* del secreto empresarial con ánimo de usarlo en provecho propio³⁸, o de revelarlo a un tercero, no puede considerarse, conforme a los criterios actualmente al uso para la delimitación entre la tentativa inacabada y los actos preparatorios impunes (ver *infra*), una tentativa (material) inacabada de lesión del patrimonio. Constituye, más bien, un acto (materialmente) preparatorio de la lesión de dicho bien jurídico³⁹. En efecto,

³⁸ Aunque el aseguramiento ilegítimo con ánimo de usar en provecho propio el SE es, en principio, atípico por error del legislador (ver *infra* X - 278.1 Cp).

³⁹ Así califican ESER/BOSCH el tipo de espionaje de secretos de Estado (§ 94 StGB – *Ausspähen von Staatsgeheimnissen*): un acto preparatorio del delito de revelación de secretos de Estado (§ 96 StGB – *Landesverrat*) en *Schö/Schrö-ESER/BOSCH*, 29ª ed.,

para la frustración de las expectativas de ganancia del titular del secreto, esto es, para la alteración de las cuotas de mercado faltan aún numerosos actos intermedios relevantes en el momento inmediatamente posterior al aseguramiento ilegítimo del secreto empresarial. Así, y por nombrar solo algunos de esos actos intermedios, es preciso, en primer lugar, incorporar la información en un producto o servicio sustitutivo del producto o servicio del titular del secreto empresarial. En segundo lugar, debe producirse una cantidad suficiente de unidades para poder afectar la capacidad competitiva del titular u otros competidores. En tercer lugar, es necesario distribuir y vender dichas unidades en el mercado relevante, etc.

También la lesión del patrimonio mediante la disminución del valor de mercado del secreto empresarial, como bien inmaterial inventariable, requiere de ulteriores actos intermedios relevantes: así, por ejemplo, la comunicación creíble de la violación del secreto empresarial a todos o parte de los potenciales compradores.

Quando se hace referencia a los criterios al uso, me refiero a la doctrina mayoritaria, que combina criterios objetivos y subjetivos tanto para la definición de la tentativa como para su delimitación respecto de los actos preparatorios⁴⁰. No obstante, aunque la mayor parte de la doctrina parte de una concepción objetivo-subjetiva de tentativa y trata de concretar mediante criterios materiales la distinción entre tentativa y acto preparatorio, no se puede hablar de la existencia de consenso respecto de los criterios de delimitación. Con todo, las diferencias no son insalvables. Probablemente, el autor que ha tratado de sacar factor común con mayor empeño ha sido Claus ROXIN. Por ello, en las líneas anteriores y en lo que sigue se parte de su modelo de delimitación. Para la delimitación de la *tentativa inacabada* respecto de los *actos preparatorios*, ROXIN recurre a la teoría de los actos intermedios: no estaremos en la fase de tentativa cuando aún falten actos (propios) intermedios esenciales para la lesión del bien jurídico. A este criterio material le añade dos más, cumulativos: a) la intromisión

2014, Vor. § 22 nms. 14, 28. Por su parte, KINDHÄUSER califica los tipos de elaboración de un documento falso (§ 267(1) StGB), de elaboración de moneda falsa (§ 146(1) StGB) y algunos tipos de insolvencia punible (§ 283 (1) StGB) de actos (materialmente) preparatorios: *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 312, 313 nota 74 y 318 nota 86.

⁴⁰ Véanse, por todos, *Schö/Schrö-ESER/BOSCH*, 29ª ed., 2014, Vor. § 22 nms. 17-24 y *Schö/Schrö-ESER/BOSCH*, 29ª ed., 2014, § 22 nms. 24-42; *NK-ZACZYK*, 4ª ed., 2013, § 22 nms. 9-12 y 22-26; *ROXIN, AT II*, 2003, § 29 nms. 97-211.

en la esfera de la víctima o del tipo y b) la relación de inmediatez temporal con la lesión del bien jurídico⁴¹. Por lo que se refiere a la delimitación de la *tentativa acabada* respecto de los *actos preparatorios*, los criterios propuestos por el mencionado autor son, alternativamente: a) el abandono del dominio sobre el curso causal lesivo o b) la puesta en peligro inmediata del bien jurídico⁴².

También la modalidad típica de *uso en provecho propio* de los delitos de disposición desleal (279.2 Cp) y extensión de la violación de secreto empresarial (280 Cp) consiste en un mero acto (materialmente) preparatorio de acuerdo con los criterios actualmente al uso para la delimitación entre acto preparatorio impune y tentativa acabada o inacabada; siempre en relación con la lesión del bien jurídico (perspectiva material), no en relación con la realización del correspondiente tipo penal (perspectiva formal). Así, por ejemplo, el mero uso experimental del secreto empresarial a pesar de cargar con un deber penalmente relevante de no competencia, cuando tal uso tiene por finalidad incorporar la información en el propio producto o servicio, es una conducta calificable de mero acto preparatorio respecto de la lesión de los intereses patrimoniales del titular del secreto. A menos, claro está, que interpretativamente se excluya el «uso experimental» del ámbito de aplicación del tipo penal. En cualquier caso, no creo que la producción de un producto que incorpore el secreto empresarial, o el ofrecimiento de un servicio que también lo incorpore, pueda calificarse, ya, de inicio de la tentativa. También en estos casos al autor le quedan por realizar numerosos actos intermedios relevantes para la lesión del bien jurídico protegido.

La tipificación penal de actos (materialmente) preparatorios choca con el carácter excepcional que la punición de conductas tan alejadas de la lesión del bien jurídico protegido debería tener en un Estado en el que se reconozca el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad ideológica y, en fin, a la libertad general de acción. La teoría de la antijuridicidad penal material no puede partir exclusivamente del principio de protección de bienes jurídicos. Si ello fuera así, sería legítimo, por razones preventivas, amenazar con pena cualquier conducta mínimamente peligrosa para el bien jurídico, por muy alejada de su lesión que estuviera. Todo ciudadano podría verse como una fuente potencial de lesiones para el bien jurídico –como potencial enemigo del bien jurídico– y tendría incluso sentido el castigo de

⁴¹ ROXIN, *AT II*, 2003, § 29 nms. 99-191.

⁴² ROXIN, *AT II*, 2003, § 29 nms. 192-211.

los meros pensamientos hostiles a los bienes penalmente protegidos. Un modelo de antijuridicidad penal basado exclusivamente en el principio de protección de bienes jurídicos es por principio (dignidad de la persona) y por sus consecuencias (paralización de la sociedad) insostenible. Por ello, es necesario introducir en el modelo, junto a dicho principio, otro: el de la maximización de la libertad general de acción. Este principio permite introducir la perspectiva del autor en la valoración del hecho y dar efecto a los mencionados derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad ideológica y, en fin, a la libertad general de acción en el juicio de antijuridicidad penal material. De este modo, se limita externamente el principio de protección de bienes jurídicos, incapaz de limitarse a sí mismo. Ello se traduce, entre otras consecuencias, en la fijación de límites a la incriminación de conductas en el estadio previo a la lesión del bien jurídico penalmente protegido⁴³.

Este es, en principio, el modelo de partida del legislador penal español, en la medida en que en los arts. 17-18 de la parte general del Código penal restringen el castigo de los actos preparatorios a determinadas clases de conductas (conspiración, proposición y provocación), y solamente respecto de aquellos delitos de la parte especial en que expresamente indique su punición. En otras palabras: conforme a las reglas generales de atribución de responsabilidad penal establecidas por el legislador penal español, la punición de los actos preparatorios es *excepcional* y por ello se encuentra expresamente tasada.

⁴³ En esta línea véase JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, (1985) 1996, pp. 184-193; SCHÜNEMANN, «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts», FS-Bockelmann, 1979, p. 130. SILVA SÁNCHEZ considera legítimo castigar los supuestos de conspiración, pero plantea dudas sobre el castigo de los actos unilaterales (proposición, provocación): en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 153. Por su parte, KINDHÄUSER, si bien considera legítimos los delitos que castigan conductas cuya relevancia penal se basa exclusivamente en la intención delictiva del autor (delitos que tienen por finalidad la *subjektive subjektbezogene Sicherheit*), propone restringir de *lege lata* su ámbito de aplicación mediante la aplicación de las reglas del desestimiento (*tätige Rene*), a pesar de que el delito esté formalmente consumado: *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 311-315, 339-347.

Sin embargo, como hemos dicho, los tipos de violación de secreto empresarial abarcan conductas calificables, desde una perspectiva material, de meros actos preparatorios en relación con la lesión del bien jurídico, sin que se trate de actos de la clase de los previstos en los arts. 17-18 Cp: conspiración, proposición y provocación. Ello a pesar de ser evidente que el bien jurídico protegido por los delitos de violación de secreto empresarial no tiene, para la vida pacífica y en libertad en nuestra sociedad, no ya más importancia, sino ni tan siquiera la misma que la que tienen los bienes jurídicos protegidos por los delitos respecto de los cuales el legislador penal ha previsto, tradicionalmente, el castigo de los actos preparatorios punibles: delitos contra la vida, la integridad física, la libertad deambulatoria, la Corona, delitos de terrorismo⁴⁴. Respecto de los cuales, en cualquier caso, tan sólo se castiga, salvo excepciones en determinados ámbitos de creación masiva y habitual de riesgo (tráfico rodado, medicamentos, energía nuclear, incendios, etc.), las tres clases de actos preparatorios antes mencionadas: conspiración, proposición y provocación.

Por si esto fuera poco, los tipos penales de violación de secreto empresarial no sólo equiparan penológicamente meros actos (materialmente) preparatorios con la lesión del bien jurídico, sino que, en algunos casos, los sancionan con penas incluso más graves. Así, por ejemplo, se prevé una pena inferior por la lesión del patrimonio mediante la utilización desleal de un secreto empresarial en provecho propio (art. 279.2 Cp: pena de 2 a 3 años de prisión y multa de 12 a 18 meses; ejemplo: el autor gana un 15% en cuota de mercado en detrimento del titular del secreto empresarial) que para el mero aseguramiento ilegítimo del secreto empresarial (art. 278.1 Cp: prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses; ejemplo: el empleado guarda en un disco duro externo de uso privado la información constitutiva de secreto empresarial; el empleado tiene prohibido corporeizar en cualquier soporte material de uso privado el secreto empresarial).

⁴⁴ Si bien hay que reconocer que el legislador no ha sido siempre coherente en este sentido. Así, también se prevé expresamente el castigo de los actos preparatorios respecto de algunos delitos cuyos bienes jurídicos son de importancia significativamente menor a los protegidos por los mencionados en el texto: delitos patrimoniales clásicos, como por ejemplo el robo, la extorsión, la estafa o la apropiación indebida (art. 269 Cp), delitos de blanqueo de capitales (art. 304 Cp) o de tráfico de drogas (art. 373 Cp). Crítico al respecto SILVA SÁNCHEZ, en *EL MISMO*, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 152.

Las incoherencias valorativas y desproporciones en las que ha incurrido el legislador penal español a la hora de establecer los marcos penales de los delitos de violación de secreto empresarial son evidentes. No obstante, ello no implica que la criminalización de conductas materialmente equivalentes a un acto preparatorio distinto a los de conspiración, proposición o provocación, y dirigido a la lesión de un bien jurídico-penal de relevancia media-baja, sea ilegítima. A pesar de que en un Estado de libertades debe partirse, por regla general, de la impunidad de los actos (materialmente) preparatorios, si se quiere respetar la esfera interna que todo ciudadano debe tener reconocida, en determinados casos los actos (materialmente) preparatorios desbordan ya esa esfera interna. Se trata de aquellos supuestos en los que la conducta preparatoria consiste en la arrogación de una esfera de organización ajena, momento en el que una conducta deviene externa⁴⁵. Esto es lo que ocurre con el aseguramiento ilegítimo del secreto empresarial. El autor del tipo básico de espionaje industrial se arroga la esfera de organización del titular de la información, cuestionándole el monopolio sobre el control de la información. Con el aseguramiento ilegítimo se realiza una conducta que desborda la esfera de lo interno para perturbar, externamente, una esfera de organización ajena. Luego la punición de este tipo de conducta está plenamente legitimada, aunque materialmente (en función de la proximidad de la lesión del bien jurídico) se trate de un mero acto preparatorio⁴⁶.

La legitimación material de la criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico es una cuestión especialmente problemática⁴⁷. No es este el lugar de tomar postura en relación con un modelo de legitimación general de esta clase de criminalizaciones. Conforme con el objeto de este trabajo, basta con

⁴⁵ JAKOBS, en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, (1985) 1996, pp. 198-208, 200.

⁴⁶ Precisamente, uno de los ejemplos de acto (materialmente) preparatorio *punible* que JAKOBS menciona es el del espía que, en el ámbito de la seguridad nacional, obtiene información mediante allanamiento de morada para facilitar la comisión de un delito posterior de sabotaje (§ 87 StGB): en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, (1985) 1996, p. 205.

⁴⁷ En este sentido, véase 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. 326-339, 329-330 nota 76. Por su parte, este autor considera materialmente legítimo castigar penalmente las conductas que *solo* sirven para facilitar la *propia* conducta delictiva posterior.

considerar la necesidad de que el castigo de las modalidades típicas de violación de secreto empresarial sea materialmente legítimo. Mi conclusión es que la criminalización de estas conductas está plenamente legitimada; cuestión distinta es que merezcan las penas previstas en los arts. 278 a 280 Cp. A esta conclusión se llega de la mano del modelo de legitimación de la criminalización de los estadios previos a la lesión de un bien jurídico propuesto por JAKOBS. Su modelo se caracteriza por descartar –al menos nominalmente– el criterio del peligro para el bien jurídico como criterio de delimitación entre la tentativa punible y los actos preparatorios impunes. En su lugar, el autor basa la distinción en el reconocimiento de una esfera de organización interna al individuo inviolable por parte de un Estado que se predique como Estado de libertades. Esta esfera inviolable de la persona va más allá de su cuerpo físico, de modo que no sólo se le concede libertad de pensamiento, sino también cierto margen de actuación en el mundo exterior sin posibilidad de ser controlado por el Estado. A pesar de que esta actuación se produzca en el mundo exterior, normativamente se considerará perteneciente a la esfera interna del individuo. Naturalmente, la cuestión clave en el modelo propuesto por JAKOBS está en la concreción de los criterios que permiten delimitar lo interno de lo externo. En este sentido, el autor trabaja fundamentalmente con dos criterios: la pérdida del dominio sobre los riesgos que el individuo crea en su esfera interna y la arrogación de un ámbito de organización ajeno. Su modelo también contempla excepciones, aquí no compartidas, como la posibilidad de castigar conductas por el mero hecho de desviarse de un determinado estándar, sin necesidad de que la conducta, en su específica configuración, fuera *ex ante* peligrosa para el bien jurídico considerado protegido⁴⁸. Con todo, en la medida en que no están directamente relacionadas con el objeto de este trabajo, no voy a entrar a valorarlas críticamente. Volviendo, pues, a los criterios de delimitación de la tentativa punible de los actos preparatorios impunes de acuerdo con el modelo de JAKOBS, cabe afirmar que cuando el individuo se arroga un ámbito de organización ajeno, se abandona el ámbito de lo interno para pasar al ámbito de lo externo y penalmente relevante. Según lo dicho, en estos casos estaríamos ante una tentativa punible, no ya ante un acto preparatorio impune. En efecto, JAKOBS define la tentativa, desde una perspectiva material, como el «comienzo del abandono del dominio (o comienzo de la realización) de un curso causal dañoso». Ello podría dar lugar a pensar que, con el modelo de JAKOBS en la mano, la conducta de aseguramiento ilegítimo de un secreto empresarial, por ejemplo, no equivale materialmente a un acto preparatorio punible, sino a una tentativa. Esto no es exactamente así. A la hora de concretar su modelo de delimitación entre la tentativa punible y los actos preparatorios impunes, JAKOBS emplea en buena parte los mismos criterios materiales que la doctrina mayoritaria, cuyos modelos parten del paradigma del

⁴⁸ JAKOBS, en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, (1985) 1996, pp. 208-212.

peligro para el bien jurídico protegido. Así, la falta de numerosos actos propios y/o de terceros relevantes para la lesión del bien jurídico protegido permite fundamentar, también con el modelo de JAKOBS en la mano⁴⁹, que las modalidades típicas de violación de secreto empresarial son actos preparatorios. Sin embargo, son actos preparatorios punibles porque desbordan la esfera de lo interno, con un acto de arrogación de una esfera de organización ajena. De hecho, con la idea misma de arrogación se puede fundamentar la misma conclusión. En efecto, con las conductas de aseguramiento ilegítimo del secreto empresarial, o con la de uso desleal con fines estrictamente experimentales, se produce una arrogación de la esfera de organización del titular del secreto empresarial: se quebranta su monopolio sobre la información. Pero esta arrogación no equivale a la lesión del bien jurídico protegido. La arrogación que equivale a la lesión del BJ es la que consiste en la alteración de la configuración del mercado a través del uso, por sí mismo o a través de un tercero, del secreto empresarial. Por ello podemos calificar el aseguramiento ilegítimo del secreto empresarial como arrogación de una esfera de organización ajena y, a la vez, entender que no equivale materialmente a la consumación (o tentativa) de la lesión del BJ, sino a un acto preparatorio punible. En este sentido, quizá aporte algo de luz advertir que, en realidad, la arrogación de una esfera de organización ajena implica la puesta en peligro de un bien jurídico, cuando no su lesión. Sin embargo, el bien jurídico puesto en peligro no tiene por qué ser el protegido por el tipo penal cuya aplicación se discute. Esto es lo que ocurre con las conductas de aseguramiento ilegítimo o de uso experimental ilegítimo de secreto empresarial. Con estas conductas el autor se arroga el *monopolio sobre la información* que ostenta su legítimo titular, pero no se lesiona el *bien jurídico* protegido por los delitos de violación de secreto empresarial, a saber, la configuración leal del mercado.

En la medida en que JAKOBS parte de un concepto de injusto basado en la lesión de un deber, en contraposición a la concepción del injusto aquí defendida, basada en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, podría considerarse metodológicamente incoherente acogerse al modelo de criminalización de los estadios previos a la lesión de un bien jurídico propuesto por este autor. Como ALCÁCER GUIRAO ha puesto de manifiesto, si bien en el *fundamento de la punición* de la tentativa JAKOBS rechaza enérgicamente la lógica del peligro para el bien jurídico, a la hora de interpretar la *relevancia típica* de la conducta apenas cabría hallar diferencias entre la concepción de lo lesivo de este autor y la que defiende la teoría de la protección de bienes jurídicos⁵⁰. En este ámbito, como se ha mencionado arriba, los criterios materiales propuestos por el autor no se alejan

⁴⁹ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 25/63-70, 73-75.

⁵⁰ ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, p. 271-276, 275.

demasiado de los manejados por la doctrina mayoritaria, que parte del paradigma del peligro para el bien jurídico protegido.

Lo mismo cabe decir respecto de conductas tales como el *uso experimental* del secreto empresarial en vulneración de una prohibición de competencia o del *aseguramiento de la información con conocimiento de su origen ilícito*. En los dos casos la arrogación de la esfera de organización ajena se produce con el hecho de arrebatarse el monopolio sobre la información a su legítimo titular.

La diferencia entre una y otra arrogación, que justifica la menor pena que el legislador asigna a la extensión de la violación de secreto empresarial (280 Cp: de 1 a 3 años de prisión y multa de 12 a 24 meses) frente al uso desleal (279.2 Cp: de 2 a 3 años de prisión y multa de 12 a 18 meses), así como frente al aseguramiento ilegítimo del art. 278.1 Cp, es que en la “extensión” la arrogación es exclusivamente normativa: se viola la esfera de organización jurídicamente reconocida al titular del secreto empresarial, pues en el plano fáctico el legítimo titular de la información ya no mantiene control alguno sobre la misma. En cambio, en el uso desleal la arrogación es normativa y fáctica: no sólo se viola la esfera de organización jurídicamente reconocida, sino que también se viola el control fáctico que hasta ese momento había mantenido el titular sobre la información. A mi juicio, la doble dimensión del daño⁵¹ en el que se traduce la arrogación mediante uso desleal de secreto empresarial justifica una mayor penalidad de la misma frente a la arrogación con una dimensión exclusivamente normativa.

Con todo, la pérdida de control sobre el secreto empresarial por parte de su titular no equivale a la lesión del bien jurídico protegido. Entre la pérdida de control sobre la información y la alteración de la configuración del mercado existe una distancia considerable. Por ello, que esté legitimado castigar penalmente esta clase de actos (materialmente) preparatorios no significa que esté legitimado sancionarlos con la misma cantidad de pena que la lesión del bien jurídico. Esto es lo que ocurre, sin embargo, en los delitos de violación de secreto empresarial. En efecto, cuando, por ejemplo, se castiga el mero aseguramiento ilegítimo de la información con ánimo de descubrirla (art. 278.1 Cp), o la extensión de la violación mediante aseguramiento de la información (art. 280 Cp), no ya con la misma pena que corresponde a la

⁵¹ En este punto no utilizo el término «daño» como lesión del bien jurídico protegido por los delitos de violación de secretos empresariales, sino como lesión del control fáctico sobre la información o como lesión de la vigencia de la norma.

lesión del bien jurídico a través del uso desleal del secreto empresarial (art. 279.2 Cp), sino con una de superior, no se castiga al autor con base en la peligrosidad objetiva que ha manifestado externamente, sino con base en sus planes. Cuando se equipara la pena del acto (materialmente) preparatorio a la de la lesión del bien jurídico, el fundamento del castigo no es el hecho externo objetivamente peligroso, sino el plan del autor. Este proceder es claramente contrario al principio de responsabilidad por el hecho: *cogitationis poenam nemo patitur*⁵².

Por ello, de acuerdo con todo lo dicho, entiendo que el carácter de acto materialmente preparatorio de conductas como el aseguramiento ilegítimo del secreto empresarial con ánimo de revelarlo o usarlo (278.1), el aseguramiento con conocimiento del origen ilícito de la información (280 Cp) o el uso experimental de la información (art. 279.2 Cp), debería ser castigado con una pena inferior a la prevista por los respectivos preceptos del Código penal. Concretamente, considero que el carácter de acto (materialmente) preparatorio de este tipo de conducta debería traducirse en una *atenuación cualificada* de la pena prevista para los correspondientes tipos básicos. Conforme con el art. 66 Cp, esto debería dar lugar a la atenuación en uno o dos grados de la pena prevista. En la medida en que el art. 62 Cp prevé una atenuación de uno o dos grados cuando la conducta sea calificada de tentativa, creo que lo más razonable es que ante un acto (materialmente) preparatorio se atenúe, por defecto, en dos grados inferiores respecto del marco penal inicial. De nuevo, la base legal de tal atenuación es la atenuante analógica prevista en el art. 21.7 Cp.

- i) La revelación de secreto empresarial como acto (materialmente) preparatorio punible

También algunas revelaciones de secreto empresarial pueden considerarse, desde una perspectiva material, conductas equivalentes a un acto preparatorio de participación en la lesión del bien jurídico protegido. Este será el caso de la revelación a un tercero competidor que, a pesar de haber tratado de incorporarla a uno de sus productos con el fin de aumentar su cuota de mercado, decide, finalmente, no comercializar el producto, no entrando en la fase ejecutiva de lesión del bien jurídico. En la medida en que

⁵² JAKOBS, en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, (1985) 1996, pp. 215-219.

no existe un hecho principal en grado de tentativa (material), en principio no cabe calificar la conducta de quien revela como tentativa (material) de participación. Para poder hablar de tentativa (material) de participación, la contribución debe haber desplegado efectos en la fase ejecutiva del hecho principal⁵³. A mi juicio, en estos casos cabe calificar la conducta de *acto (materialmente) preparatorio de participación*.

Igual calificación entiendo que merecen las revelaciones que, en el momento en que se han llevado a cabo de forma acabada, no existe la posibilidad concreta de que favorezcan el plan delictivo de un tercero autorresponsable. Si bien en este caso, en mi opinión, no cabría hablar de tentativa de participación, creo que sería perfectamente legítimo castigar dicha conducta como materialmente equivalente a un acto preparatorio de participación.

Cuando el partícipe no conozca la posibilidad concreta de que su aportación favorece la realización de un determinado delito, ya sea porque tal voluntad le es completamente desconocida, ya sea porque no existe tal voluntad por parte de ningún tercero en el momento de ejecutar su conducta, no cabe hablar obviamente de participación dolosa, pero tampoco de tentativa dolosa de participación. Con todo, la conducta del sujeto que realiza una aportación potencialmente favorecedora de la eventual conducta delictiva posterior de un tercero, con la esperanza de que así ocurra, debería considerarse, desde una perspectiva material, un acto preparatorio doloso de participación. *Ejemplo:* revelación del secreto empresarial en un portal de internet, con la esperanza de que algún internauta lo utilice para competir deslealmente en el mercado relevante.

En el caso de que la revelación acabe siendo causal de la lesión del bien jurídico y que se cumplan los demás requisitos objetivos para la punibilidad de tal contribución como cooperación necesaria en la lesión, la revelación no puede considerarse materialmente constitutiva de participación. Entiendo que faltaría el dolo de participación en el momento en que se lleva a cabo la revelación. En un caso como el descrito, en el momento de realización de la aportación el objeto del dolo del sujeto es, a lo sumo, una contribución que objetivamente no puede ir más allá de un mero acto preparatorio. El deseo del sujeto de que un tercero lleve dicha contribución hasta la consumación de la lesión del bien jurídico no

⁵³ LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 27 nm. 8; ROXIN, *AT II*, 2003, § 26 nm. 256; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 22/38.

puede convertir en cooperación necesaria lo que objetivamente no es más que un acto preparatorio⁵⁴.

La idea que late detrás de este párrafo es que no parece que pueda valorarse del mismo modo la entrega de un arma a un concreto autor potencial de homicidio (sospechamos que desea matar a otra persona, aunque no sepamos ni cuándo, ni cómo exactamente va a hacerlo, ni si ya se le ha despertado el dolo específico de matar) y el depósito de un arma de fuego en un lugar público, con la esperanza de que algún tercero la utilice para cometer un homicidio, lo que efectivamente acaba ocurriendo. En el primer caso entiendo que hay tentativa de participación o participación punible, en función de si se da el resultado o si el tercero se ha quedado en la fase ejecutiva utilizando el arma. En el segundo caso, entiendo que hay, simplemente, un acto preparatorio doloso de participación, aunque finalmente un tercero lo acabe aprovechando y dándole efectos hasta la lesión consumada del bien jurídico. No hay suficiente dolo (no se conocen suficientes datos) para cubrir la efectiva contribución en el hecho principal: la contribución es objetivamente imputable, pero no subjetivamente.

En efecto, tanto la revelación que no llega a tener efectos en la fase de ejecución de un plan delictivo existente, como la que no llega a tener efectos porque nunca existió tal plan delictivo —o no se pudo probar— son calificables, desde una perspectiva material, de arrogaciones de una esfera de organización ajena: ambas consisten en la defraudación de una asunción previa penalmente relevante de reserva. La vulneración de tal compromiso supone, como ya se trató de demostrar en un punto anterior de este trabajo (ver *supra* VII.3.3.a)), la infracción de un deber negativo. Por ello, en tanto que conductas que desbordan el ámbito de lo interno, es legítimo prohibirlas con amenaza de pena. Cuestión distinta es que, en tanto que conductas materialmente equivalentes a un acto preparatorio, deban ser castigadas con penas proporcionadas a la entidad de su peligrosidad. En este sentido, entiendo que deberían recibir un trato penológico equivalente al propuesto

⁵⁴ Véanse, en cambio, LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 27 nms. 8, 38; JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 22/38, quienes consideran punible como participación dolosa la contribución en fase de preparación, incluso antes de que se haya despertado el dolo en el autor. Con todo, no estoy seguro de que estos autores tengan en la cabeza la misma constelación de casos que la que aquí se está tratando, pues hablan *del autor principal*. En efecto, si el autor principal está determinado, aunque aún no se haya despertado en él el dolo típico, el potencial hecho delictivo está mucho más determinado que cuando ni siquiera se conoce un concreto autor potencial.

para las conductas típicas de violación de secreto empresarial materialmente equivalentes a un acto preparatorio de autoría. Ello siempre y cuando la contribución sea materialmente calificable de acto preparatorio de cooperación necesaria. Si la entidad de la contribución no superara el límite de la complicidad, la menor gravedad de la conducta debería reflejarse en la pena.

2.3. El grado de peligrosidad inherente a la acción: tentativa idónea *vs.* tentativa inidónea

Es común distinguir entre tentativa idónea e inidónea, a pesar de que no todos los autores empleen estos términos en un mismo sentido⁵⁵. Un sector de la doctrina define la *tentativa inidónea* como la que, desde una perspectiva *ex post*, se demuestra que desde un principio nunca pudo producir el resultado⁵⁶. En esta línea, la *idónea* se define como la que en un principio es capaz de producir el resultado, aunque luego falle por circunstancias posteriores⁵⁷. *Ex ante*, no existen diferencias cualitativas entre la tentativa idónea y la tentativa inidónea *peligrosa*. Ambas son, desde la perspectiva del hombre medio en la posición del autor, peligrosas para el bien jurídico protegido⁵⁸.

Las diferencias pueden ser, en todo caso, cuantitativas⁵⁹. En efecto, la entidad del peligro *ex ante* generado por la conducta puede variar. No es igual de peligroso *ex ante* un disparo a 2 metros de distancia de una víctima inmóvil que uno a 25 metros de una víctima en movimiento. Pero, en la medida en que estas diferencias hacen referencia a la peligrosidad *ex ante* de la conducta, no distinguirán a la tentativa idónea de la inidónea, sino que distinguirán a todas las tentativas entre sí, siempre desde la perspectiva *ex ante*.

⁵⁵ ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 15-20.

⁵⁶ MIR PUIG, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal», en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, (2001) 2006, p. 402.

⁵⁷ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., 2011, 13/82.

⁵⁸ Sostiene que no existen diferencias valorativas relevantes, HIRSCH, «Untaülicher Versuch und Tatstrafrecht», *FS-Roxin*, 2001, pp. 719-720. En cambio, SILVA SÁNCHEZ identifica diferencias entre la peligrosidad *ex ante* generada por una y otra. Con todo, las diferencias son solamente de grado: «La regulación del *iter criminis* (artículos 16-18)», en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 128-129.

⁵⁹ ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 383-384, 389.

De este modo, «se percibe con gran claridad que la formulación de “juicios de peligro” refleja directamente el desconocimiento humano y es, por tanto, expresión de un problema epistemológico más que de una realidad ontológica»⁶⁰. En efecto, la crítica formulada por los defensores de la teoría subjetiva de la tentativa, relativa a la imposibilidad de considerar peligrosa una conducta incapaz de ser causa de la lesión del bien jurídico, puede considerarse hoy completamente superada. El “peligro” es «un hecho social, basado en un *juicio* intersubjetivo que adscribe cierta cualidad negativamente valorada a determinadas situaciones naturalísticas»⁶¹, por lo que metodológicamente no existe ningún obstáculo en valorar una conducta con base en su peligrosidad, tanto desde una perspectiva *ex ante* como desde una perspectiva *ex post*.

Ex ante, desde el punto de vista de quien lleva a cabo la conducta (perspectiva subjetiva), toda tentativa es idónea para producir el resultado. Ello no obsta a que sea posible trazar distinciones entre las conductas dirigidas a la lesión del bien jurídico en función de su peligrosidad objetiva. Así, mediante la evaluación de la conducta desde la perspectiva del *hombre medio diligente* en la posición del autor, es posible distinguir *ex ante* entre tentativas peligrosas y no peligrosas⁶². En efecto, cuando el plan del autor para lesionar el bien jurídico se basa en leyes de la causalidad no generalmente aceptadas, su conducta se interpreta socialmente como no peligrosa; es comunicativamente irrelevante⁶³. Un Derecho penal que tiene por finalidad la protección de bienes jurídicos no puede considerar relevantes conductas que, de acuerdo con las leyes causales generalmente aceptadas, no suponen ningún peligro para el bien jurídico protegido. Como ya hemos visto *supra* en este capítulo, conforme al principio de lesividad sólo las acciones que posean cierta peligrosidad para el bien jurídico pueden ser merecedoras de pena⁶⁴.

En realidad, *ex post*, desde la perspectiva del espectador omnisciente, toda tentativa es inidónea para producir el resultado lesivo⁶⁵, puesto que si no, no

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 125. Sobre el concepto penal de peligro, véase CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, pp. 31-52.

⁶¹ ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 159-171.

⁶² HIRSCH, FS-Roxin, 2001, p. 725 y s.

⁶³ JAKOBS, PG, 2ª ed., (1991) 1997, 25/1d, 15, 23.

⁶⁴ Igual, ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 276-283, 282.

⁶⁵ JAKOBS, PG, 2ª ed., (1991) 1997, 25/36; ROXIN, AT II, 2003, § 29 nm. 11.

sería ya una tentativa, sino una conducta de lesión del bien jurídico protegido (consumación material). Sin embargo, no es menos cierto que desde la perspectiva *ex post* cabe trazar distinciones en función de la proximidad del peligro –siempre entendiendo el concepto de peligro como hecho social– al que la conducta ha sometido el bien jurídico. En efecto, tal y como afirma ROXIN, «...también la tentativa es apta para producir un desvalor de resultado, el cual puede ser de muy distinta gravedad, pudiendo influir de forma significativa en el merecimiento de pena»⁶⁶.

En esta línea, se afirma que la tentativa idónea sería –desde una perspectiva estrictamente objetiva– estructuralmente análoga –sin perjuicio de la existencia de algunas diferencias relevantes–⁶⁷ al delito de peligro concreto, mientras que la tentativa inidónea lo sería al de peligro abstracto⁶⁸. Así, en la tentativa idónea cabe identificar un resultado de peligro separado de la conducta. En cambio, en la tentativa inidónea no se produce *ex post* resultado de peligro alguno para el bien jurídico protegido.

El resultado de peligro separado de la conducta existe (desde una perspectiva social) y puede ser objeto de (des-)valoración jurídico-penal desde el inicio de la ejecución de la conducta y antes de su terminación. En este sentido, ALCÁCER GUIRAO distingue entre un desvalor primario de resultado (peligro *ex post* al comienzo de la acción), un desvalor secundario de resultado (peligro *ex post* al término de la acción) y un desvalor terciario de resultado (peligro *ex post* al término de la acción o en un momento posterior)⁶⁹.

⁶⁶ ROXIN, *AT II*, 2003, § 29 nm. 23.

⁶⁷ ROXIN, *AT II*, 2003, § 29 nm. 17 notas 11 y 12. Nota 11: «No existe identidad [entre la tentativa idónea y el delito de peligro concreto] porque –para nombrar sólo una de las diferencias– en el delito de peligro concreto el resultado no se realiza por azar (...) mientras que en la tentativa idónea la frustración puede ser consecuencia de un acto de defensa planificado». También con múltiples argumentos a favor de distinguir una figura de la otra, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 149-154.

⁶⁸ De acuerdo con el concepto material de delito de peligro abstracto aquí defendido, más que de analogía debe hablarse de identidad estructural: ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 184-193. En la misma línea MIR PUIG, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal», en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, (2001) 2006, p. 412 y ss.; ROXIN, *AT II*, 2003, § 29 nm. 17.

⁶⁹ ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 137-149, 350-353.

Esta diferencia debe tener, necesariamente, implicaciones penológicas, obviamente en el sentido de asignar una menor cantidad de pena a la tentativa inidónea frente a la idónea⁷⁰. El fundamento no es otro que la menor *necesidad de pena* de la tentativa inidónea frente a la idónea. Dando por válida la equivalencia estructural –con matices– entre tentativa idónea y delito de peligro concreto, por un lado, y tentativa inidónea y delito de peligro abstracto, por otro, resulta evidente que la necesidad de pena no puede ser igual en uno y en otro tipo de tentativa. En efecto, desde la perspectiva *ex post* de desvaloración de los efectos de la conducta, se afirma que el delito de peligro concreto (\approx tentativa material idónea) es un delito de resultado, mientras que el delito de peligro abstracto (\approx tentativa material inidónea) es un delito sin desvalor de resultado, esto es, un injusto basado exclusivamente en el desvalor *ex ante* de la conducta⁷¹. Para los defensores de la concepción del injusto que integra en él el resultado, es evidente que un injusto de estas características merece menor pena, pues está incompleto. Para quienes sostenemos un concepto personal de injusto, el merecimiento de pena viene dado por completo por la tentativa material inidónea, siempre que esté acabada. Sin embargo, razones de necesidad de pena pueden aconsejar, o exigir, una atenuación, o incluso exclusión, de la respuesta punitiva.

De hecho, en la doctrina se ha discutido tanto la legitimidad del castigo de la tentativa inidónea como la legitimidad de los delitos de peligro abstracto. No es posible reproducir aquí el estado actual de ambas cuestiones⁷². Con todo,

⁷⁰ Para una distinción más amplia de los diferentes desvalores de resultado a los que puede dar lugar la conducta *ex ante* desvalorada, véanse WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, p. 174-176 y ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 350-353, 384 y ss. Ambos asignan relevancia a las diferencias en materia de desvalor de resultado a los efectos de determinación de la pena. Para las diferencias (cuantitativas) de peligrosidad *ex ante* generada por uno y otro tipo de tentativas, que da lugar a la asignación de distintos merecimientos de pena: SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 128-131, 129.

⁷¹ SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, p. 793; ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 11 nm. 147.

⁷² Véanse, por todos, en España, en relación con la tentativa inidónea: ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 23-249, especialmente las teorías de la peligrosidad objetiva: pp. 107-193. En relación con los delitos de peligro abstracto: MENDOZA BUERGO, «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de

basta con advertir que a día de hoy se admite de forma mayoritaria tanto el castigo de la tentativa inidónea⁷³ –en el sentido que aquí se da a este término– como el de los delitos de peligro abstracto⁷⁴, aunque ciertamente bajo determinadas condiciones que varían de autor en autor. A mi modo de ver, puede compartirse la postura de la doctrina mayoritaria de considerar legítima la punición de ambas figuras, aunque, en ambos casos, siempre bajo, al menos, una condición: que la *concreta* conducta aparezca *ex ante*, para un espectador objetivo (baremo del hombre medio diligente) en la posición del autor, como peligrosa para el bien jurídico protegido. En otras palabras: el castigo de la tentativa inidónea, o de un delito de peligro abstracto, solamente es legítimo cuando se respete, al menos desde la perspectiva *ex ante*, el principio de lesividad⁷⁵. De este modo, queda excluido tanto el

peligro abstracto», *RDPC* (9), 2002, pp. 39-68. En Alemania, en relación con la tentativa inidónea: ROXIN, *AT II*, 2003, § 29 nms. 1-58. En relación con los delitos de peligro abstracto: ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, pp. 349-379.

⁷³ Siempre que no sea irreal o supersticiosa. En España, por todos, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 276-289, 359-368; MIR PUIG, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal» (2001), en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, 2006, *passim*. En Alemania, por todos, *Schö/Schrö-ESEER/BOSCH*, 29ª ed., 2014, § 22 nm. 61; ROXIN, *AT II*, 2003, § nms. 1-58.

⁷⁴ Al menos cuando el bien jurídico protegido es de especial importancia. En Alemania, por todos, ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 11 nms. 153-163; ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, pp. 349-379. En España, por todos, MENDOZA BUERGO, «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», *RDPC* (9), 2002, pp. 68-82. Muy crítico con la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto hasta ahora utilizada: FRISCH, *FS-Stree/Wessels*, 1993, p. 93, donde propone una técnica de tipificación que exija que la concreta conducta cree un peligro “*ex ante*” para el bien jurídico. De acuerdo ZIESCHANG, *op. cit.*, pp. 380-393.

⁷⁵ En relación con la tentativa inidónea: ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, pp. 276-289; MIR PUIG, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal» (2001), en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, 2006, *passim*; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, 1ª ed., 1984, p. 258-260, 270-271; SILVA SÁNCHEZ, «La regulación del *iter criminis* (artículos 16-18)», en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 121-139. En Alemania, KÖHLER, *AT*, 1996, pp. 456-459. En relación con los delitos de peligro abstracto: SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º Cp», *RJCat* (92), 1993, pp. 31-35; MENDOZA BUERGO, *RDPC* (9), 2002, pp. 66-67, 68 y ss. Aunque se refiera a la necesidad de constatar *ex post* que la conducta era efectivamente peligrosa para el bien jurídico, entiendo que iría en la línea de los autores citados CORCOY BIDASOLO,

castigo de la tentativa irreal o supersticiosa, como el de la mera vulneración formal de la norma de comportamiento sin peligro *ex ante* para el bien jurídico protegido, siempre desde la perspectiva del hombre medio diligente en la posición del autor.

Afortunadamente, la regulación de la tentativa en el Código penal español permite conciliar este modelo de legitimación material del castigo de la tentativa inidónea con el Derecho positivo. En Alemania, por el contrario, el § 22 StGB lo pone bastante más difícil, en la medida en que adopta una perspectiva marcadamente subjetiva a la hora de tipificar la tentativa: «Comete tentativa de delito el que, de acuerdo con su representación del hecho, se dispone a iniciar inmediatamente la ejecución del tipo». Sin embargo, no han faltado propuestas de conciliación del Derecho positivo con modelos de legitimación material, tanto de *lege ferenda*⁷⁶, como de *lege lata*⁷⁷.

A la hora de legitimar materialmente los delitos de peligro abstracto, parte de la doctrina se conforma con la peligrosidad estadística de la *clase* de conducta a la que pertenece la concreta conducta haciendo abstracción de alguna/s de sus concretas características⁷⁸. Aquí, en cambio, se requiere que la conducta sea en su *concreta* planificación, no sólo con base en los rasgos que la hacen perteneciente a una determinada clase (genérica) de conductas, peligrosa para el bien jurídico protegido.

Una de las principales críticas dirigidas contra la postura aquí defendida es la formulada por KINDHÄUSER en su trabajo de habilitación. Según el autor, la solución del juicio de peligrosidad objetiva *ex ante* es deficiente en dos sentidos. Por un lado, considera que este proceder es inconstitucional, pues transforma el tipo penal en una norma de conducta más gravosa para el autor de lo estrictamente previsto por el legislador. En el tipo básico de homicidio, por ejemplo, el legislador sólo prohíbe conductas que *sean (efectivamente) causa* de la muerte de otra persona. Entender incluidas bajo esa misma prohibición las conductas que, de acuerdo con el juicio de un tercero (el baremo del hombre medio diligente, por ejemplo), sean *idóneas* para causar la muerte de otra persona, sería añadir un grupo de conductas no previsto por la prohibición establecida por

Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales, 1999, pp. 36-40, 227. En Alemania, ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, pp. 380-393, aunque argumentando de *lege ferenda*; FRISCH, FS-*Stree/Wessels*, 1993, pp. 91-92.

⁷⁶ ROXIN, *AT II*, 2003, § nm. 24, KÖHLER, *AT*, 1996, p. 456-459, 462-463.

⁷⁷ NK-ZACZYK, 4ª ed., 2013, § 22 nms. 12, 39, 48, 50.

⁷⁸ SCHÜNEMANN, *JA*, 1975, pp. 797-798; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 11 nm. 160.

el legislador, en perjuicio del reo. Por otro lado, KINDHÄUSER tiene dudas sobre cómo debe configurarse epistemológicamente al espectador objetivo, esto es, de qué conocimientos se le debe dotar. Así, por ejemplo, se pregunta si debe considerarse contraria a la norma una conducta que, de acuerdo con un espectador objetivo en la posición del autor, es peligrosa para el bien jurídico, sin embargo, de acuerdo con los conocimientos especiales del autor, no lo es. Si a la pregunta se responde negativamente, el baremo del espectador objetivo es superfluo; si se responde afirmativamente, se considera contraria a la norma una conducta que no realiza el tipo objetivo y que subjetivamente no se puede considerar una tentativa (dolosa) o contraria a deber (imprudencia)⁷⁹. Ambas críticas son refutables. En primer lugar, y como ya se comentó arriba, la teoría del injusto personal parte de la base de que la norma de conducta penal no puede prohibir resultados, pues éstos no dependen de la voluntad del sujeto agente, sino del azar. Lo único prohibible son conductas que, de acuerdo con las reglas de experiencia generalmente aceptadas (baremo del hombre medio diligente), sean idóneas para producir el resultado desvalorado. Por lo que respecta a la irrelevancia del baremo del hombre medio diligente, efectivamente es un juicio superfluo cuando el autor tiene conocimientos especiales que le indican que la conducta no es peligrosa. Pero es que, precisamente, con el juicio de peligrosidad objetiva desde la perspectiva *ex ante* no se pretende ampliar el alcance de la norma de conducta penal, sino restringirlo a lo comunicativamente relevante, esto es, restringirlo a lo considerado peligroso de acuerdo con las reglas de experiencia generalmente aceptadas, para excluir de lo normativamente relevante lo considerado peligroso por un sujeto que maneje “leyes” de la causalidad no encuadrables bajo los parámetros de lo considerado racional.

En la línea de las críticas mencionadas, KINDHÄUSER sostiene que la legitimidad material de los delitos de peligro no puede venir dada por referencia a la evitación de lesiones de bienes jurídicos, pues por definición una conducta calificable de delito de peligro es incapaz de lesionar el bien jurídico. Luego no tiene sentido castigarla por su (inexistente) capacidad de lesionar el bien jurídico protegido⁸⁰. En su opinión los delitos de peligro son legítimos porque tienen por finalidad garantizar la seguridad necesaria para que los titulares de los bienes jurídicos puedan disponer libre y plenamente de ellos. Así, un delito de peligro abstracto tan solo sería materialmente legítimo cuando su realización impida a un *sujeto racional* utilizar el bien jurídico sin temor a una lesión del mismo⁸¹. En efecto, y como el propio autor pone brillantemente de manifiesto en su trabajo de habilitación, el bien jurídico pierde valor cuando no se puede disponer de él

⁷⁹ *Gefährdung als Straftat*, pp. 61-62.

⁸⁰ *Gefährdung als Straftat*, pp. 163-171, 270-276.

⁸¹ *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 282.

de forma segura⁸². Pero si esto es así, no se ve por qué no pueden legitimarse materialmente los delitos de peligro abstracto con referencia al bien jurídico que en “última” instancia el delito pretende proteger⁸³. Su mera puesta en peligro, con base en un juicio objetivo (hombre medio o racional) *ex ante*, supone ya su afectación: produce una *disminución* de su valor. Luego el castigo de estas conductas estaría materialmente legitimado por su dañosidad para los bienes jurídicos penalmente protegidos⁸⁴. Por lo demás, presupuesto de la merma de la libertad de disposición (de un sujeto racional) sobre el bien jurídico protegido es su previa puesta en peligro objetivo⁸⁵.

Pues bien, a mi juicio, la menor *necesidad de pena* que presenta la tentativa (material) inidónea frente a la (material) idónea debería traducirse en una rebaja de la sanción penal equivalente a la que correspondería por la concurrencia de una circunstancia atenuante calificada (art. 66.1.2ª Cp): imposición de la pena inferior en uno o dos grados en relación con el marco penal inicial previsto por el tipo. Cuando la cualidad de inidónea de la tentativa (material) concorra con la cualidad de inacabada, entonces la rebaja penológica debería equivaler a la que corresponde a la concurrencia de dos o más circunstancias atenuantes calificadas (art. 66.1.2ª Cp): pena inferior en uno o dos grados al marco penal inicial establecido por la Ley en el tipo penal.

A pesar de defender un concepto personal de injusto, entiendo que la atenuación debería ser obligatoria. De lo contrario, nos desviaríamos de la valoración general realizada por el legislador sobre las necesidades de pena en función del grado de «peligro objetivo inherente al intento» (art. 62 Cp). Tal desviación, en la medida en que sería contraria al reo, daría lugar a una vulneración del principio de igualdad, pues a este grupo de supuestos se les daría un trato peyorativo frente a otros materialmente equivalentes (aquellos que además de constituir una tentativa inidónea material, constituyen una

⁸² *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 231.

⁸³ El autor considera evidente la función de evitación de lesiones de los bienes jurídicos de los delitos de peligro (*Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 225, 336). Con todo, considera que esta no es la finalidad inmediata de la norma de conducta, sino en todo caso su finalidad “última”. En su opinión, la finalidad a tener en cuenta a la hora de evaluar la legitimidad de la norma de conducta y de interpretarla debe ser la “inmediata” (*Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 336 nota 1).

⁸⁴ Con una conclusión similar, ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 11 nms. 156-157.

⁸⁵ Así ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § nm. 157; FRISCH, *FS-Stree/Wessels*, 1993, p. 92.

tentativa inidónea *formal*), sin que aquí se haya conseguido identificar ninguna característica particular en las conductas de violación de secreto empresarial que aconseje una valoración distinta en términos de necesidad de pena.

Algunos autores han advertido la posibilidad de distinguir, ya desde una perspectiva *ex ante*, diferentes grados de peligrosidad objetiva del plan de conducta del autor. En efecto, no presenta el mismo grado de peligrosidad objetiva la conducta que *ex ante* es considerada peligrosa para cualquier espectador (consenso máximo), que la conducta que *ex ante* es considerada objetivamente peligrosa por el hombre medio en la posición del autor, pero no por un observador experto, por ejemplo. Y aún menos peligroso resulta, ya *ex ante*, el plan de conducta que sólo personas con una configuración cognitivo-emocional inferior a la del hombre medio consideran peligroso. El grado de merecimiento de pena es diferente (descendente) en cada uno de estos grupos de supuestos, por lo que a la hora de reflejar estas diferencias en el proceso de determinación de la pena la atenuación debe ser, sin lugar a dudas, preceptiva⁸⁶.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos de conductas de violación de secreto empresarial materialmente calificables de tentativa idónea de lesión de la configuración leal del mercado relevante, así como de tentativa inidónea:

Ejemplo 1: distribución masiva de un producto que incorpora, a través de la infracción de un deber penal de reserva (279.2 Cp), un secreto empresarial. La venta de la totalidad de las unidades comercializadas podría alterar la configuración del mercado. El titular interpone demanda en la jurisdicción civil y consigue medida cautelar impidiendo la venta del producto, que se hace efectiva un mes después, cuando ya se había vendido una tercera parte de la producción distribuida. Calificación: tentativa (material) acabada e idónea. *Ex post* puso en concreto peligro el bien jurídico protegido.

⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, «La regulación del *iter criminis* (artículos 16-18)», en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 128-132. Sobre las diferencias cuantitativas del peligro desde una perspectiva *ex ante*: ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, (2000) 2013, p. 383-384, 389.

Ejemplo 2: distribución masiva de un producto que incorpora, a través de la infracción de un deber penal de reserva (279.2 Cp), un secreto empresarial. La venta de la totalidad de las unidades comercializadas podría alterar la configuración del mercado. No obstante, el mismo día de la distribución de dicho producto el titular del secreto empresarial lanza otro al mercado que incorpora un secreto empresarial diferente y muy superior al usado por el competidor desleal, lanzamiento planificado desde hacía meses. Calificación: tentativa (material) acabada e inidónea. *Ex post* no se ha traducido en un peligro concreto para el bien jurídico.

Ejemplo 3: distribución masiva de una bebida conforme a una fórmula suministrada por un vidente al que se pagó para que utilizara sus poderes sobrenaturales para obtener la fórmula de la competencia, que finalmente dice haber conseguido gracias a un espíritu amigo. El producto se vende con éxito, a pesar de que la fórmula de la bebida poco tiene que ver con la de la competencia. Calificación: tentativa irreal/supersticiosa o delito putativo, impune. *Ex ante* se lleva a cabo una conducta objetivamente no peligrosa. La conducta es irracional y, por lo tanto, comunicativamente irrelevante. El resultado de alteración de la configuración del mercado no es objetivamente imputable a la conducta del autor.

Ejemplo 4: distribución masiva de un producto que incorpora una información obtenida mediante espionaje industrial (art. 278.1 Cp), a pesar de que cualquier competidor medio en el mercado la conoce y, por tanto, no es constitutiva de secreto empresarial. Calificación: tentativa acabada no objetivamente peligrosa *ex ante* y, por lo tanto, impune. Aquí no se plantea un problema de mayor o menor desvalor *ex post*, sino de que, ya *ex ante*, la conducta no se puede considerar penalmente relevante por falta de peligrosidad objetiva. El hombre medio diligente en la posición del autor interpretaría la conducta como no peligrosa *ex ante*⁸⁷.

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

⁸⁷ Véase MIR PUIG, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal», en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, (2001) 2006, p. 400.

Desde una perspectiva formal, no cabe duda de que teórica y estructuralmente es perfectamente posible la tentativa de los delitos de violación de secreto empresarial. Así, por ejemplo, un espía que hubiera entrado mediante escalamiento en las instalaciones del titular del secreto empresarial, podría ser detenido justo antes de abandonarlas con un soporte material del secreto en su poder: el ordenador del director de producción de la empresa, por ejemplo. Este sería un caso de tentativa (formal) idónea inacabada del tipo básico de espionaje industrial (art. 278.1 Cp). Un ejemplo de tentativa (formal) acabada inidónea del mismo tipo sería el caso del espía que se apodera ilegítimamente (robo, hurto, allanamiento de morada, etc.) del ordenador personal del director de producción, a pesar de que en el disco duro de la computadora, a diferencia de lo que suele ser habitual, no estaba guardada la información.

No obstante, la lejanía de estas conductas respecto de la lesión del bien jurídico protegido obliga, como mínimo, a cuestionarse la adecuación político-criminal de su punición. En efecto, tanto en la jurisprudencia menor⁸⁸ como en la doctrina⁸⁹ pueden encontrarse pronunciamientos en contra de castigar la tentativa de estos delitos. Las dudas político-criminales pueden concretarse en dos tipos de consideraciones. Por un lado, la lejanía de la conducta respecto de la lesión del bien jurídico hace cuestionarse la compatibilidad de su punición con el principio de responsabilidad por el hecho: ¿se castigarían hechos o meras intenciones? Por otro, las penas con las que se debería castigar este tipo de conductas (pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el correspondiente tipo penal (formalmente) consumado: art. 62 Cp) serían de dudosa proporcionalidad si se atiende tanto a la importancia del bien jurídico como a la lejanía de la conducta respecto de su efectiva lesión.

A mi juicio, es posible castigar penalmente la tentativa formal de los tipos de violación de secreto empresarial sin vulnerar los principios político-criminales mencionados. Así, en relación con el principio de responsabilidad por el hecho, en la medida en que se haya iniciado el proceso de arrogación

⁸⁸ Sentencias de la AP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes; de la AP Córdoba de 20 de octubre de 2004, p. Magaña Calle y auto de la AP Barcelona de 8 de octubre de 2008, p. Segura Cros.

⁸⁹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, pp. 264, 304, 305.

de un ámbito de organización ajeno, entendiendo la “arrogación de un ámbito de organización ajeno” como el quebrantamiento del monopolio sobre el secreto empresarial ostentado por el titular, la conducta del autor podrá considerarse un hecho externo que ha desbordado los límites de la esfera interna inviolable a la que todo ciudadano de un Estado de libertades debería tener derecho. Por lo que se refiere a las dudas en materia de proporcionalidad, entiendo que las mismas deberían desvanecerse si a la hora de determinar la pena de las conductas de violación de secreto empresarial se sigue la aproximación material aquí propuesta. En efecto, si a la hora de determinar la pena de la tentativa formal (pena inferior en uno o dos grados: art. 62 Cp) se toma como referencia la pena que corresponde a la conducta en atención a su calificación material, las penas imponibles son significativamente menores que las que correspondería aplicar si se toma como referencia el marco penal previsto para la consumación formal del correspondiente tipo aplicable. De este modo, creo que la pena final imponible se correspondería con la lejanía de la conducta respecto de la efectiva lesión del bien jurídico⁹⁰.

⁹⁰ En la misma línea, pone la punición de la tentativa de un delito de peligro abstracto en función de su concreta configuración: ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa imidónea*, (2000) 2013, p. 193. A favor de la punición de la tentativa de los delitos de violación de secretos empresariales, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, pp. 57, 121, 140; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 807; MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, 1996, p. 142.

4. Cuadro resumen

½ superior del marco penal inicial (MPI)	Lesión mediante <i>revelación</i> (R)	Tentativa acabada idónea de participación mediante <i>revelación</i> (R)	Lesión mediante <i>uso</i> (U)	
½ inferior del MPI		Tentativa inacabada idónea de participación mediante R Tentativa acabada inidónea de participación mediante R	Tentativa acabada idónea mediante U	
< 1º o 2º MPI		Tentativa inacabada inidónea de participación mediante R	Tentativa acabada inidónea mediante U	
< 1º o 2º MPI			Tentativa inacabada inidónea mediante U	
< 2º MPI		Preparación punible mediante R (<i>Ej.</i> : revelación difusa)	Preparación punible mediante U (<i>Ej.</i> : uso experimental)	Preparación punible mediante <i>aseguramiento</i> de la información

X. ZUSAMMENFASSUNG

I.

Die Artikel 278, 279 und 280 des Gesetzes 10/1995 vom 23 November, des Spanischen Strafgesetzbuches (span.: Código Penal, nachfolgend Cp), verbieten drei Gruppen von Verhaltensweisen. Die *Betriebsespionage*: Die illegale Bemächtigung eines Betriebs- oder Wirtschaftsgeheimnisses (Art. 278.1), mit höherem Strafmaß im Falle einer posteriori erfolgenden Verbreitung oder Bekanntmachung an Dritte (Art. 278.2). Der *Geheimnisverrat*: Verwendung zum eigenen Zwecke (Art. 279.2) oder die Mitteilung von geschützter Information an Dritte durch die Verletzung einer strafrechtlicher Schweigepflicht (Art. 279.1). Und die *Geheimnisbehlerei*: Bemächtigung, Gebrauch zum eigenen Nutzen oder die Bekanntmachung von Information mit Kenntnis von deren illegaler Herkunft (Art. 280). Auf vorläufiger Basis fällt unter den Begriff des Geschäftsgeheimnisses sämtliche Information, die – sofern geheim gehalten – dessen Besitzer einen Wettbewerbsvorteil verschafft.

Es bestehen zahlreiche Interessen, sowohl für als auch gegen den (straf-)rechtlichen Schutz der als legitim angesehenen Machtpositionen über ein Geschäftsgeheimnis. Für den Rechtsschutz sprechen beispielsweise die Vermögensinteressen desjenigen, der in die Forschung und Entwicklung der Information Geld investiert hat. Ebenso zu nennen ist das allgemeine Interesse an der Schaffung von Anreizen zur Forschung und Entwicklung, soweit dies im allgemeinen öffentlichen Interesse liegt. Gegen den rechtlichen Schutz spricht das Interesse des Arbeitnehmers an der Mobilität und am beruflichen Fortkommen, Faktoren die jeweils unmittelbar von der Möglichkeit abhängen, die im Berufsleben erlangten Fähigkeiten sowie Kenntnisse in der neuen Tätigkeit unmittelbar anwenden zu können. Des Weiteren zu nennen ist das Interesse des Unternehmers an der Unternehmensfreiheit sowie das allgemeine Interesse daran, dass gesellschaftlich wertvolle Information effizient weiterverbreitet werden kann. Angesichts dieser sich gegenüberstehenden Interessen, steht sowohl die Wertrationalität also auch die Zweckrationalität betreffend des

strafrechtlichen Schutzes der legitimen Machtpositionen über das Geschäftsgeheimnis unter Verdacht¹.

In dieser Arbeit werden aber weder die axiologische noch die instrumentelle Legitimität der Delikte gegen das Geschäftsgeheimnis verneint. Dennoch ist bekannt, dass sich die Regulation eines Bereichs nicht auf die Verabschiedung oder auf das in Kraft treten vom Gesetzgeber geschaffenen Gesetzen beschränken lässt. In Anbetracht der naturgemäßen Vieldeutigkeit der Sprache, welche zur Formulierung von Gesetzesbestimmungen verwendet wird und im Hinblick auf der Notwendigkeit, die Gesetzesbestimmungen wertend und einheitlich in das Regelwerk einzubinden, handelt es sich tatsächlich um eine „Konkretisierung“², eine „Rekonstruktion“³ der Gesetzesbestimmungen oder aber ggf. um eine Gesetzesentwicklung seitens der Judikative. Die „Neuformulierung“⁴ des gesetzten Rechts, „die wagen Terminus zu präzisieren, Rechtslücken zu füllen, Inkohärenzen auflösen und Normen an bestimmte axiologische Ideale anpassen“⁵, auf verständliche und nachvollziehbare (rationale) Weise, ist die Aufgabe der Rechtsdogmatik⁶. Besonders wichtig ist dies, wenn die zu regelnde Realitäten in der Praxis dermaßen konflikthafte Interessen aufweist, wie etwa im Bereich der Verletzungen des Geschäftsgeheimnisses. Dies erst Recht, wenn die Gesetzesbestimmungen ernsthafte Zweifel an der Legitimität aufkommen lassen, sei es aufgrund der instrumentellen oder aber wertenden Rationalität.

Ziel dieser Investigation ist es, die Delikte gegen das Geschäftsgeheimnis rechtsdogmatisch zu untersuchen. Im Speziellen soll bestimmt werden, welches die tatbestandsmäßig relevanten Handlungsweisen sind. Dies soll auf

¹ BONE, «The still (shaky) foundations of trade secrets law», *Texas Law Review* (92), 2014, pp. 1803-1839; HETTINGER, «Justifying intellectual property», *Philosophy and Public Affairs* (18), 1989, pp. 31-52.

² MÜLLER/CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, t. I., 9. Aufl., 2004, S. 234 f.

³ SILVA SÁNCHEZ, «La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas», en MONTEALEGRE LYNETT/CARO JOHN (ed.), *LH-Jakobs*, 2008, S. 208.

⁴ MIR PUIG, «Dogmática creadora y política criminal», in MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, S. 13 ff. Ähnlich, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, S. 13 ff., 17-18, 23 ff.

⁵ NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 10. Aufl., 2001, S. 326.

⁶ BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., 1991, SS. 16-17.

kohärente Art und Weise erfolgen, wobei stets die elementaren Ziele des Strafrechts sowie die Delikte gegen das Geschäftsgeheimnis im Speziellen, berücksichtigt werden. All dies auf verständliche und nachvollziehbare Weise, damit das Ergebnis ohne weiteres überprüft und verifiziert werden kann.

Zu diesem Zwecke werden im Folgenden die methodologischen und kriminalpolitischen Prämissen erläutert, welche dieser Arbeit zugrunde gelegt werden. Gleiches gilt für den materiellen Verbrechensbegriff, der aus diesen Prämissen deriviert (II.)⁷. Im Anschluss und noch bevor die tatbestandsmäßigen relevanten Verletzungshandlungen gegen das Geschäftsgeheimnis bestimmt werden, sind das in diesem Zusammenhang schützenswerte Rechtsgut (III.), das strafrechtliche Konzept des Geschäftsgeheimnisses (IV.) sowie die Kriterien zur privatrechtlichen Anerkennung der Exklusivitätsansprüche über das Geschäftsgeheimnisses (V.), zu definieren. Sobald die methodologischen, kriminalpolitischen sowie konzeptuellen Prämissen des Untersuchungsobjekts feststehen, werden die tatbestandsmäßig relevanten Handlungsweisen der Industriespionage (VI.), des Geheimnisverrats (VII.) und der illegalen Weiterverbreitung eines Geschäftsgeheimnisses (VIII.), konkretisiert. Zum Schluss werden die Folgen für die Strafzumessung entsprechend den unterschiedlichen Graden der Sozialschädlichkeit der strafatbestandsmäßige Handlungen bestimmt (IX). Dies aus einer *ex post* Perspektive (Erfolgsunwert).

II.

Rechtsnormen verfolgen praktische Ziele und verwirklichen Werte. Trotzdem ist das Instrument der Legislative zur Formulierung des Gesetzes, namentlich die Sprache, nicht genügend präzise. Ebenso ist der Gesetzgeber aufgrund des menschlichen Faktors unfähig, umfassende Rechtsnormen zu formulieren. Aufgrund dessen kann die Rechtsanwendung kein logisch verifizierbarer Prozess im Sinne einer absoluten Wahrheit darstellen.

⁷ Plädiert dafür, dass die Arbeiten des besonderen Teils des Strafrechts eine solche Struktur haben sollten, KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 1 ff.

Vielmehr bedarf die Rechtsanwendung der interpretativen Arbeit der Judikative, indem diese den Gesetzesinhalt präzisiert und weiterentwickelt⁸.

In dieser Arbeit wird eine teleologische Methodik mit objektiver Prägung angewandt: Bei der Interpretation wird auf die Ermittlung der dem Gesetz inhärenten objektiven Wertung fokussiert. Zu diesem Zwecke wird im Wesentlichen auf das Kriterium der systematischen Interpretation abgestellt. Die Rechtsnormen werden im Einklang mit den objektiven Wertungen, welche in den entsprechenden Systemen und Subsystemen enthalten sind, interpretiert. Trotz allem sind Zwecke und Wertungen, welche den Systemen und Subsystemen eigen sind, regelmäßig zweideutig. In diesen Fällen scheint eine *Wertung* des Interpreten, basierend auf dessen ideologischen Sichtpunkten – philosophisch-politisch, philosophisch-rechtlich, anthropologisch, etc. – unumgänglich⁹. Durch eine solche Wertung verliert der rechtsdogmatische Ansatz indessen nicht an Rationalität, sofern die entsprechenden ideologischen Sichtweisen dargelegt und kohärent angewandt werden¹⁰.

Bezüglich der Interpretation von Rechtsnormen im Bereich des Geschäftsgeheimnisses, ist das relevanteste System zweifelsfrei das Strafrecht. Zur Ermittlung der Ziele des Strafrechts, wird in dieser Arbeit vom politischen Liberalismus ausgegangen. Konkret von einem demokratischen Staatsmodell, welches hinsichtlich des *ius puniendi*, die Synthesis zwischen der vorherrschenden Prävention sozialschädlichen Verhaltens (Merkmal des Sozialstaatssystem)¹¹ sowie der Sicherung formeller und materieller Garantien zum Vorteil des Einzelnen verfehlet. Entsprechend wird von einem fortgeschrittenem Liberalstaatsmodell ausgegangen, welches im Gegensatz steht zum –überwiegend auf formellen Garantien basierenden–¹² Liberalstaatsmodell aus der Zeit der Aufklärung.

⁸ PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3. Aufl., 2014, SS. 142-143.

⁹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, SS. 313-315. Al respecto, extensamente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2. Aufl., 2010, SS. 173, 193, 197, 204.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2. Aufl., 2010, SS. 254-279, SS. 266-267.

¹¹ MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 2ª ed., 1982, SS. 20-21, 27 ff.

¹² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2. Aufl., 2010, S. 449 ff.

Neben diese zwei Zwecke sollte ein weiterer hinzugefügt werden: die Wertung von sozialkonfliktive Taten¹³.

Prävention, ethisch-rechtliche Wertung und Respekt der individuellen Garantien, gelten als drei ebenbürtige Ziele die es zu verfolgen gibt. Ihr Verhältnis ist horizontal, nicht vertikal und es ist nicht die reine Maximierung eines dieser drei Ziele, die durch das Strafrecht verfolgt wird. Aufgabe des Strafrechtes ist es vielmehr, fortwährend nach der optimalen Kombination sämtlicher dieser drei Ziele zu streben¹⁴. Es scheint offensichtlich, dass Ziele mit derart unterschiedlicher Natur, das Strafrecht in unterschiedliche Richtungen lenken. Richtungen, die in einzelnen Fällen übereinstimmen mögen, tatsächlich aber häufig zu Konflikten führen. Aus diesen Spannungen, aus diesen anhaltenden Widersprüchen, entstehen die Synthesen, welche den Tatbestand, die Strafe und die restlichen Konzepte des Strafrechtssystems, bestimmen.

Aus dieser Synthese geht erstens hervor, dass als *strafrechtlich relevante*, menschliche Verhaltensweisen nur solche in Frage kommen, welche aus der persönlichen Privatsphäre heraustreten (das Strafrecht kann keine Verbote aufstellen, die private Privilegien restringieren, insoweit die moralische Autonomie unverletzbar und unabwägbar ist)¹⁵ und die sozialschädliche sowie ausdrücklich von einem Straftatbestand erfasste sind, sofern die genannte Schädlichkeit nicht durch sozial positiv wirkende Effekte kompensiert wird (Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen). Zweitens sind einzig diejenigen Verhaltensweisen *rechtlich strafbar*, die –unter Verletzung der primären Norm– notwendigerweise zu einer Bestrafung führen müssen, um dem präventiven Ziel des Strafrechts gerecht zu werden¹⁶.

¹³ HÖRNLE, *Straftheorien*, 2011, SS. 29 ff., 45 ff.; DUFF, «Towards a theory of criminal law?», *Proceeding of the Aristotelian Society Supplementary Volume* (84), 2010, SS. 3 ff., 5. Siehe auch JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 13-15; JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, 1996, SS. 10 ff.

¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2. Aufl., 2010, SS. 471-472. Sehr ähnlich, aber ohne das expressives Ziel, ALCÁCER GUIRAO, *Doxa* (25), 2002, pp. 45-57, 47, 51; EL MISMO, *ADPCP* (51), 1998, pp. 539 y SS.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2. Aufl., 2010, SS. 312-313, 339, 446-448, 471-472. In dieselbe Richtung, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, 2012, SS. 24, 131-224.

¹⁶ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, SS. 303-354, 349 ff.

Für das Konzept der Rechtswidrigkeit als qualifizierte sozialschädliche Handlung, wird in der Regel der Begriff *materielle Rechtswidrigkeit* verwendet¹⁷. Wenn das Delikt aus der Perspektive der materiellen Rechtswidrigkeit betrachtet wird, spricht man vom *materiellen Konzept des Delikts*¹⁸.

Die Frage stellt sich, wann eine Verhaltensweise auf qualifizierte Weise als sozialschädlich gilt? Insoweit sich die Gesellschaft als Instrument zur Realisierung der Freiheit der ihr zugehörigen Individuen begreift, kann sozialschädlich nur die Verletzung oder die Gefährdung der faktischen Güter oder Realitäten sein, in denen sich die Freiheit der Bürgers manifestiert (materielle Dimension des Schadens). Nichtsdestotrotz ist eine zwingende Voraussetzung für die Verwirklichung der individuellen Freiheit mittels solchen Gütern oder Realitäten, die Möglichkeit, frei und friedfertig über dieselben zu disponieren. Eine Voraussetzung die nicht erfüllt sein kann, wenn die Rechtskraft der strafrechtlichen Normen (basierend auf der Prämisse, dass die strafrechtlichen Normen dazu dienen Rechtsgüter zu schützen) infrage gestellt wird (sozial-psychologische Dimension des Schadens). Zur Bestimmung des Verdienstes und der Notwendigkeit der Strafe einer bestimmten Verhaltensweise sind deshalb die materiellen und sozial-psychologischen Dimensionen relevant. Selbstverständlich müssen ebenso die persönlichen Garantien, mit denen sie im Konflikt stehen, berücksichtigt werden.

Dennoch gilt: Einzig mit der Logik der qualifizierten Sozialschädlichkeit ist es schwierig, die individuellen Garantien zu respektieren. Die Logik des sozialen Schutzes kann im Endeffekt leicht zur Subordination des Individuums gegenüber den Notwendigkeiten des dominantesten oder größten Sozialkollektivs führen¹⁹. Aufgrund dessen ist es notwendig, auf die Theorie des Strafrechtsgutes, unter welcher die Konkretisierung des Proportionalitätsprinzips zu verstehen ist, zurückzugreifen. Aber damit das

¹⁷ ROXIN, *AT I*, 4. Aufl., 2006, § 14 B; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5. Aufl., 1996, S. 233.

¹⁸ ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, 2003, SS. 19 ff.

¹⁹ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, SS. 388 y ss., wo er erkennt, dass sein Modell, das auf der Sozialschädlichkeit basiert, äußere deontologische Grenzen braucht, um die individuellen Garantien zu sichern.

Konzept des Strafrechtsgutes die Schutzpflicht erfüllen kann, die ihm zugeteilt wurde, ist es erforderlich, diesem einen kriminalpolitisch adäquaten Inhalt zu verleihen. Wie AMELUNG in seiner Monografie von 1972 aufgezeigt hat, ist das Konzept des Rechtsgutes an sich, ein neutrales, kriminalpolitisch leeres Konzept, welches fähig ist, sich an jegliches kriminalpolitisches Programm anzupassen²⁰. Meiner Ansicht nach ist das Konzept des Rechtsgutes, welches am besten dazu dient, die genannten Zwecke zu erreichen, die sogenannte „personale Rechtsgutlehre“²¹.

Die personale Rechtsgutlehre geht davon aus, dass das Strafrecht fundamentale Interessen des Individuums (individuelle Rechtsgüter) oder der Gesellschaft (kollektive Rechtsgüter) schützen soll²². Gleichzeitig verdienen die gesellschaftlichen Bedürfnisse nur dann Rechtsschutz, sofern sie das Leben des Einzelnen tangieren²³. Die Basis ist keine andere als die philosophisch-politische Prämisse von der sie ausgeht, nämlich die Auffassung eines liberalen Staates²⁴: Die Idee, dass das soziale System dem Einzelnen dient und nicht etwa umgekehrt²⁵. Aufgrund dessen können die universellen (oder kollektiven) Rechtsgüter nur dann legitimen strafrechtlichen Schutz genießen, wenn sie dem Schutz eines individuellen Rechtsgut dienen: Der strafrechtliche Schutz ist nur legitim sofern dieser für den Schutz einer Person notwendig ist²⁶.

III.

²⁰ AMELUNG, «El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», in HEFENDEHL (Hrsg.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, SS. 228-233, 232; *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, SS. 4 ff., 44 ff., 113 ff., 240 ff., 246 ff., 302 ff.

²¹ NK-HASSEMER/NEUMANN, 4. Aufl., 2013, Vor § 1, Rn. 62 ff., 110 ff. In Spanien, ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, SS. 67 ff.

²² NK-HASSEMER/NEUMANN, 4. Aufl., 2013, Vor § 1, Rn. 62.

²³ MIR PUIG, *Estudios penales y criminológicos* (14), 1989-1990, S. 212.

²⁴ NK-HASSEMER/NEUMANN, 4. Aufl., 2013, Vor § 1, Rns. 128 ff., 133. In Spanien, ALCÁCER GUIRAO, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, 2003, SS. 67 ff.; *ADPCP* (51), 1998, S. 541 ff.

²⁵ HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 231.

²⁶ NK-HASSEMER/NEUMANN, 4. Aufl., 2013, Vor § 1, Rn. 132.

Im Einklang mit den juristisch anerkannten interpretativen Methoden, existieren drei mögliche Rechtsgüter, die im Zusammenhang mit dem Verstoß gegen das Geschäftsgeheimnis geschützt sind: a) der freie Wille des Eigentümers der Information²⁷, b) das Privatvermögen²⁸ und c) der (lautere) wirtschaftliche Wettbewerb als Institution²⁹.

Gemäß den dieser Arbeit zugrunde liegenden methodologischen und kriminalpolitischen Prämissen, sollte das im Zusammenhang mit dem Verstoß gegen das Geschäftsgeheimnis geschützte Rechtsgut, das Privatvermögen sein. Das Privatvermögen als rechtlich geschütztes Gut ist die kohärenteste Interpretationsmöglichkeit der hier angewandten personellen Rechtsgutlehre. Ebenso handelt es sich um die axiologisch kohärenteste Wahl im Zusammenhang mit den Strafen, welche den Delikten gegen das Geschäftsgeheimnis zugewiesen sind.

Tatsächlich zeigt eine systematisch-teleologische Interpretation dieser Delikte, dass weder die Verfügungsfreiheit des Eigentümers der Information noch der (lautere) wirtschaftliche Wettbewerb als Institution die entsprechenden Strafen zu erklären vermögen.

Wird angenommen, dass die Verfügungsfreiheit das rechtlich geschützte Gut ist, folgt daraus, dass die Tatbestände der Verstöße gegen das Geschäftsgeheimnis in Tatbestände von Rechtsverletzungen umgewandelt werden müssen. Sämtliche Verhaltensweisen, welche der Industriespionage, des Geheimnisverrats oder der Verbreitung von Verstößen gegen das

²⁷ ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, SS. 293 ff., 333 ff.

²⁸ ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 3. Aufl., 2015, § 8 Rn. 3; MÜKOW/BRAMMSEN, 2. Aufl., 2014, § 17 Rns. 4-6; ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, «Whistleblowing als strafbarer Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen?», *NZWiSt* (9), 2012, SS. 328 ff.; Maurach/Schroeder/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 10. Aufl., 2009, Band I, § 41 I Rn. 19; FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2011, SS. 32-34, 47-48.

²⁹ TÖBBENS, «Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb», *Wettbewerb in Recht und Praxis* (5), 2005, p. 555. Zusammen mit individuellen Vermögensinteressen: WAWRZINEK, *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2010, SS. 86-87.

Geschäftsgeheimnis untergeordnet werden können, stellen eine Verletzung der Verfügungsfreiheit des Informationseigentümers dar. Dies ist charakteristisch für eine ideale Konzeption der Handlungslehre. Es ist kein Zufall, dass sich unter den Befürwortern dieser Interpretation Autoren wie BINDING befinden³⁰, während in den gegnerischen Reihen Autoren wie Eberhard SCHMIDT, Schüler von VON LISZT, zu finden sind³¹.

Trotzdem kommt es vor, dass eine abstrakte Konzeption der Delikte gegen das Geschäftsgeheimnis einer systematisch-teleologischen Analyse nicht standhält. Die vorgesehenen Strafen für den Grundtatbestand der Industriespionage (Art. 278.1 Cp) und den Geheimnisverrat (Art. 279.1 Cp) sind zwei bis vier Jahr Gefängnis sowie eine Busse von 12 bis 24 Monaten. Im Gegensatz hierzu ist die vorgesehene Strafe für Betrug Gefängnis von sechs Monaten bis drei Jahren (Art. 249 Cp). Dennoch wird bei der Straftat des Betruges nicht die Verfügungsfreiheit des Vermögensinhabers, sondern das Vermögen an sich geschützt. Im Übrigen hat der Rechtsrahmen, welcher dem Straftatbestand des Betruges zugehörig ist, nicht das Ziel, bloße Gefährdungshandlungen zu ahnden, sondern einzig Handlungen, die zu einer tatsächlichen Rechtsverletzung des Privatvermögens führen. Falls diesbezüglich irgendwelche Zweifel bestanden haben sollten, so wurden diese mittels der Reform der Delikte der widerrechtlichen Aneignung und der Untreue, umgesetzt mit LO 1/2015, vom 30. März 2015, beseitigt: Beide konstituieren sich klarerweise als Eigentumsverletzungsdelikte, wobei betreffend den zugeteilten Strafen auf das normale sowie qualifizierte Betrugsdelikt verwiesen wird (vid. Art. 252 und 253 Cp).

Bezüglich des (lauteren) wirtschaftlichen Wettbewerbs als Institution, kann als Vergleichspunkt das Delikt der Marktpreismanipulationen hinzugezogen werden (vgl. Art. 284 Cp). Die Doktrin geht überwiegend davon aus, dass das geschützte Rechtsgut kollektiver Natur ist. Es handelt sich um eine der Aufgaben des wirtschaftlichen Wettbewerbs: Die Preisbestimmung der

³⁰ BINDING, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, besonderer Teil*, 2. Aufl., 1902, S. 502 Fn. 1.

³¹ Eb. SCHMIDT, «Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes?», in SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (Hrsg.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, 1930, S. 101 ff.

Güter und Dienstleistungen³². Für dieses Delikt vorgesehenen ist eine *Freiheitsstrafe* von 6 bis 24 Monaten oder alternativ eine *Busse* von 12 bis 24 Monaten. Die Unterschiede bei der Strafzumessung der verschiedenen Delikte gegen das Geschäftsgeheimnisse, liegen auf der Hand: Der Grundtatbestand der Industriespionage (unrechtmäßige Bemächtigung der Information – Art. 278.1 Cp) sieht eine *Gefängnisstrafe* von zwei bis vier Jahre vor sowie eine *Busse* von 12 bis 24 Monaten. Gewiss, die Struktur des Deliktes der Marktpreismanipulation ist jene der abstrakten Gefahr³³. Nicht anders aber wäre es beim Grundtatbestand der Industriespionage (bloße Bemächtigung), wenn als zu schützendes Rechtsgut der (lautere) Wettbewerb als Institution angenommen wird. Dasselbe gilt für die anderen Delikte gegen das Geschäftsgeheimnis.

Jedenfalls kann das individuelle Vermögen aus rechtsdogmatischer Perspektive nur dann ernsthaft als zu schützendes Rechtsgut verteidigt werden, wenn Interpretationsvorschläge formuliert werden, die versuchen die Struktur dieser Gebilde mit den diesen zugeteilten Strafen in Einklang zu bringen. Diesem Ziel wird ein Großteil des letzten Kapitels dieser Arbeit gewidmet.

IV.

Es existiert keine rechtlich verbindliche Definition des *strafrechtliches* Geschäftsgeheimnisses. Art. 39.2 TRIPS statuiert einzig ein Konzept für den minimalen *rechtlichen* Schutz. Die Staaten, welche das Abkommen ratifiziert haben, können mittels eines weiterreichenden Konzepts des Geschäftsgeheimnisses einen erhöhten Schutz vorsehen³⁴. Die mögliche Verabschiedung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, vorgeschlagen durch die

³² Statt aller MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEconPG*, 4. Aufl., 2014, S. 184; ESTRADA I CUADRAS, «Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 Cp)», *InDret* (1), 2014, S. 5 ff.

³³ ESTRADA I CUADRAS, *InDret* (1), 2014, SS. 7, 13.

³⁴ DESSEMONTET, «Protection of Trade Secrets and Confidential Information», in CORREA/YUSUF, *Intellectual Property and International Trade*, 2008, SS. 284-285; MÜLLER, *Der Schutz von Know-how nach dem TRIPS-Übereinkommen*, 2003, S. 104.

Europäische Kommission am 28. November 2013 (COM(2013) 813 final), wird daran nichts ändern. Die Unterschiedlichkeit an Zielen, welche mit dieser Richtlinie und dem Strafrecht verfolgt werden, verlangt in jedem Fall ein unabhängiges, strafrechtliches Konzept des Geschäftsgeheimnisses³⁵.

Zur Bestimmung des Inhalts des strafrechtlichen Konzeptes des Geschäftsgeheimnisses, müssen rechtsdogmatische Methoden angewandt werden. Aufgrund dessen werden in der vorliegenden Arbeit zur Definition des Begriffs des Geschäftsgeheimnisses die Bemühungen der Jurisprudenz und Doktrin aus dem Privatrecht mitberücksichtigt. Dies wird der Autonomie des Strafrechts nicht entgegenstehen. Ergebnis der vorliegenden Arbeit ist die Identifizierung von sieben möglichen konstituierenden Elementen des strafrechtlichen Konzeptes des Geschäftsgeheimnisses, namentlich: a) dass die Information im Zusammenhang steht mit einem bestimmten Unternehmen, mit der unternehmerischen Tätigkeit eines bestimmten Unternehmens oder, lediglich mit einer unternehmerischen Aktivität; b) dass die Information *geheim* ist; c) dass ein *objektives Interesse* daran besteht, die Information geheim zu halten; d) dass der rechtmäßige Informationsinhaber daran interessiert ist, die Information geheim zu halten; e) dass der rechtmäßige Inhaber des Geschäftsgeheimnisses *exklusiver* Besitzer der Information ist; f) dass die Information durch denjenigen *tatsächlich* verwendet wurde, der dessen Schutz geltend macht; g) dass *Maßnahmen zum Schutze* der geheimen Information ergriffen wurden.

Das im Zusammenhang mit den hier untersuchten Delikten strafrechtlich geschützte Rechtsgut, sollte eine fundamentale Rolle spielen bei der Bestimmung des Konzeptes des Geschäftsgeheimnisses. In diesem Fall wäre diejenige Information für das Geschäftsgeheimnis konstitutiv, deren Besitz zu einem Vermögenswert (berücksichtigungsfähiges Immaterialgut) oder einer berechtigten Gewinnerwartung führt.

Die Information kann nur dann einen Vermögenswert darstellen oder zu einer berechtigten Gewinnerwartung führen, wenn sie im relevanten Markt dem normalen, aktuellen oder potentiellen Konkurrenten unbekannt ist

³⁵ BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938, SS. 107-123, 296-213. In Spanien, statt aller, ROBLES PLANAS, *ZIS* (2), 2010, *passim*; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1. Aufl., 1999, S. 26.

(konstituierendes Erfordernis b)). Dies ist der Fall, wenn die Information dem Anbieter auf dem relevanten Markt einen *Wettbewerbsvorteil* gegenüber seinem normalen Konkurrenten verschafft (konstituierendes Erfordernis c)). Aufgrund dessen sollte die Information mit einer Unternehmenstätigkeit im Zusammenhang stehen. Ausgehend von einem wirtschaftsrechtlichen Konzept des Vermögens, kann als Schutzobjekt nur eine Information in Frage kommen, die im Zusammenhang mit einer *legalen* wirtschaftlichen Aktivität steht. Ob der legitime Inhaber des Geschäftsgeheimnisses eine juristische oder nicht-juristische Person ist, ist nicht von Belangen³⁶. In beiden Fällen können schützenswerte Vermögensinteressen (konstituierendes Erfordernis a)) bestehen.

Ebenso ist es irrelevant, dass der Inhaber der Information explizit oder implizit seinen Willen bekundet hat, die Information geschützt halten zu wollen³⁷ (konstituierendes Erfordernis d)). Der dogmatische Wert des Willens des Inhabers hat einzig als negatives Tatbestandsmerkmal Geltung: Die Absenz der Einwilligung zur Verletzung des Geschäftsgeheimnisses ist Bedingung für eine strafrechtliche Relevanz³⁸. Des Weiteren ist – entgegen der spanischen Rechtsprechung – nicht erforderlich, dass der Inhaber die Information exklusiv besitzt³⁹, dass der Inhaber der Information exklusiv besitzt (konstituierendes Erfordernis e)). Die Exklusivität des Besitzes ist kein geeignetes Kriterium zur Bestimmung der strafrechtlichen Relevanz. Was ganz zum Schluss die strafrechtliche Relevanz eines Geschäftsgeheimnisses beeinflussen sollte, ist das Schädigung- oder Gefährdungspotential des

³⁶ In Deutschland ist die h.M. die ganz umgekehrte Ansicht: statt aller, Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32. Aufl., 2014, § 17 Rn. 5: «Eine Tatsache muss, um ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis zu sein, im Zusammenhang mit einem bestimmten Geschäftsbetrieb stehen, ihm also zuzuordnen sein». In Spanien, in dasselbe Richtung, GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial*, 1974, SS. 120-121.

³⁷ Verlangen aber so, statt aller, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, S. 36. In Deutschland Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4^a ed., 2014, Rn. 10.

³⁸ Wie hier, *MüKoUWG/BRAMMSEN*, 2. Aufl., 2014, § 17 Rns. 25-28.

³⁹ Statt aller, STS de 12 de mayo de 2008, p. Monterde Ferrer, así como 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 Córdoba de 12 de marzo de 2007, p. Vela Torres; AAP Barcelona de 8 de octubre de 2008, p. Segura Cros; AAP Madrid de 8 de mayo de 2008, p. Antón y Abajo.

geschützten Rechtsgutes, namentlich der individuellen Vermögenswerte. Der exklusive Besitz der Information ist weder eine Garantie für dessen Vermögenswert noch notwendige Voraussetzung für denselben.

Zwei potentiell konstituierende Voraussetzungen, welche aus der angloamerikanischen Rechtskultur stammen, sind (erstens) der vergangenen oder aktuelle Gebrauch der deliktrelevanten Information⁴⁰ sowie (zweitens) das präventive Ergreifen von Schutzmaßnahmen seitens des Informationsinhabers. Die erste Voraussetzung wurde durch die eigene amerikanische Rechtsgemeinschaft verworfen⁴¹. Tatsächlich wurden Informationen mit einem unverkennbaren Vermögenswert verneint: Negative Information, Information die abhängig ist von nicht gesicherter Forschung, usw.

Die zweite Voraussetzung genießt eine sehr weite Akzeptanz⁴², dies obwohl deren dogmatische Natur alles andere als einleuchtend ist⁴³. Die Idee, die Gewährung des Rechtsschutzes davon abhängig zu machen, dass der Inhaber Eigenschutzmaßnahmen getroffen hat, die ihm aufgrund der gesamten Umstände zumutbar waren, ist nicht bloß reizvoll sondern äußerst besonnen. Trotzdem ist diese Art von Überlegung – aus systematisch korrekter Perspektive – nicht im *Konzept* des Geschäftsgeheimnisses zu berücksichtigen. Wird diese Art von Überlegung im Konzept berücksichtigt, führt dies entweder zu Problemen bei der materiellen Gerechtigkeit oder aber es ergeben sich Widersprüche logischen Charakters. Dies sieht man an folgendem Fallbeispiel: Ein Unternehmen entwickelt eine Software mit der es möglich ist, die aerodynamische Resistenz von Automobilen zu berechnen. Nehmen wir an, dass die Software mehrere Tausend Euro wert ist und der Konkurrenz – obwohl es im Sektor Gerüchte gibt, dass das genannte Unternehmen den Stand der Technik verbessern konnte – nicht bekannt ist. Das Unternehmen führt indessen keine Maßnahmen zum Schutze der Informationen ein, weder auf interner noch externer Basis,

⁴⁰ *Comment b* zum § 757 *Restatement (First) of Torts* von 1934.

⁴¹ Weder § 39 *Restatement (Third) of Unfair Competition* von 1995 noch § 1(4) *Uniform Trade Secrets Act* nennen dieser Umstand als konstituierendes Erfordernisses des Wirtschaftsgeheimnisses.

⁴² *Comments f* und *g* zum § 39 *Restatement (Third) of Unfair Competition* von 1995.

⁴³ Wie hier LEMLEY, *Stanford Law Review* (61), 2008, S. 317.

abgesehen von konventionellen Zugriffskontrollen gegenüber der Belegschaft. Eines Tages entscheidet sich Herr I, einer der Programmierer und Miterfinder der genannten Software, beim Unternehmen die Kündigung einzureichen und ein neues Arbeitsverhältnis bei der Konkurrenz zu beginnen, wo er dieselbe Software entwickeln möchte. Am gleichen Tag beschließt ein anderer Konkurrent des Unternehmens, den professionellen Spion Herr E einzustellen, damit dieser sich mittels Einbruchsdiebstahl eine Kopie der genannten Software verschafft. Nehmen wir an, dass das Unternehmen bezüglich Herr I die elementaren Eigenschutzmaßnahmen vernachlässigt hat, da nicht einmal kommuniziert wurde, dass die betreffenden Informationen geheim zu halten sind. Auf der anderen Seite kann Gleiches nicht gegenüber des Spionageaktes der Konkurrenz gesagt werden. Aufgrund dessen müsste im genannten Fall – wird die Voraussetzung der getroffenen Eigenschutzmaßnahmen im Rahmen der strafrechtlichen Relevanz der betreffenden Information geprüft – die Software im Zusammenhang mit dem Verhalten von Herr I nicht als Geschäftsgeheimnis gelten, wohingegen die Software im Fall von Herr II als Geschäftsgeheimnis geschützt wäre. Dieses Ergebnis ist aus *logischer* Sicht widersprüchlich. Korrigiert man dieses Ergebnis indem man das Verhalten von Herr II strafrechtlich irrelevant beurteilt, weil es kein Geschäftsgeheimnis beeinträchtigt – der Inhaber hat keine Eigenschutzmassnahme ergreift, wäre dies aus *axiologischer* Sicht unhaltbar.

Der analytisch und systematisch Ort, wo die Forderung des Selbstschutzes richtigerweise hingehört, ist bei der Überprüfung des strafrechtlichen Tatbestandes der *Handlungsweise*. Der richtige Prüfungsort des Merkmals der Schutzmaßnahmen ist des Weiteren relevant für die rechtlichen Akteure Kontinentaleuropas. In Spanien, zum Beispiel, ein großer Teil der zivilrechtliche Rechtsprechung macht sich die Definition des Artikels 39.2 TRIPS zu eigen⁴⁴. So ist zu beachten, dass das TRIPS Schutzmaßnahmen als konstituierendes Merkmal für geschützte Information vorsieht. Die Definition des TRIPS wurde sodann beim Vorschlag der Europäischen

⁴⁴ Statt aller 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 Bilbao de 9 de febrero de 2011, p. Arranz Freijo; SAP Alacant de 29 de enero de 2010, p. Soler Pascual.

Kommission für eine Richtlinie über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen (COM(2013) 813 final) übernommen⁴⁵.

Nebst den identifizierten konstituierenden Merkmalen, sollte für die Definition des *strafrechtlichen* Konzepts des Geschäftsgeheimnisses eine einheitliche Wertung der Delikte gegen das Geschäftsgeheimnis mit den restlichen relevanten Systemen und Subsystemen, angestrebt werden. Der Vergleich der Strafen, welche diesen Delikten zugeteilt sind mit den Strafen der restlichen Vermögensdelikten, legt den Schluss nahe, dass einzig Geschäftsgeheimnisse mit einem Vermögenswert von bestimmter Größe (>50.000 Euro) rechtlich zu schützen sind⁴⁶.

Aufgrund des Gesagten sollte die Definition des strafrechtlichen Konzeptes des Geschäftsgeheimnis wie folgt lauten: Als Geschäftsgeheimnis gelten sämtliche Informationen, die der Ausübung einer geschäftlichen Aktivität entstammen, die vom normalen, aktuellen oder potenziellen Konkurrenten des relevanten Marktes nur schwierig zu erlangen sind und die aufgrund der Tatsache geheim zu sein, demjenigen der in dessen Besitz ist, einen Wettbewerbsvorteil von mindestens 50.000 Euro verschaffen.

V.

Der Rechtsschutz betreffend die tatsächliche Anwartschaft (Exspektanz) von Geschäftsgeheimnissen ist nicht absolut. Zum Beispiel kann ein Geschäftsgeheimnisinhaber nicht verhindern, dass ein Dritter, der dasselbe

⁴⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (COM/2013/0813 final - 2013/0402 (COD)).

⁴⁶ Herzuleiten aus der Regulierung des Betrugs (Art. 248 ff. Cp), der Untreue (Art. 252 Cp) und der widerrechtlichen Aneignung (Art. 253 Cp). In diesen drei klassischen Vermögensdelikten ist die Strafe erhöht (1 bis 6 Jahre Gefängnis und 6 bis 12 Monate Geldstrafe), wenn der Vermögensschaden höher als 50.000 Euro ist und/oder eine besondere Vertrauensbeziehung mit dem Opfer besteht. Nur mit dem Handlungs- und Erfolgswerts sowie den Strafen in diesen besonders schweren Fällen des Betrugs, der Untreue oder der widerrechtlichen Aneignung sind der Handlungs- und Erfolgswerts sowie die Strafen des Betriebsspionagedelikts axiologisch kohärent.

Geheimnis auf selbstständige Weise entdeckt hat, dieses in der Folge verbreitet und/oder verwendet. Deshalb dürfen die Begriffe „Inhaber“ oder „exklusive Nutzungsrechte“ über das Geschäftsgeheimnis – streng genommen – nicht verwendet werden. Vielmehr ist zu sprechen vom Rechtsschutz bestimmter tatsächlicher Anwartschaft, von der Nutzung von der bestimmte Dritte ausgeschlossen sind oder von der nicht Aneignung der Information seitens bestimmter Dritter.

Die Frage stellt sich, gemäß welchen Kriterien die Subjekte zu bestimmen sind, dessen tatsächliche Anwartschaft – oder besser Teile davon – strafrechtlichen Schutz genießen. Das als schützenswert geltende Rechtsgut ist diesbezüglich bestimmend. Die vorliegend vertretene These geht davon aus, dass die Delikte gegen das Geschäftsgeheimnis dem Schutze des individuellen Eigentums dienen. Ausgehend von einem rechtlich-wirtschaftlichen Konzept des strafrechtlich geschützten Vermögens, sollte die beherrschende Stellung über die wirtschaftlich wertvolle Information auf rechtlich geschützten Exspektanzen beruhen. Dies führt uns zum zivilrechtliche Schutz von Exspektanzen von wirtschaftlich wertvoller Information.

Wenn die konstituierende Information des Geschäftsgeheimnisses gleichzeitig ein geistiges oder gewerbliches Eigentum ist, garantiert das Privatrecht die Exspektanzen des *Geheimnisträgers* und des *potentiellen rechtlich anerkannten Inhabers*. Die Kriterien gemäß welchen das Eigentum und das potentielle Eigentum definiert werden, sind in detaillierter Form im Patentgesetz vom 20. März (Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, nachfolgend LPat) festgehalten. Zusammengefasst handelt es sich um folgenden Kriterien: a) die originäre Erstellung der Information, b) die Zurverfügungstellung der Produktionsmitteln zu dessen Herstellung und c) die derivative Erlangung mittels Übertragung *intervivos* oder *mortis causa*. Die hier vertretene These lautet darauf, dass diese Kriterien und die Koordinierung derselben, wie sie im LPat vorgenommen wird, analog anwendbar sind auf die Information betreffend geistigem oder gewerblichem Eigentum: Gebrauchsmuster, Topographie von Halbleitererzeugnissen,

Pflanzenzüchtungen, Industriedesigns, Software, literarischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Werken, usw.⁴⁷

Wenn die konstituierende Information des Geschäftsgeheimnisses kein geistiges oder gewerbliches Eigentum ist, so wird vorliegend die Ansicht vertreten, dass analog die Regeln über die Anerkennung von Exspektanzen der Information, die als geistiges oder gewerbliches Eigentum zu qualifizieren sind, angewendet werden⁴⁸.

Gemäß diesen Kriterien kann beurteilt werden, wer eine rechtlich geschützte tatsächliche Anwartschaft hat im Falle einer *Co-Kreation* des Geschäftsgeheimnisses sowie im Falle einer gemeinsamen Elaboration (intellektuelle Kreation mit der materiellen Unterstützung anderer Personen). Das Paradebeispiel des letztgenannten Typus ist die Erzeugung des Geschäftsgeheimnisses in Ausübung der beruflichen Tätigkeit.

VI.

Trotz die auffällige kasuistische Redaktion des Wortlauts des Tatbestandes, kann der Grundtatbestand der Industriespionage als die *nichteingewilligte Erlangung des Geschäftsgeheimnisses mit Entdeckungsabsicht* umformuliert werden.

⁴⁷ Für die analoge Anwendung auf die literarische, künstlerische und wissenschaftliche Werke: ROJAHN, «§ 43», in LOEWENHEIM/SCHRICKER, *Urheberrecht. Kommentar*, 4. Aufl., 2010, Rns. 100-102. Dagegen: WANDTKE, «§ 43», in WANDTKE/BULLINGER (Hrsg.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4. Aufl., 2014, Rns. 30-36; SCHWAB, *Arbeitnehmererfindungspflicht*, 3. Aufl., 2014, Anhang § 1 Rns. 69-75. Für die analoge Anwendung auf die Computerprogramme: GRÜTZMACHER, «§ 69b», in WANDTKE/BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4. Aufl., 2014, Rns. 34-36, 35. Dagegen: CYCHOWSKI, «§ 69b», in FROMM/NORDEMANN (Hrsg.), *Urheberrecht. Kommentar*, 11. Aufl., 2014, Rn. 8; KRASSER, «Urheberrecht in Arbeits-, Dienst- und Auftragsverhältnissen», *FG-Schricker*, 1995, S. 106 Fn. 117.

⁴⁸ Wie hier: VOLMER, «Zur Problematik des technischen Verbesserungsvorschlages», *BB* (34), 1960, SS. 1334; RÖPKE, *Arbeitsverhältnis und Arbeitnehmererfindung*, 1962, SS. 134-143; SCHWAB, *Arbeitnehmererfindungsrecht*, 3. Aufl., 2014, SS. 129 ff., 134. Dagegen: REIMER/SCHADE/SCHIPPEL, *Das recht der Arbeitnehmererfindung*, 6. Aufl., 1993, § 3 Rns. 6-8; BARTENBACH/VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz. Kommentar*, 5. Aufl., 2012, § 3 Rns. 15, 26-27; *ArbErfG-VOLMER/GAUL*, 2. Aufl., 1983, § 3 Rns. 49-60.

Dies erlaubt es, den Schutz für das schützenswerte Rechtsgut, namentlich das individuelle Eigentum, zu maximieren. In anderen Worten besteht die Möglichkeit ein breites Spektrum an Verhaltensweisen tatbestandsmäßig zu erfassen: Vom Dokumentendiebstahl und Hausfriedensbruch bis zum Auswendiglernen der Information Seitens eines Mitarbeiters, der regelmäßig mit der Information arbeitet. Innerhalb dieses Spektrums enthalten sind zudem Verhaltensweisen, welche – wäre die Absicht die Information zu kennen oder zu enthüllen nicht vorhanden –, rechtlich ohne weiteres zulässig wären. Zusätzlich zur genannten Verhaltensweise des Mitarbeiters, man kann denken an Tätigkeiten wie das *Reverse Engineering*, die Befragung oder Einstellung eines Arbeiters der Konkurrenz⁴⁹ oder das bekannte Phänomen der *competitive intelligence* (Wettbewerbsforschung), auf welches durch die entsprechenden Berufsverbände den Anspruch vollständiger Rechtmäßigkeit und Sozialnützlichkeit erhoben wird⁵⁰.

Trotzdem ist die Prävention nicht das einzige Ziel des Strafrechts. Ihr gegenüber steht die Sicherung der individuellen formellen und materiellen Garantien (*supra* II.), darunter das Prinzip der Proportionalität im weiteren Sinne. Die Prävention von sozial schädlichen Handlungsweisen mittels der Androhung und Auferlegung von Strafen sollte notwendig, geeignet und proportional sein im Hinblick auf die Beschränkung des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit (*supra* II.).

Gewiss, die Interpretation des Tatbestandes bezüglich den Schutzanforderung an ein bestimmtes Rechtsgut, in diesem Fall das individuelle Eigentum, führt zu einer Konkretisierung der Strafwürdigkeits- und Strafbedürftigkeitserwägungen, die das Prinzip der Proportionalität bilden (*supra* II.). Dennoch ist eine weitere Konkretisierung erforderlich. Die notwendige Synthese der Ziele des Strafrechts im Rahmen der Interpretation des Tatbestandes, kann nicht auf das Schutzobjekt beschränkt werden. Der wage und entnormativierte Tatbestand⁵¹, welcher einzig im Hinblick auf den

⁴⁹ Für diese und weitere Beispiele, statt aller, *MiKoUWG/BRAMMSEN*, 2. Aufl., 2014, § 17 Rn. 119.

⁵⁰ Weiteres auf der Webseite von *Strategic and Competitive Intelligence Professionals*, aus den Vereinigten Staaten von Amerika: www.scip.com.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, «Zur sogenannten teleologischen Auslegung», *FS-Jakobs*, 2007, S. 650 ff.

Schutz eines Rechtsgutes interpretiert wird, führt im Ergebnis zu einem offensichtlich breiten Geltungsbereich, in welchem das Interesse am Erhalt der allgemeinen Handlungsfreiheit nicht die gesamte Aufmerksamkeit erhalten kann, die sie verdient⁵². Tatsächlich handelt es sich bei der Implementation der Idee des Schutzes eines Rechtsguts im Rahmen der Tatbestandsinterpretation nur um einen Teilschritt zur Ermittlung des Zwecks. Der Prozess wird erst mittels der Abgrenzung der Verantwortungsbereiche zwischen Opfer und Täter vollendet⁵³.

Hand in Hand mit dem Viktimodogmatischen Ansatz wird in dieser Arbeit vorgeschlagen, den Grundtatbestand der Industriespionage wie folgt zu interpretieren: *Die Erlangung des Geschäftsgeheimnisses unter Entdeckungsabsicht, durch die Überwindung einer Schutzhürde der Sphäre, in welcher der legitime Besitzer des Geschäftsgeheimnisses dieses geschützt hält.*

Welche Dimension sollte die Schutzhürde haben, damit die Verhaltensweise strafrechtlich relevant ist? Die Antwort auf diese Frage findet sich in der Interpretation des Tatbestandes und den entsprechenden Strafen im Vergleich zu den Strafen der restlichen Vermögensdelikte⁵⁴. Die Strafen des Grundtatbestandes der Industriespionage sowie die vorgesehenen Strafen für die restlichen Vermögensdelikte, können nur dann als axiologisch einheitlich gelten, wenn die strafrechtlich relevante Schwelle in der Überwindung von Schutzhürden besteht, denen die gleiche Dimension zukommt wie den strafrechtlich relevanten Hürden bei Vermögensdelikten mit gleichwertigen Strafen.

Strafrechtlich relevant sind entsprechend Handlungsweisen von gewaltsam erfolgter Besitzergreifung von Geschäftsgeheimnissen: So etwa Einbruchsdiebstahl, Aufbrechen von Riegeln oder Vorhängeschlössern, Gebrauch von falschen Schlüsseln, Aushebelung von spezifischen Alarm- oder Schutzsystemen; Handlungsweisen unter Verwendung von Gewalt oder

⁵² SCHÜNEMANN, «Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática», in ROBLES PLANAS (Hrsg.), *Límites al Derecho penal*, 2012, S. 67 ff., 70 f.

⁵³ SCHÜNEMANN, «Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática», in ROBLES PLANAS (Hrsg.), *Límites al Derecho penal*, 2012, S. 78 ff.

⁵⁴ KUDLICH, «Die strafrahmenorientierte Auslegung im System der strafrechtlichen Rechtsfindung», *ZStW* (115), 2003, SS. 1-25.

Einschüchterung (schweres Raubdelikt, Art. 238 ff. Cp); Täuschung (Betrugsdelikt, Art.248 ff Cp); und schließlich mittels der Überwindung von (Eigen)Schutzmaßnahmen, die funktional und axiologisch gleichwertig sind, wie zum Beispiel die Überwindung von Computersicherheitssystemen.

VII.

Artikel 279 Cp statuiert die Straftat des Geheimnisverrates des Geschäftsgeheimnisses. Gemäß Absatz 1 wird mit Gefängnis von zwei Jahren oder mit einer Busse von 12 bis 24 Monaten bestraft, wer ein Geschäftsgeheimnis verbreitet, mitteilt oder abtritt und gleichzeitig von Gesetzes oder Vertrages wegen eine Verschwiegenheitspflicht trägt. Absatz 2 sieht vor, dass die genannten Strafen in ihrer Höhe höchstens hälftig gesprochen werden, wenn das Geschäftsgeheimnis nur zum eigenen Gebrauch verwendet wurde.

In diesem Fall wurde das Delikt durch den Gesetzgeber selbst auf Basis des Viktimodogmatischen Prinzips gestaltet. Wenn der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses dieses aus freiem Willen einem Dritten mitteilt, ist der Geheimnisinhaber von der Mitteilung oder dem Gebrauch durch den Dritten nur dann strafrechtlich geschützt, wenn die Handlung gleichzeitig die Verletzung einer *strafrechtlichen* Geheimhaltungspflicht darstellt. Die strafrechtliche Geheimhaltungspflicht ist die (Selbst)Schutzhürde, die der Täter in diesem Fall umgehen muss, damit die Verhaltensweise strafrechtlich relevant ist.

Aufgrund dessen figuriert das Delikt als Sonderstraftat. Die absichtliche Begrenzung möglicher Täter rührt aus dem speziellen Verhältnis zwischen dem Täter und dem geschützten Rechtsgut⁵⁵. Beim Delikt der unrechtmäßigen Disposition, führt die besondere Verbindung mit dem Rechtsgut dazu, dass die Verletzung oder die Gefährdung seitens des *intra-neus* schwerer wiegt als die Verletzung oder die Gefährdung seitens jeglichen Drittens (*extra-neus*). Die spezielle Verbindung des *intra-neus* mit dem

⁵⁵ LANGER, *Die Sonderstraftat*, 2. Aufl., 2006, S. 352. In dasselbe Richtung, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2. Aufl., 1975, 8/86.

Rechtsgut, die zu diesem erhöhten Tadel führt, kann keine andere sein als dessen Garantenstellung⁵⁶.

Dennoch wird in der Spanischen Rechtsprechung und Doktrin die Begrenzung möglicher Täter dieses Deliktes überwiegend nach formellen Kriterien bestimmt. Beide, der oberste Spanische Gerichtshof sowie ein großer Teil der spanischen Lehre, unterwerfen sich dem Tatbestandswortlaut sowie dem Wortlaut anderer gesetzlichen und vertraglichen Regelungen, die eine Geheimhaltungspflicht normieren. Diesbezüglich sind zwei Haltungen zu unterscheiden: Die einen verlangen, dass die Pflicht explizit in den gesetzlichen und vertraglichen Regelungen statuiert sein muss⁵⁷, die anderen gehen davon aus, dass es genügt, wenn die Pflicht stillschweigende zum Ausdruck kommt⁵⁸. Beide Haltungen sehen sich Problemen entgegengesetzt, sowohl betreffen Unter- als auch Übereinschließung. Sei es aus der internen systematischen Sicht des eigenen Tatbestandes, sei es aus der externen systematischen Perspektive. Dies zeigt sich deutlich, wenn man die Ergebnisse mit dem Handlungs- und Erfolgsunwert sowie die entsprechenden Strafen von Vermögensdelikten mit ähnliche Strukturen vergleicht. So zum Beispiel wird das Delikt der Untreue mit eins bis sechs Jahren Gefängnis und mit Busse von sechs bis zwölf Monaten bestraft, wenn der Vermögensschaden mehr als 50.000 Euro beträgt (Art. 252, 250.1.5° Cp). Trotzdem ist die Untreue ein *Verletzungsdelikt*. Im Gegensatz fasst das Tatbestand des Geheimnisverrats auch Fälle um, die nur eine *Gefährdung* des Vermögens darstellen.

⁵⁶ LANGER, *Die Sonderstrafstat*, 2. Aufl., 2006, SS. 291-334, S. 315 ff.; LK-SCHÜNEMANN, 12. Aufl., 2007, § 25 Rn. 42.

⁵⁷ Im Schriftum: FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2. Aufl., 2011, S. 1070; 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, SS. 55 ff.; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», in RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 1997, S. 806. In der Rechtsprechung: AAP Madrid 29.12.2011, p. Cubero Flores; AAP Madrid 2.2.2007, p. Cubero Flores; AAP Madrid 18.2.2009, p. López Chacón; SAP Barcelona 30.5.2008, p. de Alfonso Laso; AAP Donostia 19.2.2007, p. Unanune Arratibel; SAP Barcelona 28.11.2007, p. Rodríguez Santamaría.

⁵⁸ STS 16.12.2008, p. Delgado García; STS 12.5.2008, p. Monterde Ferrer.

Aufgrund dessen wird in dieser Arbeit dafür gehalten, eine vertiefte materielle Auseinandersetzung mit der Garantenstellung, die der Täter dieses Deliktes einnehmen sollte, durchzuführen. In diesem Sinne werden zwei Garantenstellungen unterschieden: Die eine Garantenstellungen beruht auf der Organisationsfreiheit, mittels Übernahme, die andere auf der Ausübung einer institutionellen Pflichtenstellung⁵⁹.

Ob der Grad der ausgeübten Freiheit oder die Wichtigkeit der ausgeübten institutionellen Pflichtenstellung eine strafwürdige Pflichtverletzung zu begründen vermag, kann nur nach systematisch-teleologischen Überlegungen bestimmt werden. Konkret aufgrund der Schwere der diesem Delikt zugeteilten Strafen im Vergleich mit den Strafen, die Vermögensdelikten mit ähnlicher Struktur zugeteilt sind, so zum Beispiel die Untreue oder die widerrechtliche Aneignung. In diesen Fällen ist die Pflicht, dessen Verletzung den Unwert des objektiven Tatbestands begründet, eine *Garantenpflicht*⁶⁰.

Deshalb genügt es nicht beim Delikt des Geheimnisverrates die Haltungen zu übernehmen, welche Geheimhaltungspflichten beinhalten, die wiederum auf dem guten Glauben beruhen. Es braucht die Voraussetzung einer *qualifizierten Freiheitsausübung*, damit die Verletzung einer konkreten Geheimhaltungspflicht strafrechtlich relevant sein kann. Im gleichen Sinne genügt es gegenüber Staatsangestellten nicht, sämtliche Arten von Bedürfnissen zu decken (öffentliche Fördermittel, so z.B. Subventionen), sondern einzig fundamentale Bedürfnisse (fundamentale öffentliche Aufgaben wie z.B. die Rechtspflege). Danach wären einzig die Mitteilungen oder der Gebrauch von Geheimnissen strafrechtlich relevant, die Staatsangestellten in der Ausübung fundamentaler öffentlicher Aufgaben, weitergegeben wurden.

Der durch den Täter ausgeübte Freiheitsgrad in der Übernahme der Geheimhaltungspflicht als auch die Wichtigkeit der Behörde die er

⁵⁹ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, S. 83 f.

⁶⁰ In Deutschland: LK-SCHÜNEMANN, 12. Aufl., 2007, § 25 Rn. 42; LK-SCHÜNEMANN, 12. Aufl., 2012, § 266 Rns. 20, 26. In Spanien: PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «Tema 11. Delitos contra el patrimonio (II)», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 269-270.

repräsentiert und von der die Geheimhaltungspflicht entstammt, sind die Kehrseite des Grades des Selbstschutzes der vom Geheimnisträger verlangt werden kann. Wie beim Grundtatbestand der Industriespionage bestimmt sich der genannte Grad des Selbstschutzes aufgrund systematisch-teleologischen Erwägungen und damit auf der Grundlage von axiologisch systematischen Überlegungen.

VIII.

Artikel 280 Cp sieht eine Gefängnisstrafe von drei Jahren oder eine Busse von 12 bis 24 Monaten für denjenigen vor, der im Wissen um die illegale Herkunft – ohne aber selber zur Entdeckung der geschützten Information beigetragen zu haben – eine Handlungsweise gemäß Art. 278 und 279 Cp vornimmt.

Die durch den Gesetzgeber unglückliche erfolgte Verfassung des Straftatbestandes gemäß Art. 289 Cp führt zu drei wesentlichen Fragen bezüglich dessen Interpretation: a) welches sind die tatbestandsmäßigen Handlungen dieses Deliktes, b) welches sind die vorangehenden illegalen Handlungsweisen und c) welches ist die subjektive Kenntnis betreffend den vorangehenden illegalen Handlungsweisen, welche die Täter besitzen müssen, damit seine Handlung strafrechtlich relevant ist.

Mit einer Interpretation die einzig darauf zielt, den Schutz des Rechtsgutes zu maximieren, wird der Anwendungsbereich dieser Straftat nahezu grenzenlos. Gemäß Wortlaut können sämtliche Handlungsweisen nach Art. 278 und 279 Cp als strafrechtlich relevant qualifiziert werden: Die Enthüllung, der Gebrauch zum eigenen Nutzen sowie die reine Besitzergreifung der Information. Dem Wortlaut steht des Weiteren nicht entgegen, die Tatbestandsmäßigkeit der Enthüllungen, des Gebrauchs oder der Besitzergreifung von Geschäftsgeheimnissen auf unrechtmäßig aber außerstrafrechtliche Handlungen auszuweiten⁶¹. Auf der anderen Seite kann man hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsmäßigkeit die Ausübung der Handlung mittels Eventualvorsatz oder Absicht als strafwürdig erachten,

⁶¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, SS. 134-139.

ohne dass dies gleichzeitig eine Verletzung des Legalitätsprinzips zu bedeuten hat⁶².

Zur Bestimmung des Anwendungsbereiches dieser Figur kann nicht auf das Viktimodogmatischen Prinzip abgestellt werden. Hat der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses die Kontrolle über die Information verloren, sind die notwendigen Selbstschutzmaßnahmen, um die Verbreitung zu vermeiden, nicht hinnehmbar. Die Täter der Rechtsverletzung sind vermutlich unbekannt und die potenziellen Täter der Vergrößerung der Rechtsverletzung sind zahlreich und nicht identifizierbar.

In jedem Fall ist die Interpretation des Tatbestandes wonach einzig diejenigen Verhaltensweisen strafrechtlich relevant sein sollen, denen ein Delikt der Industriespionage (Art. 278 Cp) oder des Geheimnisverrates (Art. 279 Cp) vorausgegangen ist, die axiologisch kohärenteste Möglichkeit mit einer Viktimodogmatischen Interpretation der verschiedenen Tatbeständen der Industriespionage und des Geheimnisverrates auf der einen Seite und mit den diesem Delikt zugeteilten Strafen auf der anderen Seite. Tatsächlich hätte es bloß wenig Sinn, diese Tatbestände auf die Verletzung einer bestimmten Selbstschutzmaßnahme zu reduzieren und danach die Verbreitung sämtlicher Verletzungstatbestände zu schützen. Auf der anderen Seite zeigt sich die Notwendigkeit dieses Delikt restriktiv zu interpretieren, sobald man die Strafen des Deliktes der Verbreitung der Geschäftsgeheimnisverletzung (Art. 280 Cp) mit den Strafen des Delikts der Hehlerei, strukturell und teleologisch analog, vergleicht. Während die dem erstgenannten Delikt zugeteilten Strafen ein bis drei Jahre Gefängnis und eine Busse von 12 bis 24 Monaten vorsehen, kann für die Hehlerei eine Strafe von ein halbes Jahr bis zwei Jahre Gefängnis gesprochen werden.

Im Übrigen führt die Restriktion des tatbestandsmäßigen Anwendungsbereiches mittels der Beschränkung der Handlungsarten oder mittels des Kenntnisgrades des unrechtmäßigen Ursprungs des Geschäftsgeheimnisses, zu einem aus axiologischer Sicht unbefriedigenden Ergebnis. Die Tatbestandsmäßigkeit der reinen Sicherstellung der

⁶² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, S. 139 f.; FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», in GÓMEZ TOMILLO (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2. Aufl., 2011, S. 1073.

Information auszuschließen, führt zum Ausschluss von Handlungsweisen, die für sich selber zur Verletzung von schützenswerten Vermögensinteressen führen können. Die Sicherstellung der Information impliziert eine nachfolgende Schwächung der Machtposition des Inhabers über die Information, was sich direkt auf den Marktwert derselben auswirken kann.

Aus axiologischer Sicht scheint mir der Ausschluss der strafrechtlichen Relevanz der tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen, die mit Vorsatz 1. Grades ohne sichere oder fast sichere Kenntnis über die illegale Herkunft der Verbreitung eines fremden Geschäftsgeheimnisses erfolgen, verfehlt. Gleiches gilt für die tatbestandsmäßigen Verhaltensweisen, die eventualvorsätzliche erfolgen. Auf der einen Seite, da die absichtlich begangenen Verhaltensweisen (*Dolus directus* 1. Grades) aus axiologischer Sicht nicht minder schwer wiegen müssen, als die Ausführungen mit Vorsatz 2. Grades. Zwar besteht ein geringerer Kenntnisgrad, aber die Widerstand gegen das geschützte Rechtsgut kann ohne weiteres grösser sein als bei der Ausführungen mit Vorsatz 2. Grades. Betreffend des subjektiven Tatbestandes, ist aus axiologischer Sicht der Grad des Widerstandes oder der Gleichgültigkeit gegenüber dem geschützten Rechtsgut relevant⁶³. Kenntnis und Absicht sind verschiedene Äußerungen dieser Gleichgültigkeit oder dieses Widerstandes⁶⁴.

Auf der anderen Seite sind die axiologischen Unterschiede zwischen den Ausführungen mit Vorsatz 2. Grades und Ausführungen mit Eventualvorsatz nicht von genügender Relevanz, damit die Ausführungen mit Eventualvorsatz strafrechtlich nicht zu beachten wären. Dies zeigt sich offensichtlich, wenn der Tatbestand mit dem Kenntnisgrad realisiert wurde, der unmittelbar unter dem Kenntnisgrad liegt, welcher den Vorsatz 2. Grades prägt. In den übrigen Fällen widerspiegelt sich die progressive Verringerung des Handlungsunwerts (wegen des Abnehmens des Kenntnisgrades) präzise in der progressiven Milderung der Strafe, welche dem Tatbestand der Verbreitung (Art. 280 Cp) zugeteilt ist.

⁶³ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 371 ff. Ursprünglich JAKOBS, «Gleichgültigkeit als *dolus indirectus*», *ZStW* (114) 2002, S. 586 ff. Über die Rolle des Widerstandes, siehe auch SCHÜNEMANN, «Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff», *FS-Hirsch*, 1999, S. 363 ff.

⁶⁴ JAKOBS, «Gleichgültigkeit als *dolus indirectus*», *ZStW* (114) 2002, S. 586 ff.

IX.

Aus der *ex post* Perspektive kann die Handlung zu einer Verletzung des strafrechtlichen geschützten Rechtsgutes führen, dieses in Gefahr bringen oder aber sich als völlig ungefährlich herausstellen. Aus der Sicht der personalen Rechtsgutlehre sind die Folgen der Verhaltensweise relevant im Hinblick auf die Strafbarkeit, soweit sie auf der Notwendigkeit der Strafe basiert. Entsprechend kann die strafende Reaktion gegenüber einer Verhaltensweise, die *ex post* einzig das Rechtsgut gefährdet hat, milder sein als gegenüber der Verhaltensweise, die zu einer tatsächlichen Rechtsgutverletzung führt.

Nach Durchsicht der Delikte gegen das Geschäftsgeheimnis bemerkt man, dass der Spanische Gesetzgeber denselben Rechtsrahmen vorgesehen hat für Verhaltensweisen, die *ex post* von der Verletzung des Rechtsgutes bis zur vollständigen Gefahrenlosigkeit desselben Rechtsgutes reichen. Die Eigentumsinteressen werden beim Geschäftsgeheimnis direkt-strafrechtlich nicht weitergehend geschützt als durch die Art. 278 bis 280 Cp, welche durch die Doktrin einstimmig als Gefährdungsdelikt qualifiziert werden⁶⁵.

In der Folge kann man der Rechtsanwender auf kein Verletzungsdelikt verweisen, wenn die Handlung die tatsächliche Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes verursacht. In der vorliegenden Arbeit wird davon ausgegangen, dass die Rechtsgutverletzung strafbedürftiger ist als die bloße Rechtsgutgefährdung. Trotzdem kann bei den Delikten gegen das Geschäftsgeheimnis für die bloße Gefährdung keine Strafmilderung für den Versuch gemäß Art. 62 Cp erfolgen. Dies, da formell gesehen das abstrakte Gefährdungsdelikt den Tatbestand sämtlicher Delikte gegen das Geschäftsgeheimnis vollständig erfüllt⁶⁶.

⁶⁵ Statt aller BAJO/BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, 2. Aufl., 2010, S. 545 Rn. 283; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, SS. 235-242, 272-273, 299-300, 323-324.

⁶⁶ In Deutschland: WAWRZINEK, *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2010, S. 86; ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, 2009, S. 247 ff., 283. In Spanien: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Delitos relativos al secreto de empresa*, 2010, S. 88; CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, SS. 204-214.

Die Vereinheitlichung der strafrechtlichen Reaktion gegenüber materiell derart unterschiedlichen Verhaltensweisen, führt dogmatisch und kriminalpolitisch zu einer unhaltbaren Situation, nicht bloß aus der Sicht *ex post*, sondern in einzelnen Fällen auch aus der Perspektive *ex ante*. Entsprechend können beispielsweise Verhaltensweisen subsumiert werden, die materiell als unvollendete Versuche oder gar als reine Vorbereitungshandlungen zu qualifizieren sind. Aufgrund dessen wurde in der vorliegenden Arbeit auf Grundlage der Art des Ergebnisses versucht, den verschiedenen Graden der Notwendigkeit einer Strafe, mittels einer analogen Anwendung der Kriterien gemäß welchen die Strafe bestimmt wird, gerecht zu werden.

Entsprechend wird vorliegend befürwortet, die Strafe zu mildern, wenn die Verhaltensweise, welche ein Geschäftsgeheimnis ausnutzt, aus materieller Sicht als reine Gefährdung des Rechtsgutes zu qualifizieren ist. So ist denn die bloße Besitzergreifung eines Geschäftsgeheimnisses aus materieller Sicht als reine Vorbereitungshandlungen zu qualifizieren. Entsprechend sollte die Strafe auch in diesem Fall stark gemildert werden.

LISTADO DE JURISPRUDENCIA CITADA

RESOLUCIONES ESPAÑOLAS

Tribunal Constitucional

St. de 10 de febrero, p. Delgado Barrio (nº res. 22/2003).

St. de 17 de octubre, p. Pera Verdaguer (nº res. 137/1985).

Tribunal Supremo

Sala de lo civil

St. de 21 de febrero de 2012, p. Marín Castán (nº res. 48/2012).

St. de 10 de mayo de 2011, p. Corbal Fernández (nº res. 309/2011).

St. de 26 de febrero de 2009, p. Ferrándiz Gabriel (nº res. 105/2009).

St. de 8 de octubre de 2007, p. Montes Penadés (nº res. 1032/2007).

St. de 24 de noviembre de 2006, p. Montes Penadés (nº res. 1169/2006).

St. de 21 de octubre de 2005, p. Corbal Fernández (nº res.754/2005).

St. de 4 de marzo de 2005, p. Gullón Ballesteros (nº res. 129/2005).

St. de 16 de enero de 2002, p. Martínez-Pereda Rodríguez (nº res. 4/2002).

Sala de lo penal

St. de 12 de noviembre de 2014, p. Ferrer García (nº res. 761/2014).

St. de 6 de noviembre de 2014, p. Berdugo Gómez de la Torre (nº res. 708/2014).

St. de 2 de julio de 2014, p. Berdugo Gómez de la Torre (nº res. 539/2014).

St. de 23 de diciembre de 2013, p. Sánchez Melgar (nº res. 1038/2013).

St. de 6.11.2013, p. Colmenero Menéndez de Luarca (nº res. 828/2013).

St. de 5 de noviembre de 2013, p. Monterde Ferrer (nº res. 823/2013).

St. de 10 de octubre de 2013, p. Saavedra Ruiz (nº res. 1990/2013).

St. de 12 de julio de 2013, p. Sánchez Melgar (nº res. 623/2013).

St. de 28 de junio de 2013, p. Jorge Barreiro (nº res. 598/2013).

St. de 6 de junio de 2013, p. Berdugo Gómez de la Torre (nº res. 447/2013).

St. de 24 de mayo de 2013, p. Jorge Barreiro (nº res. 474/2013).

St. de 22 de marzo de 2013, p. Berdugo Gómez de la Torre (nº res. 228/2013).

St. de 20 de marzo de 2013, p. Jorge Barreiro (nº res. 251/2013).

St. de 1 de marzo de 2013, p. el Moral García (nº res. 295/2013).

St. de 6 de febrero de 2013, p. Jorge Barreiro (nº res. 138/2013).

St. de 23 de julio de 2012, p. Varela Castro (nº res. 662/2012).

St. de 12 de junio de 2012, p. Conde-Pumpido Tourón (nº res. 476/2012).

St. de 7 de junio de 2012, p. Giménez García (nº res. 1168/2012).

St. de 16 de marzo de 2012, p. Marchena Gómez (nº res. 234/2012).
St. de 29 de diciembre de 2011, p. Sánchez Melgar (nº res. 1426/2011).
St. de 15 de noviembre de 2011, p. Jorge Barreiro (nº res. 1215/2011).
St. de 26 de julio de 2011, p. Jorge Barreiro (nº res. 752/2011).
St. de 22 de julio de 2011, p. Andrés Ibáñez (nº res. 837/2011).
St. de 30 de mayo de 2011, p. Andrés Ibáñez (nº res. 487/2011).
St. de 15 de junio de 2011, p. Monterde Ferrer (nº res. 609/2011).
St. de 31 de mayo de 2011, p. Berdugo Gómez de la Torre (nº res. 452/2011).
St. de 27 de mayo de 2011, p. Prego de Oliver Tolivar (nº res. 478/2011).
St. de 25 de abril de 2011, p. Ramos Gancedo (nº rec. 307/2011)
St. de 29 de marzo de 2011, p. Martínez Arrieta (nº res. 220/2011).
St. de 31 de enero de 2011, p. Granados Pérez (nº res. 57/2011).
St. de 16 de abril de 2010, p. Bacigalupo Zapater (nº res. 437/2010).
St. de 23 de noviembre de 2009, p. Delgado García (nº res. 1196/2009).
St. de 30 de septiembre de 2009, p. Marchena Gómez (nº res. 954/2009).
St. de 2 de febrero de 2009, p. Marchena Gómez (nº res 57/2009)
St. de 27 de enero de 2009, p. Berdugo Gómez de la Torre (nº res. 16/2009).
St. de 20 de noviembre de 2008, p. Martínez Arrieta (nº res. 764/2008).
St. de 12 de mayo de 2008, p. Monterde Ferrer (nº res. 285/2008).
St. de 16 de diciembre de 2008, p. Delgado García (nº res. 864/2008).
St. de 16 de noviembre de 2007, p. Marchena Gómez (nº res. 991/2007).
St. 30 de abril de 2007, p. Colmenero Menéndez de Luarca (nº res. 358/2007).
St. de 20 de julio de 2006, p. Bacigalupo Zapater (nº res. 797/2006).
St. de 26 de abril de 2006, p. Andrés Ibáñez (nº res. 644/2006).
St. de 15 de octubre de 2002, p. Abad Fernández (nº res. 1702/2002).
St. de 12 de diciembre de 2001, p. Soriano Soriano (nº res. 2359/2001).
St. de 16 de febrero de 2001, p. García Ancos (nº res 1607/2000).
St. de 24 de abril de 1989, p. Montero Fernández-Cid (RJ 1989\3504).
Sentencia de 4 de julio de 1984, p. Moyna Ménguez (RJ 1984\3785).

Sala de lo contencioso

St. de 22 de abril de 2010, p. Lesmes Serrano (nº res. n.c.).
St. de 10 de marzo de 1998, p. Hernando Santiago (nº res. n.c.).

Tribunales Superiores de Justicia

Sala de lo social

STSJ Aragón de 4 de julio de 2012, p. Mora Mateo (nº res. 399/2012).
STSJ Catalunya de 23 de noviembre de 2010, p. Martínez Fons (nº res. 7625/2010).

STSJ Catalunya de 14 de marzo de 2006, p. Aragón Gassiot (nº res. 2238/2006).
STSJ Navarra de 30 de abril de 2001, p. Santos Martín (nº res. 141/2001).
STSJ Catalunya de 11 de abril de 2000, p. Quetcuti Miguel (nº res. 3312/2000).

Audiencias Provinciales

Jurisdicción civil

SAP Barcelona de 31 de marzo de 2015, p. Boet Serra (nº res. 83/2015).
SAP Zaragoza de 17 de diciembre de 2014, p. Pastor Oliver (nº res. 407/2014).
SAP Madrid de 12 de diciembre de 2014, p. Arribas Hernández (nº res. 354/2014).
SAP Madrid de 14 de octubre de 2011, p. Arribas Hernández (nº res. 297/2011).
SAP Barcelona de 20 de abril de 2011, p. Sancho Gargallo (nº res. 191/2011).
SAP Madrid de 25 de febrero de 2011, p. García García (nº res. 48/2011).
SAP Bilbao de 9 de febrero de 2011, p. Arranz Freijo (nº res. 81/2011).
SAP Barcelona de 14 de octubre de 2010, p. Garnica Martín (nº res. 317/2010).
SAP Zaragoza de 17 de mayo de 2010, p. Pérez García (nº res. 316/2010).
SAP Madrid de 22 de enero de 2010, p. Zarzuelo Descalzo (nº res. 12/2010).
SAP Alacant de 29 de enero de 2010, p. Soler Pascual (nº res. 44/2010).
SAP Barcelona de 29 de diciembre de 2009, p. Sancho Gargallo (nº res. 443/2009).
SAP Tarragona de 10 de junio de 2009, p. Díaz Muyor (nº res. 197/2009).
SAP Barcelona de 12 de junio de 2009, p. Boet Serra (nº res. 195/2009).
SAP Barcelona de 12 de febrero de 2009, p. Boet Serra (nº res. 64/2009).
SAP Barcelona de 19 de noviembre de 2007, p. Sancho Gargallo (nº res. 513/2007).
SAP Barcelona de 26 de octubre de 2005, p. Garrido Espa (nº res. 443/2005).

Jurisdicción penal

SAP Córdoba de 12 de diciembre de 2014, p. Degayón Rojo, (nº res. 532/2014).
SAP Valencia de 7 de enero de 2014, p. Rodríguez Martínez (nº res. 17/2014).
SAP Ciudad Real de 17 de septiembre de 2012, p. Alarcón Barcos (nº res. 19/2012).
SAP Santiago de Compostela de 29.6.2012, p. Gómez Rey (nº res. 80/2012).
AAP Madrid de 18 de junio de 2012, p. Hervás Ortiz (nº res. 363/2012).
AAP Barcelona de 22 de mayo de 2012, p. Planchat Teruel (nº res. 488/2012).
AAP Madrid de 29 de febrero de 2012, p. Molina Marín (nº res. 106/2012).
SAP Madrid de 25 de enero de 2012, p. Abad Crespo (nº res. 32/2012).
AAP Madrid de 29 de diciembre de 2011, p. Cubero Flores (nº rec. 899/2011).
AAP Lleida de 14 de diciembre de 2011, p. Segura Sancho (nº res. 530/2011).
AAP Palmas de Gran Canaria de 12.12.2011, p. Alcázar Montero (nº res. 559/2011).
AAP Teruel de 22.11.2011, p. Hernández Gironella (nº res. 118/2011).
SAP Barcelona de 26 de septiembre de 2011, p. Balibrea Pérez (nº res. 836/2011).

AAP Burgos de 31 de marzo de 2011, p. Marín Ibáñez (nº res. 211/2011).
SAP A Coruña de 25 de marzo de 2011, p. Taboada Caseiro (nº res. 17/2011).
SAP Barcelona de 28 de febrero de 2011, p. Cugat Mauri (nº res. 178/2011).
AAP Barcelona de 19.11.2010, p. Cardenal Montraveta (nº res. 852/2010).
AAP Madrid de 27 de octubre de 2010, p. Ollero Butler (nº res. 798/2010).
AAP Bilbao de 23 de julio de 2010, p. Erroba Zubeldía (nº res. 515/2010).
AAP Madrid de 7 de julio de 2010, p. Carmena Castrillo (nº res. 761/2010).
AAP Barcelona de 18 de enero de 2010, p. Planchat Teruel (nº res. 81/2010).
AAP Madrid de 26 de noviembre de 2009, p. Beltrán Núñez (nº res. 3723/2009).
AAP Murcia de 18 de noviembre de 2009, p. Jover Carrión (nº res. 403/2009).
AAP Barcelona de 20 de octubre de 2009, p. Benlloch Petit (nº res. 598/2009).
AAP Madrid de 23.9.2009, p. Rodríguez González-Palacios (nº res. 633/2009).
AAP Barcelona de 15 de mayo de 2009, p. Benlloch Petit (nº res. 237/2009).
AAP Santa Cruz de Tenerife de 20.3.2009, p. Mulero Flores (nº rec. 50/2009).
AAP Madrid, de 18 de febrero de 2009, p. López Chacón (nº res. 53/2009).
SAP Zaragoza de 11 de febrero de 2009, p. Arriero Espes (nº res. 124/2009).
SAP Zaragoza de 16 de octubre de 2008, p. Arriero Espes (nº res. 564/2008).
AAP Barcelona de 8 de octubre de 2008, p. Segura Cros (nº res. 523/2008).
AAP Madrid de 6.10.2008, p. Sainz de Robles Santa Cecilia (nº res. 3402/2008).
AAP Barcelona de 24 de julio de 2008, p. Rodríguez Santamaría (nº res. 596/2008).
AAP Madrid de 24 de junio de 2008, p. Molina Marín (nº res. 614/2008).
AAP Bilbao de 24.6.2008, p. Rodríguez Arroyo (nº rec. 201/2008; nº res. 413/2008).
AAP Bilbao de 13 de junio de 2008, p. Erroba Zubeldía (nº res. 392/2008).
SAP Barcelona de 30 de mayo de 2008, p. de Alfonso Laso (nº res. 461/2008).
AAP Madrid de 8 de mayo de 2008, p. Antón y Abajo (nº res. 58/2008).
AAP Madrid de 30 de abril de 2008, p. Ventura Faci (nº res. 409/2008).
AAP Madrid de 3.4.2008, p. Perdices López (nº res. 189/2008).
SAP Madrid de 10 de marzo de 2008, p. Cubero Flores (nº res. 160/2008).
SAP Girona de 19 de febrero de 2008, p. Rodríguez Ocaña (nº res. 168/2008).
AAP Madrid de 15 de octubre de 2008, p. Aizpurua Biurrarena (nº res. 902/2008).
SAP Barcelona de 28.11.2007, p. Rodríguez Santamaría (nº res. 1037/2007).
SAP Sevilla de 19 de octubre de 2007, p. Carmona Ruano (nº res. 593/2007).
AAP Madrid de 18 de octubre de 2007, p. Perdices López (nº res. 550/2007).
SAP Córdoba de 12 de marzo de 2007, p. Vela Torres (nº res. 48/2007).
SAP León de 20 de febrero de 2007, p. Mallo Mallo (nº res. 15/2007).
AAP Donostía de 19 de febrero de 2007, p. Unanune Arratibel (nº res. 22/2007).
SAP Granada de 2 de febrero de 2007, p. Saenz Soubrier (nº res. 72/2007).
AAP Madrid de 2 de febrero de 2007, p. Cubero Flores (nº res. 88/2007).
AAP Sevilla de 24.11.2006, p. Gonzaga de Oro - Pulido Sanz (nº res. 527/2006).
AAP Madrid de 13 de noviembre de 2006, p. Pereira Penedo (nº res. 987/2007).
AAP Palma de Mallorca de 26.10.2006, p. Álvarez Merino (nº res. 544/2006).
SAP Granada, de 24 de octubre de 2006, p. Ginel Pretel, FJ 3º (nº res. 664/2006).

AAP Castellón de la Plana de 15.5.2006, p. Garrido Sancho (nº res. 270/2006).
AAP Donostia-San Sebastián de 12.5.2006, p. Loyola Iriondo (nº res. 2101/2006).
SAP Barcelona de 10 de mayo de 2006, p. Martín García (nº res. 440/2006).
AAP Barcelona de 18 de abril de 2006, p. Torras Coll (nº res. 441/2006).
AAP Zaragoza de 24.2.2006, p. López López del Hierro (nº res. 81/2006).
AAP Lleida de 14 de febrero de 2006, p. Robledo Villar (nº res. 58/2006).
AAP Jerez de la Frontera de 18.1.2006, p. González Castrillón (nº res. 9/2006).
AAP Madrid de 16.5.2005, p. Chacón Alonso (nº rec. 204/2005; nº res. 524/2005).
SAP Córdoba de 20 de octubre de 2004, p. Magaña Calle (nº res. 426/2004).
SAP Huesca de 15 de septiembre de 2003, p. Serena Puig (nº rec. 138/2003).
SAP Oviedo de 14 de julio de 2003, p. Vázquez Llorens (nº res. 205/2003).
SAP Tarragona de 4 de abril de 2003, p. Nouvilas Puig (nº res. 127/2003).
AAP Zamora de 3 de septiembre de 2002, p. n. c. (nº res. 202/2002).
SAP Barcelona de 18 de enero de 2001, p. Sotorra Campodarve (nº res. 47/2001).
SAP Zaragoza de 3.12.1999, p. Rodríguez de Vicente Tutor (nº res. 512/1999).
AP Alicante el 19 de diciembre de 1998, p. Soriano Soriano (nº res. 891/1998).

RESOLUCIONES ALEMANAS

Reichsgericht

RG 2.7.1937 – *Faltenrobrmaschine* (GRUR 1938, p. 906).
RG 17.3.1936 – *Albertus Stehfix* (GRUR 1936, p. 573).
RG 22.11.1935 – *Stiefeleisenpresse* (GRUR 1936, p. 183).
RG 7.11.1933 – *Gaskesselschweissung* (MuW 1934, p. 63).
RG 11.12.1928 – n.c. (GRUR 1929, p. 232).
RG 3.1.1923 – *Memel-Fall* (RGSt 57, p. 172).
RG 13.4.1912 – *Muster englischer Tuchstoffe* (MuW 1911/1912, pp. 473).
RG 29.11.1907 – n.c. (RGSt 40, p. 407).
RG 5.6.1905 – n.c. (RGSt 38, p. 108).
RG 2.7.1909 – *Renaissancemöbelmuster mit Preisverzeichnis* (RGSt 42, p. 394).

Bundesarbeitsgericht

BAG 19.05.1998 – *Verschwiegenheitspflicht o Kantenbänder* (NZÄ 1999, p. 200).
BAG 15.06.1993 – *Pensionierung* (NZÄ 1994, p. 502).
BAG 25.04.1989 – *Betriebsgeheimnis* (BB 1989, p. 1984).
BAG 15.12.1987 – *Kundenlisten* (NJW 1988, p. 1686).
BAG 16.03.1982 – *Thrombosefall* (BAGE 41, p. 21).

Bundesgerichtshof

- BGH 26.02.2009 – *Versicherungsuntervertreter* (NJW-RR 2009, p. 997).
BGH 20.11.2008 – *Fabrlässige Tötung durch illegale Autorennen* (NSiZ 2009, p. 148).
BGH 11.1.2007 – *Aussendienstmitarbeiter* (GRUR 2007, p. 800).
BGH 27.04.2006 – *Kundendatenprogramm* (GRUR 2006, p. 1044).
BGH 11.12.2003 – *Injektions-Fall* (NSiZ 2004, p. 204).
BGH 19.12.2002 – *Weinberater* (GRUR 2003, p. 453).
BGH 7.11.2002 – *Präzisionsmessgeräte* (GRUR 2003, p. 628).
BGH 6-6-2002 – *Titelexklusivität* (GRUR 2002, p. 795).
BGH 03.05.2001 – *Spritzgießwerkzeuge* (GRUR 2002, p. 91).
BGH 10.11.1994 – *Computerbetrug (wistra 1995, p. 105)*.
BGH 17.03.1992 – *Kundenadressen als Geschäftsgeheimnis* (CR 1993, p. 236).
BGH 19.11.1982 – *Stapel-Automat* (GRUR 1983, p. 179).
BGH 12.02.1980 – *Pankreaplex II* (GRUR 1980, p. 750).
BGH 23.11.1979 – *Konfektions-Stylist* (GRUR (5a), p. 296).
BGH 13.12.1977 – *Hydraulischer Kettenbandantrieb* (GRUR 1978, p. 297).
BGH 18.2.1977 – *Prozessrechner*, (GRUR, 1977, pp. 539).
BGH 30.1.1976 – *Möbelentwürfe* (GRUR, 1976, p. 372).
BGH 8.7.1975 – *Polyurethan* (GRUR 1976, p. 140).
BGH 23.5.1975 – *Speiseeis* (GRUR, 1975, p. 555).
BGH 10.10.1974 – *Kunststoffschaum-Bahnen* (GRUR 1975, p. 206).
BGH 4.5.1973 - *Spielautomaten II* (GRUR, 1974, pp. 97).
BGH 19.10.1966 – *Streckenwerbung* (GRUR, 1967, p. 138).
BGH 10.07.1963 – *Petromax II* (GRUR, 1964, p. 31).
BGH 21.12.1962 – *Industrieböden* (GRUR 1963, p. 367).
BGH 16.10.1962 – *Kieselsäure* (GRUR 1963, p. 207).
BGH 24.11.1959 – *Kaltfließpressverfahren* (GRUR 1960, p. 294).
BGH del 15.3.1955 – *Möbelpäste* (GRUR 1955, p. 424).
BGH 16.11.1954 – *Anreissgerät* (GRUR 1955, p. 463).

Bayerisches Oberstes Landesgericht

- BayObLG 25.9.2000 – n.c. (NSiZ 2001, p. 202).
BayObLG 20.7.1995 – *Bieterlisten* (NJW 1996, p. 268).
BayObLG 28.8.1990 – *Geldspielautomat* (GRUR 1991, p. 694).

Oberlandesgericht München

- OLG München 26.10.1995 – *Kleinanzeige* (NJW-RR 1996, p. 1134).

RESOLUCIONES ESTADOUNIDENSES

Tribunales federales

United States Supreme Court

Ruckelshaus vs. Monsanto Co., 467 U.S. 986 (26.6.1984).

United States Courts of Appeals

USA vs. Hanjuan Jin, 733 F.3d 718 (7th Circuit, 26.9.2013).

USA vs. Sean Edward Howley and Clark Alan Roberts, 707 F.3d 575 (6th Circuit, 4.2.2013).

USA vs. Sergey Aleynikov, 676 F.3d 71 (2nd Circuit, 11.4.2012).

USA vs. Dongfan “Greg” Chung, 659 F.3d 815 (9th Circuit, 26.9.2011).

Niemi et al. vs. NHK Spring Co. Ltd. et al., 543 F.3d 294 (6th Circuit, 19.9.2008).

Wyeth vs. Natural Biologics, Inc., 395 F.3d 897 (8th Circuit, 24.1.2005).

Learning Curve Toys, Inc. vs. PlayWood Toys, Inc., 342 F.3d 714 (7th Circuit, 18.8.2003).

USA vs. Lange, 312 F.3d 263 (7th Circuit, 26.11.2002).

Vermont Microsystems, Inc. vs. Autodesk, Inc. 88 F.3d 142 (2nd Circuit, 8.7.1996).

USA vs. Prince Kumar Arora, 56 F.3d 62 (4th Circuit, 25.5.1995).

Pioneer Hi-Bred Int’l vs. Holden Found. Seeds, Inc., 35 F.3d 1226 (8th Circuit, 12.7.1994).

Rivendell Forest Products Ltd. vs. Georgia-Pacific Corp. and Timothy L. Cornwell, 28 F.3d 1042 (10th Circuit, 30.6.1994).

Rockwell Graphic Systems, Inc. vs. DEV Industries, Inc. et al., 925 F.2d 174 (7th Circuit, 11.2.1991).

Integrated Cash Management Services, Inc. et al. vs. Digital Transactions, Inc. et al., 920 F.2d 171 (2nd Circuit, 4.12.1990).

Wilbert J. Sheets vs. Yamaha Motors Corp. et al., 849 F.2d 179 (5th Circuit, 12.7.1988).

AMP Incorporated, Co. vs. James Fleischbacker et al., 823 F.2d 1199 (7th Circuit, 16.7.1987).

Metallurgical Industries, Inc. vs. Fourtek, Inc., 790 F.2d 1195 (5th Circuit, 2.6.1986).

SI Handling Systems, Inc. vs. Michael E. Heisley et al., 753 F.2d 1244 (3rd Circuit, 27.2.1985).

Sikes vs. McGraw-Edison Co., 671 F.2d 150 (5th Circuit, 25.3.1982).

E.I. DuPont de Nemours & Co. vs. Rolfe Christopher et al., 431 F.2d 1012 (5th Circuit, 20.7.1970).

United States District Courts

USA vs. Sergey Aleynikov, 737 F.Supp.2d 173 (S.D. New York, 3.9.2010).

USA vs. Yu Qin et al., 2:10 CR 20454 (E.D. Michigan, 21.7.2010).

USA vs. Kexue Huang, 1:10 CR 0102 (S.D. Indiana, 16.6.2010).

USA vs. Xiang Dong Yu, 2:09 CR 20304 (E.D. Michigan, 7.8.2009).

Diamond Power International, Inc. vs. Wayne Davidson et al., 540 F.Supp.2d 1322 (N.D. Georgia, 1.10.2007).

Corporate Express Office Prods., Inc. vs. Jamie Martinez et al., 2002 U.S. Dist. LEXIS 21310 (C.D. California, 8.3.2002).

Flotec, Inc. vs. Southern Research, Inc., 16 F. Supp.2d 992 (S.D. Indiana, 9.6.1998).

Religious Technology Center et al. vs. Netcom On-Line Communications Services, Inc. et al., 923 F. Supp. 1231 (N.D. California, 22.9.1995).

USA vs. Arora, 860 F. Supp. 1091 (D. Maryland, 26.8.1994).

Coca-Cola Bottling Co. vs. Coca-Cola Co., 107 F.R.D. 288 (D. Delaware, 20.8.1985).

Organic Chemicals, Inc. vs. Carroll Products, Inc., 1981 U.S. Dist. LEXIS 9997 (W.D. Michigan, 7.5.1981).

Wesley-Jessen, Inc. vs. Reynolds et al., U.S. Dist. LEXIS 8383 (N.D. Illinois, 23.5.1974).

Wilson Certified Foods, Invs. vs. Faribury Food Products, Inc. et al., 370 F. Supp. 1081 (D. Nebraska, 10.1.1974).

Allis-Chalmers Manufacturing Corp. vs. Continental Aviation & Engineering Corp., 255 F. Supp. 645 (E.D. Michigan, 17.2.1966).

Tribunales estatales

Tribunales supremos

Walling Chemical Company Co. et al. vs. Joseph Bigner et al., 349 N.W.2d 647 (Supreme Court of South Dakota, 13.6.1984).

Electro-Craft Corp. vs. Controlled Motion, Inc., 332 N.W.2d 890 (Supreme Court of Minnesota, 15.4.1983).

1st American Systems, Inc. vs. Brian J. Rezzatto, 311 N.W.2d 51 (Supreme Court of South Dakota, 14.10.1981).

Tribunales de apelación

Ovation Plumbing, Inc. vs. Darrel D. Furton, 33 P.3d 1221 (Colorado Court of Appeals, Division III, 12.4.2001).

Noel D. Clark vs. State of Florida, 670 So.2d 1056 (District Court of Appeal of Florida, Second District, 15.3.1996).

Elmer Miller Inc. vs. Jeffrey J. Landis et al., 253 Ill. App.3d 129 (Appellate Court of Illinois, First District, 9.9.1993).

American Family Life Assurance Company vs. Ewin J. Tazelaar et al., 135 Ill. App.3d 1069 (Appellate Court of Illinois, First District, 27.8.1985).

Aries Information Systems, Inc. vs. Pacific Management Systems Corp., 366 N.W.2d. 366 (Minnesota Court of Appeals, 23.4.1985).

Tower Oil & Technology Co., Inc., vs. Richard Buckley et al., 99 Ill. App.3d 637 (Appellate Court of Illinois, First District, 12.8.1981).

Kubik, Inc. et al., vs. James S. Hull et al., 56 Mich. App. 335 (Michigan Court of Appeals, 6.11.1974).

Tribunales de primera instancia

Aetna, Inc. vs. Fluegel, 45 CLR 18 (Connecticut Superior Court Judicial District of Hartford at Hartford, 5.3.2008).

Data General Corp. vs. Digital Computer Controls, Inc., 357 A.2d 105 (Court of Chancery of Delaware, New Castle County, 7.11.1975).

The Gillette Co. vs. Peter S. Williams, 360 F. Supp. 1171 (District Court of Connecticut, 17.5.1973).

LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA CITADA

Emanuel ADLER, «Schutz des Betriebsgeheimnisses», *Juristische Blätter* (16/17), 1931, pp. 341-347.

Philippe AGHION/Rachel GRIFFITH, *Competition and Growth. Reconciling theory and evidence*, Cambridge – Massachusetts (MIT Press) 2005.

Rodrigo ALDONEY RAMÍREZ, *Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, Ketzingen (Centaurus) 2009.

Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto* (2000), Buenos Aires (Marcial Pons Argentina) 2013.

– «Capítulo 11. Circunstancias atenuantes. G. Atenuante analógica», en Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico. Penal*, Madrid (Francis Lefebvre) 2015, nms. 4220-4244.

– «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *Doxa* (25), 2002, pp. 139-175.

– *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Barcelona (Atelier) 2003.

– «Facticidad y normatividad», *ADPCP* (52), 1999, pp. 177-226.

– «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», *ADPCP* (51), 1998, pp. 365-588.

Carlos E. ALCHOURRÓN/Eugenio BULYGIN, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2ª ed., Buenos Aires (Astrea) 2012.

Manuel ALONSO OLEA/María Emilia CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, 26ª ed., Madrid (Civitas) 2009.

Alberto ALONSO RIMO, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2002.

Knut AMELUNG, «El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien*

jurídico, Madrid (Marcial Pons) 2007, pp. 227-264 (original: 2003; trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno).

– «Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen», en Jörg ARNOLD *et al.* (ed.), *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag – Menschengerechtes Strafrecht*, München (Beck) 2005, pp. 3-24.

– «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en Bernd SCHÜNEMANN/Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid (Tecnos) 1991, pp. 94-107 (original: 1982; trad.: Jesús-María Silva Sánchez).

– Recensión a HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverbaltung*, GA 1984, pp. 579-583.

– «Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug», GA 1977, pp. 1-17.

– *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main (Athenäum Verlag) 1972.

Christoph ANN, «Know-how – Stiefkind des Geistigen Eigentums?», GRUR (1), 2007, pp. 39-43.

Christoph ANN/Michael LOSCHELDER/Marcus GROSCH, *Praxishandbuch Know-how-Schutz*, Köln (Carl Heymanns) 2010.

José ANTÓN ONECA/José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal, parte especial*, t. II, Madrid (Gráfica Administrativa) 1949.

Knut ARIANS, «Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in der Bundesrepublik Deutschland», en Dietrich OEHLER (Hrsg.), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft sowie in Österreich und der Schweiz*, Köln *et al.* (Carl Heymanns) 1978, pp. 307-408.

Gunther ARZT, «Viktimologie und Strafrecht», *MschKrim* (2), 1984, pp. 105-124.

Gunther ARZT/Ulrich WEBER/Bernd HEINRICH/Eric HILGENDORF, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 3ª ed., Bielefeld (Giesecking) 2015.

Enrique BACIGALUPO ZAPATER, «La “rigurosa aplicación de la Ley”», *ADPCP* (48), 1995, pp. 849-864.

– *Delito y punibilidad*, Madrid (Civitas) 1983.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos de estafa en el código penal*, Madrid (Ramón Areces) 2006 (versión electrónica de VLex).

– *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1ª ed., Madrid (Civitas) 1978.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ/Silvina BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Madrid (Ramón Areces) 2010.

Miguel BAJO FERNÁNDEZ/Pablo GUÉREZ TRICARICO, «Estafa», en Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Práctico. Penal*, 2015, pp. 1118-1135.

Francisco BALDÓ LAVILLA, «Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje al profesor Claus Roxin*, Barcelona (Bosch) 1997, pp. 357-385.

– *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona (Bosch) 1994.

Jay B. BARNEY, *Gaining and sustaining competitive advantage*, 3ª ed., Upper Saddle River – New Jersey (Pearson Prentice Hall) 2007.

Immaculada BARRAL-VIÑALS, «Freedom of contract, unequal bargaining power and consumer law on unconscionability», en KENNY/DEVENNEY/FOX O'MAHONY, *European Private Financial*

Transactions. Protecting the vulnerable, Cambridge (Cambridge University Press) 2010, pp. 46-61.

Kurt BARTENBACH, *Patentlizenzen und Know-how-Vertrag*, 7ª ed., Köln (Otto Schmidt) 2013.

Kurt BARTENBACH/Franz-Eugen VOLZ, *Arbeitnehmererfindungsgesetz*, 5ª ed., Köln (Carl Heymanns Verlag) 2012.

Carol M. BAST, «At what price silence: are confidentiality agreements enforceable?», *William Mitchell Law Review* (25), 1999, pp. 627-714.

Adolf BAUMBACH, *Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, Berlin (Ollo Liebmann) 1929.

Martin BECKER, «§ 53 Nebenpflichten des Arbeitnehmers», en Michael KITTNER/Bertram ZWANZIGER/Olaf DEINERT (eds.), *Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis*, 8ª ed., Frankfurt am Main (Bund) 2015, pp. 1173-1192 (citado: Kittner/Zwanziger/Deinert-BECKER, 8ª ed., 2015, § 53 nm.).

David BENDER, «Appropriation by Memory», en MILGRIM/BENSEN, *Milgrim on Trade Secrets*, 2010, § 15 A, New Providence (Mathew Bender-Lexis Nexis) 1967 (última actualización 2010).

Georg BENKARD, *Patentgesetz*, 10ª ed., München (Beck) 2006.

Lionel BENTLY/Brad SHERMAN, *Intellectual Property Law*, 3ª ed., Oxford (Oxford University Press) 2009.

Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Artículo 1. Finalidad», en EL MISMO (dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor (Aranzadi) 2011, pp. 73-77.

– «Artículo 4. Cláusula general», en EL MISMO (dir.), *Comentarios a la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor (Aranzadi) 2011, pp. 93-113.

Amar 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: 13.7.2015).

Karl BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, Leipzig (Engelmann) 1902.

Isidoro BLANCO CORDERO, «De la recepción y el blanqueo de capitales», en Manuel GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, Valladolid (Lex Nova) 2010, pp. 1143-1152.

– *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona (Aranzadi) 1997.

Harlan M. BLAKE, «Employee Agreements Not to Compete», *Harvard Law Review* (73), 1960, pp. 625-691.

Hermann BLEI, «Strafschutzbedürfnis und Auslegung», en Claus ROXIN *et al.* (ed.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*, Berlin (WdG) 1974, pp. 109-123.

Arno BLUM, «Der Schutz des Betriebsgeheimnisses als gesetzgeberisches Problem», *MuW* (9), 1931, pp. 476-487.

Robert G. BONE, «The still (shaky) foundations of trade secrets law», *Texas Law Review* (92), 2014, pp. 1803-1839.

– «A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification», *California Law Review* (86), 1998, pp. 241-313.

Joachim BORNKAMM/Helmut KÖHLER, «Vor. §§ 17-19», en Helmut KÖHLER/Joachim BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 32ª ed., Beck (München) 2014, pp. 1537-1539 (citado: Hefermehl/KÖHLER/BORNKAMM, 32ª ed., 2014, Vor. §§ 17-19 nm.).

Ernst BRAENDELIN, *Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse in Deutschland*, Dissertation, Borna-Leipzig (Robert Noske) 1918.

Joerg BRAMMSEN, «Vor § 17 UWG», en Peter W. HEERMANN/Jochen SCHLINGLOFF (ed.), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, vol. 2, 2ª ed., Beck (München) 2014, pp. 2096-2106 (citado: *MüKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, Vor § 17 nm.).

– «§ 17 UWG», en Peter W. HEERMANN/Jochen SCHLINGLOFF (ed.), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, vol. 2, 2ª ed., Beck (München) 2014, pp. 2107-2176 (citado: *MüKoUWG/BRAMMSEN*, 2ª ed., 2014, § 17 nm.).

Hans-Jürgen BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, Berlin (Nicolaische Verlagsbuchhandlung) 1938.

BUNDESKRIMINALAMT, *Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität* 2006, septiembre de 2007. (consultable en:

http://www.bka.de/nn_193360/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Wirtschaftskriminalitaet/wirtschaftskriminalitaet__node.html?__nnn=true; última visita el 24.9.2015).

BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, *Verfassungsschutzbericht 2009*, consultable en:

<http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2010/vsb2009.html> (última visita el 11.1.2015).

Manfred BURGSTALLER, «Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse», en Hans Georg RUPPE (ed.), *Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben*, Wien (Orac) 1980, pp. 5-44.

Franz BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2ª ed., Wien (Springer) 1991.

Rudolf CALMANN, *Der unlautere Wettbewerb. Kommentar*, 2ª ed., Mannheim (Bensheimer) 1932.

Claus-Wilhelm CANARIS, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid (Fundación Cultural del Notariado) 1998 (original: 1983; trad.: Juan Antonio García Amado).

Manuel CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2ª ed., Barcelona (Bosch) 2001 (citado: CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, 2ª ed, 2001).

Chris CARR/Larry R. GORMAN, «The revictimization of companies by the stock market who report trade secret theft under the Economic Espionage Act», *The Business Lawyer* (57), 2001, pp. 25-53.

María del Mar CARRASCO ANDRINO, *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Granada (Comares) 2002.

– *La protección penal del secreto de empresa*, Barcelona (Cedecs) 1998.

Ángel CARRASCO PERERA, «Artículo 7», en Rodrigo BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2013, pp. 170-177.

María José CASTELLANO, «Artículo 232. Deber de secreto», en Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ (dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t.I, Cizur Menor (Civitas) 2011, pp. 1664-1674.

Abraham CASTRO MORENO, «Consideraciones críticas sobre la aplicación e interpretación del tipo subjetivo de los delitos de blanqueo de capitales», en Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA *et al.* (coord.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2012, pp. 447-461 (citado: LH-Rodríguez Ramos).

– *El delito societario de administración desleal*, Madrid (Marcial Pons) 1998.

José CID MOLINÉ/José Juan MORESO MATEOS, «Derecho Penal y filosofía analítica», *ADPCP* (44), 1991, pp. 143-178.

Jerry COHEN/Alan S. GUTTERMAN, *Trade Secrets Protection and Exploitation*, Washington (BNA) 1998 (última actualización 2000).

COMISIÓN EUROPEA, *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, Bruselas, 28 de noviembre de 2013 (COM (2013) 813 final).

Mirentxu CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia (Tirant lo Blanch) 1999.

Mirentxu CORCOY BIDASOLO/Víctor GÓMEZ MARTÍN, «Secreto de empresa», en Javier BOIX REIG (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, pp. 852-855.

Juan CÓRDOBA RODA/Mercedes GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, Madrid (Marcial Pons) 2004.

William CORNISH/David LLEWELYN/Tanya ALPIN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 8ª ed., London (Sweet & Maxwell) 2013.

Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, 13ª ed., Barcelona (Bosch) 1972.

Christian CYCHOWSKI, «§ 69b», en Axel NORDEMANN/Jan Bernd NORDEMANN (eds.), *Fromm/Nordemann-Urheberrecht. Kommentar*, 11ª ed., Stuttgart (Kohlhammer) 2014.

Katarzyna A. CZAPRACKA, «Antitrust and trade secrets: the U.S. and the EU approach», *Santa Clara High Technology Law Journal* (24), 2008, pp. 207-273.

Jon CHALLY, «The Law of Trade Secrets: Toward a More Efficient Approach», *Vanderbilt Law Review* (4), 2004, pp. 1269-1311.

Gerhard DANNECKER, «Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen», *BB* (24), 1987, pp. 1614-1622.

Walter DEGEN, «Fabrikspionage und Geheimnisverrat», *MuW* (11), 1927/28, pp. 431-441.

Robert C. DENICOLA/Harvey S. PERLMAN (reporters), *Restatement of the Law Third. Unfair Competition*, Philadelphia (The American Law Institute) 1995

(citado: AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third. Unfair Competition* o *Restatement (Third) of Unfair Competition*).

François DESSEMONTET, «Protection of Trade Secrets and Confidential Information», en Carlos M. CORREA/Abdulqawi YUSUF, *Intellectual Property and International Trade: The TRIPs Agreement*, Alphen aan den Rijn (Kluwer Law International) 2008, pp. 271-292.

– *The legal protection of know-how in the USA*, 2ª ed., Geneva (Rothman) 1976.

DEUTSCHER BUNDESTAG, 15ª legislatura, impresión 15/1847, de 22 de agosto de 2003 (citado: BT-Drucks 15/1487).

– 10ª legislatura, impresión 10/5058, de 19 de febrero de 1986 (citado: BT-Drucks 10/5058).

José Luis DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital*, 2ª ed., Cizur Menor (Aranzadi) 2006.

José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., Madrid (Trotta) 2013.

– «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas», *Actualidad Penal* (32), 1994, pp. 583-613.

Herbert DIEMER, «§ 17 Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen» en Georg ERBS/Max KOHLHAAS (ed.), *Strafrechtliche Nebengesetze: mit Straf- und Bußgeldvorschriften des Wirtschafts- und Verwaltungsrechts*, vol. 4, 169ª ed., München (Beck) 2008.

Dieter DÖLLING, «Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers», *GA*, 1984, pp. 71-94.

Eva Mª DOMÍNGUEZ PÉREZ, «Artículo 14. Inducción a la infracción contractual», en Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor (Aranzadi) 2011, pp. 379-404.

Antonio DOVAL PAIS, «La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos», *Eguzkilore* (22), 2008, pp. 89-115.

Michael H. DORNER, *Know-how-Schutz im Umbruch*, Köln (Carl Heymanns) 2013.

Rocheller Cooper DREYFUSS, «Trade secrets: how well should we be allowed to hide them? The Economic Espionage Act of 1996», *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* (9), 1998-1999, pp. 1-44.

Karl DROSTE, «Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb. Zugleich ein Beitrag zur Rechtssprechung zur vergleichenden Werbung», *Wettbewerb in Recht und Praxis* (3), 1964, pp. 65-74.

Anthony DUFF, «Towards a theory of criminal law?», *Proceedings of the Aristotelian Society Supplementary Volume* (84), 2010, pp. 1-28.

Andreas EBERT-WEIDENFELLER, «Straftatbestände des UWG», en Hans ACHENBACH/Andreas RANSIEK (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., Heidelberg (C.F. Müller) 2012 (citado: Achenbach/Ransiek/EBERT-WEIDENFELLER, *HdbWirtStrfR*, 3ª ed., 2012, nm.).

Johanna L. EDELSTEIN, «Intellectual slavery?: the doctrine of inevitable disclosure of trade secrets», *Golden Gate University Law Review* (26), 1996, pp. 717-736.

Jörg EISELE, «Vor. §§ 13 ff.», en Albin ESER (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München (Beck) 2014, pp. 136-196 (citado: *Schö/Schrö-EISELE*, 29ª ed., 2014, Vor. §§ 13 ff. nm.).

Manfred ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin (Duncker & Humblot) 1986.

Alexander ELSTER, «Zum Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses», *GRUR* (1), 1932, pp. 32-37.

Volker EMMERICH, *Unlauterer Wettbewerb*, 8ª ed., München (Beck) 2009.

Karl ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 8ª ed., Stuttgart-Berlin-Köln (Kohlhammer) 1983.

– «Sentido y alcance de la sistemática jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho* (3), 1986, pp. 7-40.

Armin ENGLÄNDER/Frank ZIMMERMANN, «Whistleblowing als strafbarer Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen?», *NZWiSt* (9), 2012, pp. 328-333.

Albin 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. 345-417.

Albin ESER/Nikolaus BOSCH, «§ 23», en Albin ESER (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München (Beck) 2014, pp. 440-444 (citado: *Schö/Schrö-ESER/BOSCH*, 29ª ed., 2014, § 23 nm.).

– «§ 22», en Albin ESER (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München (Beck) 2014, pp. 419-440 (citado: *Schö/Schrö-ESER/BOSCH*, 29ª ed., 2014, § 22 nm.).

– «Vorbem. § 22», en Albin ESER (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München (Beck) 2014, pp. 412-419 (citado: *Schö/Schrö-ESER/BOSCH*, 29ª ed., 2014, Vor § 22 nm.).

Albert ESTRADA I CUADRAS, «Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 Cp)», *InDret* (1), 2014, pp. 1-50.

– «Violación de secretos empresariales», en Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Práctico. Penal económico y de la empresa*, Madrid (Francis Lefebvre) 2011, pp. 527-546.

Rosalía ESTUPIÑÁN CÁCERES, *Las invenciones laborales en la empresa*, Madrid (Editoriales de Derecho Reunidas) 2003.

EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT OF THE UNITED STATES, *Administration Strategy on Mitigating the Theft of U.S. Trade Secrets*, febrero de 2013, consultable en:

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).

Patricia FARALDO CABANA, «Artículos 278 a 280», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Valladolid (Lex Nova) 2011, pp. 1065-1073.

– *Los delitos societarios*, Valencia (Tirant lo blanch) 1996.

Ignacio FARRANDO MIGUEL, *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Madrid (Civitas) 2001.

– «La protección jurídica de las listas de clientes (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1999 y 29 de octubre de 1999)», *Revista General de Derecho* (89), 2000, pp. 9609-9614.

Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, Montevideo (BdF) 2007.

– «La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial», *InDret* (3), 2015, pp. 1-27.

Miles J. FELDMAN, «Toward a Clearer Standard of Protectable Information: Trade Secrets and the Employment Relationship», *High Technology Law Journal* (9), 1994, pp. 151-183.

David FELIP I SABORIT, «El homicidio y sus formas», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Barcelona (Atelier) 2015, pp. 27-55.

Mª Teresa FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, Madrid (Colex) 2000.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 20.12.2012.

Ernst FISCHER, «Das Know-how», *GRUR Int* (7), 1970, pp. 240-241.

FISCHÖTTER, «Anmerkung zur BGH 4.5.1973-Spielautomaten II», *GRUR* (2), 1974, pp. 98-99.

Catherine L. FISK, «Working Knowledge: Trade Secrets, Restrictive Covenants in Employment and the Rise of Intellectual Property 1800-1920», *Hastings Law Journal* (52), 2001, pp. 441-528.

Pamela Carder FLETCHER, «Antitrust implications arising from the use of overly broad restrictive covenants for the protection of trade secrets», *Hastings Law Journal* (29), 1977, pp. 297-317.

Nikolaus FÖBUS, *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach § 17 UWG*, Frankfurt am Main (Peter Lang) 2011.

Georg FREUND, «Vorbemerkungen §§ 13 ff. StGB», en Bernd VON HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., München (Beck) 2011-, pp. 359-501 (citado: *MüKo-FREUND*, 2ª ed., 2011, Vor §§ 13 ff. nm.).

– «§ 13», en Bernd VON HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., München (Beck) 2011, pp. 502-583 (citado: *MüKo-FREUND*, 2ª ed., 2011, § 13 nm.).

Eugen FRIEDLÄNDER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses*, Berlin (Guttentag) 1903.

Wolfgang FRISCH, «Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Madrid (Marcial Pons) 2007, p. 309-339 (original: 2003; trad. Ricardo Robles Planas).

– *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Madrid (Marcial Pons) 2004 (original: 1988; trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo).

– «An den Grenzen des Strafrechts», en Wilfried KÜPER/Jürgen WELP (eds.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg (Müller) 1993, pp. 69-106 (citado: FS-STREE/WESSELS).

– «Die Strafrahmenermilderung beim Versuch», en Manfred SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. July 1992*, Berlin (WdG) 1992, pp. 381-412 (citado: FS-Spendel).

– *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg (Müller) 1988.

Eduardo GALÁN CORONA, «Artículo 13. Violación de secretos» en Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Cizur Menor (Aranzadi) 2011, p. 351-405.

– «Supuestos de competencia desleal por violación de secretos», en Alberto BERCOVITZ (Coord.), *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Madrid (BOE) 1992, pp. 91-105.

– «La creación asalariada del “software” y el secreto empresarial en la tutela del “software”», en AA.VV., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid (Civitas) 1991, pp. 411-431.

José-Ignacio GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2002.

Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, vol. I, 5ª ed., Madrid (Ramón Areces) 2012.

Dieter GAUL, *Der erfolgreiche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, Köln (Luchterhand) 1994.

– «Die nachvertragliche Geheimhaltungspflicht eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers», *NZA* (7), 1988, pp. 225-233.

Dieter GAUL/Kurt BARTENBACH, *Patentlizenzen- und Know-how-Vertrag*, 3ª ed., Köln (Otto Schmidt) 1993.

Wilhelm GALLAS, «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung», en Georg DAHM *et al.* (eds.), *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, Berlin (WdG) 1936, pp. 50-69.

Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, 5ª ed., Madrid (Editorial Universitaria Ramón Areces) 2012.

Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Manual de Derecho del trabajo*, 2ª ed., Valencia (Tirant lo blanch) 2012.

Mª del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, «Artículo 7», en Manuel ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid (Edersa) 1978-, pp. 1-58 (versión electrónica de Vlex).

Gustavo GHIDINI/Valeria FALCE, «Trade secrets as intellectual property rights: a disgraceful upgrading – Notes on an Italian “reform”», en Rochelle C. DREYFUSS/Katherine J. STRANDBURG (eds.), *The Law and Theory of Trade Secrecy*, 2011, p. 140-151.

Ronald J. 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.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG, «Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO ET AL. (coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2004, pp. 431-457.

– *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, 1ª ed., Madrid (Technos) 1999.

– *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid (Universidad de Madrid) 1966.

Hans Freiherr VON GODIN, «Über den Verstoss gegen die wettbewerbsrechtlichen guten Sitten», *GRUR* (3), 1966, pp. 127-132.

José María GOERLICH PESET, «Tema 9: Determinación de la prestación de trabajo», en Luis Miguel CAMPS RUIZ/Juan Manuel RAMÍREZ MARTÍNEZ (coord.), *Derecho del trabajo*, 2ª ed., Valencia (Tirant lo blanch) 2012.

José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito. Derecho penal. Parte general*, 1ª ed., Madrid (Civitas) 1984.

Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *icade* (74), 2008, pp. 225-243.

Víctor GÓMEZ MARTÍN, «Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código penal español», en Ricardo ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, Buenos Aires (BdF) 2014, pp. 99-229.

– *Los delitos especiales*, Madrid (Edisofer) 2006.

María del Carmen GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Valencia (Tirant lo Blanch) 1995.

Jose Antonio GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial (Know-how). Concepto y protección*, Madrid (Tecnos) 1974.

– «Secreto industrial», en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid (Civitas) 1995, pp. 6084-6088.

– «El Acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (16), 1994-1995, pp. 33-79.

– «Algunos aspectos de la licencia de know-how», *Actas de Derecho Industrial* (7), 1981, pp. 201-223. (citado: ADI).

Juan José GONZÁLEZ RUS, «Artículos 278 a 280», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid (EDERSA) 1999, pp. 173-204.

Luís GRECO, «Comentario al artículo de Ramon Ragués», *Discusiones* (13), 2013, pp. 67-78.

– «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *InDret* (4), 2010, pp. 1-35.

– *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Berlin (Duncker & Humblot) 2009.

– «Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?», *ZIS* (5), 2008, pp. 234-238.

Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, 2ª ed., Madrid (J.A. García) 1913.

Walter GROPP, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Berlin (Springer) 2005.

Jermaine S. 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, pp. 421-446.

Malte GRÜTZMACHER, «§ 69b», en Artur-Axel WANDTKE/Winfried BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4ª ed., München (Beck) 2014.

Hans-Ludwig GÜNTHER, «Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferschutz statt Entkriminalisierung», en Albin ESER et al. (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München (Beck) 1998, pp. 69-80 (citado: FS-Lenckner).

Henning HARTE-BAVENDAMM, «Vor. §§ 17-19», en Henning HARTE-BAVENDAMM/Frauke HENNING-BODEWIG (ed.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 3ª ed., Beck (München) 2013, pp. 2229-2235 (citado: Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, Vor. §§ 17-19 nm.).

– «§ 17», en Henning HARTE-BAVENDAMM/Frauke HENNING-BODEWIG (ed.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 3ª ed., Beck

(München) 2013, pp. 2235-2264 (citado: Harte/Henning/HARTE-BAVENDAMM, 3ª ed., 2013, § 17 nm.).

Raimund HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik: zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in Paragraph 263 StGB*, Berlin (Duncker & Humblot) 1981.

Winfried HASSEMER, «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico», *Doctrina penal* (45-48), 1989, pp. 275-285 (original en FS-Kaufmann, 1989; trad. Patricia S. Ziffer).

– «Los elementos característicos del dolo», *ADPCP* (43), 1990, pp. 909-931 (original: GS-Armin Kaufmann, 1989; trad.: Mª del Mar Díaz Pita).

– *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtslehre*, Frankfurt am Main (Fischer) 1973.

Winfried HASSEMER/Francisco MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y a la Política criminal*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2012.

Winfried HASSEMER/Ulfrid NEUMANN, «Vor § 1», en Urs KINDHÄUSER/Ulfrid NEUMANN/Hans-Ulrich PAEFFGEN (eds.), *Strafgesetzbuch*, vol. 1, 4ª ed., Baden-Baden (Nomos) 2013, pp. 71-167 (citado: NK-HASSEMER/NEUMANN, 4ª ed., 2013, Vor § 1, nm.).

Roland HEFENDEHL, «§ 263», en EL MISMO/Olaf HOHMANN (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 4, München (Beck) 2006, pp. 3-265 (citado: *MüKo*-HEFENDEHL, 2006, § 263, nm.).

– *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln (Heymanns) 2002.

Günter HEINE/Bettina WEISSER, «§ 27», en Albin ESER (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München (Beck) 2014, pp. 136-196 (citado: *Schö/Schrö*-HEINE/WEISSER, 29ª ed., 2014, § 27, nm.).

Edwin C. HETTINGER, «Justifying intellectual property», *Philosophy and Public Affairs* (18), 1989, pp. 31-52.

Thomas HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen (Otto Schwarz) 1981.

William E. HILTON, «What sort of improper conduct constitutes misappropriation of a trade secret?», *IDEA – The Journal of Law and Technology* (30), 1989-1990, pp. 287-308.

Eric VON HIPPEL/Georg VON KROGH, «Open innovation and the private-collective model for innovation incentives», en Rochelle C. DREYFUSS/Katherine J. STRANDBURG (eds.), *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Cheltenham (Edward Elgar) 2011, pp. 201-221.

Hans Joachim HIRSCH, «Delitos de peligro y derecho penal moderno», en Carlos María ROMEO CASABONA/Fernando Guanarteme SÁNCHEZ LÁZARO (eds.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada (Comares) 2010, pp. 97-116.

– «Untaublicher Versuch und Tatstrafrecht», en Bernd SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin (WdG) 2001, pp. 711-728.

Andrew VON HIRSCH, «Warum soll die Strafsanktion existieren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtsfertigung», en Andrew VON HIRSCH/Ulfrid NEUMANN/Kurt SEELMANN (eds.), *Strafe – Warum?*, Baden-Baden (Nomos) 2011, pp. 43-68.

– «El concepto del bien jurídico y el principio del daño», en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Madrid (Marcial Pons) 2007, pp. 37-52 (original: 2003; trad. Alcácer Guirao).

Andrew VON HIRSCH/Wolfgang WOHLERS, «Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa», en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Madrid (Marcial Pons) 2007, pp. 285-308 (original: 2003; trad. Beatriz Spínola Tártalo).

Tajana HÖRNLE, *Straftheorien*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2011.

– «Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección», en Ricardo ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, Barcelona (Atelier) 2012, pp. 87-100.

– «Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht», *GA* (11), 2009, pp. 626-635.

Michael J. HUTTER, «Trade Secret Misappropriation: A Lawyer's practical approach to the case law», *Western New England Law Review* (1), 1978, pp. 1-45.

Nerea IRÁKULIS ARREGI, «La captación de clientes desde la perspectiva del derecho de la competencia (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1999)», *Diario La Ley* (1460), 2002, pp. 1-39.

Günther JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, Tübingen (Mohr Siebeck) 2014.

– *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main (Klostermann) 2012.

– *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, Paderborn (Ferdinand Schöningh) 2012.

– «Erfolgsunwert und Rationalität», en Wolfgang JOECKS *et al.* (eds.), *Recht – Wirtschaft – Strafe: Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, Heidelberg (C.F. Müller) 2010, pp. 43-54 (citado: FS-Samson).

– *La pena estatal: significado y finalidad*, Cizur Menor (Civitas) 2006.

– «Indiferencia como dolo indirecto», en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid (Thomson-Civitas) 2004, pp. 189-208 (original: LH-Bacigalupo Zapater, 2004; trad. Carlos Pérez del Valle – en versión alemana: *ZStW* (114), 2002, p. 584 y ss).

– «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid (Thomson-Civitas) 2004, p. 27-50 (trad. Teresa Manso Porto).

- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid (Civitas) 2003.
- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Madrid (Marcial Pons) 1997 (original: 2ª ed., 1991; trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo) (citado: PG, 2ª ed., (1991) 1997, número de capítulo/número marginal).
- «La organización de autolesión y heterolesión. Especialmente en caso de muerte», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Madrid (Civitas) 1997, pp. 395-412.
- «La prohibición de regreso en los delitos de resultado», en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, Buenos Aires (Ad-hoc) 1996, pp. 121-178 (original: 1977; trad. Manuel Cancio Meliá).
- *La imputación objetiva en Derecho penal*, Buenos Aires (Ad-hoc) 1996 (trad. Manuel Cancio Meliá).
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Colombia (Universidad Externado de Colombia) 1996 (original: 1995; trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez).
- «El concepto jurídico-penal de acción», en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, Buenos Aires (Ad-hoc) 1996, pp. 71-119 (original: 1992; trad. Manuel Cancio Meliá).
- «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en EL MISMO, *Fundamentos del Derecho penal*, Buenos Aires (Ad-hoc) 1996, pp. 179-240 (original: 1985; trad. Enrique Peñaranda Ramos).
- *Strafrecht. Allgemeiner. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin (WdG) 1991 (citado: AT, 2ª ed., 1991).
- «Representación del autor e imputación objetiva», *ADPCP* (44), 1991, pp. 493-513 (trad.: Carlos J. Suárez González).

John E. JANKOWSKI, «Business Use of Intellectual Property Protection Documented in NSF Survey», *InfoBrief National Center for Science and Engineering Statistics*, febrero 2012, pp. 1-7.

Hans-Heinrich JESCHECK/Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin (Duncker & Humblot) 1996 (citado: JESCHECK/WEIGEND, *AT*).

Wolfgang JOECKS, «§ 16», EL MISMO (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., München (Beck) 2011, pp. 756-797 (citado: *MüKo-JOECKS*, 2ª ed., 2011, § 16 nm.).

– «Vor §§ 26, 27», EL MISMO (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., München (Beck) 2011, pp. 1217-1227 (citado: *MüKo-JOECKS*, 2ª ed., 2011, Vor §§ 26, 27 nm.).

Agustín JORGE BARREIRO, «Descubrimiento y revelación de secretos. Un estudio de Derecho penal español», *Revista de Derecho Público* (87), 1982, pp. 249-287.

Lothar KÄCKELL, *Der Schweigebefehl*, Tübingen (Paul Siebeck) 1920.

Walter KARGL, «Vor. §§ 77 ff.», en Urs KINDHÄUSER/Ulfrid NEUMANN/Hans-Ulrich PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 4ª ed., 2013, pp. 2654-2664 (*NK-KARGL*, t. 1, 4ª ed., 2013, Vor. §§ 77 ff. nm.).

– «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. 49-62.

– «Friedenssicherung durch Strafrecht», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (82), 1996, pp. 485-507.

Kurt KIETHE/Olaf HOHMANN, «Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen», *NStZ* (4), 2006, pp. 185-191.

Urs KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Baden-Baden (Nomos) 2013.

– *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main (Klostermann) 1989.

Hans KISSLING, *Der nach § 17 UWG strafbare Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen*, rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Dissertation, Tübingen 1957.

Edmund W. KITCH, «The Expansion of Trade Secrecy Protection and the Mobility of Management Employees: A New Problem for the Law», *South Carolina Law Review* (47), 1995-1996, pp. 659-672.

– «The Law and Economics of Rights in Valuable Information», *The Journal of Legal Studies* (9), 1980, pp. 683-723.

Karl KLEE, «Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung», *Deutsches Strafrecht* (1-2), 1936, pp. 1-16.

Helmut KÖHLER, «§ 1», en Helmut KÖHLER/Joachim BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 32^a ed., Beck (München) 2014, pp. 119-136 (citado: Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32^a ed., 2014, § 1 nm.).

– «§ 3», en Helmut KÖHLER/Joachim BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 32^a ed., Beck (München) 2014, pp. 191-242 (citado: Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32^a ed., 2014, § 3 nm.)

«§ 17», en Helmut KÖHLER/Joachim BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 32^a ed., Beck (München) 2014, pp. 1539-1557 (citado: Hefermehl/KÖHLER/Bornkamm, 32^a ed., 2014, § 17 nm.).

Michael KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin (Springer) 1996.

Eduard KOHLRAUSCH, «Industriespionage», *ZStW* 1930, pp. 30-72.

Jost KOTTHOFF/Destlev GABEL, «§ 17 Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen», en Friedrich L. Ekey et al., *Heidelberger Kommentar*

zum Wettbewerbsrecht, 2^a ed., Heidelberg (C.F. Müller) 2005 (citado: *HeidelbgKommWettR/KOTTHOFF/GABEL*, 2^a ed., 2005, § 17 nm.).

Rudolf KRASSER, *Patentrecht*, 6^a ed., München (Beck) 2009.

– «The Protection of Trade Secrets in the TRIPs Agreement», en Friedrich-Karl BEIER/Gerhard SCHRICKER (eds.), *From GATT to TRIPs – The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Weinheim (VCH) 1996, pp. 216-225.

– «Urheberrecht in Arbeits-, Dienst- und Auftragsverhältnissen», en Friedrich-Karl BEIER (ed.), *Urhebervertragsrecht. Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag*, München (Beck) 1995, pp. 77-116 (citado: *FG-Schricker*).

– «Grundlagen des zivilrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie von Know-how», *GRUR* (4), 1977, pp. 177-196.

– «Der Schutz des Know-how nach deutschem Recht», *GRUR* (12), 1970, pp. 587-597.

Dietrich KRATZSCH, «Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht», en Rolf Dietrich HERZBERG (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln et al. (Carl Heymanns) 1985, pp. 65-81 (citado: *FS-Oehler*).

Hans-Ulrich KRÜGER, *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses im Wettbewerbsrecht. Eine Untersuchung zum derzeitigen und künftigen Rechtszustand*, Frankfurt am Main (Peter Lang) 1984.

Michael KUBICIEL, *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, Frankfurt am Main (Vittorio Klostermann) 2013.

Hans KUDLICH, «Die strafrahmenorientierte Auslegung im System der strafrechtlichen Rechtsfindung», *ZStW* (115), 2003, pp. 1-25.

Jürgen KUNZ, «Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und Wettbewerbsverbot während der Dauer und nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses», *DB* (49), 1993, pp. 2482-2487.

Frowin Jörg KURTH, *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt am Main (Lang) 1984.

Otto LAGODNY, «El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional», en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Madrid (Marcial Pons) 2007, pp. 129-136 (original: 2003; trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno).

Ernst-Joachim 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*, Bundesministerium der Justiz, 1975, pp. 1-108.

Ernst-Joachim LAMPE/Theodor LENCKNER/Walter STREE/Klaus TIEDEMANN/Ulrich WEBER, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, Tübingen (Mohr) 1977.

William M. LANDES/Richard A. POSNER, «The Economics of Trade Secrecy Law», en LOS MISMOS, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge (Harvard University Press) 2003, pp. 355-371.

Gerardo LANDROVE DÍAZ, «Descubrimiento y revelación de secretos», en AA.VV., *III Jornadas de profesores de Derecho penal*, Madrid (Universidad de Santiago de Compostela) 1976, pp. 173-217.

Winrich LANGER, *Die Sonderstrafat. Eine gesamtsystematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen*, 2ª ed., Berlin (Duncker & Humblot) 2006.

Karl LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona (Ariel) 1994 (original: 4ª ed., 1979; trad.: Rodríguez Molinero).

– *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona (Ariel) 1966 (original: 1960; trad.: Enrique Gimbernat Ordeig).

THE LAW COMMISSION, *Legislating the Criminal Code: Misuse of Trade Secrets*, Consultation Paper n° 150, 1992.

Eli LEDERMAN, «Criminal liability for breach of confidential commercial information», *Emory Law Journal* (38), 1989, pp. 921-1004.

Mark A. LEMLEY, «The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights», *Stanford Law Review* (61), 2008, pp. 311-354.

Theodor LENCKNER, «Technische Normen und Fahrlässigkeit», en Paul BOCKELMANN (ed.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main (Klostermann) 1969, pp. 490-508 (citado: FS-Engisch).

Theodor LENCKNER/Detlev STERNBERG-LIEBEN, «Vor. §§ 32 ff.», en Albin ESER (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München (Beck) 2014, pp. 136-196 (citado: *Schö/Schrö*-LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, 29ª ed., 2014, Vor §§ 32 ff. nm.).

Rüdiger LINCK, «§ 53 Nebenpflichten des Arbeitnehmers», Günter SCHAUB/Ulrich KOCH/Rüdiger LINCK/Hinrich VOGELANG, *Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 16ª ed., München (Beck) 2015 (citado: Schaub/LINCK, *ArbR-Hdb.*, 16ª ed., 2015, § 53 nm.).

William LYNCH SCHALLER, «Secrets of the Trade: Tactical and Legal Considerations from the Trade Secret Plaintiff's Perspective», *The Review of Litigation* (29), 2010, pp. 729-858.

Alistair LINDSAY/Nicholas SCOLA, «Market Definition», en Peter ROTH/Vivien ROSE (ed.), *European Community Law of Competition* (Bellamy & Child), 6ª ed., Oxford (Oxford University Press) 2008, pp. 239-301.

Franz VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23ª ed., Berlin (Vereinigung Wissenschaftlicher Verleger - WdG) 1921.

– «Der Begriff des militärischen Geheimnisses», en JURISTENFAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERLIN (ed.), *Festschrift für Heinrich Brunner: zum 50-jährigen Doktorjubiläum am 8. April 1914*, München (Duncker & Humblot) 1914, pp. 207-230.

Ulrich LOEWENHEIM, «*Einleitung*», en Ulrich LOEWENHEIM/Gerhard SCHRICKER (eds.), *Urheberrecht. Kommentar*, 4ª ed., München (Beck) 2010.

– «§ 8 UrhRG», Ulrich LOEWENHEIM/Gerhard SCHRICKER (eds.), *Urheberrecht. Kommentar*, 4ª ed., München (Beck) 2010.

Suellen LOWRY, «Inevitable Disclosure Trade Secret Disputes: Dissolutions of Concurrent Property Interests», *Stanford Law Review* (40), 1987-1988, pp. 519-544.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2012.

– «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. 1-21.

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA/Raquel ROSO CAÑADILLAS, «Untreuestrafbarkeit im spanischen Strafrecht», *ZStW* (122), 2010, pp. 354-373.

María Luisa LLOBREGAT HURTADO, *La protección del secreto empresarial en el marco del Derecho de la competencia*, Barcelona (Cedecs) 1999.

Hans-Heinrich MAASS, *Information und Geheimnis im Zivilrecht*, Stuttgart (Ferdinand Enke Verlag) 1970.

Manfred MAIWALD, «Literaturbericht. Strafrecht Besonderer Teil – Vermögensdelikte», *ZStW* (96), 1984, pp. 67-106.

Brian M. MALSBERGER, *Covenants Not to Compete. A State-by-State Survey*, Arlington (BNA Books) 2007.

– *Trade Secrets. A State-by-State Survey*, 3ª ed., volúmenes I y II, Washington (BNA Books) 2005.

MALZER, «Anmerkung zur BGH 23.5.1975 – *Speiseeis*», *GRUR* (10), 1975, pp. 557-558.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 4ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2014 (citado: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEconPG*).

– *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 4ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2013 (citado: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEconPE*).

– *Delitos relativos al secreto de empresa*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2010.

Francisco MARTÍNEZ SANZ, *Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid (Tecnos) 2009.

Antonio MARTÍN VALVERDE/Fermín RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/Joaquín GARCÍA MURCIA, *Derecho del trabajo*, 19ª ed., Madrid (Tecnos) 2010.

Lorenzo DE MARTINIS/Francesca GAUDINO/Thomas S. RESPESS, *Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market*, 2013 (estudio de BAKER&MCKENZIE por encargo de la Comisión Europea. Referencia del contrato: MARKT/2011/128/D. Consultable en: http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf).

José MASSAGUER FUENTES, «La Cláusula de Prohibición de la Competencia Desleal», en FERRÁNDIZ GABRIEL (dir.), *Competencia Desleal y Defensa de la Competencia*, Madrid (CGPJ) 2002, pp. 95-142.

– *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid (Civitas) 1999.

– *El contrato de licencia de know-how*, Barcelona (Bosch) 1989.

Matt MATRAVERS, «Duff on hard treatment», en Rowan CRUFT/Matthew H. KRAMER/Mark R. REIFF (eds.), *Crime, punishment and responsibility: the jurisprudence of Anthony Duff*, Oxford (Oxford University Press) 2011, pp. 68-82.

Reinhart MAURACH/Friedrich Christian SCHROEDER/Manfred MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, Teilband 1, 10ª ed., Heidelberg (C.F. Müller) 2009.

Wolfgang MAUTZ/Nicole LÖBLICH, «Nachvertraglicher Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2000, pp. 67-73.

Hellmuth MAYER, «Der Verbrechensbegriff», *Deutsches Strafrecht* (3-4), 1938, pp. 73-107.

Tobias MEILI, *Der Schutz von Know-how nach Schweizerischem und Internationalem Recht – Anpassungsbedarf nach dem TRIPS-Abkommens?*, Bern (Stämpfli) 2000.

Blanca MENDOZA BUERGO, «La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto», *RDPC* (9), 2002, pp. 39-82.

Peter MES, «Arbeitsplatzwechsel und Geheimnisschutz», *GRUR* (9), 1979, pp. 584-593.

Roger M. MILGRIM/Eric E. BENSON, *Milgrim on Trade Secrets*, New Providence (Mathew Bender-Lexis Nexis) 1967- (actualización de 2010).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD, *Estrategia española de ciencia y tecnología y de innovación 2013-2020*, consultable en: http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Investigacion/FICHEROS/Estrategia_espanola_ciencia_tecnologia_Innovacion.pdf (última visita el 17.8.2015).

Josep Miquel 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*, Madrid (CGPJ) 1997, pp. 169-207.

Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Barcelona (Reppertor) 2015 (citado: MIR PUIG, *PG*).

– «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*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2009, vol. II, pp. 1357-1382 (citado: *LH-Vives Antón*).

– *Estado, pena y delito*, Buenos Aires (BdF) 2006.

– «Límites del normativismo en Derecho penal», *RECPC* (07-18), 2005, pp. 1-24.

– «Dogmática creadora y política criminal», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona (Ariel) 1994, pp. 11-27.

– «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena», en EL MISMO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona (Ariel) 1994, pp. 171-179.

– «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi», *Estudios penales y criminológicos* (14), 1989-1990, pp. 203-216.

– «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADPCP* (41), 1988, pp. 661-683.

– «La perspectiva “ex ante” en Derecho penal», *ADPCP* (36), 1983, pp. 5-22.

– *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Barcelona (Bosch) 1982. (citado: MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*).

– *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona (Bosch) 1976.

Fernando MIRÓ LLINARES, «Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del tribunal supremo. (II) Tipo “subjetivo”», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ/EL MISMO (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Las Rozas (La Ley) 2013, pp. 253-286.

Manfred MÖHRENSCHLAGER, «Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen», en Heinz-Bernd WABNITZ/Thomas JANOVSKY (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4ª ed., München (Beck) 2014, pp. 909-944 (citado: Wabnitz/Janovsky/MÖHRENSCHLAGER, *HdBWStR*, 4ª ed., 2014, nm.).

Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona (Bosch) 2001.

– «La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho penal», en Agustín JORGE BARREIRO (ed.), *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Cizur Menor (Civitas) 2005, pp. 691-742 (citado: LH-Rodríguez Mourullo).

Josef MOLKENBUR, «Pflicht zur Geheimniswahrung nach Ende des Arbeitsverhältnisses?», *BB* (17), 1990, pp. 1196-1200.

Miquel MONTAÑÁ MORA, «La aplicación del acuerdo ADPIC (TRIPS) en España», en AA.VV., *Estudios sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Derecho de la Competencia. Homenaje a A. Bercovitz*, Barcelona (Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial) 2005, pp. 711-740.

Juan Pablo MONTIEL, *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, Madrid (La Ley) 2009.

Fermín MORALES PRATS/Esther MORÓN LERMA, «Arts. 278-280», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte especial del Código penal*, 9ª ed., Cizur Menor (Aranzadi) 2011, pp. 854-878.

Antonio MORENO CÁNOVES/Francisco RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza (EDIJUS) 1996.

Carlos MORENO MANGLANO (dir.), *Manual de Derecho del trabajo*, 11ª ed., Cizur Menor (Aranzadi) 2011.

Esther MORÓN LERMA, *La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico*, 2002 (<http://www.tesisenred.net/handle/10803/5066>).

Friedrich MÜLLER/Ralph CHRISTENSEN, *Juristische Methodik*, t. I., 9ª ed., Berlin (Duncker & Humblot) 2004.

Steffen MÜLLER, *Der Schutz von Know-how nach dem TRIPS-Übereinkommen*, Münster (Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat) 2003.

Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch) 2013.

Uwe MURMANN, «Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung», en Hans-Ullrich PAEFFGEN *et al.* (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin (Duncker & Humblot) 2012, pp. 768-789 (citado: FS-Puppe).

Karl NASTELSKI, «Der Schutz des Betriebsgeheimnisses», *GRUR* (1), 1958, pp. 1-8.

Hedieh NASHERI, *Economic espionage and industrial spying*, Cambridge (Cambridge University Press) 2005.

Sharon D. NELSON/Charles R. WOLFE jr., «Tightening the White Collar: The Criminalization of Trade Secret Theft», *The American Criminal Law Review* (14), 1976-1977, pp. 797-822.

Ulfrid NEUMANN, «Alternativas: ninguna. Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico», *Cuadernos de Política Criminal* (93), 2007, pp. 5-16.

– «Die Moral des Rechts. Deontologische und Konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral», en B. Sharon BYRD/Joachim

HRUSCHKA/Jan C. JOERDEN (eds.), *Zurechnung von Verhalten. Jahrbuch für Recht und Ethik*, t. 2, Berlin (Duncker & Humblot) 1994, pp. 81-94.

– «Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des “Opfers”», *Juristische Arbeitsblätter* (5), 1987, pp. 244-256.

Carlos Santiago NINO, *Introducción al Análisis del Derecho*, 10ª ed., Barcelona (Ariel) 2001.

Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO, *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, Madrid (McGraw Hill) 1998.

Wilhelm NOLTING-HAUFF, «Patentverletzung und Geheimnisschutz», *GRUR* (9), 1930 pp. 907-912.

OFFICE OF THE NATIONAL COUNTERINTELLIGENCE EXECUTIVE, *Foreign Spies Stealing US Economic Secrets in Cyberspace*, 2011 (consultable en: http://www.ncix.gov/publications/reports/fecie_all/Foreign_Economic_Collection_2011.pdf; última visita el 5.2.2015).

Ansgar OHLY, «§ 17», en EL MISMO/Olaf SOSNITZA, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 6ª ed., München (Beck) 2014, pp. 1081-1104 (citado: OHLY/Sosnitza, *UWG*, 6ª ed., 2014, § 17 nm.).

Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, «¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del Derecho penal», en Juan Pablo MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid (Marcial Pons) 2012, pp. 173-205.

– «Delitos contra la Administración Pública», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Barcelona (Atelier) 2015, pp. 357-386.

– *La excusa del positivismo*, Cizur Menor (Aranzadi) 2007.

– «La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO *et al.* (coord.), *Estudios penales en*

recuerdo del profesor Ruiz Antón, Valencia (Tirant lo Blanch) 2004, pp. 859-893 (citado: LH-Ruiz Antón).

Pilar OTERO GONZÁLEZ, *La circunstancia atenuante analógica en el Código penal de 1995*, Valencia (Tirant lo Blanch) 2003.

Juliet Ruth OTTEN, «The inevitable disclosure doctrine in Illinois: is it an inevitable mistake?», *The John Marshall Review of Intellectual Property Law* (2), 2003, pp. 379-397.

Harro OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., Berlin (WdG) 2004.

– «Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung», en Ellen SCHLÜCHTER (ed.), *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag*, Lübeck (Schmidt-Römhild) 1995, pp. 603-622 (citado: FS-Geerds).

– «§ 17», en Otto TEPLITZKY (ed.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG. Großkommentar*, 1ª ed., Berlin (WdG) 1991, pp. 162-187 (citado: GK-UWG/OTTO, 1991, § 17 nm.).

«Eigenverantwortliche Selbstschädigung und –gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und –gefährdung», en Hans-Heinrich JESCHECK *et al.* (eds.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, Berlin (de Gruyter) 1989, pp. 157-176 (citado: FS-Tröndle).

Joaquín Francisco PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, *El Código penal concordado y comentado*, t. III, 5ª ed., Madrid (Manuel Tello) 1881.

José Manuel PALMA HERRERA, «Artículo 298», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. IX, Madrid (Edersa) 1999, pp. 603-656.

Sonya P. PASSI, «Compensated injunctions: a more equitable solution to the problem of inevitable disclosure», *Berkeley Technology Law Journal* (27), 2012, pp. 927-955.

Nuria PASTOR MUÑOZ, «La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho penal patrimonial y económico», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ/Fernando MIRÓ LLINARES (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Las Rozas (La Ley) 2013, pp. 85-109.

– «Herausforderung bei der Vermögensschadenberechnung im Lichte der Entwicklung des spanischen Vermögens- und Wirtschaftsstrafrechts», en Mark A. ZÖLLER (ed.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlin (Duncker & Humblot) 2013, pp. 1447-1468 (versión alemana del artículo anterior).

– «Apropiación indebida», en Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Práctico. Penal económico y de la empresa*, Madrid (Francis Lefebvre) 2011, pp. 421-443.

– «Delitos societarios», en Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Práctico. Penal económico y de la empresa*, Madrid (Francis Lefebvre) 2011, pp. 635-669.

– *La determinación del engaño típico*, Barcelona (Marcial Pons) 2004.

Nuria PASTOR MUÑOZ/Ivó COCA VILA, «Tema 11. Delitos contra el patrimonio (II)», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., 2015, pp. 253-275.

Michael PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen (Siebeck) 2012.

– *Person, Subjekt, Bürger*, Berlin (Duncker & Humblot) 2004.

Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust. (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la Competencia desleal)», *Revista de Derecho Mercantil* (159), 1981, pp. 7-147.

Abdón PEDRAJAS MORENO/Tomás SALA FRANCO, *El pacto de no concurrencia postcontractual*, Valencia (Tirant lo blanch) 2005.

Enrique PEÑARANDA RAMOS, «La pena: nociones generales», en Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Cizur Menor (Civitas) 2011, pp. 221-260.

Mercedes PÉREZ MANZANO, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», en Miguel BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal* (Parte especial), vol. II, Madrid (Ramón Areces) 1998.

– «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en Andrés MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Madrid (CGPJ) 1994, pp. 221-251.

Manuel PÉREZ PÉREZ, *Invenções laborales de trabajadores, profesores universitarios y personal investigador*, Madrid (Civitas) 1994 (citado: PÉREZ PÉREZ, *Invenções laborales*).

Carlos 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*, Madrid (CGPJ) 1997, pp. 105-144.

Walter PERRON, «§ 263», en Albin ESER (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München (Beck) 2014, pp. 2485-2555 (citado: *Schö/Schrö*-PERRON, 29ª ed., 2014, § 263 nm.).

– «§ 266», en Albin ESER (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München (Beck) 2014, pp. 2620-2659 (citado: *Schö/Schrö*-PERRON, 29ª ed., 2014, § 266 nm.).

Alexander PEUKERT, «§1», en Otto TEPLITZKY (ed.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG. Großkommentar*, 2ª ed., Berlin (de Gruyter) 2014, pp. 640-749 (citado: *GK-UWG/PEUKERT*, 2ª ed., 2014, § 1 nm.).

– «§ 3», en Otto TEPLITZKY (ed.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG. Großkommentar*, 2ª ed., Berlin (de Gruyter) 2014, pp. 980-1312 (citado: *GK-UWG/PEUKERT*, 2ª ed., 2014, § 3 nm.).

Henning PIPER, «Zur Wettbewerbswidrigkeit des Einbrechens in fremde Vertragsbeziehungen durch Abwerben von Kunden und Mitarbeitern», *GRUR* (9) 1990, pp. 643-650.

James POOLEY *et al.*, *Trade Secrets*, New York (Law Journal Press) 1997- (última actualización 2011).

James H.A. POOLEY/Mark A. LEMLEY/Peter J. TOREN, «Understanding the Economic Espionage Act», *Texas Intellectual Property Law Journal* (5), 1996-1997, pp. 177-229.

Michael E. PORTER, *The competitive advantage of nations*, New York (Free Press) 1990.

– *Ventaja competitiva. Creación y sostenimiento de un desempeño superior* (1985; trad. M^a Asunción de la Campa Pérez Sevilla), México (Compañía Editorial Continental) 1987.

Pedro PORTELLANO DÍEZ, «Protección de la información no divulgada», en Juan Luis IGLESIAS PRADA (coord.), *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la Organización Mundial del Comercio: el acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*, vol. 1, Madrid (CEFI) 1997, pp. 335-362.

Richard A. POSNER, «Trade Secret Missappropriation: a Cost-Benefit Response to the Fourth Amendment Analogy», *Harvard Law Review* (106), 1992, pp. 461-478.

Ulrich PREIS, «§ 611 BGB», en Thomas DIETRICH/Peter HANAU/Günter SCHAUB, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 9^a ed., München (Beck) 2009 (citado: *ErfK/PREIS*, 9^a ed., 2009, § 611 BGB nm.).

Ulrich PREIS/Roland REINFELD, «Schweigepflicht und Anzeigerecht im Arbeitsverhältnis», *Arbeit und Recht* (12), 1989, pp. 361-374.

Rachal PUGH, «Bernier vs. Merrill Air Engineers», *Berkeley Technology Law Journal* (17), 2002, pp. 231-250.

Ingeborg PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., Göttingen (Vandenhoeck & Ruprecht) 2014.

– «Vor. §§ 13 ff.», en Urs KINDHÄUSER *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch. Nommos Kommentar*, vol. 1, 4ª ed., Baden-Baden (Nomos) 2013, pp. 455-578 (citada: NK-PUPPE, 4ª ed., 2013, Vor. §§ 13 ff. nm.).

– «Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20.11.2008», *Goldammer's Archiv* (8), 2009, p. 486-496.

– «Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt», *ZIS* (6), 2007, pp. 247-253.

Joan J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, vol. 1, Barcelona (Llibreria Bosch) 1987.

Antonio QUINTANO RIPOLLÉS/Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, t. I y II (Infracciones contra la personalidad), 2ª ed., Madrid (Revista de Derecho privado) 1972.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES, «De la receptación y el blanqueo de capitales», en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. II, 6ª ed., Cizur Menor (Aranzadi) 2011, pp. 429-439.

David W. QUINTO/Stuart H. SINGER, *Trade Secrets. Law and Practice*, New York (Oxford) 2009.

Ramon RAGUÉS I VALLÈS, «La doctrina de la ignorancia deliberada y su aplicación al Derecho penal económico-empresarial», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ/Fernando MIRÓ LLINARES, (dir.), *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Las Rozas (La Ley) 2013, pp. 287-320.

– *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona (Atelier) 2007.

– «Tres grandes dilemas de la dogmática penal del s. XXI», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* (2), 2001, pp. 523-547.

– *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona (Bosch) 1999.

Hermann REICHOLD, «§ 47 Grundlagen und Übersicht über die Nebenpflichten», Reinhard RICHARDI/Otfried WLOTZKE/Hellmut WISSMANN/Hartmut OETKER (eds.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, vol. 1, 3ª ed., München (Beck) 2009 (citado: *MiArbR*/REICHOLD, 3ª ed., 2009, § 47 nm.).

Dietrich REIMER, «§ 17 UWG», en Eugen ULMER (ed.), *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, vol. 3, Köln (Carl Heymanns) 1965- (citado: Ulmer/REIMER, *UnWettEWG*, vol. 3, 1968).

Eduard REIMER, «Der zu verstärkende Schutz für das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis», *GRUR* (7), 1930, pp. 733-739.

Eduard REIMER/Hans SCHADE/Helmut SCHIPPEL, *Das recht der Arbeitnehmererfindung*, 6ª ed., Berlin (Erich Schmidt) 1993.

Rudolf RENGIER, «§ 17», en Karl-Heinz FEZER (ed.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, vol. 2, Beck (München) 2010, pp. 1208-1229 (citado: Fezer/RENGIER, *LautR*, 2010, § 17 nm.).

Antonio REVERTE NAVARRO, «Artículo 1255 Cc», en Manuel ALBALADEJO/Silvia DíEZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Madrid (Edersa) 1978- (1993), pp. 1-197 (edición electrónica de VLex).

P. Jerome RICHEY/Margaret J. BOSIK, «Trade Secrets and Restrictive Covenants», *The Labor Lawyer* (4), 1988, pp. 21-34.

Swantje RICHTERS/Carolina WODTKE, «Schutz von Betriebsgeheimnissen aus Unternehmenssicht», *NZA-Rechtsprechungs-Report* (6), 2003, pp. 281-288.

Walter RINGIER, *Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse*, Bern (Lierow & Co.) 1923.

Michael RISCH, «Trade secret law and information development incentives», en Rochelle C. DREYFUSS/Katherine J. STRANDBURG (eds.), *The Law and Theory of Trade Secrecy*, Cheltenham (Edward Elgar) 2011, pp. 152-182.

Lennart RITTER/W. David BRAUN, *European Competition Law*, 3ª ed., Deventer (Kluwer Law) 2005.

Ricardo ROBLES PLANAS, «Delitos contra el patrimonio (I)», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Barcelona (Atelier) 2015, pp. 225-251.

– (director), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, Buenos Aires (BdF) 2014.

– «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret* (4), 2013, pp. 1-21.

– «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal», en EL MISMO (ed.), *Límites al Derecho penal*, Barcelona (Atelier) 2012, pp. 19-47.

– «La identidad de la dogmática jurídico-penal», *ZIS* (2), 2010, pp. 134-142.

– *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid (Marcial Pons) 2003.

José María RODRÍGUEZ DE VESA/Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª ed., Madrid (Dykinson) 1994.

Klaus ROGALL, «Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB)», *NSZ* (1), 1983, pp. 1-9.

Sabine ROJAHN, «§ 43», en Ulrich LOEWENHEIM/Gerhard SCHRICKER (eds.), *Urheberrecht. Kommentar*, 4ª ed., München (Beck) 2010.

Julia ROPERO CARRASCO, «¿Hay que “merecer” la protección del derecho penal?: derechos y deberes de las víctimas», en Rafael ALCÁ CER

GUIRAO/Antonio CUERDA RIEZU (dir. cong.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos: IX jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005*, Madrid (Dykinson) 2006, pp. 115-138.

Otto RÖPKE, *Arbeitsverhältnis und Arbeitnehmererfindung*, Düsseldorf (Rechtsverlag GMBH Düsseldorf) 1962.

Alfred ROSENTHAL, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 9ª ed., Berlin (Franz Vahlen) 1969.

Claus ROXIN, «La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad», *InDret* (1), 2013, p. 1-26 (trad. Peñaranda Ramos).

– «Zur einverständlichen Fremdgefährdung», *JZ* (8), 2009, p. 399-403.

– *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 4ª ed., München (Beck) 2006 (citado: ROXIN, *AT I*).

– *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, vol. II, München (Beck) 2003 (citado: ROXIN, *AT II*).

– *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires (Hammurabi) 2000 (original: 2ª ed., 1973; trad. Muñoz Conde).

– «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en Karl LACKNER *et al.* (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin (WdG) 1973, pp. 241-259.

– *Política criminal y sistema de Derecho penal*, Barcelona (Bosch) 1972 (trad. Francisco Muñoz Conde).

– *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. V. Berlin (39), 1970.

Elisabeth A. ROWE, «When Trade Secrets Become Shackles: Fairness and the Inevitable Disclosure Doctrine», *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property* (7), 2005, pp. 167-226.

Hans-Joachim RUDOLPHI, «Vor § 1 StGB», en EL MISMO *et al.* (dir.) *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied (Luchterhand) 1994- (citado: SK-RUDOLPHI, 1994-, Vor § 1 nm.).

– «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», en AA.VV., *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970*, Göttingen (Otto Schwartz) 1970, pp. 151-167.

Christopher A. RUHL, «Corporate and Economic Espionage: a Model Penal Approach for Legal Deterrence to Theft of Corporate Trade Secrets and Proprietary Business Information», *Valparaiso University Law Review* (33), 1998-1999, pp. 763-811.

Stefan RÜTZEL, «Illegale Unternehmensgeheimnisse?», *GRUR* (8/9), 1995, pp. 557-561.

Bernd RÜTHERS/Christian FISCHER/Axel BIRK, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, München (Beck) 2013.

Carsten SAGLER/Anja BREITFELD, «Regelungen zum Schutz von betrieblichem know-how – die Sicherung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen», *BB* (3), 2005, pp. 154-158.

Erich SAMSON, «Anhangen zu § 16 StGB», en Hans-Joachim RUDOLPHI *et al.* (dir.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied (Luchterhand) 1994- (citado: SK-SAMSON, 1994-, Anh. § 16 nm.).

Pamela SAMUELSON/Suzanne SCOTCHMER, «The Law and Economics of Reverse Engineering», *Yale Law Journal* (111), 2001-2002, pp. 1575-1663.

Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS, *Estudios jurídicos sobre el mercado de valores*, Cizur Menor (Navarra) 2008.

Fernando SÁNCHEZ CALERO, «Las costumbres de probidad en la competencia y los secretos industriales», en Luis SÁNCHEZ AGESTA (dir.), *La empresa y el orden económico y social*, Anales de Moral Social y Economía, Madrid (Centro de Estudios Sociales de la Santa Cruz del Valle de los Caídos) 1966.

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Fundamentos de política criminal: un retorno a los principios*, Madrid (Marcial Pons) 2012.

– «Relevancia de las definiciones legales en la aplicación del Derecho penal», en Juan Pablo MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid (Marcial Pons) 2012, pp. 207-224.

– *¿Encubridores o cómplices?*: contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas, Madrid (Thomson-Civitas) 2004.

Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid (Marcial Pons) 2002.

Sharon K. SANDEEN, «The Cinderella of Intellectual Property Law: Trade Secrets», en Peter K. YU (ed.), *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age*, (Praeger) 2007, pp. 399-420.

Friedrich SCHAFFSTEIN, «Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten», en Günter STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin (WdG) 1974, pp. 557-578.

– «Das Verbrechen eine Rechtsgutverletzung?», *Deutsches Strafrecht* (4), 1935, pp. 97-105.

Klaus SCHAFHEUTLE, *Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat im deutschen und schweizerischen Strafrecht*, Dissertation, Freiburg 1972.

Richard SCHLÖTTER, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und die Abwerbung von Arbeitnehmern*, Köln (Heymanns) 1997.

Eberhard SCHMIDHÄUSER, «Handeln mit Einwilligung des Betroffenen – strafrechtlich: eine scheinbare Rechtsgutsverletzung», en Ellen SCHLÜCHTER (ed.), *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag*, Lübeck (Schmidt-Römhild) 1995, pp. 593-602 (citado: FS-Geerds).

– *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Tübingen (Mohr Siebeck) 1975.

Eberhard SCHMIDT, «Schlägermenschur und Strafrecht», *JZ* (12), 1954, pp. 369-374.

– «Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes?», en SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (ed.), *Verhandlungen des sechsunddreißigsten Deutschen Juristentages*, Berlin (WdG) 1930, pp. 101-238.

Carl SCHRAMM, *Betriebsespionage und Geheimnisverrat*, Mannheim (J. Bensheimer) 1930.

Gerhard SCHRICKER/Ulrich LOEWENHEIM, «Einleitung», en Ulrich LOEWENHEIM/Gerhard SCHRICKER (eds.), *Urheberrecht. Kommentar*, 4ª ed., München (Beck) 2010.

Jörg SCHULZE ZUR WIESCHE, «Anmerkung zur BGH vom 23. November 1979», *GRUR* (5a), 1980, pp. 296-299.

Heribert SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen (Mohr) 1986.

Wolfgang B. SCHÜNEMANN, «§ 1», en Henning HARTE-BAVENDAMM/Frauke HENNING-BODEWIG (ed.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 2ª ed., Beck (München) 2009, pp. 603-629 (citado: Harte/Henning/W. SCHÜNEMANN, 2ª ed., 2009, § 1 nm.).

– «§ 3», en Henning HARTE-BAVENDAMM/Frauke HENNING-BODEWIG (ed.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 2ª ed., Beck (München) 2009, pp. 712-820 (citado: Harte/Henning/W. SCHÜNEMANN, 2ª ed., 2009, § 3 nm.).

Bernd SCHÜNEMANN, «§ 266», en Wilhelm LAFHÜTTE *et al.* (eds.) *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, tomo IX, 12ª ed., Berlin (WdG) 2012, pp. 653-880 (citado: LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2012, § 266 nm.).

– «§ 203», en Wilhelm LAFHÜTTE *et al.* (eds.) *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, tomo VI, 12ª ed., Berlin (WdG) 2010 (citado: LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2010, § 203 nm.).

– «Protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho liberal», en Ricardo ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, Barcelona (Atelier) 2012, pp. 63-85 (original: 2006; trad. Eduardo Javier Riggi/Ricardo Robles Planas).

– «¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?», en EL MISMO, *Obras*, t.II, Buenos Aires (Rubinzal-Culzoni) 2009, pp. 219-242 (original: 1992; trad. Teresa Rodríguez Montañés).

– «De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo», en EL MISMO, *Obras*, t.I, 2009, pp. 417-436 (original: FS-Hirsch, 1999; trad. Mariana Sacher/Carlos Suárez González).

– «Aporías de la teoría de la pena en la filosofía», *InDret* (2), 2008, pp. 1-17.

– «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación», en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, Madrid (Marcial Pons) 2007, pp. 197-226 (original: 2003; trad. María Martín Lorenzo/Mirja Feldmann).

– «Rechtsgüterschutz, *ultima ratio* und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat», en Andrew VON HIRSCH/Kurt SEELMANN/Wolfgang WOHLERS (ed.), *Mediating principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden (Nomos) 2006, pp. 18-35.

- «§ 25», en Wilhelm LAFHÜTTE *et al.* (eds.) *Strafgesetzbuch. Leipzigerkommentar*, tomo I, 12ª ed., Berlin (WdG) 2007, pp. 1844-1964 (citado: LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 25 nm.).

- «Vor § 26», en Wilhelm LAFHÜTTE *et al.* (eds.) *Strafgesetzbuch. Leipzigerkommentar*, tomo I, 12ª ed., Berlin (WdG) 2007, pp. 1965-1984 (citado: LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, Vor § 26 nm.).

- «§ 27», en Wilhelm LAFHÜTTE *et al.* (eds.) *Strafgesetzbuch. Leipzigerkommentar*, tomo I, 12ª ed., Berlin (WdG) 2007, pp. 2027-2063 (citado: LK-SCHÜNEMANN, 12ª ed., 2007, § 27 nm.).

- «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*, Herbolzheim (Centaurus) 2002, pp. 51-87.

- «Sistema del Derecho penal y victimodogmática», en José Luis Díez RIPOLLÉS *et al.* (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid (Tecnos) 2002, pp. 159-172 (citado: LH-Cerezo Mir).

- «De un concepto filológico a un concepto tipológico del dolo», en EL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid (Tecnos) 2002, pp. 97-111 (original: FS-Hirsch, 1999; trad.: Mariana Sacher y Carlos Suárez González).

- «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*, Madrid (UNED) 2001, pp. 634-663.

- «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en EL MISMO/Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid (Tecnos) 1991, pp. 31-80 (original: 1984; traducción: Jesús-María Silva Sánchez).

- «Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im

Strafrecht», en Wolfgang ZEILDER *et al.* (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Faller*, München (Beck) 1984, pp. 357-372 (citado: FS-Faller).

– «Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre», en Günter KOHLMANN (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, t. I, Köln (Peter Deubner) 1983, pp. 169-186 (citado: FS-Klug).

– «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts», en Arthur KAUFMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, München (Beck) 1979, pp. 117-132 (citado: FS-Bockelmann).

– «Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen», *ZStW* (1), 1978, pp. 11-63.

– «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA*, 1975, pp. 435-444; 511-516; 575-584; 647-656; 715-724; 787-798.

Brent SCHWAB, *Arbeitnehmererfindungsrecht*, 3^a ed., Baden-Baden (Nomos) 2014.

Kurt SEELMANN, «Intereses de la víctima y responsabilidad por la acción en la dogmática de los deberes de garante», en EL MISMO, *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Barcelona (Marcial Pons) 2013, pp. 151-170 (original: 1989; trad. Albert Estrada i Cuadras).

– «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*, Barcelona (Marcial Pons) 2013, pp. 103-114 (original: 1993; trad. Albert Estrada i Cuadras).

Julius L. SELIGSOHN, *Geheimnis und Erfindungsbesitz*, Berlin/Leipzig (Vereinigung Wissenschaftlicher Verleger) 1921.

Franz Jörg SEMLER, «Die Mißachtung vertraglicher Bindungen Dritter als Wettbewerbsverstoß», *GRUR* (11), 1983, pp. 625-628.

Jose R. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, «Consideraciones en torno a la protección penal del Know-how», *ADPCP* (43), 1990, pp. 859-877.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, «Las falsedades documentales», en EL MISMO (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Barcelona (Atelier) 2015, pp. 341-355.

– «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret Penal* (3), 2014, pp. 1-20.

– «El resultado, siempre el resultado», *Editorial Indret Penal* (2), 2013, pp. 1-2.

– «De nuevo, el perdón», *InDret* (4), 2011, pp. 1-3.

– *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Montevideo (BdF) 2010.

– «Perdonar», *InDret* (1), 2009, pp. 1-2.

– «Delito y daño: una puntualización», *Editorial Indret Penal* (3), 2008, pp. 1-2.

– «La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas», en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT/José Antonio CARO JOHN (ed.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 2008, pp. 201-213 (citado: LH-*Jakobs*).

– «Zur sogenannten teleologischen Auslegung», Michael PAWLIK/Rainer ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, Köln (Carl Heymanns) 2007, pp. 645-661 (citado: FS-*Jakobs*).

– *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., Buenos Aires (Ad-hoc) 2003.

– «Reflexiones sobre las bases de la política criminal», en José CEREZO MIR *et al.* (ed.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje*

al profesor doctor don Ángel Torío López, Granada (Comares) 1999, pp. 209-220 (citado: LH-Torío López).

– «Artículo 11», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. I, Madrid (Edersa) 1999, pp. 441-488.

– «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en EL MISMO (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona (Bosch) 1997, pp. 17-30 (citado: LH-Roxin).

– «La regulación del *iter criminis* (artículos 16-18)», en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona (J.M. Bosch) 1997, pp. 121-157.

– «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “víctimo-dogmática”», en CGPJ (ed.), *La victimología*, Madrid (CGPJ) 1993, pp. 13-52. (citado: «La consideración del comportamiento de la víctima»).

– «La receptación específica», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, Madrid (EDERSA) 1990, pp. 479-500.

– «Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º Cp», *RJCat* (92), 1993, pp. 25-58.

David W. SLABY/James C. CHAPMAN/Gregory P. 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. 321-348.

Olaf SOSNITZA, «§ 3», en Peter W. HEERMANN/Jochen SCHLINGLOFF (ed.), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, vol. 1, 2ª ed., Beck (München) 2014, pp. 1059-1087 (citado: *MiKoUWG/SOSNITZA*, 2ª ed., 2014, § 3 nm.).

Detlev STERNBERG-LIEBEN/Nikolaus BOSCH, «§ 77», en Albin ESER (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München (Beck) 2014, pp. 1163-1173 (citado: *Schö/Schrö*-STERNBERG-LIEBEN/BOSCH, 29ª ed., 2014, § 77 nm.).

Günter STRATENWERTH, «Sobre la legitimación de los “delitos de conducta”», en Ricardo ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, Barcelona (Atelier) 2012, pp. 237-247 (original: 2006; trad. Ramon Ragués i Vallès).

– «Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten», en Hans-Ullrich PAEFFGEN *et al.* (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin (Duncker & Humblot) 2012, pp. 1017-1024 (citado: *FS-Puppe*).

– *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires (Hammurabi) 2006 (originales: 1963, 1975; traductores: Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer).

– «Zum Begriff des “Rechtsgutes”», en Albin ESER *et al.* (eds.), *Festschrift für Theodor Leckner zum 70. Geburtstag*, München (Beck) 1998, pp. 377-391.

Günter STRATENWERTH/Lothar KUHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I: die Straftat*, 6ª ed., Köln (Heymanns) 2011 (citado: STRATENWERTH/KUHLEN, *AT I*).

Walter STREE/Nicolaus BOSCH, «Vor. §§ 13 ff.», en Albin ESER (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München (Beck) 2014, pp. 196-206 (citado: *Schö/Schrö*-STREE/BOSCH, 29ª ed., 2014, § 263 nm.).

– «§ 13», en Albin ESER (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., München (Beck) 2014, pp. 206-232 (citado: *Schö/Schrö*-STREE/BOSCH, 29ª ed., 2014, § 13 nm.).

Herbert STUMPF, *Der Know-how Vertrag*, 3ª ed., Heidelberg (Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft) 1977.

Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, «Art. 278», «Art. 279» y «Art. 280 Cp», en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid (Civitas) 1997, pp. 802-809.

– «Art. 298» en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid (Civitas) 1997, pp. 851-857.

Áurea SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de competencia desleal*, Cizur Menor (Civitas) 2009.

Geraldine 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. 853-921.

Jürgen TAEGER, *Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, Baden-Baden (Nomos) 1988.

Josep M. TAMARIT SUMALLA, *La Víctima en el Derecho Penal. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*, Pamplona (Aranzadi) 1998.

Anxo TATO PLAZA/Pablo FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/Christian HERRERA PETRUS, *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid (La Ley) 2010.

Juan TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid (Trotta) 1995.

Adolf THANNER, *Der Schutz gegen Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, Borna-Leipzig (Robert Noske) 1910.

Günther THIELE, *Das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis in § 17 UWG*, Würzburg (Konrad Triltsch) 1934.

Klaus TIEDEMANN, «§ 263», en Wilhelm LAFHÜTTE *et al.* (eds.) *Strafgesetzbuch. Leipzigerkommentar*, tomo IX, 12ª ed., Berlin (WdG) 2012, pp. 66-340 (citado: LK-TIEDEMANN, 12ª ed., 2012, § 263 nm.).

– *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 3ª ed., München (Vahlen) 2011 (citado: TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht-BT*).

– «§ 85 Verletzung von Geheimhaltungspflichten», en EL MISMO, *GmbH-Strafrecht Kommentar*, 4ª ed., Köln (Otto Schmidt) 2002, pp. 222-247 (citado: *GmbH-Strafrecht Kommentar*/TIEDEMANN, 2002, § 85 nm.).

Hans W. TÖBBENS, «Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb», *Wettbewerb in Recht und Praxis* (5), 2005, pp. 552-561.

– «Wirtschaftsspionage und Konkurrenzausspähung in Deutschland», *NSfZ* (10), 2000, p. 505-512.

Ángel TORÍO LÓPEZ, «Significación dogmática de la “compensación de culpas” en Derecho penal», en SEMINARIO DE DERECHO PENAL (coord.), *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela (Universidade de Santiago de Compostela) 1989, pp. 709-723 (citado: LH-Fernández-Albor).

Robert TREADWELL, *Der Schutz von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen im schweizerischen Wettbewerbsrecht*, Zürich (Keller) 1956.

Alois TROLLER, «Das technische Geheimnis im System des Immaterialgüterrechts», *GRUR* (8/9), 1958, pp. 385-394.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ), *PRO IP Act Annual Report FY2012*, diciembre de 2012, p. 16 y s. (consultable en <http://www.justice.gov/dag/iptaskforce/proipact/doj-pro-ip-rpt2012.pdf>; última visita el 21.11.2013).

Alberto VALDÉS ALONSO, *Propiedad intelectual y relación de trabajo: la transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través del contrato de trabajo. Artistas, programadores informáticos y producción audiovisual*, Madrid (Civitas) 2001 (citado: VALDÉS ALONSO, *Propiedad intelectual y relación de trabajo*).

Fermín MORALES PRATS, «Artículo 283», en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., Cizur Menor (Aranzadi) 2011, pp. 897-899.

Salvador VIADA Y VILASECA/Salvador VIADA Y RAURET, *Código penal reformado de 1870*, tomo VI, 5ª ed., Madrid *et al.* (Reus *et al.*) 1927.

Caty VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia (Tirant lo Blanch) 1997.

Joachim VOGEL, «§ 15», en Wilhelm LAFHÜTTE *et al.* (eds.) *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, tomo I, 12ª ed., Berlin (WdG) 2007, pp. 991-1115 (citado: LK-VOGEL, 12ª ed., 2007, § 15 nm.).

Bernhard VOLMER, «Zur Problematik des technischen Verbesserungsvorschlages», *BB* (34), 1960, pp. 1332-1334.

Bernhard VOLMER/Dieter GAUL, *Arbeitnehmererfindungsgesetz*, 2ª ed., München (Beck) 1983 (citado: *ArbErfG-VOLMER/GAUL*, 2ª ed., 1983).

Susan Street WHALEY, «The inevitable disaster of inevitable disclosure», *University of Cincinnati Law Review* (67), 1999, pp. 809-857.

Susanne WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung*, Freiburg i. B. (Max-Planck-Institut) 1991.

Artur-Axel WANDTKE, «§ 43», en Artur-Axel WANDTKE/Winfried BULLINGER, *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4ª ed., München (Beck) 2014.

Kai WAWRZINEK, *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, Hamburg (Kovač) 2010.

George WEI, «Surreptitious takings of confidential information», *Legal Studies* (12), 1992, pp. 302-331.

Thomas WEIGEND, «§ 13», en Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE *et al.* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch*, 12ª ed., Berlin (de Gruyter) 2006 (citado: LK-WEIGEND, 12ª ed., 2007, § 13 nm.).

Hans WELZEL, «Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes», en AA.VV., *Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag*, Berlin (WdG) 1994, pp. 101-119 (citado: FS-Kohlrausch).

– *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin (WdG) 1969.

Frank WERTHEIMER, «Bezahlte Karenz oder entschädigungslose Wettbewerbsenthaltung des ausgeschiedenen Arbeitnehmers?», *BB* (31), 1999, pp. 1600-1603.

Ingo WESTERMANN, *Handbuch Know-how-Schutz*, Beck (München) 2007.

Andreas WIEBE, *Know-how-Schutz von Computersoftware*, München (Beck) 1993.

Don WIESNER/Anita CAVA, «Stealing Trade Secrets Ethically», *Maryland Law Review* (47), 1987-1988, pp. 1076-1128.

Ryan M. WIESNER, «A State-by-State Analysis of Inevitable Disclosure: A Need for Uniformity and a Workable Standard», *Marquette Intellectual Property Law Review* (16), 2012, pp. 211-231.

Harry WINGO, «Dumpster Diving and the Ethical Blindspot of Trade Secret Law», *Yale Law & Policy Review* (16), 1997-1998, pp. 195-219.

Jürgen WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin (Duncker & Humblot) 1981.

Jason S. 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, pp. 1-32.

Rainer ZACZYK, «§ 22 StGB», en Urs KINDHÄUSER *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch*, vol.1, 4ª ed., Baden-Baden (Nomos) 2013, pp. 947-988 (citado: NK-ZACZYK, 4ª ed., 2013, § 22 nm.).

Diethart ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Buenos Aires (Hammurabi) 1990 (original: 1973; trad. Marcelo A. Sancinetti).

– *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlin (Duncker & Humblot) 1973.

Frank ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin (Duncker & Humblot) 1998.

Reinhold ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 11^a ed., München (Beck) 2012.

ANEXO

Direcciones de las páginas web oficiales consultadas de los órganos legislativos estatales de los EE. UU.:

Alabama:	http://www.legislature.state.al.us/
Arkansas:	http://www.arkleg.state.ar.us/
California:	http://www.legislature.ca.gov/
Colorado:	http://www.leg.state.co.us/
Delaware:	http://delcode.delaware.gov/
Florida:	http://www.flsenate.gov/
Maine:	http://www.maine.gov/legis/
Massachusetts:	http://www.malegislature.gov/
Minnesota:	http://www.leg.state.mn.us/
New Hampshire:	http://www.nh.gov/government/laws.html
New Jersey:	http://www.njleg.state.nj.us/
New York:	http://assembly.state.ny.us/leg/
North Carolina:	http://www.ncleg.net/
Ohio:	http://www.legislature.state.oh.us/
Pennsylvania:	http://www.legis.state.pa.us/
Tennessee:	http://www.capitol.tn.gov/
Texas:	http://www.legis.state.tx.us/

