

# LA VIOLACIÓN DE SECRETOS EMPRESARIALES POR PERSONA AJENA A LA EMPRESA

## UN ESTUDIO DEL ARTÍCULO 278 DEL CÓDIGO PENAL

Tesis presentada para la obtención del Grado de Doctor en  
Derecho por la Licenciada **D<sup>a</sup>. Carmen Rocío Fernández Díaz**

Directores:

**Dr. D. José Luis Díez Ripollés** (Catedrático de Derecho penal)

**Dr. D. Octavio García Pérez** (Catedrático de Derecho penal)




**MÁLAGA, ABRIL DE 2017**



UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA

AUTOR: Carmen Rocío Fernández Díaz

 <http://orcid.org/0000-0002-7507-9150>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): [riuma.uma.es](http://riuma.uma.es)



**LA VIOLACIÓN DE SECRETOS  
EMPRESARIALES POR PERSONA  
AJENA A LA EMPRESA**

**UN ESTUDIO DEL ARTÍCULO 278 DEL  
CÓDIGO PENAL**



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA



UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA

*A mi familia*

*Con inmensa gratitud por su amor, su paciencia y su apoyo incondicional en la  
elaboración de esta tesis doctoral y en la vida*



UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA

ÍNDICE



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA





UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
INTRODUZIONE.....	11
CAPÍTULO I - EL OBJETO DE TUTELA EN LOS DELITOS RELATIVOS A SECRETOS DE EMPRESA.....	21
I. INTRODUCCIÓN.....	21
II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS TEORÍAS SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LOS SECRETOS EMPRESARIALES .....	23
1. Las primeras concepciones sobre el bien jurídico: la protección de la intimidad .....	23
2. La propiedad como interés protegido .....	25
3. La libre voluntad como bien jurídico protegido .....	27
4. El secreto de empresa como secreto profesional .....	28
5. La capacidad competitiva de la empresa como objeto de tutela penal .....	29
6. La leal competencia como bien jurídico .....	31
7. El interés económico del empresario en mantener la reserva como interés tutelado .....	37
III. BASES PARAR LA CONCRECIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS RELATIVOS A SECRETOS DE EMPRESA .....	42
1. Introducción .....	42
2. Fundamento constitucional de la protección de los secretos de empresa .....	43
2.1. Consideraciones previas .....	43
2.2. La Constitución económica .....	44
2.3. Valores constitucionales en la base de la protección de los secretos de empresa .....	48
2.3.1. Artículo 38 CE: la libertad de empresa .....	48
2.3.2. Artículo 20.1.b) CE: el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica .....	53
2.3.3. Artículo 33.1 CE: el derecho a la propiedad privada .....	55
3. Los secretos de empresa en el marco de la competencia desleal .....	56

3.1.	Consideraciones generales sobre la competencia desleal.....	56
3.2.	Los modelos de competencia desleal.....	57
3.3.	Referencia a la competencia desleal en España.....	59
3.4.	Los secretos de empresa en la Ley de Competencia Desleal .....	63
4.	Proximidad de los secretos de empresa a los derechos de propiedad industrial .....	67
4.1.	Introducción.....	68
4.2.	El secreto de empresa como bien inmaterial .....	69
4.3.	El secreto empresarial: ¿Fomento o freno del progreso? .....	74
4.4.	Instrumentos jurídicos internacionales que asocian los secretos de empresa a la propiedad industrial .....	77
4.4.1.	Convenio de la Unión de Paris para la Protección de la Propiedad Industrial .....	77
4.4.2.	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS Agreement) .....	79
4.4.3.	Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas ...	81
a)	Orígenes y desarrollo de la Directiva.....	82
b)	Breve reflexión sobre la Directiva (UE) 2016/943 .....	90
5.	El bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial .....	91
6.	Paridades y disparidades entre los secretos de empresa y los derechos de propiedad industrial .....	101
6.1.	Características comunes de los secretos de empresa y los derechos de propiedad industrial .....	101
6.2.	Diferencias entre los secretos de empresa y los derechos de propiedad industrial .....	106
6.2.1.	El instrumento de protección como diferencia capital .....	106
6.2.2.	Otras diferencias.....	114
7.	Reflexión final .....	116
IV.	EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS RELATIVOS A SECRETOS DE EMPRESA Y SU NATURALEZA JURÍDICA.....	119
1.	Introducción .....	119
2.	Determinación del bien jurídico protegido en los delitos relativos a secretos de empresa: toma de postura.....	120

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

3. Naturaleza jurídica del bien jurídico en los delitos relativos al secreto de empresa .....	131
<b>CAPÍTULO II - CONCEPTO Y ALCANCE DEL SECRETO DE EMPRESA .....</b>	<b>140</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	140
II. NOCIÓN EXTRAJURÍDICA DE “SECRETO” .....	143
III. EL SECRETO DE EMPRESA: CARACTERÍSTICAS CONFIGURADORAS .....	145
1. Información de carácter empresarial.....	147
1.1. La información de tipo industrial .....	152
1.1.1. Los descubrimientos científicos .....	154
1.1.2. Las invenciones susceptibles de ser patentadas .....	157
1.1.3. Los modelos de utilidad .....	160
1.1.4. Los diseños industriales .....	161
1.1.5. Los signos distintivos .....	163
1.1.6. Las prácticas manuales.....	164
1.1.7. Las aplicaciones industriales.....	165
1.1.8. Los ensayos e investigaciones.....	166
1.2. La información de tipo comercial.....	166
1.2.1. Concepto amplio de secreto comercial.....	166
1.2.2. Tipologías de secretos comerciales .....	168
1.2.2.1. La información sobre la organización interna de la empresa.....	169
1.2.2.2. La información relativa a la actividad empresarial propiamente dicha: especial referencia a las listas de clientes .....	173
a) Límites al monopolio sobre la clientela derivados del principio de libertad de empresa.....	175
b) La delimitación del secreto empresarial respecto del bagaje profesional del empleado: especial consideración de las listas de clientes.....	179
i. Las listas de clientes en la jurisprudencia mercantil: ¿violación de secretos de empresa, comportamiento desleal contra la buena fe o bagaje profesional del empleado?.....	179
ii. La disyuntiva en la jurisprudencia penal: necesidad de criterios objetivos de valoración para su resolución.....	185
2. El carácter secreto de la información.....	188

2.1.	Información que no sea, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice .....	190
2.2.	Información que no sea fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza .....	194
3.	El interés subjetivo en el secreto de empresa .....	197
3.1.	Introducción.....	197
3.2.	La voluntad del titular de la información en mantener su reserva.....	198
3.3.	La manifestación de la voluntad.....	200
3.3.1.	La adopción de medidas por la persona que legítimamente controla la información .....	200
3.3.2.	Tipos de medidas.....	203
3.3.3.	La razonabilidad de las medidas adoptadas, en las circunstancias del caso .....	207
4.	El interés objetivo del secreto de empresa.....	211
4.1.	Introducción.....	211
4.2.	Caracterización del interés objetivo o valor empresarial del secreto .....	212
4.2.1.	Ventaja con repercusiones económicas en la capacidad competitiva de la empresa .....	212
4.2.2.	El valor empresarial como valor de uso .....	214
4.2.3.	La licitud del objeto de la información .....	217
4.2.4.	Afectación a la actividad empresarial, aunque el valor de la información sea escaso.....	219
4.2.5.	La información no tiene por qué ser resultado de una inversión ....	220
4.3.	La cuantificación del secreto de empresa .....	222
5.	Reflexión final: prevalencia del interés subjetivo.....	226

### CAPÍTULO III - EL TIPO BÁSICO DEL ESPIONAJE EMPRESARIAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL..... 232

I.	INTRODUCCIÓN .....	232
II.	EL TIPO OBJETIVO .....	233
1.	El sujeto activo del delito.....	233
2.	La base de la conducta típica: posibilidades .....	234
2.1.	La superación de los medios de protección dispuestos por el titular a través de algunas de las formas del artículo 278.1: apoderamiento en sentido material y medios técnicos.....	236

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

2.2.	La concepción inmaterial del apoderamiento .....	238
3.	Límites a la inmaterialidad del concepto de apoderamiento.....	240
3.1.	Necesidad de restricción del tipo y posiciones doctrinales .....	240
3.2.	Toma de postura: el bien jurídico protegido y la propia redacción típica como elementos limitadores del tipo de espionaje empresarial .....	244
4.	El apoderamiento del secreto empresarial .....	249
4.1.	El apoderamiento como elemento diferenciado del acceso ilícito .....	249
4.2.	Formas de apoderamiento a la luz de los límites identificados .....	251
4.2.1.	El apoderamiento como traslación física del objeto que contiene el secreto .....	252
4.2.2.	El apoderamiento sin traslación física del objeto y sin que intervengan medios técnicos .....	256
4.2.3.	Supuestos de espionaje a través de medios técnicos .....	259
4.2.3.1.	El espionaje mediante acceso físico, directo y personal: apoderamiento de datos y documentos electrónicos .....	260
4.2.3.2.	El ciberspionaje .....	264
a.	<i>Troyanos</i> .....	269
b.	<i>Phishing</i> .....	269
c.	<i>Rootkits</i> .....	270
d.	<i>Spyware</i> .....	271
4.2.4.	El empleo de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen .....	271
4.3.	Supuestos lícitos de captación de la información .....	274
4.3.1.	La ingeniería inversa, las investigaciones independientes y los descubrimientos por azar .....	274
4.3.2.	La inteligencia competitiva .....	275
5.	La incorporación del secreto empresarial a la esfera de dominio del sujeto activo y las formas imperfectas .....	279
III.	EL TIPO SUBJETIVO .....	285
1.	El dolo.....	286
2.	El elemento subjetivo del injusto “ <i>para descubrir un secreto de empresa</i> ” ..	287
2.1.	Finalidad de descubrir como ánimo de revelar.....	289
2.2.	Finalidad de descubrir como ánimo de revelar y/o utilizar .....	291
2.3.	Finalidad de descubrir como ánimo de conocer .....	293
3.	La prueba del tipo subjetivo.....	297

IV. UNA PROPUESTA DE MEJORA DEL TIPO BÁSICO DE ESPIONAJE EMPRESARIAL.....	301
1. Posible reformulación del tipo objetivo.....	301
2. Posible reformulación del tipo subjetivo .....	306
CAPÍTULO IV - EL TIPO CUALIFICADO DEL ESPIONAJE EMPRESARIAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: LA REVELACIÓN DE LOS SECRETOS DE EMPRESA.....	314
I. CONSIDERACIONES PREVIAS .....	314
II. EL TIPO OBJETIVO .....	316
1. El sujeto activo del delito.....	316
2. Modalidades típicas: difusión, revelación o cesión .....	317
2.1. Las conductas típicas de difundir y revelar .....	318
2.2. La acción típica de ceder .....	321
2.2.1. Cesión de <i>know-how</i> .....	322
2.2.2. Cesión de datos.....	323
2.3. Recapitulación: suficiencia de un único verbo típico.....	325
3. El medio comisivo .....	327
4. La incorporación del secreto empresarial a la esfera de dominio del receptor .....	329
III. EL TIPO SUBJETIVO .....	332
IV. <i>ITER CRIMINIS</i> .....	333
V. CUESTIONES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN .....	338
VI. LA UTILIZACIÓN DEL SECRETO DE EMPRESA COMO MODALIDAD DELICTIVA EXTRAMUROS DEL ARTÍCULO 278 CP.....	342
1. Consideraciones previas .....	342
2. Concepto de “utilización” de los secretos de empresa y su relación con la revelación.....	344
3. La ausencia de tipificación de la explotación de secretos en el espionaje empresarial y sus causas .....	347
CAPÍTULO V - PENALIDAD Y CONCURSOS .....	356
I. INTRODUCCIÓN .....	356
II. CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS DEL ARTÍCULO 278 CP.....	356
III. LA CLÁUSULA CONCURSAL DEL ARTÍCULO 278.3 CP.....	360

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

IV. EL ESPIONAJE EMPRESARIAL Y EL DELITO DE DAÑOS .....	364
1. Consideraciones previas .....	364
2. El delito de daños en el Código penal.....	365
2.1. Los daños genéricos .....	366
2.2. Los daños informáticos o sabotaje informático.....	369
2.2.1. Daños o sabotaje de datos informáticos .....	370
2.2.2. Daños o sabotaje de sistemas informáticos .....	373
3. La casuística posible entre daños y espionaje.....	374
3.1. Punto de partida: acceso previo y dimensión subjetiva compatible .....	374
3.2. Supuestos que se agotan en un delito de daños .....	376
3.3. Supuestos que se agotan en un delito de espionaje .....	377
3.4. Supuestos en los que concurren espionaje y daños .....	379
V. RECAPITULACIÓN.....	381
CONCLUSIONES.....	386
CONCLUSIONI.....	414
BIBLIOGRAFÍA.....	440

## INTRODUCCIÓN



# UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA







UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA

## INTRODUCCIÓN

El espionaje empresarial, y especialmente el que se comete a través de medios informáticos, sobre la propiedad intelectual, industrial y los secretos de empresa constituye la causa de las pérdidas económicas más importantes que se derivan de la ciberdelincuencia. Así lo pone de manifiesto un reciente estudio sobre el impacto económico de este tipo de criminalidad, elaborado por la principal compañía de seguridad informática a nivel mundial<sup>1</sup>.

El presente trabajo estudia precisamente este delito, el espionaje empresarial, previsto en el artículo 278 del Título XIII relativo a los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico del Código penal español. Dentro de este Título, el citado precepto se enmarca en el Capítulo XI, en la Sección 3ª, dentro de los delitos contra el mercado y los consumidores, junto a otros dos artículos que castigan conductas contra secretos de empresa por parte de quien tiene legal o contractualmente el deber de guardar reserva (artículo 279) o de quien los revela o utiliza, sin haber participado en su descubrimiento, pero conociendo su origen ilícito (artículo 280 CP). Sin embargo, el primero de ellos, esto es, el espionaje empresarial, tal y como está configurado actualmente, presenta ciertos problemas dogmáticos que impiden una interpretación correcta del mismo a fin de generar un efecto político criminal idóneo.

El delito de espionaje empresarial no se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico-penal hasta el año 1995. Antiguamente, la empresa, constituida de forma frecuente con una dirección unipersonal, otorgaba un papel primordial al principio de

---

<sup>1</sup> Informe “Thenomic impact of cybercrime and cyber spionage” (p. 8), elaborado por el Centro para Estudios Estratégicos e Internacionales (*Center for Strategic and International Studies*), a cargo de la empresa de seguridad informática McAfee, en el año 2013.

lealtad por parte de los empleados hacia su titular, llevando este protagonismo a una visión miope respecto de otras realidades que afectaban a aquella. Una de estas realidades, como en todo delito contra la propiedad, viene dada por las intromisiones de terceros ajenos a la esfera de dominio de los bienes pertenecientes a la empresa. Tal es el caso del espionaje, que siempre se ha vinculado más bien al ámbito militar y a cuestiones entre estados, que en relación con empresas y particulares.

En las sociedades modernas la empresa tiene un papel cada vez más importante en la dinámica económica y en nuestro país especialmente la pequeña y mediana empresa, que constituyen el 99,88% del tejido empresarial español<sup>2</sup>. Asimismo, la empresa constituye un factor que genera criminalidad, como ya pusiera de manifiesto Bernd Schünemann, tanto en relación a delitos económicos que se cometen a partir de una empresa (*criminalidad de empresa*) como respecto de aquellos que se cometen por colaboradores de la empresa a la misma o a otros de sus colaboradores (*criminalidad en la empresa*)<sup>3</sup>.

Teniendo la empresa como escenario, el objeto del delito de espionaje radica en la obtención ilegítima de los secretos pertenecientes a la misma, constituidos por información empresarial reservada, de difícil ubicación en las categorías tradicionales relativas a los bienes inmateriales. Ello ha llevado a que, con carácter previo a la tipificación del delito, su estudio especializado fuera realizado casi exclusivamente por autores mercantilistas. La escasa atención doctrinal prestada en el ámbito penal a la problemática relativa a los secretos de empresa contrastaba, sin embargo, con la multitud de estudios dedicados a los derechos de propiedad industrial e intelectual.

Sin embargo, esta realidad se encuentra actualmente en proceso de transición. Tras la entrada en vigor de la Ley de Competencia Desleal en 1991, el legislador penal de 1995 se percató de la necesidad de castigar comportamientos que tenían lugar en el escenario empresarial, pero que venían de la mano de sujetos que no formaban parte de éste o que, si lo hacían, actuaban en contra de la voluntad de su titular, dando lugar en cualquier caso

<sup>2</sup> Así, según el Directorio Central de Empresas (DIRCE), en datos ofrecidos por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en febrero de 2016, casi la totalidad del conjunto empresarial español, el 99,88%, lo que equivale a 3.178.408 unidades productivas, está constituido por pequeñas y medianas empresas (PYME). Puede consultarse dicha información en el siguiente enlace: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/ESTADISTICAS-PYME-2015.pdf>.

<sup>3</sup> SCHÜNEMANN, B.: “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988, p. 529-530.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

a una irrupción ilegítima en él. La legislación penal comparada no siempre ha procedido en el mismo sentido. Así, la regulación penal italiana de los ilícitos relativos a secretos de empresa sigue anclada en el castigo al sujeto que los conoce de forma lícita, mientras que la alemana sí castiga a través de su ley de competencia desleal, de naturaleza penal, todas las posibles violaciones de secretos de empresa, incluido el espionaje. La realidad estadounidense, por su parte, sí cuenta con una larga tradición en la regulación de todas las conductas que atentan contra secretos de empresa, pero muy especialmente, de la de espionaje, estando dotada su regulación de un amplio cuerpo legal tanto en los diferentes estados como a nivel federal. Dicha tradición ha tenido una importante influencia en los textos internacionales, como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 15 de abril de 1994 o, más recientemente, la Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

En dichos textos se pone el acento en el papel de los secretos de empresa, que son resultado de creaciones intelectuales de las empresas que precisan protección, como impulsores de la innovación y el desarrollo<sup>4</sup>. Estos dos últimos aspectos, junto a la investigación científica y técnica, son considerados factores indispensables para el crecimiento económico de un país y constituyen la base de su progreso y bienestar sociales<sup>5</sup>.

En nuestro ordenamiento, desde la entrada en vigor de este delito, esta temática ha sido objeto de apenas cinco estudios monográficos, tres de ellos cuando apareció dicha regulación y otros dos en los últimos años<sup>6</sup>. Estos trabajos constituyen grandes

---

<sup>4</sup> Considerando (3) de la Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

<sup>5</sup> Así lo ha puesto de manifiesto el Ministerio de Economía y Competitividad en la llamada “Estrategia española de ciencia y tecnología y de innovación 2013-2020” (p. 8). A dicho texto puede accederse en el siguiente enlace:  
[http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Investigacion/FICHEROS/Estrategia\\_espanola\\_ciencia\\_tecnologia\\_Innovacion.pdf](http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Investigacion/FICHEROS/Estrategia_espanola_ciencia_tecnologia_Innovacion.pdf).

<sup>6</sup> Por orden cronológico, dichos estudios son los siguientes: CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: en *La Protección Penal del Secreto de Empresa*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid 2000; MORÓN LERMA, E.: *El secreto de empresa. Protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona 2002; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Delitos relativos al secreto de empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010; ESTRADA I CUADRAS, A.: *Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales*, Atelier, Barcelona, 2016.

aportaciones a la materia objeto de estudio, sin embargo, todos ellos desplazan el bien jurídico protegido a aspectos distintos al que se tutela en este delito, lo que condiciona la interpretación de los tipos. A pesar de ello, sus valiosas propuestas han enriquecido el debate doctrinal en este tema y constituyen una muestra más de que se empieza a tomar conciencia de la importancia de la información como bien necesitado de tutela jurídica.

Por otra parte, la jurisprudencia en materia de violación de secretos de empresa ha sido relativamente abundante desde el año '95, si bien escasas resoluciones han llegado al Tribunal Supremo, siendo las más importantes dos pronunciadas en 2008. Desde entonces la jurisprudencia menor, en su gran mayoría, se ha vinculado a estas decisiones judiciales. Las resoluciones sobre la materia dan lugar predominantemente a absoluciones o a sobreseimientos, a veces por existir problemas probatorios, otras por el carácter perturbador de determinados elementos típicos que han impedido una solución clara de los casos que se presentan ante los tribunales. No obstante, lo cierto es que, a pesar de haberse dado un número relevante de pronunciamientos sobre secretos de empresa, existe una importante cifra negra en esta materia debido principalmente a dos factores: por un lado, la dificultad del titular para percatarse de haber sido víctima de un comportamiento contra secretos de empresa, dada la posibilidad de pasar inadvertida dicha conducta cuando se trata de reproducir bienes inmateriales<sup>7</sup>; y, por otro lado, los riesgos que supone para la empresa iniciar un procedimiento judicial en el que probablemente termine por perder la información empresarial el valor que le restaba tras dicho comportamiento ilícito<sup>8</sup>, a lo cual se suma la desacreditación que puede sufrir la empresa por ponerse de manifiesto la vulnerabilidad de sus medidas de seguridad.

Constituyendo el espionaje empresarial un tema de naturaleza mercantil, en el contexto del derecho penal la necesidad de poner nuestra atención en este comportamiento es especialmente urgente. En primer lugar, en los poco más de veinte años que lleva presente el delito de espionaje empresarial en nuestro ordenamiento jurídico, éste ha permanecido inalterado, a pesar de los problemas que su tipificación

---

<sup>7</sup> DREYFUSS, R. C. / STRANDBURG, K. J. (Eds.): *The Law and Theory of Trade Secrecy. A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2011, p. xviii. Estas autoras estadounidenses ponen de manifiesto la escasez de datos que existe con los que poder trabajar al no existir registros de secretos de empresa y sólo unos pocos indicadores de su importancia económica, a diferencia de lo que ocurre con el sistema de patentes.

<sup>8</sup> Para evitar en la medida de lo posible estas consecuencias, la Directiva (UE) 2016/943 prevé en sus considerandos 7 y 24 y en su artículo 9, un régimen de protección ante denuncia en proceso judicial, intentando evitar así la cifra negra que existe por la desprotección a la que se somete al titular del secreto en este momento respecto de sus bienes inmateriales.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

plantea y de que la misma tomó como modelo los delitos contra la intimidad, por lo que se exige un estudio que constate la idoneidad de dicha opción legislativa. En segundo lugar, las aportaciones doctrinales efectuadas hasta ahora parten de un objeto de tutela que no parece ser el que se protege *de lege lata*, por lo que se hace necesario realizar una interpretación típica en concordancia con el mismo. En tercer lugar, si bien los estudios mencionados suelen abordar todas las conductas que atentan contra secretos de empresa, ningún trabajo se ha dedicado en exclusiva al espionaje empresarial en nuestro país, teniendo este delito una idiosincrasia propia respecto al resto de delitos relativos a secretos de empresa, que exige su estudio autónomo. En cuarto lugar, el propio objeto de protección en este delito, que en último término es la información empresarial reservada, constituye un bien altamente susceptible de ser vulnerado, lo que deriva, por un lado, en la facilidad de su destrucción e irrecuperabilidad y, por otro lado, en las graves consecuencias que ello conlleva para su titular.

A lo anterior se suma el brutal impacto y el papel protagonista que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación tienen hoy en la actividad empresarial cotidiana. Actualmente es impensable e incluso imposible que las ingentes cantidades de información que se manejan en el mercado por parte de sus agentes principales se almacenen en soportes no electrónicos, cuya intervención en dicha actividad resulta indispensable para la propia existencia de la misma. En este sentido, son cada vez más las empresas que, sin una sede física, se instalan en el espacio virtual, realizándose por estos medios la completa interacción con sus clientes. Este hecho hace especialmente necesaria la atención a un tipo delictivo como el que aquí se estudia, en la medida en que el clásico espionaje industrial que tenía lugar entre competidores de un mismo sector pertenecientes incluso a una misma zona, se torna en nuestros días en una actividad sin fronteras, de contornos indefinidos, que abarca además del llamado secreto industrial, información reservada de naturaleza comercial y constituyendo la vía de ataque por antonomasia mecanismos que emplean de una u otra forma artificios técnicos y medios telemáticos, dando lugar incluso al nacimiento de una nueva forma de conducta, el llamado ciberespionaje.

Ante la necesidad de atención que presenta un tema como el citado y la problemática que suscitan algunos aspectos de la actual tipificación del delito, y, por tanto, de su aplicación jurisprudencial, la cuestión que se plantea en el presente trabajo es la de si esta regulación resulta adecuada, tal y como está configurada, para responder de

forma idónea a los casos que tengan lugar, atendiendo a su objeto de tutela, y, además, si se considera suficiente para hacer frente a los nuevos retos que plantean las nuevas tecnologías.

Por tanto, el *objetivo general* de este trabajo reside en dar una interpretación y entendimiento razonables y político criminal conveniente al delito de espionaje empresarial del artículo 278 CP. Para ello, los *objetivos específicos* que queremos alcanzar exigen un análisis del precepto en cada uno de sus elementos típicos. Así, un primer objetivo específico sería identificar el bien jurídico protegido en el delito objeto de estudio; en segundo lugar, definir los contornos del concepto, así como el alcance del secreto empresarial como elemento central de este delito; en tercer lugar, estudiar los tipos básico y agravado que el precepto recoge, tanto por lo que respecta a su conducta típica y otros elementos del tipo objetivo, como del subjetivo; y, en cuarto lugar, se plantea el objetivo de solucionar los problemas concursales que el espionaje empresarial presente frente a otros delitos, especialmente por lo que respecta al delito de daños.

Para conseguir dar respuesta a estos interrogantes se parte en esta investigación de la hipótesis de que los secretos de empresa están íntimamente ligados a la propiedad industrial, no sólo en relación al objeto de tutela, sino también respecto al contenido de dicha propiedad. A partir de ahí la metodología a la que se acude para confirmar dicha hipótesis pone el acento en el estudio teórico con repercusiones prácticas. Así, por un lado, desde un prisma teórico, se ha abordado el presente trabajo mediante el estudio de numerosa literatura nacional y extranjera, no sólo de índole penal, sino también mercantil y económica. Asimismo, se ha acudido tanto a la legislación española como a la de otros países y la de ámbito supranacional, especialmente relevante en este ámbito, dada la repercusión de la misma en las legislaciones nacionales. Por otro lado, desde un punto de vista práctico, se ha acudido a un estudio pormenorizado de más de un centenar de resoluciones relacionadas con el objeto de estudio. Todo el trabajo, en sus dos vertientes, se ha llevado a cabo, en primer lugar, tomando como base de la realidad social estudiada los principios constitucionales en los que se enmarca y, en segundo lugar, sin perder de vista en ningún momento los principios informadores del Derecho penal.

El trabajo elaborado se ha estructurado en cinco capítulos, cuyo contenido se dirige a alcanzar los objetivos planteados en el marco de la investigación. Dichos capítulos pueden, a su vez, dividirse en dos partes. En la primera se alcanzan ciertas



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Conclusiones respecto al bien jurídico protegido y el concepto de secreto, que son aplicables no sólo al delito de espionaje, sino también al resto de los tipos relativos a secretos de empresa. La segunda parte, compuesta por el estudio de los tipos básico y agravado y por la cláusula concursal del artículo 278 CP, constituye ya el estudio exclusivo del delito de espionaje empresarial. Concretamente, el contenido de los cinco capítulos que conforman este trabajo, es el que se expone a continuación.

En el *primer capítulo* se pretende identificar el bien jurídico protegido con el castigo del presente delito, pues no podrá darse una solución satisfactoria y adecuada al mismo si no se conoce cuál constituye el objeto que se pretende tutelar, siendo diversa en función del que se parta. Para ello, en primer lugar, se realiza un recorrido por las diferentes posturas doctrinales planteadas en torno a esta cuestión, pues del estudio de las mismas se podrá adoptar una posición sólida respecto al mismo. En segundo lugar, la búsqueda de las bases para la concreción del citado bien se ha articulado en tres pasos: primero, se parte de los valores constitucionales que fundamentan la realidad social estudiada; segundo, se acude a la regulación extrapenal de la materia, como referencia necesaria del delito objeto de estudio; y, tercero, se ahonda especialmente en los instrumentos que ofrece el Derecho mercantil desde los derechos de propiedad industrial, en especial, e intelectual, en general, como elementos de partida y referencia que marcan el camino para hallar la concreción del objeto de tutela.

En el *segundo capítulo* se aborda el concepto y alcance del secreto de empresa como elemento central de este delito, que marca la diferencia con otros tipos con conductas similares. Destaca en este contexto su cualidad de bien inmaterial, que marcará cada aspecto de la investigación. El secreto empresarial constituye un concepto sustancialmente mercantil, que abarca una vasta tipología de información, de diversa índole, relacionada con la empresa. Sin embargo, a pesar de su amplitud y su carácter abierto, su acotamiento a través de los requisitos que lo definen irá permitiéndonos configurar una noción del mismo que se ajuste al respeto de los principios penales.

En el *tercer capítulo* nos adentramos ya en el análisis del tipo básico del delito de espionaje empresarial, que el legislador situó en el artículo 278.1 CP y que recoge la obtención ilegítima de secretos de empresa. Tras una exégesis pormenorizada del mismo, se atiende a cada una de las cuestiones que mayor debate han suscitado y su aplicabilidad práctica, en aras de encontrar solución a las mismas. Una de las más problemáticas es la

relativa a una posible interpretación de la conducta típica a partir de dos vías opuestas, lo que obliga a decantarse por una de ellas, condicionando así el resto de la hermenéutica del tipo.

La figura del espía empresarial que el legislador de 1995 se dibuja es la de un sujeto, cuya actividad radica exclusivamente en la obtención ilegítima de información empresarial confidencial para revelarla posteriormente a un tercero interesado. Ello se desprende del hecho de que la única conducta, además del apoderamiento, por la que el legislador penal ha decidido castigar al espía empresarial, es por la revelación de secretos. Por ello, el *capítulo cuarto* se dedica al estudio de la modalidad agravada de revelación de secretos de empresa por quien ilegítimamente los ha obtenido, prevista en el párrafo segundo del artículo 278 CP.

Por último, el *capítulo quinto* se divide en dos partes diferenciadas. La primera parte va destinada a analizar la idoneidad de las consecuencias penológicas atribuidas por el legislador a ambos tipos delictivos, especialmente la del tipo básico, por constituir la pena de referencia del agravado. En la segunda parte se trata el contenido del párrafo tercero del artículo 278 CP, que recoge una cláusula concursal según la cual lo dispuesto en estos preceptos se entenderá sin perjuicio de las penas que correspondan por el apoderamiento o la destrucción de los soportes informáticos. Dicha referencia abre la investigación a las relaciones concursales del delito de espionaje con otros tipos, pero muy especialmente con el delito de daños, dada la inmaterialidad del objeto de la conducta.

Con este esqueleto, la realización del presente trabajo tiene como fin abordar el estudio de la figura delictiva del espionaje empresarial y cabe adelantar que se confirma la hipótesis de que los secretos de empresa tienen una estrecha relación con los derechos de propiedad industrial, siendo necesaria una cierta reformulación del tipo *de lege ferenda* para que pueda ofrecer mejores prestaciones para la tutela del bien jurídico protegido y la represión del espionaje empresarial.

## INTRODUZIONE



# UNIVERSIDAD DE MÁLAGA





UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA

## **INTRODUZIONE**

Lo spionaggio aziendale, e in particolare quello perpetrato attraverso mezzi informatici sulla proprietà intellettuale, industriale e i segreti aziendali, costituisce la causa delle più importanti perdite economiche derivanti dal cybercrime. Così è evidenziato da un recente studio sull'impatto economico di questo tipo di criminalità, elaborato dalla società di sicurezza informatica leader a livello mondiale<sup>9</sup>.

Questo lavoro studia appunto questo reato, lo spionaggio aziendale, ai sensi dell'articolo 278 del Titolo XIII sui reati contro la proprietà e l'ordine socio-economico del codice penale spagnolo. All'interno di questo titolo, la disposizione di cui sopra fa parte del Capitolo XI, Sezione 3, tra i reati contro il mercato e i consumatori, insieme ad altri due articoli che puniscono i comportamenti contro segreti aziendali da qualcuno che ha un obbligo legale o contrattuale di mantenere la riservatezza (articolo 279) o di chi li rivela o usa, senza aver partecipato nella sua scoperta, ma conoscendo la sua provenienza illecita (articolo 280 CP). Tuttavia, il primo di questi, cioè, lo spionaggio aziendale, come è attualmente configurato, presenta alcuni problemi dogmatici che impediscono una corretta interpretazione per generare un effetto politico criminale appropriato.

Il reato di spionaggio aziendale non è stato introdotto nel nostro ordinamento penale fino al 1995. In precedenza, l'azienda, spesso costituita su una direzione unipersonale, ha dato un ruolo di primo piano al principio di lealtà da parte dei dipendenti verso l'imprenditore, portando questo ruolo ad una visione miope su altre realtà che interessano ad essa. Una di queste realtà, come accade in tutti i reati contro la proprietà, viene data dall'intromissione di terzi al di fuori della sfera di controllo di beni appartenenti

---

<sup>9</sup> Rapporto "L'impatto economico della criminalità informatica e lo spionaggio informatico" (p. 8), a cura del Centro di Studi Strategici e Internazionali (Centro di studi strategici e internazionali), responsabile della società di sicurezza McAfee, nel 2013.

alla società. Tale è il caso dello spionaggio, che è sempre stato legato piuttosto al campo militare e alle questioni tra gli Stati, invece che in relazione alle imprese e gli individui.

Nelle società moderne l'azienda ha un ruolo sempre più importante nelle dinamiche economiche e in Spagna in particolare le piccole e medie imprese, che costituiscono il 99,88% del tessuto imprenditoriale spagnolo<sup>10</sup>. L'azienda è anche un fattore che crea criminalità, come ha indicato Bernd Schünemann, sia in relazione ai reati economici commessi a partire da una società (*criminalità d'impresa*) che rispetto a quelli commessi dai dipendenti della società a questa stessa o a un altro dei suoi colleghi (*criminalità nell'impresa*)<sup>11</sup>.

Prendendo l'azienda come sfondo, l'oggetto del reato di spionaggio si trova nel ottenere illecito dei appartenenti ad essa, costituiti da informazioni commerciali riservate, che non può facilmente includersi tra le categorie tradizionali legate ai beni immateriali. Questo ha portato al fatto che prima della criminalizzazione di questa condotta, lo studio specializzato di esso fosse concentrato quasi esclusivamente da scrittori mercantili. La bassa attenzione prestata dalla dottrina penale ai problemi relativi ai segreti aziendali contrastava, tuttavia, con la moltitudine di studi dedicati ai diritti di proprietà industriale e intellettuale.

Tuttavia, questa realtà è attualmente in fase di transizione. A seguito dell'entrata in vigore della Legge sulla Concorrenza Sleale nel 1991, il legislatore penale del 1995 ha realizzato la necessità di punire i comportamenti che avevano luogo nello scenario aziendale, ma che erano commessi da soggetti che non facevano parte della società o che, facendo parte, agivano contro la volontà del suo titolare, portando in ogni caso a una intrusione illegittima in esso. La legislazione penale comparata non ha agito sempre nella stessa direzione. Così, la normativa penale italiana degli illeciti in materia di segreti aziendali rimane bloccata nella punizione del soggetto che li conosce in maniera lecita, mentre la tedesca punisce attraverso la sua legge sulla concorrenza sleale, di natura penale, tutte le violazioni possibili di segreti aziendali, incluso lo spionaggio. La realtà

<sup>10</sup> Così, secondo la centrale Directory Aziende (CCD), i dati forniti dal Ministero dell'Industria, Energia e Turismo, nel febbraio 2016, quasi tutto il gruppo imprenditoriale spagnolo, 99,88%, pari a 3.178.408 unità produttive, è costituito da piccole e medie imprese (PMI). È possibile consultare queste informazioni al seguente link: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/ESTADISTICAS-PYME-2015.pdf>.

<sup>11</sup> SCHÜNEMANN, B.: "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988, p. 529-530.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

degli Stati Uniti, nel frattempo, ha una lunga tradizione nella regolazione di tutti i comportamenti che violano i segreti aziendali, ma soprattutto, dello spionaggio, avendo quella un vasto corpo normativo che fornisce, sia i vari stati che l'ambito federale. Questa tradizione ha avuto un'influenza importante sui testi internazionali, come l'*Accordo sugli Aspetti Commerciali dei Diritti di Proprietà Intellettuale* aspetti attinenti al commercio del 15 aprile 1994 o, più recentemente, la Direttiva (UE) 2016/943 di 8 giugno 2016, del Parlamento europeo e del Consiglio **sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti.**

In questi testi l'accento è posto sul ruolo dei segreti aziendali, che sono il risultato di creazioni intellettuali di aziende che hanno bisogno di protezione, come guida che spinge l'innovazione e lo sviluppo<sup>12</sup>. Questi ultimi due aspetti, insieme alla ricerca scientifica e tecnica, sono considerati fattori indispensabili per la crescita economica di un paese e costituiscono la base del loro progresso e del benessere sociale<sup>13</sup>.

Nel nostro sistema giuridico, dopo l'entrata in vigore di questo reato, la questione è stata oggetto di soli cinque monografie, tre di loro quando è apparsa la regolamentazione e le altre due negli ultimi anni<sup>14</sup>. Queste opere sono importanti contributi al materia che si studia, tuttavia, tutte spostano il bene giuridico protetto a aspetti diversi a quello che si cerca di proteggere in questo reato, condizionando l'interpretazione delle fattispecie. Nonostante, le loro preziose proposte hanno arricchito il dibattito dottrinale su questo tema e sono un esempio in più che fa vedere che sta cominciando a prendersi coscienza dell'importanza dell'informazione come bene che ha bisogno di protezione legale.

---

<sup>12</sup> Considerando (3), della direttiva (UE) 2016/943 dell'8 giugno 2016, il Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle conoscenze tecniche e le informazioni aziendali riservate (segreti commerciali) contro la loro produzione, l'uso e la divulgazione illeciti.

<sup>13</sup> Lo rivela il Ministero dell'Economia e la competitività nel "spagnola Scienza e della strategia di Tecnologia e Innovazione 2013-2020" (p. 8). Per questo testo si può accedere al seguente link: [http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Investigacion/FICHEROS/Estrategia\\_espanola\\_ciencia\\_tecnologia\\_Innovacion.pdf](http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Investigacion/FICHEROS/Estrategia_espanola_ciencia_tecnologia_Innovacion.pdf).

<sup>14</sup> Cronologicamente questi studi sono i successivi: CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: en *La Protección Penal del Secreto de Empresa*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid 2000; MORÓN LERMA, E.: *El secreto de empresa. Protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona 2002; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Delitos relativos al secreto de empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010; ESTRADA I CUADRAS, A.: *Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales*, Atelier, Barcelona, 2016.

Inoltre, la giurisprudenza in materia di violazione di segreti aziendali è stata relativamente abbondante dal '95, anche se poche sentenze hanno raggiunto la Corte Suprema, essendo le più importanti due dettate nel 2008. Da allora la maggior parte della giurisprudenza minoritaria si è conformata a quanto sancito nelle sentenze suindicate. Le decisioni in questa materia sono prevalentemente assoluzioni o proscioglimenti, talvolta perchè esistono problemi probatori, talvolta per la natura poco chiara di alcuni elementi tipici che hanno impedito una soluzione definitiva di certi casi che arrivano in tribunale. Tuttavia, pur esistendo un significativo numero di pronunce giudiziarie in materia di segreti aziendali, la carenza di sufficienti dati statistici in questo settore è dovuta principalmente a due fattori: da un lato, la difficoltà del titolare di realizzare di essere stato vittima di una condotta lesiva del segreto aziendale, data la possibilità che tale comportamento passi inosservato quando si tratta di riprodurre beni immateriali<sup>15</sup>; d'altra parte, i rischi per l'azienda di avviare una procedura giudiziaria che probabilmente finisca per incidere sul valore che l'informazione aziendale manteneva ancor dopo la condotta illecita<sup>16</sup>, a cui bisogna aggiungere il discredito che può subire la società per la vulnerabilità delle sue misure di sicurezza.

Costituendo lo spionaggio aziendale un argomento di natura commerciale, nel contesto del diritto penale la necessità di rivolgere la nostra attenzione a questo comportamento è particolarmente urgente. In primo luogo, in poco più di venti anni da quando il reato di spionaggio aziendale è presente nostro ordinamento spagnolo, esso è rimasto invariato, nonostante i problemi che la sua tipizzazione solleva e che è stata presa dai reati contro la privacy, quindi è necessario uno studio che trovi l'idoneità di questa opzione legislativa. In secondo luogo, i contributi dottrinali fatti finora si basano su un oggetto di protezione che non sembra sia quello che si protegge *de lata lege*, per cui è necessario eseguire un'interpretazione strettamente conforme ad esso. In terzo luogo, anche se gli studi citati trattano di solito tutti i comportamenti che violano i segreti aziendali, nessuno è stato dedicato allo spionaggio aziendale nel nostro paese, avendo

<sup>15</sup> DREYFUSS, R. C. / STRANDBURG, K. J. (Eds.): *The Law and Theory of Trade Secrecy. A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2011, p. xviii. Questi autori ci mettono in evidenza la scarsità di dati esiste con cui lavorare in assenza di registrazioni di segreti aziendali e solo pochi indicatori della sua importanza economica, a differenza di quanto accade con il sistema dei brevetti.

<sup>16</sup> Per evitare il più possibile queste conseguenze direttiva (UE) 2016/943 prevede, al considerando 7 e 24 e l'articolo 9, un sistema di protezione contro la denuncia penale, cercando di evitare la figura nera che ci dalla mancanza di protezione che viene presentata al proprietario del segreto in questo momento nei confronti dei suoi beni immateriali.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

questo reato una idiosincrasia propria rispetto ad altri reati relativi a segreti aziendale, che richiede il suo studio autonomo. In quarto luogo, l'oggetto stesso della protezione in questo reato, che è in definitiva l'informazione aziendale riservata, costituisce un bene con alta probabilità di essere violato, risultando, da un lato, nella facilità di distruzione e irrecuperabilità e, d'altra parte, nelle gravi conseguenze che ciò comporta per il suo proprietario.

A tutto questo si aggiunge l'impatto brutale e il ruolo di primo piano che le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione hanno oggi nell'attività imprenditoriale di tutti i giorni. Attualmente non è pensabile o addirittura impossibile che le grandi quantità di informazioni che vengono gestite nel mercato dai suoi agenti principali siano memorizzate in mezzi non elettronici, il cui coinvolgimento in tale attività è essenziale per l'esistenza stessa di essa. In questo senso, è sempre più frequente trovare società senza una sede fisica, e che sono installate nello spazio virtuale, svolgendosi per questi mezzi la completa interazione con i clienti. Questo fatto fa particolarmente necessaria l'attenzione verso un tipo di reato come quello che si studia qui, nella misura in cui il classico spionaggio industriale avvenuto tra concorrenti nello stesso settore e appartenenti anche alla stessa zona, diventa oggi in un'attività senza confini, di contorni indefiniti, che comprende oltre i cosiddetti segreti industriali, informazioni riservate di natura commerciale e costituiscono la via di attacco per eccellenza mezzi che utilizzano in una forma o nell'altra dispositivi tecnici e media elettronici, che portano anche la nascita di un nuova forma di comportamento, il cosiddetto cyber spionaggio.

Data la necessità di prendersi cura di un tema che presenta i problemi anteriormente enucleati con riguardo alla tipizzazione del reato, e, quindi, della sua applicazione giurisprudenziale, la questione centrale al presente contributo è se questa regolamentazione è appropriata, così come configurata, in modo da rispondere al meglio ai casi che si svolgono, secondo l'oggetto di protezione, e anche, se si ritiene sufficiente a far fronte alle nuove sfide poste dalle nuove tecnologie.

Pertanto, *l'obiettivo generale* di questo lavoro consiste nel dare una interpretazione e comprensione ragionevole e politico criminale adeguata del reato di spionaggio aziendale dell'articolo 278 CP. A tale scopo, gli *obiettivi specifici* che vogliamo raggiungere necessitano di un'analisi della disposizione in ciascuno dei suoi elementi caratteristici. Così, un primo obiettivo specifico è quello di identificare il bene

giuridico tutelato nel reato in esame; in secondo luogo, individuare i contorni del concetto e la portata del segreto aziendale come elemento centrale di questo reato; in terzo luogo, studiare tanto la fattispecie semplice quanto la forma aggravata che la disposizione prevede sia per quanto riguarda la condotta tipica e gli altri aspetti oggettivi della fattispecie, sia per quanto riguarda l'elemento soggettivo della stessa; e, in quarto luogo, esiste anche l'obiettivo di risolvere i rapporti di concorso del delitto di spionaggio aziendale con altre fattispecie di reato, principalmente per quanto attiene al reato di danni.

Per arrivare a rispondere a queste domande si parte in questo lavoro di ricerca dell'ipotesi che i segreti aziendali sono strettamente legati alla proprietà industriale, non solo in relazione all'oggetto della tutela, ma anche per quanto riguarda il contenuto di tal proprietà. Da qui la metodologia che va a confermare questa ipotesi sottolinea lo studio teorico con implicazioni pratiche. Così, da un lato, da un prisma teorico, si è affrontato questo lavoro studiando numerosa letteratura nazionale e straniera, non solo penale, ma anche commerciale ed economica. Inoltre, si è studiata sia la legislazione spagnola che quella di altri paesi e particolarmente quella di livello sovranazionale, dato l'impatto che ha nella legislazione nazionale. Da un altro lato, dal punto di vista pratico, viene approfondito lo studio di più di cento risoluzioni giurisprudenziali relative all'argomento in esame. Tutto il lavoro, nei suoi due aspetti, è stato effettuato, in primo luogo, sulla base della realtà sociale attraverso lo studio dei principi costituzionali su cui è incorniciata e, dall'altro, senza perdere di vista in qualsiasi momento i principi informatori del Diritto penale.

Il lavoro elaborato si è strutturato in cinque capitoli, il cui contenuto è finalizzato al raggiungimento degli obiettivi fissati nel quadro della ricerca. Questi capitoli possono a loro volta dividersi in due parti. Nella prima si raggiungono certe conclusioni sul bene giuridico protetto e sul concetto di segreto, ~~che son~~ applicabili non solo al reato di spionaggio ma anche ad altre tipologie criminose relazionate ai segreti aziendali. La seconda parte consiste nello studio della fattispecie semplice ed aggravata e della clausola concorsuale prevista dall'articolo 278 CP, ovvero del reato di spionaggio aziendale. In particolare, il contenuto dei cinque capitoli di questo lavoro è illustrato di seguito.

Nel *primo capitolo* si propone di individuare il bene giuridico protetto con la punizione di questo reato, poichè non potrà darsi una soluzione soddisfacente e

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

appropriata ad esso se non si sa qual è l'oggetto che si ha lo scopo di proteggere, essendo diversa a seconda di quella da dove si parta. Per fare questo, in primo luogo si ricorrono le diverse posizioni dottrinali posate su questo argomento, poichè lo studio di esse ci permetterà adottare posizione solida riespetto a questo. In secondo luogo, la ricerca delle basi per la concrezione di tale bene è articolata in tre fasi: prima, si parte dei valori costituzionali alla base della realtà sociale studiata; seconda, si va alla regolazione commerciale della materia, come necessario riferimento del reato in esame; e terza, si approfondisce soprattutto negli strumenti offerti dal Diritto commerciale da i diritti di proprietà industriale, in particolare, e intellettuali, in generale, come elementi sostanziali e di riferimento che segnano il modo di cercare la concrezione dell'oggetto di tutela.

Nell *secondo capitolo* si fa un approccio al concetto e alla portata del segreto aziendale come elemento centrale di questo reato che segna la differenza con altre fattispecie di reato basate su condotte similari. Spunta in questo contesto la sua qualità di bene immateriale, che segnerà ogni aspetto di questa ricerca. Il segreto aziendale costituisce un concetto sostanzialmente commerciale, che copre una vasta tipologia di diverse informazioni, legati alla società. Tuttavia, nonostante la sua ampiezza e il suo carattere aperto, la sua limitatezza attraverso i requisiti che lo definiscono ci permetterà configurare una nozione di esso che si adatti al rispetto dei principi penali.

Nel *terzo capitolo* approfondiamo sull'analisi della fattispecie semplice di spionaggio aziendale, che il legislatore messo all'articolo 278.1 CP e che prevede la sottrazione illegittima di segreti aziendali. Dopo un'esegesi dettagliata di esso, si fa attenzione ad ogni una delle questioni che hanno sollevato più il dibattito e la sua applicabilità pratica, al fine di trovare una soluzione per loro. Una delle problematiche maggiori riguarda la possibile interpretazione della condotta tipica a partire da due vie opposte, costringendoci a scegliere una di loro, ciò che condiziona il resto dell'analisi della fattispecie.

La figura dello spia aziendale che il legislatore del 1995 ha disegnato è quella di un soggetto la cui attività si trova esclusivamente sulla raccolta di informazioni aziendali riservate per ulteriormente riverlarle a terzi in modo illecito. Ciò è dimostrato dal fatto che l'unico comportamento, oltre alla sottrazione, in cui il legislatore penale ha deciso di punire allo spia aziendale, è la rivelazione di segreti. Pertanto, il *quarto capitolo* è

dedicato allo studio della fattispecie aggravata di divulgazione di segreti aziendali da chi illegittimamente li ha ottenuti, ai sensi del secondo comma dell'articolo 278 CP.

Infine, il *quinto capitolo* è suddiviso in due parti. La prima parte è destinata ad analizzare l'adeguatezza delle conseguenze penali attribuite dal legislatore ad entrambe le forme considerate, in particolare alla fattispecie semplice che costituisce la pena di riferimento per la forma aggravata. Nella seconda parte si tratta il contenuto del terzo comma dell'articolo 278 CP che regola il concorso tra reati stabilendo che quanto previsto da tali disposizioni si applicherà insieme alle sanzioni comminate per la sottrazione o la distruzione di supporti informatici. Questo riferimento conduce allo studio delle modalità di concorso tra il reato di spionaggio e altre fattispecie criminose, tra cui rileva principalmente il reato di danni, data l'immaterialità dell'oggetto della condotta.

Con questo scheletro, il lavoro cerca di studiare il reato di spionaggio aziendale e si avanza che si conferma l'ipotesi che i segreti aziendali hanno una stretta relazione con i diritti di proprietà industriale, essendo necessarie alcune riformulazioni della fattispecie *de lege ferenda* in modo da poter fornire servizi migliori per la protezione della repressione del bene giuridico e la repressione dello spionaggio aziendale.

CAPÍTULO I

EL OBJETO DE TUTELA EN LOS DELITOS RELATIVOS A  
SECRETOS DE EMPRESA



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA



UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA

## CAPÍTULO I

### **EL OBJETO DE TUTELA EN LOS DELITOS RELATIVOS A SECRETOS DE EMPRESA**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

El delito de espionaje empresarial constituyó una novedad del legislador penal de 1995, pues hasta entonces, como veremos, sólo se castigaba al encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño *descubriere* los secretos de su industria (artículo 499 del Código penal de 1973). El Código penal de 1995 vino a introducir el artículo 278, donde castiga el citado espionaje y los artículos 279 y 280, en los que se contempla la tutela penal de los llamados secretos empresariales. Como veremos, todos afectan al mismo bien jurídico y giran en torno al secreto de empresa. Por ello al estudiar el espionaje es imprescindible aludir a las otras figuras de cara a la fijación del objeto de tutela.

Desde la inclusión de estas conductas delictivas en nuestro Código penal, han sido numerosas las interpretaciones que se han realizado acerca del bien jurídico protegido<sup>17</sup>. Estas han tomado como punto de referencia mayoritariamente la ubicación sistemática del delito, siendo en su mayor parte coherentes con los títulos donde el delito se localizaba.

---

<sup>17</sup> Se parte de un concepto de bien jurídico entendido como “instrumento conceptual de concreción de los presupuestos esenciales para la convivencia social a proteger por el Derecho penal”. Éste, para poder construir en su torno preceptos que describan conductas que los lesionen o los pongan en peligro han de acudir siempre a realidades sociales, siendo, por tanto, un concepto material y no ideal (concibe así el bien jurídico, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 24).

Las tesis doctrinales más remotas sobre el bien jurídico pueden considerarse superadas<sup>18</sup>, puesto que en la actualidad ya no se defienden las posiciones de los autores clásicos que estaban muy vinculadas a la anterior regulación de estos delitos. La razón de su abandono hay que buscarla en el cambio sustancial que sufrió su configuración en el Código penal de 1995, en el que se los ubicó en el Título XIII de los “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” y que giraba en torno al indiscutible valor económico que la información empresarial posee. Se trata de una idea que se empezó a manejar a partir de 1978 gracias a la propuesta que efectuó Bajo Fernández de identificar el bien jurídico con la capacidad competitiva de la empresa<sup>19</sup> y a la que se han sumado los intérpretes del actual Código penal.

La nueva concepción del secreto como valor empresarial de carácter económico no sólo trajo consigo la reubicación de estos delitos, sino que además condicionó las interpretaciones doctrinales sucesivas, en línea con Bajo Fernández.

Sin embargo, las más recientes concepciones sobre el bien jurídico protegido, aun cuando han supuesto interesantes aportaciones para el desarrollo interpretativo de esta figura delictiva, todavía no consiguen, a mi juicio, identificar el concreto objeto de tutela de la misma. Ello lleva, *de lege lata*, a que la interpretación de los tipos adolezca aún de ciertas deficiencias que enturbian su correcta aplicación; y, *de lege ferenda*, a que sean precisas propuestas que encajen desde el plano político-criminal con las necesidades que presenta este delito.

Partiendo de estas consideraciones, en el presente trabajo se tratarán de abordar estas cuestiones, con el propósito de realizar una interpretación de la figura delictiva del artículo 278 CP, que regula el llamado espionaje empresarial, acorde con el estudio del bien jurídico. Para ello, vamos a empezar por repasar las diferentes teorías sobre el bien jurídico, que se han mantenido desde la introducción de estos delitos en el Código penal hasta la fecha y sus posibles falencias. En segundo lugar, y tras afirmar el carácter económico de los secretos empresariales, se indaga en la llamada “Constitución económica” para hallar el fundamento del objeto que se tutela con el castigo de los comportamientos que atenten contra este tipo de secretos. En tercer lugar, se pretende

---

<sup>18</sup> Entendemos por las más remotas las anteriores al vigente Código penal, esto es, desde 1822 hasta las que surgieron durante la vigencia del Código Penal de 1973.

<sup>19</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 287.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

efectuar una breve aproximación al régimen de la competencia desleal, que constituye la regulación civil de los secretos de empresa, y su posible repercusión en la identificación del bien jurídico. Llegados a este punto, estaremos en condiciones de poder perfilarlo y de posicionarnos sobre su naturaleza jurídica.

## **II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS TEORÍAS SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LOS SECRETOS EMPRESARIALES**

### **1. Las primeras concepciones sobre el bien jurídico: la protección de la intimidad**

Estos delitos se regularon por primera vez en el Código penal de 1822. Este texto legal, de marcada tendencia individualista, constaba, como es sabido, de un Título Preliminar y dos partes, la primera relativa a los “*Delitos contra la Sociedad*” y la segunda a los “*Delitos contra los particulares*”. Pues bien, estas figuras se contemplaban en dos preceptos. Por un lado, en la primera parte se contemplaba el artículo 424, dentro del Título V, referido a los “*delitos contra la fe pública*”, cuyo Capítulo VI (“*De los que violen el secreto que les está confiado por razón del empleo, cargo ó profesión pública que ejerzan, y de los que abran ó supriman indebidamente cartas cerradas*”) albergaba todo tipo de secretos. El artículo 424 párrafo segundo preveía una agravación de la pena para los casos en que la revelación pudiera causar a la persona que confió el secreto “alguna responsabilidad criminal, alguna deshonra, odiosidad, mala nota ó desprecio en la opinión pública”, siendo así más gravosa la manifestación que pudiera afectar al buen nombre del titular del secreto.

Por otro lado, se hallaba el artículo 718 que, ubicado en la segunda parte, se incluía en el Título II, relativo a los “*delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas*”, cuyo Capítulo I se refería a las “*calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados*”. Este artículo disponía que cualquiera que, además de los comprendidos en el artículo 424, descubriera o revelare voluntariamente a una o más personas algún secreto que se le haya confiado por otra en perjuicio de ésta en su persona, honor, fama y concepto público y fuera de los casos permitidos por la ley, sería castigado como reo de injuria.

Mencionados los preceptos que regulaban los secretos en el Código Penal de 1822, hay que decir que, aunque algún autor ha señalado que el artículo 424 se refería concretamente a la revelación de secretos profesionales<sup>20</sup>, en general los intérpretes apuntaban como bienes jurídicos, entre otros, a la personalidad del empresario, la fama de sus productos o el derecho a la intangibilidad de la propia esfera secreta<sup>21</sup>, pues, como pone de manifiesto De Urbano Castrillo, los secretos de empresa, “acorde con la concepción liberal-individualista del Código penal de 1822, se asociaron a una manifestación de la intimidad del empresario”<sup>22</sup>.

La protección de la persona del empresario en su derecho al buen nombre está muy vinculada al contexto en el que se aprobó este Código. Hay que recordar que apenas habían transcurrido tres décadas desde la Revolución francesa por lo que es normal que el reconocimiento de derechos y libertades del individuo primara por encima de todo, lo cual explica que se identificara el objeto de tutela de estos delitos con los derechos personales del empresario.

Actualmente, no puede ser aceptada esta interpretación. Ello es así, en primer lugar, porque la afección a un derecho de la personalidad, como puede ser el honor o la fama, sólo podría predicarse de una violación de secretos empresariales cuya titularidad correspondiera a una persona física, siendo así que en no pocas ocasiones la información corresponde a una persona jurídica que, como es sabido, no ostenta bienes de la personalidad. En segundo lugar, si bien la fama o el honor pueden verse lesionados por comportamientos de esta índole, siendo el temor a ello incluso uno de los motivos por el que con frecuencia aquellos no trasciendan ni reciban denuncia alguna, estos tipos están orientados a la tutela de un bien de contenido fundamentalmente económico, como veremos a continuación. Esta interpretación vinculada a bienes de la personalidad parece recordar la vertiente moral que poseen los derechos de propiedad intelectual, la cual no se contempla ni en los derechos contra la propiedad industrial, a los que los secretos empresariales se aproximan en gran medida, ni a estos últimos.

---

<sup>20</sup> JASO ROLDÁN, T.: (por Antón Oneca, J. y Rodríguez Muñoz J. A.) en *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, Madrid, 1949, p. 324.

<sup>21</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 109.

<sup>22</sup> DE URBANO CASTRILLO, E.: (Dir. Conde-Pumpido Tourón, C. y Coord. López Barja de Quiroga, J.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo 3 (Arts. 205 al 318), Bosch, 2007, p. 2177.

## 2. La propiedad como interés protegido

Con la aprobación del Código penal de 1848 se produjo un cambio en la forma de dotar de contenido al bien jurídico, poniendo en un primer plano un interés de carácter patrimonial, la tutela de la propiedad privada, pese a que esas figuras se situaran en el título de “*los delitos contra la libertad y seguridad*”, ubicación que fue criticada por la doctrina dado el claro carácter patrimonial<sup>23</sup> que tenía el precepto. En efecto, así se desprendía del tenor literal del art. 414 de dicho texto legal que rezaba así: “*el encargado, empleado ú obrero de una fábrica ú otro establecimiento industrial que con perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria, será castigado con las penas de prisión correccional y multa de diez á cien duros*”. Esta ha sido la ubicación y redacción<sup>24</sup> que desde entonces se ha mantenido hasta el Código penal de 1973, antepasado del actual, cuyo artículo 499 castigaba la violación de secretos de empresa<sup>25</sup>, habiéndose mantenido también la misma concepción sobre el objeto de tutela.

La protección de un bien de naturaleza patrimonial, como es la propiedad, supuso el reconocimiento del valor económico que el secreto industrial representaba para el dueño de la fábrica<sup>26</sup>. El prevalente carácter unipersonal de las empresas y la intención de proteger los resultados del trabajo como reconocimiento del propio esfuerzo atribuían la propiedad de los mismos a su dueño y es aquí donde se sustentaba, en parte, la concepción patrimonial del bien<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> PACHECO, J. F.: *El Código penal. Concordado y comentado*, Tomo III. Imprenta de D. Santiago Saunaque, Madrid, 1849, p. 283; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*, Tomo V. Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de J. A. García, 2ª ed. Madrid, 1913, p. 845. Posteriormente, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, Tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, pp. 661-662.

<sup>24</sup> Con la salvedad de la modificación que tuvo lugar con el Código penal de 1932 que sustituyó “*con perjuicio...*” por “*en perjuicio...*” y las penas, que fueron variando.

<sup>25</sup> El artículo 499 estaba incardinado en el Capítulo VII, denominado “*del descubrimiento y revelación de secretos*”, que se hallaba dentro del Título XII, referente a los “*delitos contra la libertad y seguridad*” del Código penal de 1973 y establecía lo siguiente: *El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas.*

<sup>26</sup> CARRASCO ANDRINO, Mª M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 122.

<sup>27</sup> DE VIZMANOS, T. M. / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al Código penal*, Tomo II. Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, p. 454. Estos autores dicen que esto debería castigarse “*porque lo contrario fuera privar de la compensación debida al que por resultado de su trabajo, de su experiencia o quizás de una feliz casualidad, descubre o introduce en nuestro país métodos, procedimientos ú objetos desconocidos que puedan servir al progreso de las artes*”.

Ello llevó a que la doctrina equiparara los delitos relativos a los secretos de empresa a los de robo<sup>28</sup>, considerándolos infracciones contra la propiedad<sup>29</sup>. Incluso hubo autores, tanto clásicos como más recientes, que los concebían como una garantía adicional para la propiedad industrial<sup>30</sup>, estimando los primeros que esta propiedad debía fundarse en la solicitud del llamado *privilegio de invención* sobre los secretos industriales para que éstos se garantizaran<sup>31</sup>.

A lo anterior se venían a sumar otras dos razones que apoyaban el carácter económico de los secretos de empresa. La primera de ellas era de carácter técnico y derivaba de la expresión “*con perjuicio del dueño*” que recogía el Código penal de 1848 y que constituía el resultado típico, teniendo, por tanto, que producirse efectivamente el daño<sup>32</sup>. Esta formulación fue sustituida por la de “*en perjuicio del dueño*” en el Código

---

<sup>28</sup> PACHECO, J. F.: El Código penal. *Op. Cit.*, p. 281, quien afirma que “en verdad puede calificarse de robo esa revelación de un procedimiento secreto de industria, que constituía la fortuna de un fabricante”.

<sup>29</sup> En este sentido, DE VIZMANOS, T. M. / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: Comentarios al Código penal. *Op. Cit.*, p. 454; PACHECO, J. F.: *Ibidem*, p. 283; VIADA Y VILASECA, S.: *Código penal (reformado) de 1870*, Tomo III. 4ª ed. Madrid, 1890, p. 337.

<sup>30</sup> La consideración de estos delitos como lesivos de la propiedad industrial también se produjo con carácter más reciente. Así, respecto de la regulación del Código penal de 1973, algunos autores asimilaron los delitos que afectan a ambos objetos. En este sentido se pronunció QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la Parte especial. *Op. Cit.*, pp. 661-662, indicando que existen casos en los que “si el ejercicio de gran parte de los derechos de Propiedad industrial, singularmente los de invención, estriban en una actividad del ingenio humano cuyo éxito depende de la especie de monopolio que le conceden las patentes, su usurpación ilegítima integra en su dinamismo una variedad de la de secretos...”. Mientras que en otros casos -añadía- podía darse el concurso de delitos entre ellas, o bien cada una de estas modalidades podía tener vida propia y autónoma. En la misma dirección TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 168, entre otros, tras vincular ambos delitos a la capacidad competitiva de la empresa, señaló que el relativo a los secretos afecta negativamente a ésta atacando otro bien, de titularidad individual, cual es el derecho del titular del secreto a que siga manteniéndose oculto, constituyendo una infracción contra la propiedad industrial *stricto sensu*. Además, este autor destaca que “no es la intimidad del dueño lo que aquí se protege, sino, en expresión de Bajo Fernández, <<la capacidad competitiva de la empresa en el mercado>> o <<el interés económico que el secreto encierra para la empresa>>”. También BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, pp. 245 y 286, defendería que la diferencia entre el secreto (antiguo artículo 499) y el delito contra la propiedad industrial (antiguo artículo 534) estribaba en que “...mientras en este último se protege la propiedad industrial registrada, en el art. 499 se protege la propiedad industrial no registrada: el secreto”.

<sup>31</sup> DE VIZMANOS, T. M. / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: Comentarios al Código penal. *Op. Cit.*, p. 454, afirmando que “el artículo no es aplicable mientras no se hubiere obtenido un privilegio de invención ó introducción, porque solo así puede determinarse la propiedad industrial conforme á las leyes sobre la materia”. En sentido contrario, se pronunciaba un sector doctrinal que consideraba que esto no debía admitirse pues, como afirmaba PACHECO, J. F.: El Código penal. *Op. Cit.*, pp. 282-283, cuando se ha sacado tal privilegio “se adquiere un derecho para que ningún otro pueda ya usar el descubrimiento garantido, ora sea que se lo descubran, ora que él lo invente. No es eso empero lo que aquí se dispone. Nuestro artículo no habla de prohibir á nadie el uso de invenciones que llega á conocer; habla sólo del castigo que merecen los que descubren aquellas que son secretas, hallándose en alguna situación de las que ha designado. Ahora bien: este hecho, esta revelación, lo mismo puede acontecer habiéndose sacado que no sacado el privilegio”, pues para obtenerla se descubre siempre a la Autoridad la invención sobre cuyo uso recae. En el mismo sentido, VIADA Y VILASECA, S.: *Código penal*. *Op. Cit.*, pp. 337-338.

<sup>32</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: El Código penal de 1870. *Op. Cit.*, p. 845-846.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

de 1932, lo que vino a suponer que el “perjuicio” dejara de ser interpretado como resultado, para pasar a ser entendido como un elemento subjetivo del injusto<sup>33</sup>.

La segunda razón se encontraba en el abuso de confianza que suponía la revelación del secreto por parte del *encargado, empleado u obrero*<sup>34</sup>. Como apunta Morón Lerma, la fase de incipiente tecnificación de la sociedad del siglo XIX, uno de cuyos rasgos era el carácter unipersonal de la titularidad de la mayoría de las empresas, exigía un nivel de confianza entre el *empleado* y el *patrón* de la fábrica, fundamental para el correcto funcionamiento de la misma<sup>35</sup>. La revelación de la información que pudiera conocer por razón de su cargo implicaba, por tanto, un grave abuso de dicha confianza que resultaba necesaria para la organización de la industria dado el valor económico de los secretos. En la actualidad, como veremos, esta perspectiva ha sido desechada por un sector de la doctrina, si bien, como se pondrá de manifiesto, no iba desencaminada al identificar la esencia del objeto de tutela, pues éste tiene que ver con un derecho patrimonial. El precepto, que se mantuvo casi inalterado durante ciento cuarenta y siete años, adolecía de numerosas deficiencias que, en parte, fueron subsanadas con la regulación del Código penal de 1995.

### 3. La libre voluntad como bien jurídico protegido

Como se ha mencionado ya, el Código penal de 1932 iba a modificar sustancialmente la interpretación que se venía haciendo en relación con el bien jurídico, al sustituir la expresión “*con perjuicio del dueño*” por la de “*en perjuicio del dueño*”, lo que daría lugar a una reformulación del objeto de tutela que, si bien no dejó de ser patrimonial, se *entreviera*<sup>36</sup> con una concepción dirigida a proteger la libertad, la libre voluntad o la intimidad del dueño de la industria, más acorde con su ubicación sistemática en el Código<sup>37</sup>.

La doctrina consideraba que el objeto de tutela era, concretamente, la libre voluntad del titular de la información de mantener reservado su conocimiento y, por tanto, que “la revelación de secretos o las conductas encaminadas al descubrimiento de los

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 847.

<sup>34</sup> PACHECO, J. F.: El Código penal. *Op. Cit.*, pp. 282-283.

<sup>35</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 111-112.

<sup>36</sup> Así lo expresa QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la Parte especial. *Op. Cit.*, p. 1024.

<sup>37</sup> Recordemos que el delito objeto de estudio estaba incardinado en el Título XII, referente a los “*delitos contra la libertad y seguridad*”.

mismos suponen siempre menosprecio de la voluntad del afectado por el secreto”<sup>38</sup>. A favor de esta tesis argumentaba la doctrina que no era la cuantía del perjuicio lo que prevalecía, puesto que eran imaginables daños en el crédito no inmediatamente traducidos en cantidades dinerarias<sup>39</sup>.

Esta posición fue criticada algunos autores, como Bajo Fernández, quien directamente propugnó la existencia de un bien diferente, de contenido económico, o como Rodríguez Devesa y Serrano Gómez quienes, aludiendo en 1995 al arcaísmo del precepto de 1973 y la necesidad de una nueva regulación, apuntaron la idea de que el “precepto se redactó para una industrialización incipiente y pensando en personas físicas”, pues empresario y empresa coincidían, mientras que hoy ha de extenderse a las personas jurídicas<sup>40</sup>. En efecto, actualmente la titularidad de la información secreta pertenece en muchos casos a personas jurídicas que no son sujetos de estos derechos a la libre voluntad y la intimidad, planteándose estos autores hasta qué punto era conciliable con la sistemática legal este hecho en cuanto “se tutela una voluntad, un no querer que sea conocido el secreto, sólo atribuible a las personas individuales”<sup>41</sup>.

Esta concepción del bien jurídico, como veremos, parece que no ha sido del todo abandonada por el legislador español, lo cual parece criticable en la medida en que el castigo penal no puede estar supeditado a la voluntad del titular de la información exclusivamente y se descuida una adecuada protección de los verdaderos intereses que están detrás del precepto.

#### 4. El secreto de empresa como secreto profesional

Fue Cuello Calón, entre otros<sup>42</sup>, uno de los que planteó la posibilidad de considerar que el secreto, al que estaba obligado el *encargado, empleado u obrero* fuese equiparable al secreto profesional. Para él, el bien jurídico era “el mantenimiento del secreto profesional a que están obligados los encargados, empleados y obreros de fábricas o

---

<sup>38</sup> JASO ROLDÁN, T.: Derecho penal. *Op. Cit.*, pp. 324 y 325.

<sup>39</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Tratado de la Parte especial. *Op. Cit.*, p. 1025.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. / SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 337.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español. Parte especial*, 3ª edición, Bosch, Barcelona 1996, p. 199.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

establecimientos industriales concededores, por razón de su profesión, de secretos de esta índole”<sup>43</sup>.

Sin embargo, esta opción se descartó, pues ambos tipos de secreto poseen distinta naturaleza pese a tener algunas coincidencias<sup>44</sup>. Así, como destaca Carrasco Andrino<sup>45</sup>, en el secreto profesional la obligación de guardar reserva impuesta al profesional deriva de su status personal, esto es, de su cargo conseguido por la habilitación para desarrollar ciertas tareas, mientras que en el secreto empresarial el que tiene el deber de sigilo se encuentra en una relación de dependencia con el empresario, al que debía guardar fidelidad. Pero, la principal diferencia entre ellos quizás sea la relativa al bien jurídico que, como planteó Gómez Segade<sup>46</sup>, consiste en que mientras que la protección del secreto profesional se apoya en consideraciones personales, la del industrial se basa en argumentaciones de índole patrimonial. Es esto lo que permite distinguir ambos tipos de secreto, pues el primero está basado principalmente en un contenido relacionado con la intimidad y el segundo con la información confidencial de la empresa, la cual tiene valor económico.

## 5. La capacidad competitiva de la empresa como objeto de tutela penal

El primer autor que propugnó la capacidad competitiva de la empresa en el mercado como objeto de tutela fue Bajo Fernández en 1978, bajo la vigencia del Código penal de 1973. Este autor negó que el interés protegido fuera la libertad de voluntad o voluntad del titular de que no fuera conocido el secreto, criticando fundamentalmente dos aspectos<sup>47</sup>: el primero de ellos era que dicha interpretación supondría una confusión entre el bien jurídico y el objeto material del delito, pues con la misma se estaría protegiendo el secreto en sí; el segundo, apoyado posteriormente por Carrasco Andrino<sup>48</sup>, considera que el hecho de aludir a la libre voluntad y, teniendo en cuenta que lo que se está tutelando es el secreto, parecía defender la tesis subjetiva de la voluntad frente a la objetiva del

---

<sup>43</sup> CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II. Bosch. Barcelona, 1940, p. 94.

<sup>44</sup> Como plantea CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 34, en ambos tipos de secreto “el acceso al conocimiento oculto es consecuencia del ejercicio de una actividad laboral” y en ambos está presente “el deber de silencio como algo funcionalmente necesario para el desarrollo de la profesión o del trabajo encomendado”.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 34 y ss.

<sup>46</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: *El secreto industrial (Know-how). Concepto y Protección*, Tecnos, D. L., Madrid, 1974, pp. 254-255.

<sup>47</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, pp. 287 y 288.

<sup>48</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 124.

interés. De este modo Bajo Fernández resalta que la importancia del secreto no viene determinada por la voluntad de su titular, sino por unos valores “(la honestidad, la propiedad, el patrimonio, la competencia, el mercado) dignos de protección que, por añadidura, el sujeto pasivo *quiere* también conservar”<sup>49</sup> y que existen más allá del secreto en sí.

Estos valores a los que alude el autor ya los habría señalado anteriormente la doctrina mercantil<sup>50</sup> al atribuir al secreto la necesidad de un elemento objetivo, que vendría integrado por el interés económico que el secreto encierra para la empresa y que se concreta en el mantenimiento de la situación de mercado de la empresa o, dicho de otro modo, tal interés objetivo existirá cuando su revelación pueda incrementar la competencia de los rivales o disminuir la de la empresa afectada<sup>51</sup>.

Esta concepción, desarrollada al amparo del Código penal de 1973, cobraría todo su sentido con el de 1995, al situar la violación de secretos de empresa en el título relativo a los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” y dentro de éste, en la Sección 3ª del Capítulo XI que lleva por rúbrica “Delitos relativos al mercado y a los consumidores”, confirmando, como dice Morón Lerma, “la trascendencia económica y competitiva del secreto y, en esa medida, su entendimiento como un claro valor de empresa”<sup>52</sup>.

Así, desde que Bajo Fernández hiciera su propuesta, han sido numerosos los autores que han estimado que esta es la interpretación más acertada del objeto de tutela de los delitos relativos a la violación de secretos de empresa<sup>53</sup>, pasando éstos a ser

---

<sup>49</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 288; y, posteriormente, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 530.

<sup>50</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, pp. 238 y ss.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>52</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 122.

<sup>53</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 530; LÓPEZ GARRIDO, D. / GARCÍA ARÁN, M.: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996, p. 142, quienes, dentro de la capacidad competitiva de la empresa, señalan que se lesiona “la seguridad que para la posición de la empresa en el mercado supone el conocimiento exclusivo de determinados datos internos y relativos a su actividad”; MORENO CANOVÉS, A. / RUÍZ MARCO, F.: *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza, 1996, pp. 121-122, aunque estos autores acaban diciendo que lo protegido es el secreto de empresa como *instrumento de la estrategia competitiva* de la misma, y por tanto, confundiendo objeto de tutela con aquél; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 434; SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: “Sección 3ª. De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 614; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (Rodríguez



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

considerados desde este momento como valor de empresa con capacidad de afección a la posición de ésta en el mercado en caso de ser descubiertos, revelados o utilizados.

En mi opinión, si bien esta concepción ha supuesto un notable avance en la identificación del bien jurídico, pues pone el punto de mira en la empresa, a mi parecer este bien debe ser todavía objeto de una mayor concreción, ello porque la capacidad competitiva de la empresa puede ser lesionada de diversas formas y no sólo a través de conductas contra los secretos de la empresa. Así, podría entenderse que la capacidad competitiva de la empresa también constituye el objeto de tutela de la propiedad industrial, pues ésta depende en gran medida de los bienes que constituyan ya derechos de propiedad industrial por estar registrados. De ahí que, si bien la capacidad competitiva de la empresa es susceptible de ser lesionada o puesta en peligro con la violación de un secreto empresarial, se estima que aquella no se puede identificar con el bien jurídico protegido en estos delitos.

## 6. La leal competencia como bien jurídico

Muy relacionada con la concepción anterior se encuentra la posición de quienes defienden la libre o la leal competencia como bien jurídico protegido<sup>54</sup>. Este sector doctrinal no rechaza la capacidad competitiva de la empresa como objeto de tutela, pero entiende que la misma es una parte de él. Para algunos dicha capacidad competitiva se protege como parte de la competencia leal<sup>55</sup> y para otros se presenta como presupuesto para que un sistema económico basado en la competencia pueda cumplir sus funciones, pero que no es el único, ya que hay que tutelar también al resto de agentes que intervienen en el mercado, porque lo que en realidad se pretende preservar es el “sistema concurrencial en su conjunto” o el “correcto funcionamiento del mercado”<sup>56</sup>.

---

Mourullo, G. (Dir.) y Jorge Barreiro, A. (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 802.

<sup>54</sup> Así, entre otros, DE URBANO CASTRILLO, E. (Dir. Conde-Pumpido Tourón, C. y Coord. López Barja de Quiroga, J.): *Comentarios. Op. Cit.*, p. 2178; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 110; MUÑOZ CONDE, F.: *Ibidem*, p. 434; SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A.: *Derecho penal. Parte especial*, 15<sup>a</sup> ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 510; SERRANO-PIEDCASAS, J. R. / DEMETRIO CRESPO, E.: *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010, p. 312.

<sup>55</sup> MUÑOZ CONDE, F. *Ídem*, p. 434.

<sup>56</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 110. De la misma opinión es DE URBANO CASTRILLO, E. (Dir. Conde-Pumpido Tourón, C. y Coord. López Barja de Quiroga, J.): *Comentarios...*, op.cit., pp. 2177-2178, quien considera que se trata de “aunar el estricto interés de las empresas y de los consumidores, con una idea central: (...) defender la libre competencia a fin de procurar un mercado transparente y lícito”.

Puede apreciarse, por tanto, cómo la diferencia entre capacidad competitiva de la empresa y leal competencia para estos posicionamientos radica en que mientras la primera apunta a un bien individual que, como se ha dicho, pone el acento en la empresa, el segundo se orienta a otro colectivo, en el que la primera se inserta o del que constituye presupuesto, junto a otros bienes. Se arguye por los partidarios de esta segunda posición que en un sistema de economía de mercado como el nuestro la leal competencia es un elemento fundamental de la libertad de empresa, consagrada en el artículo 38 de nuestra Carta Magna<sup>57</sup>, y que los poderes públicos tienen que intervenir para garantizarla. Se trata de un planteamiento que, según este sector doctrinal, vendría a resaltar la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que protege el secreto empresarial, destacando en su Exposición de Motivos tanto la libertad de empresa como una concreción de ésta, la libertad de competencia<sup>58</sup>. Para algunos, además, una de las formas de intervención del Estado es tipificando estas conductas que suponen graves ataques a valores en los que el sistema se fundamenta, viniendo así el *ius puniendi* a cumplir esta misión<sup>59</sup>. En la misma dirección la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha afirmado que el fundamento de estos delitos se encuentra en la lealtad que ha de guardar quien conozca el secreto por su relación legal o contractual con la empresa, en el caso de que la haya, y que, por tanto, el bien reside en la competencia leal entre empresas<sup>60</sup>.

Frente a estas posturas, un sector doctrinal identifica la existencia de dos bienes jurídicos en estos delitos, imperando la idea de que aquellos se consideran

---

<sup>57</sup> El artículo 38 de la Constitución Española establece que “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”.

<sup>58</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 3/1991, de 10 de enero sobre Competencia Desleal, dice así: *La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles eventualmente de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado.* Ver también, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 109.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>60</sup> SAAVEDRA RUÍZ, J. (Dir.) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord. Técnico) / ALONSO GONZÁLEZ, A. B. / ENCINAR DEL POZO, M. A.: *Código penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 2<sup>a</sup> ed. Actualizada conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, Colección Tribunal Supremo, El Derecho, Madrid, 2011, p. 931. En este sentido se pronunció la STS (Sala de lo Penal, Sección 1<sup>a</sup>), 285/2008, de 12 de mayo, una de las pocas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo en esta materia.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

complementarios<sup>61</sup>, y que conforman un doble nivel de salvaguarda: uno mediato<sup>62</sup> o genérico<sup>63</sup>, la leal competencia, por un lado, y otro inmediato<sup>64</sup>, un interés del empresario. Estas interpretaciones responden a la tesis de los llamados delitos con bien jurídico intermedio, que formuló Schünemann<sup>65</sup> y, de acuerdo a la cual, en algunos delitos habría, un bien jurídico intermedio espiritualizado, cuya lesión representa un desvalor propio y, por lo tanto, sugiere el puente hacia los delitos de lesión (es decir, con bien jurídico tangible sustancial). Esta teoría se traduce en el delito objeto de estudio, en la identificación de un bien jurídico inmediato, cuya lesión o puesta en peligro se produce de forma directa, y un segundo, que cumple otras funciones de la norma y que recibiría una protección mediata o genérica por parte de ésta.

Un primer ejemplo de esta concepción lo encontramos en Carrasco Andrino, quien considera que el interés inmediata y directamente protegido es un interés individual de carácter patrimonial, que comprende tanto la adquisición como la explotación de los conocimientos reservados, permitiendo al empresario disponer en exclusiva del objeto del secreto manteniendo la reserva, siendo la conservación de la competencia el objetivo último al que sirve la protección penal del secreto empresarial<sup>66</sup>. Si bien esta autora alude al primero de ellos como bien jurídico protegido y al segundo como “*ratio legis*” del precepto<sup>67</sup>, afirma al final que estamos ante lo que constituye un “doble nivel de salvaguarda, atendiendo a la mediatez o inmediatez del objetivo”<sup>68</sup>.

---

<sup>61</sup> MATA Y MARTÍN, R. M.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Editorial Comares, Granada, 1997, p. 71. Este autor afirma que “las figuras que contienen bienes intermedios presentan una protección simultánea para intereses sociales y de los particulares, entre los que existe una relación de *complementariedad* en la protección que el ordenamiento jurídico otorga para ambos bienes”.

<sup>62</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 127.

<sup>63</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>64</sup> *Ibidem*; MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 129.

<sup>65</sup> SCHÜNEMANN, B.: “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, *JA*, 1975, pp. 793 y 798.

<sup>66</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. 141-142. Esta autora ha defendido que cuando hablamos de la competencia o del correcto funcionamiento del mercado estamos simplemente ante el fin de protección de la norma, o sea, ante el motivo inculminador.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 144. Asume así la autora la concepción formulada por Segura García respecto de los delitos contra los derechos de propiedad industrial, donde el interés mediato estaría constituido por la protección del orden económico basado en la libre competencia y del mercado en su conjunto, como finalidad última de tutela de un interés general, y el inmediato, el interés particular del titular del derecho de exclusiva, como más exclusiva y directa necesidad de protección (SEGURA GARCÍA, M. J.: *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código penal español de 1995*, Tirant Lo Blanch “colección los delitos” n<sup>o</sup> 65, Valencia, 2004, pp. 227-228).

Otro ejemplo lo representa la tesis de Morón Lerma, quien estima que la competencia como objeto de tutela es inadmisibile por ser insuficiente, dando para ello dos razones: la primera de ellas hace alusión a que ésta ya se encuentra salvaguardada por otras figuras delictivas y no puede constituir el bien común a todas ellas; y la segunda apunta a que a lo sumo estamos ante un bien mediato, lo cual exigiría concretar todavía cuál es el interés inmediatamente protegido y que, como interés concurrente de carácter secundario o de protección mediata, puede cumplir otras funciones que se asignan al bien jurídico<sup>69</sup>.

Otro buen ejemplo de esta concepción lo ofrece Martínez-Buján Pérez, quien partiendo del concepto de bien inmediato que defiende Morón Lerma, matiza que la leal competencia no debe ser caracterizada como un objeto de tutela *mediato* o puro motivo de la criminalización, sino que se trata de un bien *genérico* “susceptible después de una mayor especificación a la vista de la concreta figura delictiva de que se trate”, pudiendo considerarse mediato, sin embargo, - sigue diciendo el autor - “en los delitos de propiedad industrial o en el de publicidad engañosa, pero sin que pueda admitirse que los bienes inmediatamente protegidos en estos delitos supongan una concreción del bien jurídico de la *leal competencia*”<sup>70</sup>. Este autor estima que las infracciones de los secretos industriales son auténticos delitos contra la competencia leal, siendo ésta “el auténtico bien jurídico”, pero que en primera línea se menoscaba uno individual, constituido por los intereses legítimos de los empresarios competidores. A continuación, este autor sostiene que la regulación conjunta de los delitos relativos al mercado y a los consumidores obedece “a la idea (dogmática) de que son delitos que se orientan a preservar bienes jurídicos de naturaleza supraindividual del orden económico constitucional, a diferencia de las restantes infracciones incardinadas en el capítulo XI, que vulneran bienes jurídicos de naturaleza individual”<sup>71</sup>. Por tanto, también este autor, tras reconocer que en primera línea se menoscaba un bien jurídico individual, constituido por los intereses legítimos de los empresarios competidores, admite que los delitos relativos al mercado y a los consumidores, ámbito donde se incardina el delito objeto de estudio, se orientan a preservar un bien jurídico de naturaleza supraindividual. En definitiva, con ello está

---

<sup>69</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 127-128. Así, esta autora considera que la leal competencia como bien jurídico mediato puede jugar un papel en “la función de límite y orientación del <<ius puniendi>> (como función político-criminal atinente a la creación o supresión de delitos), en la función sistemática y, también, en la función de criterio de medición o determinación de la pena...”.

<sup>70</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 18-19.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

sosteniendo, al igual que Morón Lerma, que con el castigo de estos delitos se pretenden tutelar bienes jurídicos colectivos, mientras que el de los relacionados con la propiedad industrial e intelectual se orienta a la protección de bienes individuales.

En mi opinión, estos planteamientos que reconocen la existencia de dos vías de protección penal perturban el análisis dogmático de los tipos por falta de concreción del objeto de tutela, en la medida en que no se posicionan de forma clara sobre una de ellas al reconocer, en primer término, un bien inmediato cifrado en un interés del empresario, pero atribuyéndole, posteriormente, naturaleza supraindividual. De este modo, el estudio de la estructura típica del delito plantea numerosos problemas a la hora de establecer el tipo de protección, de peligro o de lesión, que se ofrece al objeto de tutela, no pudiendo determinar si ésta va referida al bien inmediato o al mediato o genérico. O aún peor, que ante la existencia de dos bienes se opte por uno u otro según convenga, lo cual no parece muy adecuado desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

Soto Navarro ha criticado estas construcciones, calificándolas de “artificiosas”<sup>72</sup> y destacando algunos puntos débiles que éstas presentan<sup>73</sup>, entre los que cabría señalar los siguientes: en primer lugar, si las exigencias del tipo no se refieren al bien jurídico colectivo que mediatamente se protege, éste no sería más que la *ratio legis*; en segundo lugar, el injusto de estos delitos no puede basarse en la mera infracción de deberes; y, en tercer lugar, que resulta difícil justificar la incriminación de conductas que en sí mismas son “inocuas” para el bien jurídico protegido y que ello es fruto de la falta de concreción del bien<sup>74</sup>.

En su crítica, la autora apunta que estas concepciones aludirían a instituciones básicas para el funcionamiento del Estado y del sistema social, en nuestro caso, el orden socio-económico y, dentro de éste, la leal competencia, ámbito en el que también el legislador opta preferentemente por estructuras de peligro abstracto. Se parte del carácter

---

<sup>72</sup> SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 211.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 182 y ss.

<sup>74</sup> En este punto resulta representativo el ejemplo que pone la autora para demostrar la incongruencia. Ésta dice que “lo mismo podría decirse de un atentado contra la vida humana si considerásemos que el bien jurídico protegido es, en abstracto, la especie humana, pues ciertamente la muerte de una persona no representa, ni siquiera, un peligro abstracto para la supervivencia de la especie. Sin embargo, nadie sostiene que el delito de homicidio responda a una estructura típica de peligro, sencillamente porque el bien jurídico vida humana, al igual que la mayoría de los bienes jurídicos individuales, se ha logrado concretar” (*Ídem*, p. 183).

inmaterial de estos bienes, y de ahí la necesidad de recurrir a otros que los represente en un plano menos abstracto. Este bien intermedio o inmediato “resultaría lesionado con la mera realización de la conducta subsumible en el tipo, lo que fundamentaría por sí solo un injusto específico merecedor de pena”<sup>75</sup>. Pero la razón última de la incriminación – continúa la autora –, “radicaría en la peligrosidad que reviste para el bien jurídico mediatamente protegido la lesión reiterada y generalizada del bien jurídico intermedio, sin que ello tenga relevancia directa en el tipo, de modo que no es preciso constatar en el caso concreto la puesta en peligro del bien jurídico representado” (esto es, el colectivo, es decir, la leal competencia)<sup>76</sup>.

Como ya he anticipado, esta forma de protección basada en un bien inmaterial de carácter colectivo que constituye el objeto de tutela mediato, la leal competencia, y otro bien de naturaleza individual como bien jurídico inmediato o intermedio, el interés económico del empresario en mantener la reserva, desvirtúa la importancia de la institución del bien jurídico que, como apuntaba Hefendehl, es el “eje material” de la norma<sup>77</sup>, a partir del cual se analiza el resto de elementos típicos que la conforman. Y esto es así porque en la medida en que el bien jurídico es el referente para el resto del análisis dogmático éste tiene que ser concretado<sup>78</sup>. Éste debe de ser el aspecto más claro de la norma penal para, en función del mismo, analizar el resto de elementos que la componen y no al contrario pues, como afirma Mata y Martín, la presencia de la denominación de “bienes jurídicos intermedios” en ocasiones de forma confusa o contradictoria, como es el caso apenas expuesto, y su escaso desarrollo “impiden constatar la existencia de una categoría autónoma de bienes jurídicos”<sup>79</sup>.

Pues bien, a la vista de las anteriores consideraciones, a mi entender, la leal competencia no puede constituir el bien jurídico protegido, y ello por dos razones

---

<sup>75</sup> *Ídem*, p. 181.

<sup>76</sup> *Ídem*, p. 182.

<sup>77</sup> HEFENDEHL, R.: *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 196.

<sup>78</sup> Cfr. GARCÍA PÉREZ, O.: *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 30-31, quien afirma que esta concepción es fruto de la excesiva abstracción de no pocos bienes jurídicos, los cuales plantean graves problemas a la hora de su configuración. También en este sentido, HASSEMER, W.: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, 1995, p. 32, quien, en la búsqueda de respuestas a la pregunta de qué es verdaderamente una prevención eficaz afirma que “cuanto más vago es el concepto de bien jurídico y cuantos más objetos abarca, más tenue se vuelve la posibilidad de contestar a nuestra pregunta de si el Derecho penal cumple su función preventiva”.

<sup>79</sup> MATA Y MARTÍN, R. M.: *Bienes jurídicos intermedios. Op. Cit.*, p. 72.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

fundamentalmente. En primer lugar, dado que ésta se ha pasado a identificar con la prohibición de actuar incorrectamente en el mercado y tradicionalmente “se ha referido a las buenas costumbres, los usos honestos o las normas de corrección en materia industrial o comercial”<sup>80</sup>, considerarla como objeto de tutela de este u otros delitos, supone admitir la intervención penal para proteger algo excesivamente genérico que se utiliza para designar el conjunto de reglas que hay que respetar en la competencia. Este bien jurídico, sin embargo, como defendía Valle Muñiz, así como ocurre con otros como el correcto funcionamiento del mercado, “priva al concepto de su capacidad de rendimiento en la labor hermenéutica del intérprete”<sup>81</sup>. En definitiva, la leal competencia carece de la suficiente precisión para erigirse en objeto de tutela. Pero es que, en segundo lugar, aun cuando la tuviera, no podría constituir el bien en los delitos que estudiamos. Cada conducta de descubrimiento, revelación o utilización de secretos de empresa, aisladamente considerada, afecta a intereses que, siendo relevantes para el Derecho penal, no se encuentran tan próximos a la lealtad en la competencia, como pueden ser el patrimonio del empresario, su posición en el mercado o los intereses económicos que tenga en la información vulnerada. Esto es lo que explica que el empresario, titular de la información, pueda decidir si los secretos en cuestión pueden ser revelados. Sin embargo, esto es incompatible con la admisión de un bien jurídico colectivo como lo sería la lealtad competencial, lo cual pone de relieve que no puede ser esta el objeto de tutela.

## **7. El interés económico del empresario en mantener la reserva como interés tutelado**

Como concreción de las dos concepciones sobre el bien que acabamos de ver, son numerosos los autores que han defendido el interés económico de la empresa o del empresario en el mantenimiento de la reserva de la información como objeto de tutela de estos delitos<sup>82</sup>, porque la vulneración del valor económico, que el secreto encierra para la

---

<sup>80</sup> BERCOVITZ, A. (Coord.): *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, Jornadas organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1992, pp. 23 y 25.

<sup>81</sup> VALLE MUÑIZ, J. M.: “Sección 2ª. De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / VALLE MUÑIZ, J. M. (Coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, p. 1234.

<sup>82</sup> RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: “Capítulo XI. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J. C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. / TERRADILLOS BASOCO, J. Mª. (Directores): *Comentarios al Código Penal*, Iustel, 2007, p. 619; CARRASCO ANDRINO, Mª M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 143; GÓMEZ RIVERO, Mª C. (Coord.):

empresa<sup>83</sup>, acaba afectando a la capacidad competitiva de ésta en el mercado. No obstante, dentro de esta posición es preciso distinguir dos líneas de interpretación que, si bien tienen el mismo punto de partida, terminan sosteniendo dos concepciones diversas, como a continuación veremos.

Por un lado, se encuentra la posición de Carrasco Andrino, quien entiende que lo que se protege inmediata y directamente es un interés individual de carácter patrimonial, que comprende tanto la adquisición como la explotación de los conocimientos reservados, permitiendo al empresario disponer en exclusiva del objeto del secreto<sup>84</sup>. Para ella la capacidad competitiva de la empresa no es lo suficientemente precisa para cumplir la función dogmática del bien jurídico pues, de un lado, “no todos los aspectos secretos de la empresa que inciden sobre la capacidad competitiva de la misma, pueden constituirse como secretos empresariales penalmente protegidos”; y, de otro, “no son únicamente los secretos empresariales los únicos elementos que inciden sobre la capacidad competitiva de la empresa”<sup>85</sup>. A su juicio, la incongruencia que parece desprenderse del rechazo de la capacidad competitiva de la empresa como objeto de tutela de estos delitos se resuelve cuando se distingue el bien jurídico de la “ratio legis”, que integra el fin de protección de la norma, considerando que éste último está constituido por la competencia.

En mi opinión, en las anteriores afirmaciones parece confundirse la capacidad competitiva de la empresa con la competencia en general. La primera, como veremos, constituye un elemento de carácter individual, pues va referida a la fortaleza patrimonial que ostenta una empresa para afrontar la lucha competitiva en el mercado y que es la que se ve afectada en el caso concreto en que se vulneren los secretos de dicha empresa, mientras que la competencia responde al sistema económico constitucionalizado. Esta posible confusión tendría su origen en la adopción por parte de la autora de la tesis de Galán Corona, quien sostiene que la revelación de secretos empresariales “trae negativas consecuencias sobre la competencia en el mercado en cuanto que su titular se ve privado

---

*Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 471; MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 129-130.

<sup>83</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 289.

<sup>84</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 143. De la misma opinión, ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, pp. 37-39, quien estima que el bien jurídico-penal protegido en estos tipos debe ser el patrimonio individual, partiendo de un concepto jurídico-económico de patrimonio que incluye las expectativas de ganancia jurídicamente no desaprobadas; FARALDO CABANA, P.: “Artículo 278”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director) *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, septiembre 2010, p. 1066.

<sup>85</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, pp. 139-140.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

de un arma competitiva”, añadiendo que la revelación afecta al orden competitivo del mercado, “lesionando la posición competitiva de su titular al privarle de un bien, cuya protección le otorgan las normas contra competencia desleal”<sup>86</sup>. Este autor identifica, a mi juicio, de forma desacertada, la afección que se produce a la empresa con la vulneración de sus secretos con la del orden competitivo del mercado, pues las razones que ofrece se basan simplemente en la privación a su titular de un arma competitiva o la lesión de su posición competitiva, de lo cual no se deduce consecuencia alguna sobre la competencia en el mercado o sobre el orden competitivo, sino antes bien sobre el titular del secreto exclusivamente. Esto es lo que explica que Carrasco Andrino considere que la capacidad competitiva de la empresa no constituye el bien, sino el objetivo último de la norma penal, al equipararla el citado autor a la competencia en sí.

Aclarado lo anterior, en cuanto al bien que propone Carrasco Andrino, esto es, “el interés económico del empresario en el mantenimiento de la reserva, pues la existencia y valor patrimonial del secreto como bien inmaterial dependen de la conservación de dicha situación de hecho”<sup>87</sup>, en mi opinión, destaca acertadamente lo esencial de cara a su identificación, esto es, la importancia del valor patrimonial del secreto. Sin embargo, la configuración que efectúa la autora no está exenta de cierta confusión, en la medida en que, como veremos, se compone de los mismos elementos que conforman el concepto de secreto empresarial, esto es, un elemento subjetivo (el interés), un elemento objetivo (que sea económico) y el carácter oculto (la reserva)<sup>88</sup>.

A mi juicio, dicha interpretación no sólo acabaría confundiendo el bien jurídico protegido con el propio secreto de empresa, sino que, además carece de concreción suficiente, pues son numerosos los intereses que el empresario puede tener, siendo necesario identificar el que se pone en riesgo con el delito de espionaje empresarial.

Lo mismo cabe decir respecto de Morón Lerma, quien también identifica el bien jurídico con el interés económico que el empresario tiene en mantener la reserva<sup>89</sup>, pero no como valor patrimonial, sino basado en la pretensión de “preservar los resultados fruto

---

<sup>86</sup> GALÁN CORONA, E.: “Supuestos de competencia desleal por violación de secretos”, en BERCOVITZ, A (Coord.): *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, Jornadas organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1992, p. 95.

<sup>87</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: *La Protección Penal del Secreto*. *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>88</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: *El secreto industrial (Know-how)*. *Op. Cit.*, pp. 66-67.

<sup>89</sup> MORÓN LERMA, E.: *El secreto de empresa*. *Op. Cit.*, p. 130.

del propio esfuerzo y fomentar, así, el avance y el progreso también mediante el propio esfuerzo, y sin apropiación indebida del esfuerzo ajeno”<sup>90</sup>. Así, la autora identifica un interés que no puede ser aprehendido desvinculadamente del derecho de la competencia económica y, en concreto, de la competencia desleal<sup>91</sup>. De ahí que señale que el principio de una competencia por el propio esfuerzo o la eficiencia que vertebran la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, “LCD”), son el punto de partida para cifrar el bien en el sentido expuesto. Para ella, “la decisión de mantener una información valiosa *en secreto* proporciona un monopolio fáctico, que permite al empresario avanzar”, respondiendo la existencia del secreto, por tanto, a una concreta estrategia competitiva<sup>92</sup>. De este modo –concluye–, “con la protección del secreto no se instituye un derecho de explotación de la información o de exclusión frente a terceros, sino que se protege el modo lícito en que se accede y se utiliza dicha información –por el propio esfuerzo–, como estrategia competitiva y modo de avance”<sup>93</sup>.

Morón configura el bien a partir de los principios de la lealtad competencial, que se basan en progresar mediante el propio esfuerzo sin apropiarse de forma indebida del esfuerzo ajeno<sup>94</sup>. A su juicio, estos no son argumentos de moral empresarial, sino de *eficacia económica*<sup>95</sup>. Sin embargo, cabe preguntarse si estos motivos basados en llamada “*par conditio concurrentium*” o igualdad entre competidores pueden constituir el bien jurídico protegido de estas figuras. Ciertamente los comportamientos descritos en estas figuras podrían romper la igualdad entre competidores si con el aprovechamiento ilegítimo de cierta información uno de ellos se sitúa en una posición privilegiada frente al resto. Sin embargo, semejante configuración del bien jurídico, además de muy genérica, no refleja adecuadamente el verdadero objeto de tutela.

Morón Lerma, al igual que Carrasco Andrino, vuelve a partir de la idea de que determinados perjuicios económicos que pudiera sufrir el empresario como el riesgo de desorganización interna de la empresa, la puesta en peligro de su capacidad competitiva, el expolio de los resultados obtenidos o la agresión a la posición ganada en el mercado, entre otros, “desestabilizan la propia estructura del mercado, perturban su correcto

---

<sup>90</sup> MASSAGUER FUENTES, J.: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 391.

<sup>91</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 128.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>93</sup> *Ídem*, p. 132.

<sup>94</sup> MASSAGUER FUENTES, J.: *Comentario. Op. Cit.*, p. 391.

<sup>95</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 133.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

funcionamiento basado en que cada agente acuda armado sólo con su propia eficiencia, etc.”. Intenta con esto fundamentar el punto del que parte, esto es, la competencia económica, trasladando consecuencias perjudiciales que afectan exclusivamente a una empresa, al ámbito, más general, de la competencia en el mercado.

Por último, Morón Lerma añade a su interpretación que, lo que en realidad se persigue con la protección del secreto de empresa, es que los agentes económicos se esfuercen por adquirir, de forma independiente, sus propios conocimientos, por lo que se fomenta el *afán innovador*<sup>96</sup>. En este sentido, como la propia autora afirma, ostenta la misma función de incentivo de la competencia económica que, por ejemplo, el sistema de patentes<sup>97</sup>. A pesar de que un sector doctrinal importante opine diversamente, esta similitud es mayor de lo que parece, en el sentido de que ambos institutos, secreto de empresa y derechos de propiedad industrial, no están tan alejados, como más adelante trataré de poner de manifiesto.

En conclusión, la tesis del interés económico del empresario en mantener la reserva es la interpretación mayoritaria actualmente en la doctrina. Los postulados que la defienden reconocen la importancia de la competencia económica, bien como fin último de protección de la norma, bien como elemento inherente al bien jurídico. Tras compartir dicho punto de partida, el citado interés se desarrolla en diferentes direcciones. Un sector doctrinal lo considera de carácter patrimonial y, por tanto, individual, mientras que el otro lo vincula al progreso mediante el propio esfuerzo, atribuyéndole una naturaleza colectiva. Sin embargo, ambas posturas no sólo definen en el bien jurídico en términos muy parecidos a lo que constituye el secreto de empresa, sino que además se considera demasiado abstracto así definido, lo que impide la concreción del bien en los tipos penales de descubrimiento, revelación y utilización de secretos de empresa. Esta labor será abordada a continuación, tras indagar en las bases que lo hacen posible.

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>97</sup> *Ídem*.

### III. BASES PARA LA CONCRECIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS RELATIVOS A SECRETOS DE EMPRESA

#### 1. Introducción

Como hemos visto, se han realizado hasta la fecha diferentes interpretaciones acerca de cuál sea el bien jurídico protegido en estas figuras delictivas. Sin embargo, como también se ha intentado poner de relieve, ninguna de ellas logra de forma satisfactoria concretar cuál sea el objeto de tutela de los delitos en cuestión, siendo, como es sabido, de suma relevancia la determinación del bien jurídico para poder proceder a la interpretación de los preceptos penales.

Según afirmaba Octavio de Toledo, “la norma jurídica incriminadora nace porque y para que un interés resulte preservado”. En el momento en que dicha norma jurídica entra en vigor -según diciendo el autor- refleja la protección buscada de dicho interés preexistente y éste se torna en interés jurídico, convirtiéndose en un “bien”<sup>98</sup>. Esto significa que las prohibiciones o mandatos legales se justifican en la medida en que protejan determinados intereses y, en concreto, esto ocurre con especial ahínco en el Derecho penal, como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado, constituyendo éste el llamado *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*<sup>99</sup>.

El bien jurídico protegido, cuya función *exegética* destaca<sup>100</sup>, constituye el punto de partida de la estructura del delito<sup>101</sup>. El bien jurídico protegido difiere, a su vez, de la llamada “*ratio legis*”, entendida como la finalidad objetiva de la norma que, siendo el papel que desempeña en la citada interpretación de carácter secundario, ésta puede verse o no cumplimentada desde la previsión legislativa<sup>102</sup>.

Pues bien, a continuación se pretende, por tanto, concretar el bien jurídico protegido en los delitos relativos a secretos de empresa, al margen de cuál sea la “*ratio legis*” de los presentes preceptos penales, la cual ha sido identificada por la doctrina en el

---

<sup>98</sup> DE TOLEDO Y UBIETO, O.: “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *ADPCP*, XLIII, 1990, p. 5.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 6-7.

<sup>100</sup> Frente a la *sistemática* y de *garantía*, que le han sido asignadas (COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte General*, 3º ed. Corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 250).

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>102</sup> *Ídem*, p. 250.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

delito objeto de estudio con el orden económico<sup>103</sup> o la preservación de la competencia<sup>104</sup>. Para dicha labor de concreción se tratarán las bases en las que el bien jurídico se sustenta, acudiendo en primer lugar al fundamento constitucional del mismo, en segundo lugar a la regulación extrapenal del delito y, en tercer lugar, a su proximidad con los delitos relativos a la propiedad industrial, cuya relación marca las pautas a seguir para interpretar el delito objeto de estudio.

## 2. Fundamento constitucional de la protección de los secretos de empresa

### 2.1. Consideraciones previas

El funcionamiento de nuestro sistema social, dado su carácter democrático, se rige por las pautas consagradas en la Constitución, donde se encuentran los principios rectores que guían nuestra convivencia y, como norma fundamental, deberá asimismo guiar el resto del ordenamiento jurídico. De aquí se deduce que también el Derecho penal ha de encontrar en cada uno de sus postulados apoyo en la Constitución<sup>105</sup>.

Sin embargo, la asunción del texto constitucional como base donde ha de encontrarse la legitimidad para proteger por el Derecho penal determinados intereses como bienes jurídicos, ha de ser entendida exclusivamente como lo que es, un soporte fundado en el acuerdo social donde se imbrican una serie de principios o valores, derechos fundamentales, libertades públicas y garantías individuales que estructuran nuestra sociedad, y que rigen para cualquier sector del ordenamiento. De aquí no se desprende que la Constitución recoja expresamente un catálogo de los bienes jurídicos que merecen protección penal, pero sí los principios y valores que los sustentan, y a partir de los cuales puede determinarse el patrón con arreglo al cual una conducta delictiva concreta resulta socialmente dañosa o no<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 137.

<sup>104</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>105</sup> En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 18, quienes consideran que “en la Constitución económica encontramos los bienes jurídicos que van a ser protegidos por el Derecho penal económico y que pertenecen, por tanto, a ese orden económico”; SERRANO-PIEDCASAS, J. R. / DEMETRIO CRESPO, E.: Cuestiones actuales. *Op. Cit.*, p. 140, quienes afirman que “el ordenamiento legislativo de cada país, incluyendo al Derecho penal, deberá ser reflejo de tal base política y económica fijada de antemano en la Constitución”.

<sup>106</sup> En este sentido, PRIETO DEL PINO, A. M.: *El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada en el Mercado de Valores*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 53, quien afirma que conocer las exigencias que la Constitución impone (en el caso que trata la autora, al funcionamiento del sistema financiero), resulta imprescindible para determinar dicho patrón.

Esta consideración de los postulados constitucionales como guía del resto del ordenamiento jurídico conlleva la necesidad de identificar aquellos principios o valores sociales que el constituyente ha estimado merecedores de tutela constitucional y que sirven de apoyo a las concretas figuras delictivas objeto de estudio en el presente trabajo. Para ello, se hará alusión, en primer lugar, al marco económico constitucional, donde se encuadran los citados principios y, posteriormente, se pondrán de relieve los preceptos de la Carta Magna que concretamente inspiran la protección penal de los secretos de empresa.

## 2.2. La Constitución económica

Como ya se ha puesto de manifiesto, si bien nuestro delito ha sido objeto de diversos enfoques a lo largo de su historia, el que realmente lo caracteriza es el económico. A esta transición se refiere la doctrina como “cambio de función de la disciplina”<sup>107</sup>, que tuvo lugar con la ubicación de esta infracción penal en el Título relativo a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico con el Código penal de 1995, abandonando su anterior posición entre los relativos a la libertad y seguridad, donde se hallaba en el Código penal de 1973. Por ello, nos centraremos en dicho marco económico y su presencia en nuestra Constitución.

Según Font Galán, el término “Constitución económica” tiene su origen en Alemania en la década de los años cincuenta, una vez superadas las concepciones de la doctrina neoliberal apegada a modelos ideales puros, y como consecuencia del avance de concepciones sociales aportadas por autores como W. Strauss y Nipperdey<sup>108</sup>. Font Galán define este término como el “conjunto de normas de contenido específicamente socioeconómico, mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica desarrollada por los individuos y por el Estado, y se determinan las libertades,

---

<sup>107</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1993, p. 360.

<sup>108</sup> FONT GALÁN, J. I., *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 132 nota al pie 250. En el mismo sentido, GARCÍA-PELAYO, M.: *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, edición preparada por Manuel Ramírez, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Libros pórtico-ciencia política/3, 1979, p. 31, quien afirma que en las Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial se puede ver cómo se adquirió conciencia tanto por los tratadistas de derecho constitucional como por los tratadistas de política económica de la importancia de los principios básicos del orden económico.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

derechos, deberes y responsabilidades de aquéllos y éste en el ejercicio de dicha actividad”<sup>109</sup>.

Como afirma Molina Blázquez, lo que en dogmática se vino a denominar “Constitución económica”, y que apareció con los textos aprobados tras la segunda guerra mundial surge del reconocimiento de las libertades económicas, unido a las limitaciones impuestas a las mismas<sup>110</sup>.

La Constitución española recoge los principios que han de guiar el orden económico, el cual es preexistente a su tutela punitiva y constitucional<sup>111</sup>, por lo que la primera no está exclusivamente fundada en la segunda, sino en la realidad<sup>112</sup> que existía con anterioridad a la misma, aceptada de forma democrática por la sociedad española. Tras el nacimiento de esta llamada “Constitución económica” en 1978, dos años más tarde el Proyecto de Código penal de 1980 ya contemplaba un Título que introducía los delitos económicos, encontrando éstos su fundamento en principios de aquélla, especialmente en el recogido en su artículo 38, que reconoce el derecho a la libertad de empresa. Así, la Constitución jugó un papel esencial en la introducción de los delitos económicos<sup>113</sup>. Como reflejo de la misma, con el objetivo de dar coherencia y adecuar la legislación penal a ella, el Código penal de 1995 introdujo el Título que lleva por rúbrica “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, donde, junto con los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, la violación de secretos empresariales se encuentra en la Sección 3ª titulada “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”, en concreto en los artículos 278 a 280. A la vista de lo anterior, resulta decisivo determinar cuáles son los preceptos constitucionales que permiten sustentar la regulación de los delitos objeto de estudio.

Como reconoce Prieto del Pino, la Constitución recoge un amplio número de contenidos axiológicos relativos al orden económico, dispersos a lo largo de todo el texto

---

<sup>109</sup> FONT GALÁN, J. I.: *Ibidem*, pp. 131-132.

<sup>110</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, C.: Protección jurídica de la lealtad. *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>111</sup> BARBERO SANTOS, M.: “Los delitos contra el orden socio-económico: Presupuestos”, *La Reforma Penal –cuatro cuestiones fundamentales-*, Madrid, 1982, p. 148.

<sup>112</sup> En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 17, quienes señalan que “la Constitución no ha nacido desvinculada de la realidad, sino dentro de un determinado contexto social, político y económico”.

<sup>113</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: “Sobre los delitos económicos como subsistema penal”, en SERRANO-PIEDRECASAS, J. R. / DEMETRIO CRESPO, E.: *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, Madrid, 2010, p. 121.

legal<sup>114</sup>. Estos preceptos, según Martín Rebollo<sup>115</sup>, son: el ya mencionado **artículo 38**; el **artículo 33**, que en su apartado primero reconoce el derecho a la propiedad y a la herencia y en el segundo alude a que la función social de los mismos delimita su contenido, de acuerdo con las leyes; el **artículo 128**, que subordina toda la riqueza del país al interés general en su párrafo primero, reconociendo la iniciativa pública en la actividad económica en el segundo; y el **artículo 131**, en el que se afirma que el Estado podrá, mediante ley, planificar la actividad económica general. Además de éstos, otros autores<sup>116</sup> señalan que el orden económico subyacente en la Constitución se encuentra asimismo en otros preceptos, como son el **artículo 1.1**, que afirma que España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho; el **artículo 9.2**, que atribuye a los poderes públicos el deber de promover la libertad y la igualdad de los individuos y grupos en que éste se integra, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida económica; el **artículo 40**, en el que encomienda a los poderes públicos la misión de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, realizando una política orientada al pleno empleo; el **artículo 51**, de gran importancia para la regulación penal, pues aquí descansa el fundamento constitucional de algunos ilícitos socioeconómicos, ya que este precepto constitucional atribuye a los poderes públicos el deber de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo sus legítimos intereses económicos. Se afirma por la doctrina que también forma parte de la llamada “Constitución económica” el **Capítulo tercero del Título I**, dedicado a los “principios rectores de la política social y económica”, que se extiende desde el artículo 40 al 51<sup>117</sup>. También se menciona el **artículo 129.2**, que prevé la obligación de los poderes públicos de promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentar, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas, así como la obligación de establecer los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción<sup>118</sup>. Por último, incluso ya en el **Preámbulo** se advierten atisbos del orden económico

---

<sup>114</sup> PRIETO DEL PINO, A. M.: El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada. *Op. Cit.*, p. 53; la misma: “Una contribución al estudio de la delincuencia económica: el sistema económico diseñado por la Constitución española”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, nº12 (2003), pp. 110-112.

<sup>115</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: *Constitución Española, 25 Aniversario – edición limitada*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 93.

<sup>116</sup> BARBERO SANTOS, M.: Los delitos contra el orden socio-económico. *Op. Cit.*, p. 149; MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 324.

<sup>117</sup> FONT GALÁN, J. I.: *Constitución Económica. Op. Cit.*, p. 143.

<sup>118</sup> *Ibidem*, pp. 137 y 145.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

constitucional, al proclamar la voluntad de la Nación española de “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y las leyes conforme a un orden económico y social justo”<sup>119</sup>.

Según Massaguer Fuentes, la Constitución instituye un sistema económico organizado por la competencia económica, la cual hunde sus raíces en una libertad individual, en la autonomía del ser humano en la esfera económica, presentándose como “el derecho de todo ciudadano a desarrollar una actividad económica en el mercado y a concurrir y competir en el mercado con otros dedicados al desarrollo de la misma u otras actividades económicas”<sup>120</sup>. Así, la pieza clave de la “Constitución económica” viene constituida por el artículo 38 que, como se ha dicho, reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

La previsión del art. 38 CE ha sido criticada por un sector doctrinal, que la ha tachado de ambigua o neutral<sup>121</sup>, lo cual según Font Galán, no afecta a la libertad de empresa, sino al “marco” en el que ésta se ejerce, esto es, la economía de mercado<sup>122</sup>. Sin embargo, hay autores que, aun afirmando la existencia de esta ambigüedad, estiman que se trata de “una noción compatible con distintos contenidos estructurales de naturaleza económica cuya determinación concreta dependerá de las políticas económicas a seguir”<sup>123</sup>. También atribuyéndole a esto una valoración positiva, sostiene Font Galán que nuestra Constitución es *flexible*, “al permitir, dentro de ciertos límites, programas o <<modelos>> económicos <<muy diferentes>>”<sup>124</sup> y también es *clara*, “al ofrecer a los sujetos económicos la seguridad y la certeza jurídicas necesarias para saber a qué atenerse a la hora de adoptar decisiones”<sup>125</sup>. En el mismo sentido, Prieto del Pino estima que deben rechazarse las tesis sobre la “neutralidad” de la Constitución y en virtud de las cuales cabría cualquier modo de configuración del sistema económico, así como aquellas que defienden la existencia de dos modelos antagónicos entre sí que pueden funcionar de

---

<sup>119</sup> *Ídem*, pp. 141-145; MARTÍN REBOLLO, L.: Constitución Española. *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>120</sup> MASSAGUER FUENTES, J.: Comentario. *Op. Cit.*, pp. 109-110.

<sup>121</sup> CAZORLA PRIETO, L. M.: “Artículo 38”, en GARRIDO FALLA, F. (et al.): *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, p. 471.

<sup>122</sup> FONT GALÁN, J. I.: Constitución Económica. *Op. Cit.*, p. 148.

<sup>123</sup> GARCÍA-PELAYO, M.: Estudios sobre la Constitución. *Op. Cit.*, p. 46.

<sup>124</sup> En sentido similar, ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (Traducción de la 2ª edición alemana), Civitas, Madrid, 1999, pp. 57-58, quien señala que la concepción de bien jurídico no es estática, sino dinámica, pues dentro del marco de las finalidades constitucionales, está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico.

<sup>125</sup> GARCÍA-PELAYO, M.: Estudios sobre la Constitución. *Op. Cit.*, p. 140.

forma alternativa y excluyente y que, más bien –sigue diciendo la autora-, “los pronunciamientos de la <<Constitución económica>> muestran la especial idoneidad para ser <<adaptados>> a las concepciones políticas del intérprete que les confiere la –intencionada- ambigüedad característica de todo texto constitucional democrático”<sup>126</sup>.

Pues bien, así concebida la llamada Constitución económica y los postulados que la conforman, procede a continuación que nos ocupemos de la identificación de los principios que, en el seno del texto constitucional, sirven de apoyo a los delitos relativos a secretos de empresa, en general, y al espionaje empresarial, en particular.

### **2.3. Valores constitucionales en la base de la protección de los secretos de empresa**

La concreción del bien jurídico protegido no tiene por qué coincidir con un único precepto constitucional, en la medida en que la Carta Magna no recoge un catálogo de los mismos, como se ha mencionado ya. Por ello, dentro del marco que ofrece la Constitución, a mi juicio, existen varios preceptos que podrían sustentar las normas penales previstas en los artículos 278 a 280, dado que todas van referidas a conductas que atentan contra secretos de empresa y, especialmente, a la primera de ellas, que tipifica el espionaje empresarial. Estos valores constitucionales están contenidos principalmente en los artículos 38, 20.1.b) y 33.1 CE. Pasamos a su análisis más detalladamente.

#### **2.3.1. Artículo 38 CE: la libertad de empresa**

El artículo 38 CE dispone que “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”.

No existe discusión doctrinal sobre la condición de pieza clave del Derecho constitucional económico del artículo 38 CE<sup>127</sup>. Éste, que se ubica en el Título Primero de la Constitución “De los Derechos y Deberes Fundamentales”, dentro del Capítulo II (“Derechos y Libertades”), Sección 2 (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”),

---

<sup>126</sup> PRIETO DEL PINO, A. M.: El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada. *Op. Cit.*, pp. 54-55.

<sup>127</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 17.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

reconoce como derecho fundamental la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. No es objeto del presente trabajo analizar el precepto en profundidad, por lo que, al margen de las consideraciones que hemos hecho sobre la “economía de mercado” y su ambigüedad, nos centraremos en resaltar en qué consiste la llamada “libertad de empresa”, que le otorga un contenido mínimo al sistema económico constitucionalizado<sup>128</sup>.

La libertad de empresa, según García Pelayo, encierra dos aspectos: por un lado, “un derecho subjetivo (...) a participar libremente por aportación de recursos privados en la fundación, mantenimiento y reproducción de empresas económicas”; por otro, “un principio de ordenación económica del que se deriva la facultad de cada empresa para decidir sobre sus objetivos y establecer su propia planificación en función de sus recursos, de las demandas actuales y potenciales del mercado y de otras variables a considerar”<sup>129</sup>.

En el sentido que nos interesa en relación con los secretos de empresa, la protección de éstos supone tutelar parte del ejercicio de dicha libertad, pues entre sus cometidos se encuentra el de fundar, mantener y reproducir una empresa, para lo cual la información reservada ostenta un papel fundamental, constituyendo la decisión de mantener en su confidencialidad un acto de iniciativa económica<sup>130</sup>. Esta información confidencial podría proceder de la organización interna y externa que dirigen los sujetos económicos, la forma y contenido de las ofertas al público de los bienes y servicios ofrecidos al mercado, la modalidad de las campañas publicitarias, los sistemas de promoción de ventas, la elección de las marcas, nombres comerciales y rótulos, la calidad y precio de los bienes y servicios, la clase o volumen de clientela, etc.<sup>131</sup>. Todos estos son elementos que formarían parte del ejercicio de la libertad de empresa.

Además, la libertad de empresa es entendida por la jurisprudencia no como el “derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto

---

<sup>128</sup> FONT GALÁN, J. I.: Constitución Económica. *Op. Cit.*, p. 154.

<sup>129</sup> GARCÍA-PELAYO, M.: Estudios sobre la Constitución. *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>130</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 148.

<sup>131</sup> Algunos de estos ejemplos son extraídos de la obra de FONT GALÁN, J. I.: Constitución Económica. *Op. Cit.*, pp. 158-159, que se refiere a ellos al aclarar que ninguno de éstos constituye actividad económica general.

orden”<sup>132</sup>. Entre estas hay que mencionar, como lo hace la jurisprudencia, la Ley de competencia desleal de 13 de enero de 1991, de la que nos ocuparemos más adelante, que constituye la principal regulación civil en la materia al proteger el respeto a la lealtad en la lucha competencial. En ella se recoge una cláusula general acompañada de las conductas consideradas desleales para la competencia en el mercado, entre las que se encuentra la violación de secretos de empresa.

Por ello, afirma también el Tribunal Constitucional en su Sentencia 88/1986, de 1 de julio que, la libertad de empresa, que los poderes públicos tienen el compromiso de proteger, exige, entre otros, una actuación específica encaminada a “evitar aquellas prácticas que pueden afectar o dañar seriamente un elemento tan decisivo en la economía de mercado como la concurrencia entre empresas...”<sup>133</sup>. Las empresas privadas son los principales actores del mercado<sup>134</sup> que luchan por la mejor posición, por obtener ventajas competitivas o por no perder las que ya ostentan. Esto explica la necesidad de establecer las reglas de esta lucha para que la competencia no se ejerza de forma arbitraria.

Es tal la importancia de las empresas que la libertad de actuación en el mercado es imprescindible para que nuestra economía pueda progresar. Así, el ejercicio de la libertad de empresa en el mercado da lugar a la competencia económica, que constituye, según Font Galán, el contenido esencial de aquella<sup>135</sup> y que nuestra Carta Magna reconoce tanto para el sector privado (artículo 38), como para el sector público (artículo 128.1). Su puesta en práctica, por tanto, implica que va a existir competencia económica entre todos los actores del mercado que la ejerzan, que debe darse en paridad de condiciones según el principio constitucional de igualdad en la lucha competitiva, esto es, la llamada *par*

---

<sup>132</sup> PULIDO QUECEDO, M.: *La Constitución Española* (con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional), 2ª edición, Aranzadi editorial, Pamplona, 1996, p. 1025, haciendo alusión al F. 3 de la STC 83/1984, de 24 de julio – RTC 1984, 83-.

<sup>133</sup> Citada por MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. / GONZÁLEZ RIVAS, J. J. / HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J. / GIL IBÁÑEZ, J. L.: *Constitución Española* (con la doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, los Tratados internacionales suscritos por España y la relación de las leyes dictadas en desarrollo de la Constitución), Editorial Colex, Madrid, 1993, p. 312.

<sup>134</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico. Op. Cit.*, p. 17, afirman que “nuestra Constitución económica es neutral, pero complaciente con un sistema que podemos caracterizar de <<neocapitalista, un sistema sustentado sobre la economía de mercado, aunque con fuertes componentes oligopolistas, cuyos actores principales son las empresas privadas...”.

<sup>135</sup> FONT GALÁN, J. I.: *Constitución Económica. Op. Cit.*, p. 160.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

*conditio concurrentium*<sup>136</sup>, que se funda en el principio del propio esfuerzo para el “triunfo del mejor”<sup>137</sup>.

Sin embargo, esta libertad no es ilimitada, pues en el juego competitivo son reprochables conductas que impliquen un ejercicio ilícito de la misma. Así, dice Barona Vilar que es “un derecho no absoluto sino limitado respecto de los otros sujetos que operan en el mercado y a quienes también se les atribuye esa libertad de empresa”<sup>138</sup>.

Así, a la vista de la definición de “Constitución económica” de Molina Blázquez, como resultado del reconocimiento de las libertades económicas, unido a las limitaciones impuestas a las mismas<sup>139</sup>, podemos decir, por tanto, que una de ellas encuentra respaldo constitucional en el artículo 38 CE, mientras que las “limitaciones” son las conductas desleales que aparecen recogidas en la Ley de Competencia Desleal de 1991, entre las que se incluye la violación de secretos de empresa.

Pues bien, la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE constituye uno de los fundamentos constitucionales de la protección penal de los derechos de propiedad industrial. Segura García pone de manifiesto que, en la medida en que éstos se insertan en los llamados *derechos sobre bienes inmateriales* y, a su vez, éstos se encuentran dentro del llamado *Derecho de la competencia*, son los derechos de propiedad industrial “excepciones, normativamente creadas, al principio de libre competencia” que garantizan ésta a un nivel superior y, así, el ejercicio de la libertad de empresa<sup>140</sup>. En otro lugar, afirma la autora que estos derechos son “derechos de exclusión de la competencia, excepciones legales al principio de libre competencia, cuya finalidad es promover la misma en una sociedad industrial moderna”. Y esto es así porque la libertad de competencia es una abstracción o una utopía, como afirma Menéndez Menéndez,

---

<sup>136</sup> Este principio se deduce del artículo 9.2 CE, donde se establece que <<corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social>>. De aquí se desprende, por tanto, la necesidad, en general, de garantizar la igualdad y la libertad del individuo, y, en particular, en la participación de la vida económica, donde cristalizaría en el mencionado principio.

<sup>137</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 151.

<sup>138</sup> BARONA VILAR, S.: *Competencia Desleal* (doctrina y jurisprudencia), 2<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 12.

<sup>139</sup> MOLINA BLÁZQUEZ, C.: Protección jurídica de la lealtad. *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>140</sup> SEGURA GARCÍA, M. J.: Los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 219. En esta línea también, GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986, p. 167, quien defiende que los derechos de propiedad industrial constituyen elementos esenciales para la empresa y que su protección implica también proteger la capacidad competitiva del empresario.

teniendo en la práctica un carácter “imperfecto”. Pues bien, a mi entender este planteamiento es plenamente trasladable a los secretos de empresa, cuya existencia resulta de vital importancia para el éxito de la empresa en el mercado.

Sin embargo, hay quien ha apuntado que las actuaciones en defensa de la competencia no constituyen una restricción a la libertad de empresa, sino justamente un mecanismo para su protección<sup>141</sup>. Esto es así porque nuestra Constitución se ha pronunciado por un modelo concreto de competencia imperfecta, entre cuyos rasgos se encuentra el de la libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios<sup>142</sup>. Por tanto, la competencia, entendida como limitación o como mecanismo de protección de la libertad de empresa, es un fenómeno inevitable y necesario de nuestra economía ante la gran cantidad de empresarios que actúan libremente, y que nuestra Carta Magna erige como contenido esencial del sistema económico constitucional.

La doctrina mercantilista ha puesto de manifiesto que, sin perjuicio de la libertad de competir como presupuesto de la libertad de empresa, la lucha por la conquista del mercado tiene que ser leal y la posibilidad que tiene todo empresario de ampliar el ámbito de sus negocios debe llevarse a cabo cumpliendo con los principios de “honestidad y juego limpio” que caracterizan a la actividad competitiva<sup>143</sup>, y que se ven violados con la realización de las conductas delictivas de descubrimiento, revelación y utilización de secretos de empresa.

En consecuencia, son dos los aspectos en los que el art. 38 CE incide en el delito objeto de estudio. Por un lado, la libertad de empresa constituye un derecho subjetivo de todo empresario cuyo ejercicio puede dar lugar a la creación de información cuya confidencialidad se mantiene, lo cual fundamenta la necesidad de su tutela. Por otro, los límites a dicha libertad aparecen cuando se produce un menoscabo, efectivo o potencial, a la libertad de un tercero. Aquél se produce cuando la citada libertad es ejercida de forma desleal, no respetando las reglas que para su práctica se exigen, e interviniendo el Derecho en estos casos.

---

<sup>141</sup> MARTÍN REBOLLO, L.: Constitución Española. *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>142</sup> FONT GALÁN, J. I.: “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978”, en *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 152, 1979, pp. 205 y ss.

<sup>143</sup> RODRÍGO URÍA: *Derecho Mercantil*, 28ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 131. En el mismo sentido GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Derecho de la empresa y del mercado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 120 y ss.

### **2.3.2. Artículo 20.1.b) CE: el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica**

El artículo 38 CE, donde se reconoce el derecho a la libertad de empresa, por más que se quiera, no puede fundamentar por sí solo la protección jurídica de los secretos de empresa, debiéndose de poner en conexión con otros preceptos recogidos en la Carta Magna. En este sentido, Prieto del Pino afirma que el contenido esencial de la libertad de empresa no se extrae de datos extranormativos, sino que se desprende de las pautas y principios acogidos por la Constitución<sup>144</sup>. Pues bien, entre los preceptos que, a mi juicio, permiten configurar esta libertad, se encuentra el artículo 20.1.b) CE, que reconoce el derecho “*a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*”. En efecto, este derecho forma parte de la libertad de empresa y la dota de contenido parcial, en la medida en que ésta se basa en la libre producción por parte de los individuos, o como aludía la definición de Cazorla Prieto, en la “*libertad de creación y establecimiento de industria o comercio por toda persona*”<sup>145</sup>. En favor de esta tesis cabe mencionar también la protección de los secretos de empresa, como información no divulgada, en la Sección 7, artículo 39 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)<sup>146</sup>, lo que le confiere, al menos formalmente y desde una perspectiva positiva, como afirma Massaguer Fuentes, la catalogación como modalidad de propiedad intelectual que, según él, no es meramente anecdótica, puesto que supone la integración en los secretos empresariales de principios que no rigen en materia de competencia desleal<sup>147</sup>.

No obstante, es preciso matizar el sentido en el que el derecho reconocido en el artículo 20.1.b) CE, a la vista de sus características, se usa de cara a la fundamentación constitucional de la protección de los secretos de empresa. Este derecho, tal como ha

---

<sup>144</sup> PRIETO DEL PINO, A. M.: El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada. *Op. Cit.*, p. 56. Así también, TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho constitucional español*, 3ª ed. renovada, Madrid, 1992, p. 565.

<sup>145</sup> CAZORLA PRIETO, L. M.: Artículo 38. *Op. Cit.*, p. 468. La cursiva es nuestra.

<sup>146</sup> Este es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

<sup>147</sup> MASSAGUER FUENTES, J.: Comentario. *Op. Cit.*, p. 391. En este sentido, Suñol Lucea ya apuntó que la figura de los secretos de empresa se encuentra más próxima a los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto que a su configuración como ilícito concurrencial (SUÑOL LUCEA, A.: *El Secreto Empresarial. Un Estudio del Artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2009, p. 102).

destacado Gálvez<sup>148</sup>, abarca cuatro aspectos: en primer lugar, comprende actividades humanas de carácter relacional; en segundo lugar, se basan en consideraciones no económicas; en tercer lugar, son de naturaleza colectiva; y, por último, son de índole intelectual.

Si bien podría pensarse que el hecho de que este no sea un derecho de índole económica excluye su inclusión en el presente caso, se estima que esto no ha de ser así pues el derecho reconocido por el artículo 20.1.b) CE no alude al resultado de la creación o producción intelectual, que es el que es objeto de tráfico mercantil y susceptible de aprovechamiento económico, sino al mero acto de creación o producción, esto es, “el acto creador, llámese producción, investigación o creación, y cualquiera que sea el ámbito (...) de su proyección”<sup>149</sup>. Por tanto, no estamos hablando de los secretos como resultado de dicha creación, ni tampoco con esta definición nos estaríamos refiriendo a los derechos de propiedad intelectual e industrial. Es decir, no se “trata de amparar jurídicamente una situación de invención, sino de proteger algo previo a ese resultado”<sup>150</sup>.

Esta tesis ha sido objeto de crítica por entender que, al recoger el artículo 20.1.b) CE un derecho de la personalidad, sólo predicable de las personas físicas, este precepto no puede ser invocado en este ámbito en la medida en que la mayoría de los titulares del secreto empresarial son personas jurídicas. Sin embargo, esta objeción no es concluyente, porque, como acabo de decir, dado que no estamos hablando del resultado de la creación sino del proceso que lleva a éste, el derecho de creación o producción en el sentido del precepto lo posee todo individuo y constituye la antesala de lo que posteriormente puede dar lugar a un secreto de empresa, cuya titularidad puede tenerla una persona jurídica.

En definitiva, este derecho supone, a mi juicio, una concreción de la libertad de empresa. Y ello porque ésta se ejerce en parte mediante la creación y producción científica o técnica que luego dará lugar a información que puede integrar el bagaje científico o técnico de una empresa cuya confidencialidad se intenta mantener para que la misma prospere.

---

<sup>148</sup> GÁLVEZ, J.: “Artículo 20”, en GARRIDO FALLA, F. (et al.): *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, p. 259.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 261.

<sup>150</sup> *Ídem*.



### 2.3.3. Artículo 33.1 CE: el derecho a la propiedad privada

El artículo 33.1 CE establece que “*se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*”. Éste precepto se encuentra ubicado en la Sección 2, que se titula “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, del segundo Capítulo de nuestra Carta Magna. El derecho a la propiedad privada se define por la doctrina como “un haz de facultades individuales sobre las cosas”, y al mismo tiempo, teniendo en cuenta la función social prevista en el párrafo segundo de dicho precepto, “como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención (...) a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir”, teniendo, por tanto, el derecho a la propiedad privada una vertiente individual y otra institucional<sup>151</sup>.

El artículo 348 del Código Civil define la propiedad como “el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”<sup>152</sup>. Asimismo, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano la reconoce en su artículo 2 como un derecho natural e imprescriptible del hombre, junto a la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

El derecho a la propiedad privada, como indica García Pelayo, constituye implícitamente una condición para el ejercicio de la libertad de empresa y la economía de mercado<sup>153</sup>. Este autor añade que el artículo 33.1 CE, como se puede observar, no especifica qué formas concretas puede tomar esa propiedad, ni los bienes que pueden ser objeto de ella. De ahí que quepa plantearse si los secretos de empresa, en su calidad de bienes inmateriales, pueden ser objeto del derecho de propiedad. A mi juicio, no hay inconveniente alguno para que el secreto de empresa forme parte de propiedad del empresario pues, si bien el objeto de ésta suele estar constituido por bienes materiales, la doctrina civilista ha admitido que por vía de analogía también puede hablarse de dominio

---

<sup>151</sup> Así, MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. / GONZÁLEZ RIVAS, J. J. / HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J. / GIL IBÁÑEZ, J. L.: Constitución Española. *Op. Cit.*, p. 293; PULIDO QUECEDO, M.: La Constitución Española. *Op. Cit.*, al aludir este autor a la STC 37/1987, de 26 de marzo.

<sup>152</sup> La doctrina ha afirmado que “cosa” equivale a “bien”, no existiendo distinción entre ambos. Así, DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I (Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica), 11º ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 395.

<sup>153</sup> GARCÍA-PELAYO, M.: Estudios sobre la Constitución. *Op. Cit.*, pp. 32-33. Asimismo, MUÑOZ CONDE, F.: “La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 16, Instituto de Criminología – Universidad Complutense de Madrid, Editorial Edersa, 1982, pp. 115-116, quien afirma que la propiedad privada constituye el principio fundamental de la libertad de empresa.

sobre los inmateriales<sup>154</sup>. El hecho de que la información que constituye secreto de empresa no haya accedido al Registro en el que se inscriben los derechos de propiedad industrial no obsta para que se considere que existe un derecho subjetivo del titular sobre el mismo. Por ello, puede considerarse que el derecho previsto en el artículo 33.1 CE se encuentra en la base de la protección de los secretos de empresa<sup>155</sup>.

En resumen, puesto que, como se ha dicho, la Constitución no recoge un elenco de bienes jurídico-penales estrictamente tasados, debe buscarse la fundamentación de los mismos en ella, pero sin esperar que cada objeto de tutela se encuentre recogido siempre en un solo precepto. Por ello, en multitud de ocasiones, es necesario acudir a varios de ellos para encontrar el fundamento de la protección por el ordenamiento de determinados bienes dignos de tutela. En el caso que nos ocupa, el bien en el delito de espionaje empresarial sólo se puede fundamentar a partir de la interpretación conjunta de los artículos 38, 20.1.b) y 33.1 CE.

### **3. Los secretos de empresa en el marco de la competencia desleal**

#### **3.1. Consideraciones generales sobre la competencia desleal**

Entre los valores constitucionales que se encuentran en la base del tema objeto de estudio, se incluye, como se ha dicho, el principio de libertad de empresa, previsto en el artículo 38 CE. Este principio, como también se ha apuntado, constituye un presupuesto necesario para la competencia económica, siendo una de las formas de protegerla el castigo de los comportamientos desleales que tienen lugar en su seno.

Como ha indicado Bajo Fernández, uno de los medios que el ordenamiento jurídico utiliza para proteger la competencia es la *prohibición* (de usurpación de patentes, de descubrimiento de secretos, etc.), lo cual resulta paradójico, pues “la defensa de la libertad se consigue coartando la libertad”<sup>156</sup>. En la misma dirección se pronuncia Ascarelli, uno de los máximos exponentes de la doctrina italiana en materia de competencia desleal, quien sostuvo a mediados del siglo pasado, que la libertad de

---

<sup>154</sup> DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III (Tomo I), Derechos reales en general, octava edición, Tecnos, Madrid, 2015 (Reimpresión de 2012), p. 153.

<sup>155</sup> En esta línea se ha manifestado GALÁN CORONA, E.: Supuestos de competencia desleal. *Op. Cit.*, p. 95, quien defiende que el derecho sobre el secreto que el titular posee se infiere en el plano constitucional de los artículos 20.1.b) y 33.1 (además del propio art. 38 CE).

<sup>156</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 237, citando a Garrigues (1978).

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

empresa y de competencia no conlleva que el individuo disfrute de un derecho subjetivo público a la falta de límites en su ejercicio, habiéndose regulado posteriormente esta materia para fijar su alcance<sup>157</sup>. El mismo principio – sigue diciendo el autor - que justifica esa libertad general al ejercicio de una actividad económica y a la competencia, es el que impone la ilicitud de los actos “desleales” de competencia<sup>158</sup>. Concluye Ascarelli señalando que el castigo de la competencia desleal es el necesario complemento de la competencia y no una limitación a la misma<sup>159</sup>.

De lo anterior cabe concluir que la protección de la competencia económica implica una restricción de la misma, cuando excede de unas reglas mínimas que resultan imprescindibles para su ejercicio en condiciones de igualdad por todos los actores del mercado. A tal fin se protege la libertad de empresa de cada individuo, dentro de los límites legalmente establecidos para que su ejercicio se produzca sin intromisiones ilegítimas por parte de terceros, entre las que se encuentran los comportamientos desleales, siendo necesaria su punición en la medida en que obstaculizan un correcto desenvolvimiento de la competencia.

### 3.2. Los modelos de competencia desleal

La regulación de la competencia desleal nace en el siglo XIX de la mano del liberalismo económico, siendo una de las conquistas de la Revolución francesa el reconocimiento de la libertad de comercio o industria, esto es, la libertad de competir<sup>160</sup>. A partir de aquí la institución ha seguido una evolución en la que se han sucedido tres modelos de regulación.

En un primer momento, durante el siglo XIX rigió el llamado *modelo paleoliberal*. Éste surgió tras la Revolución francesa, la cual supuso la caída del Antiguo Régimen y el nacimiento del Estado liberal, en el que se proclamó la libertad de industria y comercio<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> ASCARELLI, T.: *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, terza edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1960, p. 11.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>159</sup> *Ídem*, p. 185. Así, afirma este autor que “*gli atti qualificati sleali (...) sono vietati non già per limitare o restringere la concorrenza (...) – ed è perciò che la disciplina non atiene al divieto di attività o alle sue modalità, ma al divieto di mezzi (sleali) negli atti di concorrenza, - ma, al contrario, proprio perchè altrimenti questa non raggiungerebbe la sua finalità, quella cioè di permettere il trionfo (attraverso il successo della sua attività imprenditrice) di quelli che il pubblico dei consumatori giudica all’uopo più degno. La disciplina della concorrenza sleale non costituisce pertanto una limitazione della concorrenza, ma il suo necessario complemento*”.

<sup>160</sup> BERCOVITZ, A. (Coord.): *La Regulación contra la Competencia Desleal. Op. Cit.*, p. 13.

<sup>161</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: *La Protección Penal del Secreto. Op. Cit.*, p. 80.

Con anterioridad a este momento, la libertad de competir no existía, debido principalmente a la rigidez que conllevaba la implantación de los gremios<sup>162</sup>. Para garantizar esta libertad se consideró necesaria la ausencia de intervención del Estado en la vida económica<sup>163</sup>, dando lugar a un modelo caracterizado por no existir una normativa general en materia de competencia desleal<sup>164</sup>. La disciplina en este modelo tenía naturaleza penal y poco a poco se fue enriqueciendo con nuevas previsiones, más allá de la tutela de los derechos de propiedad industrial<sup>165</sup>, que eran los únicos a los que sustancialmente se aludía durante esta etapa<sup>166</sup>. Para garantizar la libertad de industria y comercio las regulaciones pretendían evitar que participantes en el mercado con pocos escrúpulos perjudicaran a sus competidores con actuaciones incorrectas<sup>167</sup>. Esta visión de la competencia desleal desembocaría en el segundo de los modelos de competencia desleal, esto es, el modelo profesional.

El *modelo profesional* estaba basado en la protección del derecho a competir que tenía todo empresario. Sus primeras manifestaciones las encontramos en la Ley alemana contra la competencia desleal de 1896 (*Unlauteren Wettbewerbsgesetz – UWG -*) y la práctica jurisprudencial francesa<sup>168</sup>, cuyas premisas coincidían: debía existir una relación competencial entre quien ejercía la acción de competencia y el autor de los actos incorrectos, pues si ésta no se daba, no podía haber competencia desleal<sup>169</sup>. Las relaciones entre los empresarios, tras la Revolución Industrial, se caracterizaban por ser de carácter conflictual, en la medida en que las posiciones adquiridas en el mercado buscaban ser consolidadas<sup>170</sup>, y éstas, junto a la actividad económica ejercida de forma libre y leal, se veían amenazadas por conductas empresariales que tradicionalmente habían sido consideradas desleales, como la confusión, la denigración, la utilización de falsas

---

<sup>162</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, Undécima edición, Aranzadi Thomson Reuters, Madrid, 2010, p. 365.

<sup>163</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 80.

<sup>164</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, p. 28.

<sup>165</sup> En el ordenamiento jurídico español este modelo estaba representado por la Ley de Propiedad Industrial de 1902, cuyos artículos 131 y 132, que establecían la definición de competencia ilícita y enumeraban los casos típicos, respectivamente, estuvieron vigentes hasta el Código penal de 1995. Carrasco Andrino afirma que, si bien la primera Ley de Patentes española data del 2 de octubre de 1820, no sería sino hasta 1902 con la Ley de Propiedad Industrial, que se aludiría a la competencia desleal (CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 88).

<sup>166</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: La competencia desleal. *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>167</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil. Op. Cit.*, p. 366.

<sup>168</sup> BERCOVITZ, A. (Coord.): *La Regulación contra la Competencia Desleal. Op. Cit.*, p. 13.

<sup>169</sup> *Ibidem*, pp. 13-14.

<sup>170</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 90.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

indicaciones de procedencia o el uso de falsas denominaciones de origen<sup>171</sup>. Estos comportamientos desleales, entre otros, empezaron a ser tasados legalmente durante este periodo, en aras de una mayor protección de los intereses individuales del empresario, objeto de protección del modelo profesional<sup>172</sup>.

Sería tras la segunda guerra mundial, y a partir del desarrollo del Derecho *antitrust* norteamericano, cuando el citado “derecho” a competir que se protegía en el modelo profesional se convierte en el “deber” de competir, para que el sistema competitivo de economía de mercado, entendido como el más eficiente para la atribución de los recursos económicos, pudiera mantenerse<sup>173</sup>, dando lugar así al *modelo social* de competencia. El objeto de tutela de éste no se extendía ya exclusivamente al empresario sino que abarcaba también el funcionamiento competitivo del mercado en su conjunto<sup>174</sup>. De este modo, junto a los intereses individuales de los competidores, se protegían asimismo los del orden económico que se podían desglosar en tres: el privado de los competidores, el colectivo de los consumidores y el público del Estado<sup>175</sup>.

### 3.3. Referencia a la competencia desleal en España

El Derecho contra la competencia desleal tuvo una aparición tardía en nuestro país. Mientras que la Ley contra la competencia desleal alemana data de 1896, no sería sino hasta 1991 cuando España aprueba la suya (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal) en la que se unifica todo el régimen de la lealtad competencial en el mercado que hasta este momento se encontraba disperso en diversas leyes: la Ley de

---

<sup>171</sup> ALONSO SOTO, R.: “Derecho de la Competencia (II)”, en MENÉNDEZ, A. / ROJO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen I, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p. 336.

<sup>172</sup> Como pone de manifiesto CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 90, el Derecho positivo español se hace eco de este modelo a través del Estatuto de la Publicidad de 11 de junio de 1964, derogado por la vigente Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988, así como por el título IX de la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988, cuyos preceptos introducen en nuestro Derecho interno el Derecho de la Unión de París. El Convenio de la Unión de París elabora una doctrina general sobre la deslealtad mediante sus artículos 10 bis y 10 ter. Así lo establece en la misma obra, páginas 93 y 94.

<sup>173</sup> BERCOVITZ, A. (Coord.): La Regulación contra la Competencia Desleal. *Op. Cit.*, pp. 14-15.

<sup>174</sup> Dicho cambio fue anunciado por primera vez por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: La competencia desleal. *Op. Cit.*, p. 95; Posteriormente, la doctrina en su totalidad ha asumido el citado cambio de perspectiva de la competencia desleal. Así, BERCOVITZ, A. (Coord.): *Ibidem*, p. 15. En este sentido, SEGURA GARCÍA, M. J.: Los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 19. Esta autora dice que se amplía “el ámbito de los intereses a proteger, de modo que lejos ya de los intereses individuales del comerciante o de los intereses profesionales de los competidores honestos, ahora el objeto de protección es el interés del público consumidor y el propio interés público del Estado en el cumplimiento de su misión de promover activamente las condiciones competitivas del mercado y eliminar los obstáculos que dificulten ese juego”.

<sup>175</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *Ibidem*, p. 96.

Propiedad Industrial de 1902, que históricamente es la más amplia de todas las normas en materia de competencia desleal y la de mayor vigencia<sup>176</sup>, la Ley de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, el Estatuto de Publicidad de 1964 y la Ley de Marcas de 1988, cuya vigencia fue breve y no incluía la violación de secretos empresariales. La doctrina mercantilista ha señalado que esta dispersión normativa en el ámbito de la competencia desleal hasta 1991 suponía un cumplimiento tardío por parte del legislador de sus obligaciones unionistas y “proporcionaba a una sociedad postindustrial unas normas que técnicamente correspondían en esencia a los primeros años de este siglo”<sup>177</sup>.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el modelo social, que ha inspirado las legislaciones más progresistas en esta materia, es el que acoge La Ley de 1991 como lo acredita en su Preámbulo la enumeración de los intereses que protege: “*El interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado*”<sup>178</sup>. Esta Ley constituye un ejemplo de ello, al ofrecer no sólo “los mecanismos necesarios para salvaguardar la lealtad en la lucha competitiva entre los empresarios”, sino también al tener muy presentes “los intereses colectivos del consumo” y pretender “evitar cualquier práctica que venga a falsear el principio de libertad de competencia o perturbar eventualmente el funcionamiento competitivo del mercado”<sup>179</sup>.

Dado el gran desequilibrio existente entre consumidores y empresas, lo que coloca a los primeros en una situación de inferioridad e indefensión, y dada la relevancia del papel de aquellos para la protección del propio sistema competitivo, en los años sesenta del siglo pasado se inició un movimiento para la defensa de los intereses de los mismos<sup>180</sup>. La tutela de los intereses colectivos de éstos y, por ende, la completa asunción del modelo social por la LCD de 1991 se ve culminada con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la

---

<sup>176</sup> Así lo señala MASSAGUER FUENTES, J.: Comentario. *Op. Cit.*, pp. 49-50, apuntando que sus artículos 131 y 132 se mantuvieron vigentes hasta su derogación por la Disposición Derogatoria 2ª de la Ley de Marcas de 1988.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>178</sup> ALONSO SOTO, R.: Derecho de la Competencia (II). *Op. Cit.*, p. 336.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 336.

<sup>180</sup> Así BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: Apuntes de Derecho Mercantil. *Op. Cit.*, p. 368; BROSETA PONT, M.: *Manual de Derecho Mercantil*, 17ª edición a cargo de FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, volumen I, Tecnos, Madrid, 2010, p. 193; CARRASCO ANDRINO, Mª M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 103. Esta última autora afirma que se protege la competencia en su dimensión institucional y no, como anteriormente ocurría, exclusivamente como un derecho individual.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

mejora de la protección de los consumidores y usuarios. La promulgación de dicha Ley vino motivada por la incorporación de la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior<sup>181</sup>.

La Ley de 2009 supuso una profunda modificación en la Ley de 1991 que, hasta la reforma, definía la competencia desleal en su artículo 5, con una escueta cláusula general que decía:

*Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.*

Tras la reforma, la cláusula general se traslada al nuevo artículo 4, el cual no sólo reproduce el contenido del anterior artículo 5, sino que además, añade un amplio número de previsiones referidas a los consumidores, quedando su redacción así:

*1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.*

*En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.*

*A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:*

- a) La selección de una oferta u oferente.*
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.*

---

<sup>181</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Ibidem*, p. 364.

- c) *El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.*
- d) *La conservación del bien o servicio.*
- e) *El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.*

*Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.*

*2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.*

*3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.*

La asunción del modelo social se puede ver, además, en el artículo 3.2 de la Ley, según el cual la aplicación de ésta no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo del acto de competencia desleal y, en el 33, que atribuye a los consumidores legitimación activa para el ejercicio de las acciones derivadas de los actos de competencia desleal contra quienes los cometen<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> *Ídem*, p. 369; BROSETA PONT, M.: Manual de Derecho Mercantil. *Op. Cit.*, p. 193.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

### **3.4. Los secretos de empresa en la Ley de Competencia Desleal**

La Ley de Competencia Desleal de 1991 otorga protección de naturaleza civil a los secretos de empresa, concretamente en su artículo 13, el cual establece lo siguiente:

*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.*

También alude a los secretos empresariales el párrafo segundo del artículo 14, que define como desleal la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena “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”.

Pues bien, siendo estos los preceptos que establecen el marco extrapenal del delito objeto de estudio, interesa en este momento destacar los aspectos de dicha regulación que pueden arrojar luz sobre la configuración del bien jurídico protegido.

Por un lado, podemos ver cómo los comportamientos previstos por la Ley de Competencia Desleal de 1991 son los mismos que el legislador de 1995 decidió incluir entre las conductas típicas de los artículos 278 a 280, con una salvedad: la conducta de explotación se castiga en nuestro Código penal en el artículo 279 párrafo segundo sólo cuando se realiza en provecho propio, a diferencia del ilícito civil que, como se verá a

continuación, exige que la violación haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto.

Por otro lado, la evolución de la normativa sobre competencia desleal desde un modelo profesional a uno social, a mi entender, no ha sido completa. Y ello porque la institución que nos ocupa, la de los secretos de empresa, parece haberse mantenido al margen. En efecto, así lo atestigua el art. 13.3 LCD cuando excluye los secretos de empresa del art. 2, que es el que define el ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal. En efecto, aquel precepto dispone lo siguiente: *“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”*.

La doctrina apenas ha reparado en el primer inciso del art. 13.3, habiendo concentrado su atención en el segundo, siendo así que, a mi juicio, es aquél el que nos ofrece los elementos decisivos para la interpretación de estos actos desleales, incluso desde el punto de vista penal. El artículo 2 LCD, cuya aplicación se exceptúa en casos de violación de secretos de empresa, dispone lo siguiente:

*1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.*

*2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.*

*3. La ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no”*.

Por un lado, la doctrina mercantil estima que los *comportamientos realizados en el mercado* son todas las actividades económicas en sentido amplio, que trascienden “del ámbito meramente privado de su autor”, de carácter permanente o esporádico y

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

excepcional<sup>183</sup>. Por otro lado, por lo que se refiere a la *finalidad concurrencial*, ésta se da en “toda acción que (...) está orientada a influir en la estructura del mercado o posición competitiva de los operadores en el mercado (...) y/o para condicionar la formación y el desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, esto es, del intercambio de bienes y servicios en el mercado”<sup>184</sup>.

Pues bien, a la vista de la excepción establecida en el art. 13.3 respecto de lo dispuesto en el art. 2, es irrelevante que el acto de violación de secretos de empresa tenga lugar en el mercado y se realice con fines concurrenciales, pues para la persecución de estos ilícitos no se exigen estos requisitos, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los previstos en la Ley de Competencia Desleal. De este modo, para la apreciación de una violación de secretos no hace falta que ésta se realice en un “espacio institucional”<sup>185</sup>, el mercado, y con una finalidad concreta, la concurrencial, a diferencia de lo que sucede con el resto de conductas de competencia desleal.

Sin embargo, la excepción formulada en dicho precepto no parece coherente, pues no se alcanza a comprender por qué en los actos de violación de secretos de empresa no deben concurrir los dos elementos comunes a cualquier acción de competencia desleal que prevé el artículo 2, el cual ha sido considerado por la doctrina como fundamental para determinar cuándo estamos ante actos de competencia desleal<sup>186</sup>, otorgándole a éstos transcendencia externa<sup>187</sup>.

Al menos a primera vista quizás pudiera explicarse la excepción del artículo 13.3 LCD como un vestigio del modelo profesional centrado en la protección del empresario en sí y su patrimonio<sup>188</sup>, dejando de lado los aspectos relativos al mercado que

---

<sup>183</sup> MASSAGUER FUENTES, J.: Comentario. *Op. Cit.*, pp. 120-121.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>185</sup> En expresión de *Ídem*, p. 120.

<sup>186</sup> MARTÍNEZ SANZ, F.: “Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, en SÁNCHEZ GALÁN, J. I. (Presentador) / AGÜNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (Dir.) / ALONSO UREBA, A. (Coord.): *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial*, La Ley, Madrid, 2010, p. 112.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>188</sup> Para GALÁN CORONA, E.: Supuestos de competencia desleal. *Op. Cit.*, p. 95, con la excepción, se produce una ampliación de la deslealtad, al bastar los elementos subjetivos que prevé el precepto, y que la misma se explica por el carácter de bien patrimonial, extraordinariamente frágil, sobre el cual su titular posee un derecho subjetivo que se infiere de los arts. 20.1.b), 33.1 y 38 CE. El art.13.3, según este autor, prevé una “tutela, meramente civil, del derecho del titular del secreto empresarial sobre éste, al margen de toda incidencia competitiva que incluso puede no existir”, añadiendo que “la tutela conferida a los secretos empresariales (...) va más allá de la requerida por los fines propios de la legislación contra la competencia desleal, para extenderse a la tutela del secreto empresarial en cuanto bien –inmaterial- sobre el que recae el señorío del empresario”.

posteriormente pondría en un primer plano el social. Pero incluso cabría objetar a esta interpretación que el propio modelo profesional exigía una relación de competencia directa entre el empresario afectado y el autor de los actos, ya que si ésta no se daba, no podía haber competencia desleal<sup>189</sup>. Y esta relación, tal y como establece el artículo 3.2 de la Ley, no hace falta para apreciar un comportamiento desleal<sup>190</sup>. Aun siendo cierto lo anterior, la exigencia de que los comportamientos tengan lugar en el mercado y con fines concurrenciales (artículo 2 LCD) alude indirectamente a los contenidos del modelo social, caracterizado, como vimos, por tutelar intereses del empresario, de los consumidores y del correcto funcionamiento del mercado en general. Cuando dicha exigencia se obvia en los actos de violación de los secretos de empresa, con ello la tutela se está reduciendo al interés del empresario que es lo que perseguía el modelo profesional.

Por último, respecto de la segunda parte del artículo 13, ésta exige que la violación de secretos de empresa *haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto*. Massaguer Fuentes estima que lo dispuesto en el art. 13.3 LCD sobre elementos subjetivos<sup>191</sup> sustituye al ámbito objetivo del artículo 2<sup>192</sup>, afirmando que éstos, desde una perspectiva funcional, introducen la condición para que estas conductas sean consideradas ilícitas, al no ser exigible que concurra el ámbito objetivo<sup>193</sup>. Dicha interpretación ha sido criticada por Galán Corona, quien afirma que se trata de exigencias diversas<sup>194</sup>. Sea como fuere, lo cierto es que ambos concluyen que la protección prevista por la LCD para los secretos de empresa es más amplia que para el resto de bienes protegidos por la Ley, independientemente de que sean entendidos los citados elementos subjetivos como sustitutos de la aplicación del ámbito objetivo de la Ley o no. Y ello porque mientras que los elementos subjetivos fundamentan en cierto modo su ilicitud y restringen la aplicación del precepto a los supuestos en que éstos concurren, los del ámbito objetivo de la Ley delimitan el marco estructural en el que todo comportamiento desleal debe tener lugar, no teniendo que producirse las violaciones de los secretos de empresa en dicho marco. De ahí que su régimen de protección exceda

<sup>189</sup> BERCOVITZ, A. (Coord.): La Regulación contra la Competencia Desleal. *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>190</sup> El artículo 3.2 de la LCD, establece que “(l)a aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal”.

<sup>191</sup> Estos elementos subjetivos no han de ser entendidos, según la doctrina mercantil, como ventajas de contenido patrimonial, siendo suficiente la persecución de “una mejora de cualquier tipo en la situación personal del propio agente de la conducta desleal o de un tercero” (GALÁN CORONA, E.: Supuestos de competencia desleal. *Op. Cit.*, p. 105).

<sup>192</sup> Entre otros, MASSAGUER FUENTES, J.: Comentario. *Op. Cit.*, p. 395.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 395.

<sup>194</sup> GALÁN CORONA, E.: Supuestos de competencia desleal. *Op. Cit.*, p. 105.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

del que la LCD confiere a otros bienes protegidos en ésta, cuya afección mediante actos desleales ya contiene su propio fundamento de ilicitud en el precepto que lo regula, ya sea de carácter subjetivo<sup>195</sup> u objetivo<sup>196</sup>.

A modo de conclusión, se puede afirmar que la regulación civil de los secretos de empresa ofrece un ámbito de tutela más amplio que el previsto para el resto de actos ilícitos que recoge la LCD, al extender su persecución más allá de los límites que establece el ámbito objetivo de la ley en su artículo 2 LCD. Este hecho, que se justifica de forma general por la doctrina mercantil por la pretendida protección del secreto como “señorío” de su titular, resalta el carácter de bien inmaterial perteneciente al empresario de los secretos empresariales, tutelados al margen de dónde se produzca su vulneración. Esta consideración de los secretos empresariales como bienes con valor económico de la empresa los aproxima a los derechos de propiedad industrial, otorgándole una posición singular en la disciplina de la competencia desleal.

Por último baste apuntar que, el Código penal, si bien ha seguido en cierta medida las previsiones de la LCD, surgida sólo cuatro años antes que aquél, ha obviado la exigencia de elementos subjetivos, con la salvedad ya hecha respecto a la utilización en provecho propio del art. 279 párrafo segundo. Ello hace cuestionarse si, en aras de una adecuada protección del bien, quizás habría sido deseable introducir alguno de los elementos subjetivos que se prevén en la regulación civil u otros elementos típicos cuya inclusión fue objeto de discusión en los debates parlamentarios<sup>197</sup>.

#### **4. Proximidad de los secretos de empresa a los derechos de propiedad industrial**

---

<sup>195</sup> Así, por ejemplo, el artículo 12 LCD, referente a la explotación de la reputación ajena, también exige que el aprovechamiento indebido tenga lugar en beneficio propio o ajeno.

<sup>196</sup> Como ejemplo puede mencionarse el artículo 6, que regula los actos de confusión, donde habrá que valorar la idoneidad del comportamiento para crear confusión, o el artículo 8, relativo a las prácticas agresivas, en el que las características y circunstancias del comportamiento determinarán cuándo se produce una merma significativa de la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio, para lo cual se valora si concurrió acoso, coacción, uso de la fuerza, o influencia indebida.

<sup>197</sup> En los debates parlamentarios del Código penal de 1995, concretamente en la enmienda núm. 391 del Grupo Popular del Proyecto de Ley de Código penal de 6 de marzo de 1995, se proponían para las figuras objeto de estudio otros elementos típicos que finalmente no fueron aceptados, tales como que el secreto de empresa fuera evaluable económicamente y que comportara ventajas competitivas, los cuales también aluden a su carácter económico.

#### 4.1. Introducción

De cara a la concreción del bien jurídico, a nuestro juicio, hay que partir de la idea de que secretos de empresa y derechos de propiedad industrial son dos realidades que están íntimamente relacionadas. Si esta hipótesis se confirma, esto nos facilitará la concreción del bien de los delitos relativos a la violación de secretos de empresa, puesto que su configuración será similar a la de los relativos a la propiedad industrial.

En primer lugar, y como preludeo al estudio de la citada relación, se analizan dos aspectos relacionados con los secretos empresariales y con los derechos de propiedad industrial, centrándonos especialmente en los primeros, como son su cualidad de bien inmaterial, así como su caracterización como instrumento que fomenta el progreso y la innovación.

Estos aspectos ya marcan unas pautas comunes en ambos y es que hay que recordar que el origen de los secretos de empresa ya se vinculaba a los derechos de propiedad industrial desde sus inicios pues, como apunta la doctrina mercantil más autorizada, en la mayoría de los países la disciplina de la competencia desleal se desarrolló históricamente a partir de la primitiva tutela de los derechos sobre bienes inmateriales o de monopolio, y particularmente a partir de la protección del derecho sobre la marca<sup>198</sup>.

En segundo lugar, tanto la disciplina de la competencia desleal como la relativa a los derechos de propiedad industrial son institutos cuya protección constituye un objetivo a nivel internacional del que se hacen eco los diferentes Estados. Por ello analizaremos los textos internacionales sobre la materia, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, lo que nos permitirá poner de relieve cómo existen en ellos elementos que vinculan ambos regímenes, el de la competencia desleal y el de la propiedad industrial.

En tercer lugar, se estudiará el bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial, así como las notas caracterizadoras de estos derechos, para así poder aproximarnos de forma más certera a su vinculación, analizando las semejanzas y diferencias existentes entre ambos. A partir de aquí será posible tomar postura respecto al bien jurídico protegido en el delito objeto de estudio.

---

<sup>198</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: La competencia desleal. *Op. Cit.*, p. 33; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: Apuntes de Derecho Mercantil. *Op. Cit.*, p. 371.

#### 4.2. El secreto de empresa como bien inmaterial

El concepto de bien inmaterial fue acuñado por Joseph Kohler, en su clásico *Deutsches Patentrecht*, que data de 1878, para a partir de aquí emplearlo en sus numerosas obras posteriores dedicadas a los derechos de Propiedad intelectual e industrial<sup>199</sup>. En una de ellas, de 1907, lo define como bien que está fuera del sujeto, que no son corporales, ni aprehensibles, ni palpables<sup>200</sup>. Gómez Segade, por su parte, prefiere definir los bienes inmateriales resaltando sus características esenciales, como “creaciones de la mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y por su especial importancia económica son objeto de una tutela jurídica especial”<sup>201</sup>. Este autor adopta un concepto amplio de “bien inmaterial”, que no identifica a este tipo de bienes con derechos absolutos<sup>202</sup>, mientras que otros como Ascarelli asumen una acepción más restringida, entendiendo por tal sólo las creaciones intelectuales sobre las que recae un derecho absoluto, criticando la acepción amplia que adoptan los que lo utilizan para cualquier creación intelectual, para derechos o para cualquier relación o situación, incluyendo las energías que, afirma, son obviamente materiales<sup>203</sup>.

A mi parecer, resulta más correcta la primera postura, en la medida en que la condición de bien inmaterial no la otorga la atribución de un derecho absoluto o no, sino la naturaleza de ese bien, como no aprehensible por los sentidos. Como su nombre indica, por bien *inmaterial* ha de entenderse aquel que carece de materialidad, y, como tal, no tiene necesariamente atribuido de forma automática el estatuto de los derechos absolutos, pero sí se le excluye del de los bienes materiales.

Como se apuntó al tratar el fundamento constitucional del secreto de empresa, éste es una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa, entendida como libertad de iniciativa económica. En este sentido, quien posee como titular un secreto de empresa dispone de una información basada en su esfuerzo, trabajo, inversión, etc., que constituye

---

<sup>199</sup> A ello alude GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 72.

<sup>200</sup> KOHLER, J.: *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1907, p. 1. Este lo define como “*Immaterialgüterrecht, d. h. ein Recht an einem außerhalb des Menschen stehenden, aber nicht körperlichen, nicht faß- und greifbaren Rechtsgute*”.

<sup>201</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 73-74.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>203</sup> ASCARELLI, T.: Teoria della concorrenza. *Op. Cit.*, p. 33.

un bien inmaterial, adoptando la concepción amplia del mismo, que no lo vincula a un derecho de exclusiva y que simplemente lo define como bien inaprehensible.

Para Ascarelli, al no considerar el secreto de empresa como un bien inmaterial, aquél sólo recibe una tutela indirecta derivada de la prohibición del empleo de los medios que permiten hacerse con él y en tanto haya sido ilícitamente conocido subsiste una prohibición de divulgación y utilización<sup>204</sup>. En mi opinión, esta postura no es convincente. El secreto de empresa no se protege exclusivamente porque se quieren evitar apoderamientos, revelaciones o utilidades del mismo de carácter ilícito, sino que, como bien inmaterial titularidad del empresario, es protegido en cuanto tal. Esto quiere decir que no es objeto de elección el proteger el secreto por constituir un bien inmaterial o hacerlo con base en los medios desleales de obtenerlo o divulgarlo, sino que hay que valorar ambas cosas, pues sólo el empleo de medio ilícitos para obtener o divulgar el secreto no puede justificar el castigo cuando, por ejemplo, el secreto objeto de dicha conducta carece de entidad suficiente<sup>205</sup>.

En cuanto a las citadas definiciones en el caso del secreto de empresa hay que distinguir el *corpus mysthicum*, constituido por la idea en sí, y el *corpus mechanicum*, puente sensorial que permite la identificación, conocimiento y utilización del bien inmaterial, esto es, el instrumento o medio que exterioriza el bien inmaterial<sup>206</sup>, cuya distinción respondía a la existencia de un soporte material en el que se contiene la información, siendo esta última el verdadero objeto del secreto de empresa, constituido por un bien inmaterial y la que ostenta el valor en sí. En este sentido, Segura García, identificando los derechos de propiedad industrial como bienes inmateriales, define éstos como “auténticas cosas valiosas que se caracterizan por su *naturaleza incorpórea*, inmaterial, pero que a su vez son susceptibles de *materializarse en cosas tangibles* para ser percibidas por los sentidos y reproducidas ilimitadamente y de modo simultáneo en diversos lugares”<sup>207</sup>. Esta definición es perfectamente extrapolable a los secretos empresariales, en la medida en que estos también son considerados bienes inmateriales y

---

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>205</sup> Nos remitimos a las consideraciones ya hechas sobre las consecuencias de admitir esta postura, que daría lugar a establecer como objeto de protección la lealtad en la competencia, protegiendo así pautas de conducta, cuya aptitud para erigirse como bien jurídico ya ha sido desechada. Vid. *Supra*.

<sup>206</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>207</sup> SEGURA GARCÍA, M. J.: “La protección penal de los derechos integrantes de la propiedad industrial”, en *Empresa y Derecho penal (II)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 26.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

gozan de las mismas características que los derechos de propiedad industrial<sup>208</sup>. Si bien su objetivo no es sólo el materializarse en objetos tangibles, que serán objeto de negocios jurídicos y propiedad de terceros sino, sobre todo, de utilizarse, mantenerse en secreto, revelarse o cederse, siendo igualmente reproducibles de forma ilimitada.

La *inmaterialidad* de los bienes, o *intelectualidad* de éstos<sup>209</sup>, ha sido ligada, en mi opinión indebidamente, a cierto tipo de delitos y desvinculada de otros por su naturaleza individual o colectiva. Así, Pedrazzi señala que la diferencia entre los delitos contra el patrimonio y los delitos económicos radica en que los primeros giran en torno a una tutela de la riqueza plasmada esencialmente en bienes materiales, ya sean estos muebles o inmuebles; mientras que los segundos apuntan tendencialmente a una riqueza representada por bienes inmateriales<sup>210</sup>. No comparto esta tesis, pues la diferencia entre ambos tipos de delitos, en mi opinión, no se encuentra en el objeto de los mismos, sino en quien ostenta su titularidad y en el contenido del bien jurídico protegido. Un sujeto puede ser titular de un bien inmaterial, cuya violación afecta exclusivamente al patrimonio del mismo y no así a la economía en general. Tal es el caso objeto de estudio, en el que el titular del secreto de empresa, bien inmaterial, sufre un daño de carácter patrimonial si éste es revelado, sin que la economía sufra daño alguno por este comportamiento, más allá del incumplimiento de las reglas del mercado.

Los bienes inmateriales, además de poder ser objeto de delitos de carácter patrimonial o socio-económico, están caracterizados por una serie de notas peculiares que los definen. Así, Gómez Segade ha señalado que éstas son, concretamente, tres<sup>211</sup>.

En primer lugar, el bien inmaterial –dice- **no es susceptible de ser objeto de un inmediato disfrute económico**, debiendo exteriorizarse materialmente a través de un

---

<sup>208</sup> Asimismo, según GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, pp. 82-83, “el secreto industrial constituye un auténtico bien inmaterial” pues, al igual que los demás bienes inmateriales es una idea fruto de la mente humana, que se plasma en objetos corpóreos (fórmulas, esquemas, diseños, apuntes, etc.).

<sup>209</sup> Emplea este término, MORÓN LERMA, E.: *La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico*, Tesis doctoral Universidad Autónoma de Barcelona, 2002, p. 110, quien afirma que es aconsejable reconducir el discurso de la *inmaterialidad* a la *intelectualidad*, pues la característica de su esencia es la intelectualidad del sustrato objetivo, esto es, la existencia de un sujeto cuya mente participe en el mismo sustrato.

<sup>210</sup> PEDRAZZI, C.: “La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l’economia”, en *Verso un nuovo codice penale. Itinerari-problemi-prospettive*, Atti del convegno di Palermo del 7-10 novembre 1991, a cargo del Centro Studi Cesare Terranova, Milano, 1993, p. 351.

<sup>211</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 75.

medio sensible<sup>212</sup> u objeto corpóreo. En segundo lugar, su representación material en principio es **ilimitadamente repetible**, sin que se agote su substancia ni deje de producir beneficios a su titular<sup>213</sup>. En tercer lugar, y directamente relacionada con la anterior nota, **son susceptibles de posesión simultánea**, dada su potencial ubicuidad, de ahí que pueda ser poseído simultáneamente por una pluralidad de personas<sup>214</sup> sin que pierda su esencia. Morón Lerma añade una cuarta nota, definitoria que reside en que **es un bien económico, con contenido o valor patrimonial**<sup>215</sup>.

Según Morón Lerma, la especial tutela jurídica de la que son objeto las creaciones a las que se refiere la denominación “bien inmaterial” se plasma siempre en derechos, siendo éste un elemento clave –dice-, en la caracterización del “bien inmaterial”<sup>216</sup>. En este sentido, afirma que el secreto de empresa no comparte, de modo escrupuloso, las características predicadas de los bienes inmateriales ni la tutela que sobre éstos se ejerce, presentando algunas diferencias en lo relativo tanto a su objeto como a la forma de su tutela<sup>217</sup>.

En relación al objeto, estima la autora que las diferencias radican en que existen secretos que son susceptibles de una explotación continuada, siendo idóneos para ser transmitidos, mientras que otros, por el contrario, se agotan con un solo uso o no pueden ser objeto de explotación<sup>218</sup>. En mi opinión, la caracterización de los bienes inmateriales como ilimitadamente repetibles o como susceptibles de ser disfrutados por varios sujetos a la vez no exige que éstos puedan ser objeto de explotación, que ésta tenga que ser continuada o que puedan transmitirse. En la medida en que no estamos ante bienes materiales, cuyo carácter corpóreo impide su repetibilidad o ubicuidad por tratarse de objetos físicos, lo definitorio es que como creaciones de la mente humana (que pueden ser ideas, información, conocimientos, etc.) pueden ser reproducidas un número infinito de veces o disponer de ellas todos los sujetos que tengan conocimiento de las mismas,

---

<sup>212</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>213</sup> FARRANDO MIGUEL, I.: “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)”, en *Revista General del Derecho*, 670/671, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 9611. Este autor pone de manifiesto que el carácter inmaterial de la información permite usos no excluyentes.

<sup>214</sup> GALÁN CORONA, E.: “Artículo 13. Violación de secretos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, p. 360.

<sup>215</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 114.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 111 nota al pie 246.

<sup>217</sup> *Ídem*, pp. 115-116.

<sup>218</sup> *Ídem*, p. 116.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

independientemente de que una sola utilización agote su substancia<sup>219</sup> porque sólo sea susceptible de explotarse una vez, o no pueda ser transmitida.

En relación a la forma de tutela, las diferencias radican en que ésta suele caracterizarse –dice la autora- por convertir los bienes inmateriales en objeto de derechos, bien de exclusión, bien subjetivos no absolutos, no recayendo sobre el secreto de empresa ninguno de ellos<sup>220</sup>. Si bien se conviene con la autora en que, cuando hablamos de secreto de empresa, no estamos ante un derecho absoluto como es el caso de los de propiedad industrial, ello no obsta para estimar que el titular de la información empresarial dispone de un derecho subjetivo sobre la misma. El empresario titular de un secreto, como pone de manifiesto Morón, no puede actuar contra quienes, independientemente y por sus propios medios, adquieren y utilizan los conocimientos objeto del secreto<sup>221</sup>. Si bien esto es cierto, puesto que el conocimiento y la información son libres y están al alcance de todos los que se esfuercen por conseguirla de forma leal, sí tiene derecho el titular de un secreto a reclamar el mismo cuando se le sustrae o revele, más aún no teniendo un derecho *absoluto* sobre él, sí que puede exigir el que es suyo y le es arrebatado, o también transmitirlo, pudiendo realizar un contrato de licencia o cesión sobre el mismo. Con esta tesis, Morón llega a las mismas conclusiones que Ascarelli, en lo relativo a los aspectos que pueden incluirse dentro de la categoría de “bien inmaterial”, donde, como hemos visto, se excluía al secreto, por lo que son extensibles a ella las críticas vertidas al analizar la posición del mencionado autor italiano.

En suma, puede concluirse afirmando que la categoría de los bienes inmateriales integra bienes de carácter incorpóreo e inaprehensible, no siendo necesaria la atribución de un derecho, de exclusiva o no, al titular de los bienes, por lo que incluye los secretos de empresa dentro de ella. Pero es que, aun cuando se exigiera la atribución de un derecho, a mi entender el secreto atribuye uno de carácter subjetivo, por lo que tampoco desde esta perspectiva habría problema alguno para su inclusión en esta categoría.

---

<sup>219</sup> Cuando Gómez Segade alude a que a los secretos, siendo ilimitadamente repetibles, no pierden su substancia, se refiere, a mi parecer, a que no dejan de ser lo que son si se transmiten, esto es, no pierden su naturaleza o esencia. Sin embargo, Morón Lerma parece equiparar este elemento al del valor que el secreto tiene en sí. Ello es consecuencia de que identifica repetibilidad con explotación, como ya hemos puesto de manifiesto. Así, por más que con la explotación del secreto éste pierda su valor en casos en que la información es de un solo uso, si éste no se explota y simplemente se reproduce ilimitadamente, éste mantiene su esencia.

<sup>220</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 117-124.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 122.

### 4.3. El secreto empresarial: ¿Fomento o freno del progreso?

Si bien no se duda de la capacidad de los derechos de propiedad industrial para fomentar el progreso y la innovación, dado el carácter público de éstos, no ocurre lo mismo con los secretos de empresa. Así, ha sido cuestionada por la doctrina la aptitud de estos para fomentar el progreso, en la medida en que mantener en secreto conocimientos con valor económico no permite compartir las mejoras a las que los mismos pueden dar lugar<sup>222</sup>. Así, Ascarelli ya puso de manifiesto que el secreto sustrae a la comunidad la posibilidad del conocimiento y posterior utilización de la creación en el mundo de la cultura y de la técnica, que es en lo que se apoya el progreso<sup>223</sup>. Sin embargo, esta postura no puede ser compartida. Es cierto que la puesta en conocimiento de todos de un secreto que puede dar lugar a posteriores avances en la materia ayudaría al fomento del progreso. Pero también lo es que el mantenimiento en secreto de la información empresarial contribuye a éste, al obligar a los competidores a que se esfuercen por buscar el éxito de sus negocios sin referencias externas.

Comparte la idea anterior un importante sector doctrinal, que entiende que los secretos de empresa, más que constituir un freno al progreso lo promueven<sup>224</sup>. Así, Portellano Díez<sup>225</sup>, basándose en algunas referencias jurisprudenciales, sostiene que con los secretos de empresa se fomenta la innovación<sup>226</sup> y se obliga a los competidores que deseen poseer y utilizar los mismos conocimientos a que hagan su propia inversión<sup>227</sup>.

Por otro lado, esta función de los secretos de empresa como elemento que fomenta el progreso y la innovación se vincula a la finalidad perseguida con el sistema de patentes.

---

<sup>222</sup> BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de Derecho Industrial*, tercera edición, Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 66-67. Este autor afirma que si un inventor, en lugar de acudir al sistema de patentes para proteger su invención, logra mantenerla y explotarla en secreto, no sólo queda privada la sociedad del conocimiento de una aportación técnica, sino que considera que es más estimable aún como medio del que partir para nuevos descubrimientos e invenciones. Esto parece poner de manifiesto que el secreto no sirve a los mismos fines que la patente, algo que se estima incorrecto, como se expondrá a continuación.

<sup>223</sup> ASCARELLI, T.: *Teoría della concorrenza*. *Op. Cit.*, p. 289.

<sup>224</sup> LEMLEY, M. A.: “The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights”, 61 *Stan. L. Rev.* 311, 317-18, (2008), p. 2, quien estima que no cabe duda de que los secretos empresariales incentivan la creación de nuevas invenciones.

<sup>225</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: “Artículo 13. Violación de secretos”, en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.): *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 220.

<sup>226</sup> Así lo afirma la SAP Navarra de 10 de junio de 1998.

<sup>227</sup> En este sentido se pronuncia la SAP Barcelona de 26 de noviembre de 2004. Este aspecto también es destacado por CARRASCO ANDRINO, M.M.: *La Protección Penal del Secreto*. *Op. Cit.*, p. 44, quien afirma que protegiendo las aplicaciones industriales se satisface el interés del empresario que realiza fuertes inversiones económicas de tiempo y trabajo en la mejora de la producción y, en fin, se está indirectamente impulsando el desarrollo tecnológico.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

De esta forma, puede afirmarse que ambos instrumentos, patente y secreto, generarían progreso en diferentes sentidos. La patente, con la publicidad que hace de las innovaciones, permite que, partiendo de ella, se pueda progresar con su mejora o adaptación. El secreto, por su parte, ocultando al público la información valiosa, exige que cada uno avance sin conocimiento de lo que hace el competidor, lo cual genera un progreso diferente al que producen las patentes, pero no por ello menos importante.

La trascendencia económica y social de los secretos de empresa y la importancia de una adecuada protección jurídica de los mismos para incentivar la investigación está fuera de toda duda<sup>228</sup>, afirmando la doctrina que la razón que justifica la protección del secreto se encuentra en la necesidad de promover la creatividad en el seno de la empresa<sup>229</sup>. Y en relación al sistema de patentes, ambas son consideradas piezas de la política de promoción del desarrollo tecnológico y científico, cumpliendo la protección jurídica de ambos la misma función<sup>230</sup>.

El Preámbulo de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, ya establecía que la legislación en materia de patentes constituye “un elemento fundamental para *impulsar la innovación tecnológica*, principio al que no puede sustraerse nuestro país, pues resulta imprescindible para *elevar el nivel de competitividad de nuestra industria*”. A continuación añadía que “una Ley de Patentes, *que proteja eficazmente los resultados de nuestra investigación*, constituye un elemento necesario dentro de la política española de *fomento de la investigación y el desarrollo tecnológico*”<sup>231</sup>. Estos párrafos ponen de manifiesto cómo derechos de propiedad industrial y secretos de empresa sirven al mismo fin: la protección de los resultados de la investigación, y el fomento de la misma y del desarrollo tecnológico. El secreto de empresa, por tanto, eleva también el nivel de competitividad en nuestra industria al no darse a conocer la información que aporta mejoras competitivas a los titulares de la misma, promoviendo así la propia iniciativa y el esfuerzo por conseguirlos por medios no ajenos, sino propios<sup>232</sup>. De esos esfuerzos

---

<sup>228</sup> SUÑOL LUCEA, A.: “Actos de competencia desleal”, en SÁNCHEZ GALÁN, J. I. (Presentador) / AGÚNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (Dir.) / ALONSO UREBA, A. (Coord.): *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial*, La Ley, Madrid, 2010, p. 143.

<sup>229</sup> SERRANO-PIEDRACASAS, J. R. / DEMETRIO CRESPO, E.: Cuestiones actuales. *Op. Cit.*, p. 307.

<sup>230</sup> MASSAGUER FUENTES, J.: *El contrato de licencia de know-how*, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 43-44.

<sup>231</sup> En cursiva se destacan los elementos que comparten patentes y secretos de empresa.

<sup>232</sup> OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J. J.: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, pág. 219, Aranzadi, Pamplona, 1994. Este autor afirma que los secretos fomentan “la investigación, el

propios y su duplicidad por parte de diferentes competidores, como afirma Gómez Segade, se derivan nuevas soluciones que permitirán, o bien obtener el mismo resultado con un procedimiento distinto, o bien pueden aplicarse para otros fines<sup>233</sup>. La nueva Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes ya no necesita remarcar este aspecto, sobradamente conocido de este derecho de propiedad industrial, y se centra en los aspectos más novedosos que han sufrido una evolución en estos treinta años.

La Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, también pone de manifiesto en su Considerando (1) que la inversión que las empresas realizan en la generación y aplicación de capital intelectual es un factor determinante para su competitividad y rendimiento, que están asociados a la innovación en el mercado y que los medios que aquellas tienen para hacer suyos los resultados de sus actividades asociadas a la innovación son los derechos de propiedad industrial y los secretos de empresa. De ahí que las empresas, señala el Considerando (2), sea cual sea su tamaño, valoren tanto unos como otros, dando así a ambos un rol similar y siendo necesaria la protección también de los secretos ya que de lo contrario la innovación y la creatividad se verían desincentivadas, disminuyendo la inversión, con las consiguientes repercusiones en el buen funcionamiento del mercado interior y la posible merma de su potencial como factor de crecimiento - Considerando (4) -.

En conclusión, la protección de ciertas innovaciones y procedimientos no patentables o de algunos que constituyen la antesala de la patente, y que adoptan la forma de secreto empresarial, fomentan el progreso, al igual que la patente, pues ésta no es una invención a la que se acceda de forma directa, dado que para alcanzarla, suele pasar por diversas fases hasta que pueda cumplir los requisitos de patentabilidad. Si, de alguna manera, no se protegen dichas fases previas, que podrán dar lugar en un futuro a una patente, o no, no se estará fomentando el progreso y la innovación que se intenta favorecer con la patente y probablemente el número de éstas que se alcanzaría sería muy inferior.

---

progreso y, en definitiva, la competitividad, que resulta indispensable para un aceptable funcionamiento de la economía de mercado”.

<sup>233</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, pp. 180-181.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

#### **4.4. Instrumentos jurídicos internacionales que asocian los secretos de empresa a la propiedad industrial**

##### **4.4.1. Convenio de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial<sup>234</sup>**

El Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial, de 20 de marzo 1883, vigente en España según el Texto del Acta de Estocolmo de 1967, recoge en su artículo 1 el “ámbito de la propiedad industrial”, cuyo párrafo segundo prevé que “[l]a protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la **competencia desleal**”.

De este modo, empieza por reconocer claramente que la represión de la competencia desleal, donde se incluye la protección de los secretos empresariales, se halla entre los aspectos que constituyen objeto de la propiedad industrial. Seguidamente, establece el convenio en su artículo 10bis la protección que se confiere a la lealtad concurrencial, castigando los actos de competencia desleal. Este precepto reza así:

*“1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.*

*2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.*

*3) En particular deberán prohibirse:*

*(i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;*

*(ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;*

---

<sup>234</sup> Puede consultarse el texto de dicho acuerdo en <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/>.

*(iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”.*

Para Portellano Díez, dado que la característica común a todos los derechos de propiedad industrial es que constituyen derechos de exclusiva, esto es, representan monopolios legales mediante los cuales se fortalece la posición de su titular en el mercado, ello implica que la referencia a la competencia desleal debería quedar excluida del convenio, pues “no confiere ningún *ius prohibendi erga omnes*”<sup>235</sup>.

En mi opinión, la argumentación de Portellano Díez no es concluyente por encerrar una petición de principio, pues si sostiene que la propiedad industrial confiere un derecho de exclusiva, un monopolio legal y que el derecho de la competencia carece de esta nota, es obvio que la competencia desleal quedará excluida sin más de la primera. Es cierto que cada uno de los derechos de propiedad industrial de forma individualizada atribuye un derecho de exclusiva. Pero esta idea no se ajusta, a mi parecer, al espíritu del Convenio, que lo que pretende es otorgar una tutela a la propiedad industrial, no de forma independiente a sus derechos exclusivos, sino en sentido amplio. Así, no sólo incluye la competencia desleal entre los comportamientos contrarios al objeto de protección de la propiedad industrial, sino que en el párrafo 3 del mismo artículo 1, afirma que “la propiedad industrial se entiende *en su acepción más amplia...*”, aclarando hasta dónde alcanza su aplicación, pero dejando claro que la primera se entiende comprendida en la segunda, porque ésta se define en sentido amplio, como todo bien que puede ser propiedad de una industria, donde sin duda alguna se incluyen los secretos empresariales. Frente a esta interpretación no cabe objetar, como sin embargo hace Portellano, que la pretensión de incluir el Derecho de la competencia desleal en la Propiedad Industrial supondría no tener en cuenta que la inclusión de una materia en un tratado internacional no determina su naturaleza jurídica y, además, supondría “desdibujar las fronteras entre competencia ilícita (violación de derechos de exclusiva) y competencia desleal”, teniendo las consecuencias prácticas, por otro lado, de “convertir el Derecho de la competencia desleal

---

<sup>235</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: “Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 60, Edersa, Madrid, 1996, p. 723.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

en un cajón de sastre” de la propiedad industrial o de “introducir la lógica monopolística dentro del Derecho de la competencia desleal”<sup>236</sup>.

A la vista de lo dispuesto en el Convenio, la represión de la competencia desleal y, en consecuencia, la protección de los secretos de empresa, constituye uno de los objetivos de la protección de la propiedad industrial. Ello no implica atribuirle al secreto la naturaleza de los derechos de exclusiva, en el sentido que se entiende para patentes u otros derechos de propiedad industrial, ni desdibujar las fronteras entre competencia ilícita y competencia desleal, en la medida en que los secretos de empresa, como aquellos, constituyen bienes inmateriales de los que es titular una empresa, siendo, por tanto, propiedad de la misma.

#### **4.4.2. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS Agreement)<sup>237</sup>**

En segundo lugar, hay que aludir al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o, en inglés, *TRIPS Agreement - Trade-Related aspects of Intellectual Property rights -*)<sup>238</sup>, el cual contempla en la Sección 7, artículo 39, la protección de los secretos de empresa, al recoger las características que ha de tener la *información no divulgada* para ser objeto de protección. Así, el artículo 39 del Acuerdo ADPIC prevé lo siguiente:

*“1. Al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10bis del Convenio de París (1967), los Miembros protegerán la información no divulgada de conformidad con el párrafo 2, y los datos que se hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales, de conformidad con el párrafo 3.*

*2. 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*

---

<sup>236</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1995, p. 159-160 nota 268.

<sup>237</sup> El texto de dicho acuerdo puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf).

<sup>238</sup> Éste se recoge en el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994 y que entró en vigor el 1 de enero de 1994. El Acuerdo sobre los ADPIC es obligatorio para todos los Miembros de la OMC. Es necesario, además, recordar que el término “*Intellectual Property*” incluye no sólo los derechos de propiedad intelectual, esto es, los derechos de autor, sino también los derechos de propiedad industrial.

*adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos<sup>239</sup>, en la medida en que dicha información:*

*a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y*

*b) tenga un valor comercial por ser secreta; y*

*c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.*

*3. Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal”.*

Aunque el artículo 39 no aluda expresamente a información de carácter comercial, al estar situado en el marco de la represión a la competencia desleal, tal y como establece su párrafo primero, se entiende sin lugar a dudas que se refiere a ésta<sup>240</sup>. Con ello vemos

---

<sup>239</sup> La propia normativa aclara que, a los efectos de la presente disposición, la expresión "de manera contraria a los usos comerciales honestos" significará por lo menos prácticas tales como el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción, e incluye la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran que la adquisición implicaba tales prácticas o que la ignorancia lo fuera por negligencia grave.

<sup>240</sup> GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 356.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

una vez más cómo un acuerdo internacional sobre aspectos relacionados con la propiedad industrial se ocupa de los secretos de empresa<sup>241</sup>.

#### **4.4.3. Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas<sup>242</sup>**

Siguiendo con los instrumentos jurídicos internacionales que asocian los secretos de empresa a la propiedad industrial, resulta necesario detenerse en la Directiva (UE) 2016/943, de 8 de junio de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas - en adelante, la Directiva (UE) 2016/943 -. No sólo cabe destacar de este texto su carácter reciente y novedoso, sino también la amplia tutela que otorga a los secretos de empresa.

Con la regulación de la información empresarial confidencial de modo uniforme en toda la Unión, la Comisión pretende favorecer el comercio en el mercado único, para la cual hace falta que reine la confianza en la negociación entre empresas para que la economía comunitaria crezca. La propuesta de Directiva se realizó por la Comisión Europea con fecha de 28 de noviembre de 2013 y ha sido aprobada el 8 de junio de 2016, tras numerosos informes de expertos en la materia, que han valorado la necesidad de su regulación.

Pues bien, se dedica el presente epígrafe al estudio de la citada Directiva. En primer lugar, se ahondará en sus antecedentes, que resultan de gran interés a efectos de resaltar la relación entre los secretos de empresa y los derechos de propiedad industrial, y se hará referencia someramente al contenido final de la misma, al que se aludirá con más detalle a lo largo del presente trabajo. Y, en segundo lugar, se hará una breve reflexión sobre la misma.

---

<sup>241</sup> No se estima necesario hacer en este lugar un extenso comentario de los elementos que exige el presente acuerdo respecto a la información no divulgada, en la medida en que éstos serán objeto de comentario al tratar el concepto de secreto de empresa.

<sup>242</sup> El texto definitivo de la Directiva, puede encontrarse en el Boletín Oficial del Estado de 15 de junio de 2016, en: <http://www.boe.es/doue/2016/157/L00001-00018.pdf>. Los diferentes informes que la acompañan, puede consultarse en el siguiente enlace: [https://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/trade-secrets\\_es](https://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/trade-secrets_es).

**a) Orígenes y desarrollo de la Directiva**

El inicio de esta cuestión surge con la *Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual* (en adelante, “la Directiva 2004/48/CE”), la cual nació precisamente con el objetivo de aproximar las legislaciones de los Estados miembros “para garantizar un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior”<sup>243</sup>.

La Directiva 2004/48/CE es de aplicación a todos los derechos de propiedad intelectual cubiertos por las disposiciones comunitarias y/o por la legislación nacional del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, como la misma establece en su considerando (13), “esta exigencia no impide que los Estados miembros que lo deseen puedan extender, por motivos internos, lo dispuesto en la presente Directiva a actos de competencia desleal, incluidas las copias parásitas, o actividades similares”.

Teniendo en cuenta este último párrafo, se puede decir que el mismo estaría dando cobertura legal a la extensión de la aplicación de la Directiva 2004/48/CE a los secretos empresariales por parte de los Estados miembros. Sin embargo, la transposición de la misma al ordenamiento español, que se produjo con la *Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios*, no ha tenido en cuenta esta previsión sobre los secretos de empresa, centrándose sólo en otros aspectos de la Directiva.

Durante los años 2009 y 2010 la Comisión realizó un Informe al Parlamento sobre la eficacia de la Directiva 2004/48/CE, en el que se criticaba, entre otras cosas, las diferentes interpretaciones y transposiciones llevadas a cabo por los Estados miembros, lo que creaba importantes problemas para la industria europea en general. Por ello, la Comisión pretendía asegurar una mayor uniformidad en la aplicación de dicho texto.

Ante la ambigüedad del texto de la Directiva 2004/48/CE sobre los derechos de propiedad intelectual que recibían protección a través de ella, los Estados miembros solicitaron que la Comisión publicara una “lista mínima de los derechos de propiedad

---

<sup>243</sup> Así lo establece el considerando (10) del texto de la Directiva.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

intelectual que considera cubiertos por la Directiva”<sup>244</sup>. La Comisión publica esta lista en el Diario Oficial de la Unión Europea el 13 de abril de 2005, donde incluye derechos de propiedad intelectual e industrial. Sin embargo, tal y como señala el *Informe de la Comisión sobre la Aplicación de la Directiva*, que realizó en diciembre de 2010, con el que se pretende analizar una evaluación sobre el impacto de la misma desde su entrada en vigor, se pone de manifiesto que incluso después de la publicación de la citada lista, continúan las dudas sobre si se consideran cubiertos por la Directiva 2004/48/CE algunos derechos protegidos en virtud del Derecho nacional, aludiendo, concretamente, a los secretos comerciales (incluidos los conocimientos técnicos), como “formas de conducta comercial inapropiada” que parece ir en aumento y que a menudo “tienen efectos lesivos para los titulares de derechos de propiedad intelectual, minan la innovación y sólo reportan a los consumidores beneficios a corto plazo”<sup>245</sup>.

Tras este Informe surge la especial preocupación de la Comisión por los secretos de empresa y su necesidad de protección. Consecuencia de esta preocupación son algunos otros informes que han ido sucediéndose sobre el tema por parte de una serie de expertos a petición de la Comisión, como el de la **TSIC** (The Trade Secrets & Innovation Coalition), que se publicó el 30 de marzo de 2011 o el realizado por **Hogan Lovells International LLP**, con fecha de 13 de enero de 2012, entre otros de menor peso.

El primero de estos informes es realizado por una coalición de empresas formadas con el objetivo de crear conciencia y destacar la importancia de los secretos comerciales y know-how para la industria europea y para promover la adopción de medidas efectivas de protección contra su sustracción. La Comisión invita a este grupo de empresas a comentar el Informe sobre la Aplicación de la Directiva 2004/48/CE para asistirle en el estudio de esta área y con este fin la coalición realizó sus comentarios. En el informe que presenta la TSIC, ésta consideró que la Directiva debería contener una lista donde aparecieran los derechos mínimos que estaban cubiertos por ella y que los secretos comerciales y el know-how deberían estar incluidos en esta lista.

---

<sup>244</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la Aplicación de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

<sup>245</sup> Punto 3.2 del citado Informe.

Esta afirmación la hizo apuntando a continuación la indiscutible inclusión de los secretos empresariales, dentro de los llamados *intellectual property rights*<sup>246</sup>, cuyo fundamento a nivel europeo se encuentra –decían- en la “sentencia Microsoft”<sup>247</sup> y en el artículo 1(1)(g) de la Regulación 772/2004<sup>248</sup>. Así, consideraron que a nivel europeo estaba plenamente reconocida la condición de los secretos de empresa como parte de los *intellectual property rights*, con la aclaración de que no estaban afirmando que los secretos empresariales constituyeran derechos exclusivos como otros *intellectual property rights*, pero sí que el abordaje de los mecanismos contra la sustracción y el abuso de los mismos en la Unión Europea, exigía cambios apropiados en la legislación de la UE para dirigir este problema<sup>249</sup>.

De esta manera, la TSIC proponía que, ante la variedad de protección de los secretos empresariales de un Estado miembro a otro, que afecta al buen funcionamiento del mercado interior y debilita la aplicación de la ley a estos derechos, se incluyeran los secretos de empresa dentro de la lista mínima de *intellectual property rights* de la Directiva, de modo que los Estados miembros pudieran seguir esta lista cuando realizaran la transposición de la Directiva 2004/48/CE con el fin de armonizar sus legislaciones en este sentido<sup>250</sup>.

Esta necesidad la fundamentaban, además, en el cada vez más creciente reconocimiento a nivel internacional de los secretos de empresa en instituciones como la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, - WIPO, por sus siglas en inglés, *World Intellectual Property Organization* -) y la OMC (Organización Mundial del Comercio, - WTO, por sus siglas en inglés *World Trade Organization*), así como en países

---

<sup>246</sup> Se estima adecuado, a efectos prácticos, mantener la alusión al término en el idioma original que emplean los textos, por cuanto comprende, como ya se ha dicho, lo que en nuestro ordenamiento se representa de forma separada como derechos de propiedad industrial y derechos de propiedad intelectual o derechos de autor.

<sup>247</sup> <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=T-167-08&td=ALL>.

<sup>248</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/126108\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126108_es.htm).

<sup>249</sup> TSIC: *Comments for the Consultation on the Commission Report on the Enforcement of Intellectual Property Rights*, de 30 de marzo de 2011, página 3.

<sup>250</sup> Para lograr el objetivo que defendían, proponían corregir el artículo 1 de la Directiva 2004/48/CE con el siguiente texto: “*Esta Directiva se refiere a las medidas, procedimientos y remedios necesarios para asegurar la protección de los “intellectual property rights”*. Para el propósito de esta Directiva, el término “*intellectual property rights*” incluye:

- *Todas las categorías de propiedad intelectual que están cubiertas por el Acuerdo TRIPS.*
- *Todas las categorías de propiedad industrial que están cubiertas por la Convención de París para la protección de la propiedad industrial”*.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

como Estados Unidos y Japón, donde aplican sanciones criminales para proteger los secretos empresariales.

En el mismo sentido que la TSIC se pronunciaron también posteriormente otros informes, como el realizado por la **International Fragrance Association**<sup>251</sup>, que destacaban la importancia de los secretos de empresa para el éxito de las industrias y para la competitividad, así como su vulnerabilidad para ser apropiados de forma ilícita, lo cual inhibe la innovación y crea desventajas para individuos y empresas que no realizan esas prácticas ilícitas. De igual manera, criticaban la ambigüedad de su clasificación entre los *intellectual property rights*, aunque afirmaban que éstos eran más bien percibidos como competencia desleal que como *intellectual property* y se planteaba la posible necesidad de armonizar las legislaciones de los Estados miembros, considerando esencial y urgente para la competitividad de las industrias europeas que la información confidencial que constituye la base o el núcleo de sus activos recibiera una mejor tutela a nivel europeo y, para ello, se reuniera en el cuerpo de protección de la *intellectual property* a nivel supranacional.

Este informe, en resumen, apuntaba que los secretos de empresa se estaban convirtiendo en los medios más apropiados para proteger la innovación industrial y que su débil protección implicaba pérdidas económicas, una potencial caída de la industria, así como el aprovechamiento malicioso del prestigio del que, durante mucho tiempo, han disfrutado las industrias europeas.

En mayo de 2011, la Comisión publicaba una Comunicación para la creación de un mercado único para los *intellectual property rights* y concretamente hablaba de la disparidad de regulaciones protectoras de los secretos de empresa en los diferentes Estados miembros. Así, apuntaba que un número de Estados miembros tienen previsiones específicas en leyes civiles sobre secretos de empresa<sup>252</sup>, algunos de ellos además prevén sanciones penales, pero Estados miembros no tienen previsiones específicas de derecho civil sobre secretos de empresa<sup>253</sup>. A pesar de dicha ausencia, en esos casos los secretos

---

<sup>251</sup> Ver el informe Trade secrets: European Union Challenge in a global economy ([http://www.ifraorg.org/view\\_document.aspx?docId=22900](http://www.ifraorg.org/view_document.aspx?docId=22900))

<sup>252</sup> Tal es el caso de países como Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Alemania, Italia, Lituania, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia, España y Suecia.

<sup>253</sup> Así ocurre en Bélgica, Chipre, Reino Unido, Irlanda, Finlandia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Rumanía y Francia (aunque el Código francés sobre propiedad intelectual regula algunos aspectos sobre ello).

de empresa pueden ser protegidos, sin embargo, al menos en parte, por otros medios, como una causa general de prohibición de competencia desleal, derecho de daños, derecho contractual, derecho laboral y derecho penal<sup>254</sup>.

Esto significa, como seguía diciendo la Comunicación, que según donde se encuentre una empresa estarán mejor equipadas que otras para afrontar los desafíos de una economía basada en la información. De ahí que la Comisión europea considerara la necesidad de reflexionar acerca del impacto económico y social que tiene la actual fragmentación de regulaciones para proteger los secretos empresariales, así como los beneficios económicos que se derivarían de un enfoque europeo de estas áreas.

Sin embargo, la Directiva 2004/48/CE, así como los comentarios que con posterioridad se elaboraron sobre la misma, hablaban de una protección civil de los secretos empresariales en la Unión Europea. De hecho, la idea de una protección penal de los secretos de empresa a nivel europeo no ha tenido éxito. Así ocurrió con la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual*, que fue realizada por la Comisión europea el 12 de julio de 2005. Sin embargo, como se anunció en el Diario Oficial C 252 del 18 de Septiembre de 2010<sup>255</sup>, la Comisión decidió retirar la propuesta de Directiva por no constituir las sanciones penales para la observancia de los derechos de propiedad intelectual parte del acervo de la UE.

Tras ello, en 2010 se realizó el segundo informe, mencionado anteriormente, que acompañó al de la TSIC, elaborado por Hogan Lovells, que realizó un estudio panorámico de las legislaciones nacionales que protegen los secretos comerciales y el tipo de protección que ofrecen, poniendo de manifiesto las grandes diferencias de las que hablaba la Directiva 2004/48/CE en la protección de los secretos de empresa.

El objetivo de este informe, era el de llevar a cabo un estudio, impulsado en marzo de 2011 por la Comisión Europea, para aclarar el marco legal y la práctica, en los

---

<sup>254</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the Regions: *A Single Market for Intellectual Property Rights. Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe*, (24.5.2011), p. 15.

<sup>255</sup> La referencia de la retirada de dicha Propuesta por la Comisión es la siguiente: Documento – COM(2005)276/1; Procedimiento interinstitucional – 2005/0127/COD; Publicación en el DO – DO C/2006/49/37 (Es posible acceder a la misma a través de [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2010.252.01.0007.01.SPA](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.252.01.0007.01.SPA)).



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

veintisiete Estados miembros de la protección de los secretos de empresa. Este informe se centraba en el derecho civil pero, dada la importancia del derecho penal en la mayoría de los Estados miembros, también hacía algunos comentarios sobre éste.

Lo que ponía de relieve el informe al comparar las diferentes legislaciones de la Unión europea en la protección que ofrecen a los secretos de empresa, puede resumirse básicamente en tres notas. En primer lugar, que no existe definición legal del término “secreto de empresa” en la mayoría de los países (salvo en Estonia). Aun así, el informe concluía que se acepta a nivel internacional y se considera más adecuado, utilizar el término “información no revelada” (*undisclosed information*) y aplicarle una serie de criterios que deben darse para que dicha información pueda considerarse secreto de empresa. En segundo lugar, que los secretos de empresa no son considerados *intellectual property rights* en la mayoría de los Estados miembros. Éstos reciben una protección diferente a los secretos y ambos se complementan para proteger la tecnología. De ahí que la transposición de la Directiva 2004/48/CE no afectara o incluyera los secretos de empresa. Y, en tercer lugar, que las bases legales de protección son muy variadas y difieren de un país a otro. Así, existe sólo un país, Suecia, donde hay toda una ley dedicada a la protección de los secretos de empresa. Numerosos países prevén la protección de los secretos de empresa en la Ley de competencia desleal y/o en el Código penal. También se recogen en muchos países previsiones en las leyes laborales para prevenir la divulgación de los secretos de empresa por empleados. Además de la protección legal que los secretos empresariales reciben en la mayoría de los países, se encuentra, de otro lado, una protección contractual de los mismos o a través del derecho de daños. Por último, los países del *common law* no tienen forma legal de protección de los secretos de empresa ni responsabilidad penal para quien viole secretos de empresa, sino que es a través de la *law of confidence* como se protegen.

Este informe no se pronunció acerca de la necesidad de armonizar las legislaciones de los Estados miembros en relación al secreto de empresa, sino que sólo analizó de forma comparativa cómo se regulan en todos ellos y el tipo de protección que se les ofrece.

Tras los citados informes, el siguiente paso relevante para el futuro de los secretos de empresa en el marco de la Unión Europea, consistió en la realización, de diciembre de 2012 a marzo de 2013, de una *consulta pública sobre la protección de los conocimientos*

*comerciales y derivados de la investigación*<sup>256</sup>, la cual tuvo una duración de doce semanas e iba destinada al público en general, incluyendo pymes, investigadores, asociaciones profesionales y sindicatos, con el objetivo de recopilar puntos de vista sobre las vías de recurso contra la apropiación indebida de información comercial confidencial utilizada por las empresas y los centros de investigación de la UE.

La encuesta pública junto con el estudio de la regulación de los secretos de empresa en los veintisiete Estados miembros, EE.UU., Japón y Suiza que realizó Hogan Lovells, fundaron el contenido de la Propuesta de Directiva que finalmente desembocó en la 2016/943, junto a nuevas valoraciones, de un nuevo informe final que realizó la firma legal Baker & McKenzie en julio de 2013, a petición de la Comisión Europea<sup>257</sup>. Este informe final constituyó el precedente más inmediato de la Propuesta de Directiva, y confirmó la importancia cada vez mayor de los secretos comerciales en la nueva economía global para el fomento de la competitividad en todos los sectores empresariales, tanto para las empresas innovadoras como para las no innovadoras, independientemente de su tamaño. Por lo que –concluía- hay una clara evidencia de la justificación económica de la armonización de la legislación de secretos comerciales, llenando eficazmente el espacio entre los pilares de la *intellectual property* y proporcionando una herramienta útil para que las empresas puedan proteger los resultados de sus inversiones.

Por fin, en noviembre de 2013 se publicó la Propuesta de Directiva pues, la diversidad y la fragmentación del marco jurídico en materia de protección de los secretos comerciales contra su obtención, utilización o divulgación ilícitas, obstaculiza la I+D transfronteriza y la circulación de conocimientos innovadores, de ahí el compromiso de crear un mercado único en la *intellectual property*, como se afirmaba en la Propuesta<sup>258</sup>.

La Propuesta presentaba en su Exposición de Motivos el contexto en el que la misma nacía, ante las necesidades que reclamaban su aparición, siendo el primero de sus objetivos la búsqueda de una mejora y protección de la innovación de las empresas de la Unión Europea.

---

<sup>256</sup> Para acceder a la consulta pública, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/trade-secrets/121211\\_trade-secrets-consultation\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/trade-secrets/121211_trade-secrets-consultation_en.pdf). Ésta concluyó con una participación de 537 empresas, de las cuales 323 eran pymes, con menos de 250 empleados.

<sup>257</sup> Para acceder al mismo [http://ec.europa.eu/internal\\_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711\\_final-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf).

<sup>258</sup> Así lo establece la Propuesta de Directiva, pp. 3-4 (para acceder a la misma: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013PC0813&from=EN>).

A continuación, ésta analizaba los resultados de las consultas con las partes interesadas y las evaluaciones de impacto, de las que se deducían dos grandes problemas: el primero de ellos era que la existencia de un riesgo de apropiación indebida de secretos comerciales junto a una protección jurídica ineficaz, afectaba a los incentivos para emprender actividades de innovación; el segundo, era que las ventajas competitivas basadas en un secreto comercial peligraban, por lo que se reducía la competitividad. De ahí que se señalara como objetivo de la iniciativa el “garantizar la competitividad de las empresas y organismos de investigación europeos que se basa en el saber hacer y en información empresarial no divulgados (secretos comerciales)”<sup>259</sup>, para que estuviera protegida de manera adecuada. Para ello planteaba una serie de opciones como solución del problema, entre las que incluía la convergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales en materia penal, que finalmente se desechó, siendo la opción más adecuada, la convergencia de los remedios de Derecho civil nacionales en caso de apropiación indebida de secretos comerciales y de las normas sobre la preservación de la confidencialidad de los secretos comerciales durante procedimientos judiciales y después de los mismos. Acto seguido, se abordaban los aspectos jurídicos de la Propuesta, y aclaraba que ésta no tenía incidencia alguna en el presupuesto de la Unión Europea para, finalmente, proceder a explicar su contenido.

En este contexto se fraguó el texto que definitivamente se aprobó el 8 de junio de 2016, y que dio lugar a la Directiva (UE) 2016/943, la cual expone en cuarenta considerandos las pautas básicas por las que se rige, que luego desarrolla en cuatro capítulos y veintiún artículos. Su capítulo I recoge en el artículo 1 cuál es el objeto y el ámbito de aplicación de la Directiva, que cifra como “la protección frente a la obtención, utilización y revelación ilícitas de secretos comerciales” y, en su artículo 2, recoge las definiciones de conceptos clave, entre las que se encuentra la de “secreto comercial” que, como veremos, sigue la definición del Acuerdo *TRIPS*. En su capítulo II determina en qué circunstancias la obtención, utilización y revelación de secretos comerciales son lícitas y en cuáles ilícitas. Su capítulo III establece las medidas, procedimientos y remedios por las que puede optar el poseedor de la información, ante la ocurrencia de una apropiación y uso indebido de los secretos, entre los que destaca el artículo 9, que establece las medidas para preservar la confidencialidad de los secretos de empresa

---

<sup>259</sup> Página 6 de la Propuesta de Directiva.

durante el proceso judicial. Por último, la Propuesta cierra con el capítulo IV, que recoge las sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en la Directiva, informes que deberán realizar determinadas instituciones con relevancia en la materia y disposiciones finales.

**b) Breve reflexión sobre la Directiva (UE) 2016/943**

Cabe cuestionarse si, como se plantea en estos informes y comentarios, sería adecuada una protección a nivel europeo de los secretos de empresa, como valores protegidos dada su repercusión en la economía de la Unión y las empresas que la constituyen y, por tanto, una armonización legislativa para los Estados miembros, que prevea una tutela homogénea de los secretos empresariales; o si, en cambio, es este un aspecto que ha de ser regulado exclusivamente desde los ordenamientos jurídicos nacionales, ya que depende de la protección que en cada país se atribuya a la información confidencial de las empresas, sin que sea posible ni necesaria la armonización.

En el marco de un mercado único, dominado por una misma moneda, parece que el intento de homogeneización de aspectos competitivos que conciernen a las empresas constituye el movimiento lógico a llevar a cabo en aras de una mayor armonización entre los Estados miembros. La idea que, en mi opinión, rige en toda esta voluntad de armonizar la regulación de los secretos de empresa a nivel europeo, es la de intentar situar en posiciones de igualdad el comercio entre diferentes Estados miembros, sin que las empresas pertenecientes a alguno de ellos se encuentren en situaciones de inferioridad por carecer su información comercial no revelada de una protección en los mismos términos y condiciones que la que poseen las empresas de otros Estados miembros. Ello tiene singular relevancia, sobre todo, en el ámbito de la transferencia de tecnología (TT) pues, en mi opinión, en los contratos de cesión y licencia de conocimientos técnicos, especialmente en estos últimos, donde no se traspa la titularidad sobre el secreto y existen mayores riesgos, es donde el mercado europeo puede jugar un papel protagonista cuando la negociación se realiza entre empresas de diferentes Estados miembros.

Esta armonización, que favorecería la seguridad en el comercio europeo, como se ha visto, pretende llevarse a cabo en el ámbito civil, si bien la adopción por dicho sector del ordenamiento de las directrices europeas, repercutirá en el orden penal en la materia, en la medida en que éste ha de adecuarse en todo momento a lo que establece la rama del Derecho a la que este aspecto pertenece.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Lo interesante de la evolución que ha tenido lugar desde los orígenes de este estudio hasta hoy, es el haber analizado y subrayado el papel protagonista de los secretos de empresa junto a la propiedad intelectual e industrial (*intellectual property*), con el que presenta numerosas semejanzas, y que nuestra doctrina ha excluido claramente del campo de juego de aquellos.

La Propuesta establecía que cada derecho de propiedad industrial empieza con un secreto y que constituyen un instrumento complementario esencial de los mismos pues, al igual que éstos, son importantes para la innovación y la competitividad. Con esto, pretende ponerse de relieve el indiscutible valor de los secretos de empresa para las empresas, al nivel de los derechos de propiedad industrial, a pesar de su diferente protección. Asimismo, el considerando (2) de la Directiva afirma que las empresas, independientemente de su tamaño, valoran los secretos de empresa tanto como las patentes y otras formas de *intellectual property*, usando la confidencialidad como herramienta de competitividad empresarial y de gestión de la innovación en la investigación.

En definitiva, son numerosos los aspectos que acreditan la estrecha relación existente entre los derechos de propiedad industrial y los secretos empresariales, siendo lógico que esta conexión sea tenida en cuenta para la identificación del bien jurídico protegido en el delito de espionaje empresarial.

A la vista de lo anterior, vamos a abordar a continuación el objeto de tutela en los delitos contra los derechos de propiedad industrial, pues dada la conexión de éstos con los de violación de secretos de empresa, ello facilitará la concreción del objeto de tutela de estos últimos.

## **5. El bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial**

Los delitos contra la propiedad industrial se ubican, al igual que ocurre con los relativos a secretos de empresa, dentro del Título XIII, que lleva por rúbrica “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en el capítulo XI “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, cuya previsión por el legislador penal de 1995 responde justamente a la voluntad de proteger el orden económico en sus aspectos más relevantes, individuales y colectivos. Dicha voluntad se dirige en su conjunto a mantener un correcto funcionamiento del sistema

económico, si bien en cada figura delictiva castiga conductas diversas con la finalidad de proteger un bien jurídico concreto y diferente en cada una de ellas, contribuyendo así cada una a la tutela de aspectos diferentes del mencionado orden.

En relación con los delitos contra los derechos de propiedad industrial, es preciso advertir que al igual que en materia de secretos de empresa, la doctrina más autorizada defiende la existencia de un bien jurídico mediato y otro inmediato. Así, Segura García defiende que la protección del orden económico es la razón última del legislador para incriminar penalmente las conductas atentatorias contra los derechos de propiedad industrial y que “la protección y el fomento de la libre competencia, en interés de todos los participantes en el mercado, especialmente en interés de los consumidores, constituye la finalidad última, el fin de la norma que el legislador se propone al conceder un derecho de exclusiva y, en consecuencia, dotar de protección al titular de un derecho de propiedad industrial”<sup>260</sup>. Moreno y Bravo, siguiendo la postura de la autora, hace referencia a una proyección mediata sobre el orden económico, siendo éste, por tanto –según dice-, el bien jurídico mediato<sup>261</sup>.

En la concreción del bien jurídico protegido, algunos autores entienden que con la protección de los diferentes derechos que componen este instituto no se tutela un único bien jurídico, sino varios. Así, Paredes Castañón defiende que, por un lado, en el caso de las patentes e innovaciones tecnológicas del artículo 273 CP se protege “la intangibilidad de la exclusividad, dentro de los límites marcados por el Ordenamiento jurídico, en el uso y en la disposición de invenciones por parte del titular del derecho –empresario o inventor- en el curso del tráfico patrimonial (generalmente mercantil)”, produciéndose siempre un daño patrimonial en estos casos<sup>262</sup>. Por otro lado, sostiene que el bien jurídico

---

<sup>260</sup> SEGURA GARCÍA, M. J.: *Derecho penal y Propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 227-228.

<sup>261</sup> MORENO Y BRAVO, E.: “Delitos contra la Propiedad Industrial”, en MORENO Y BRAVO, E. (Coord.): *Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 46-47.

<sup>262</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, Monografía, Ciencias Jurídicas, Madrid, 2001, p. 70. Siguiendo a Paredes Castañón, en el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 217. Paredes Castañón resalta la diferencia existente entre las innovaciones tecnológicas y los signos distintivos, afirmando que mientras que las primeras se incorporan al proceso productivo, modificando el producto y dando lugar siempre a un daño patrimonial para el titular del derecho, en caso de ser usurpado, los segundos simplemente representan al producto, de forma que no lo modifican y pueden ser iguales que cualquier otro producto que no esté representado por ese signo distintivo y que, por ende, no siempre provocan un daño patrimonial cuando se usurpan (PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “Los delitos de usurpación de marcas y otros signos distintivos: ¿Protección del Derecho, protección del patrimonio o protección del consumidor?”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 1664).

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

del artículo 274 CP, que recoge los diferentes tipos de signos distintivos, sería el derecho de uso en exclusiva de la marca o nombre comercial<sup>263</sup>. Pero, en su opinión, para que exista lesividad, es necesario que la infracción provoque daños a los intereses de los titulares reconocidos de dichos derechos subjetivos, algo que no siempre se produce. De ahí que considere que también es objeto de tutela el patrimonio individual<sup>264</sup>. Por último, y en lo referente a las denominaciones de origen e indicaciones geográficas de calidad previstas en el artículo 275 CP, concluye que el bien es uno de naturaleza supraindividual, que se apoya “en el interés colectivo en que determinados signos distintivos sean usados sólo en determinados productos, que reúnen ciertas condiciones y están sujetos a ciertos controles”, siendo, por tanto, su objeto de tutela, “el respeto a las reglas de uso de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas de calidad”<sup>265</sup>. Martínez-Buján Pérez, en relación al artículo 275 CP, entiende que si bien el objeto de tutela debería integrar, además del interés individual del titular del derecho, el supraindividual económico general del país e incluso el difuso del grupo colectivo de consumidores, de *lege lata* el legislador penal no lo ha entendido así, al haber ubicado estos delitos en la Sección 2ª, que recoge los delitos contra la propiedad industrial, y no así en la 3ª, relativa a los delitos contra el mercado y los consumidores, y por haber fijado las mismas penas que para los delitos relativos a invenciones (art. 273 CP) y signos distintivos (art. 274 CP), cuyos bienes no poseen una configuración pluriofensiva en sentido técnico<sup>266</sup>.

Antes de continuar, es preciso aclarar que a la vista de lo anterior dejaremos al margen de nuestro análisis el artículo 275 CP, relativo a las denominaciones de origen e indicaciones geográficas de calidad, por sus diferencias con los restantes derechos de propiedad industrial, siendo estos últimos los que realmente muestran un paralelismo con

<sup>263</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: Los delitos de usurpación de marcas. *Op. Cit.*, p. 1651.

<sup>264</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: *Ibidem*, pp. 1647-1672. Este autor afirma que puede darse una violación del derecho de propiedad sin que automáticamente se afecte el patrimonio del titular del derecho. Ello es así – continúa diciendo –, por las peculiaridades del objeto de estos derechos, pues al ser información (el diseño de un logotipo, una sigla, etc.), puede darse el uso por varios sujetos a la vez sin que en nada dañe al titular del derecho de marca o nombre comercial, lo cual resulta impensable – concluye –, en el caso de bienes materiales, objeto de delito patrimonial (*Ídem*, p. 1659).

<sup>265</sup> *Ídem*, pp. 1652-1653. Para explicar la diferencia entre este último tipo de derechos de propiedad industrial y el resto alega razones de justicia distributiva, al existir la concepción global respecto de las patentes y marcas, de que el poder sobre las mismas y la facultad de disponer se les atribuye a los particulares, como objetos de derechos de propiedad; mientras que las denominaciones de origen e indicaciones geográficas de calidad, quedarían, según esa concepción global, sustraídas de la idea de propiedad atribuible a un sujeto, para cumplir una función social y no ser disponibles por los particulares, como parte del orden público (Así, *Ídem*, p. 1653 y el mismo: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, p. 67).

<sup>266</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa. *Op. Cit.*, p. 244.

los secretos de empresa. Tampoco se estudiarán el artículo 276 CP, que recoge una serie de circunstancias que, de concurrir, incrementan la gravedad de las conductas previstas en los preceptos anteriores, así como el 277 CP, alusivo a la patente secreta, cuyo bien se vincula al interés de la defensa nacional<sup>267</sup>, por lo que, dado su especial régimen y naturaleza, su ubicación sistemática ha sido criticada tradicionalmente por la doctrina<sup>268</sup>. Por tanto, los preceptos relativos a la propiedad industrial que se van a tener en cuenta, siguiendo la clasificación propuesta por Fernández-Novo<sup>269</sup>, son los siguientes: las creaciones técnicas, en primer lugar, esto es, las patentes y los derechos afines, los modelos de utilidad y otras; en segundo lugar, las creaciones estéticas, como el diseño industrial; y, en tercer lugar, los signos distintivos, en concreto las marcas y nombres comerciales.

Centrado así el objeto de este epígrafe, hay que destacar que la doctrina mayoritaria sostiene que en los delitos contra la propiedad industrial, el bien jurídico viene constituido por **el derecho de uso o explotación en exclusiva de determinados bienes inmateriales denominados invenciones patentables, signos distintivos e invenciones de forma**<sup>270</sup>. Este derecho deriva de su registro en los organismos correspondientes<sup>271</sup>. Para un sector minoritario se tutela, además del individual, uno de

<sup>267</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C. / OTERO LASTRES, J. M. / BOTANA AGRA, M.: *Manual de la Propiedad Industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 223.

<sup>268</sup> Entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Op. Cit.*, p. 214.

<sup>269</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C. / OTERO LASTRES, J. M. / BOTANA AGRA, M.: *Manual de la Propiedad Industrial. Op. Cit.*, p. 223.

<sup>270</sup> FERNÁNDEZ, M. T.: “La regulación de los delitos contra la propiedad industrial en el nuevo Código penal. Novedades introducidas y consecuencias de su aplicación (y II)”, en MASSAGUER FUENTES, J. (Dir.): *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios (VI Jornadas sobre marcas)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 33; GIMBERNAT ORDEIG, E.: “El bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 1423. Este autor incide, además, en que es irrelevante para la existencia de tales delitos que el consumidor haya corrido el peligro de lesión de su derecho patrimonial o que éste haya sido efectivamente lesionado; MORENO Y BRAVO, E.: *Delitos contra la Propiedad Industrial. Op. Cit.*, p. 37; MORÓN LERMA, E.: “Sección 2ª. De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª), 6ª edición, Aranzadi – Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 231; RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: “Los delitos contra la propiedad industrial, trascendencia de la ubicación en el código penal de 1995”, en MASSAGUER FUENTES, J. (Dir.): *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios (VI Jornadas sobre marcas)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 46; SEGURA GARCÍA, M. J.: *Derecho penal y Propiedad industrial. Op. Cit.*, p. 209; la misma: *Los delitos contra la propiedad industrial. Op. Cit.*, p. 31; TORRES-DULCE LIFANTE, E.: “La tipificación objetiva en los delitos contra la propiedad industrial”, en MASSAGUER FUENTES, J. (Dir.): *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios (VI Jornadas sobre marcas)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 66; VALLE MUÑIZ, J. M.: *Sección 2ª. Op. Cit.*, p. 1234.

<sup>271</sup> RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: *Capítulo XI. Op. Cit.*, pp. 606 y 611.



carácter supraindividual, la competencia leal entre empresas, pues el contenido socioeconómico que poseen estos delitos incide también en los derechos de los consumidores, protegiéndose en última instancia por el Derecho una competencia leal entre los empresarios<sup>272</sup>. Sin embargo, esta postura viene muy condicionada por la inclusión de las denominaciones de origen e indicaciones geográficas de calidad en esta valoración, siendo así que esta concepción no encaja en los delitos recogidos en los preceptos 273 y 274 CP donde, a mi juicio, no cabe sostener que sean los derechos de los consumidores el bien tutelado.

En mi opinión, la concepción de la doctrina mayoritaria sobre el bien jurídico tampoco resulta del todo concluyente. Para determinar cuál sea el bien jurídico protegido, en lugar de centrarse en el derecho en sí, sería deseable más bien atender al objeto sobre el que recae y a los elementos que subyacen a él. Estos últimos se identifican, sobre todo, con la idea de *exclusividad* que dimana de los derechos de propiedad industrial y que deriva en ciertos intereses económicos que generan expectativas de ganancia<sup>273</sup> o con las facultades que otorga su concesión<sup>274</sup>. Dicho de otro modo, cuando se realizan conductas

---

<sup>272</sup> Entre otros autores, MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 428. Una exposición detallada y con una rica argumentación de estas dos posturas que se han dado en la doctrina y también en la jurisprudencia, tiene lugar en GIMBERNAT ORDEIG, E.: El bien jurídico protegido. *Op. Cit.*, pp. 1414-1416 y 1420-1421.

<sup>273</sup> De esta opinión es FARALDO CABANA, P.: *Las Nuevas Tecnologías en los Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 204, quien estima que el bien jurídico protegido, de naturaleza individual, es el patrimonio, “que se ve puesto en peligro cuando se lesiona el derecho de exclusividad que constituye el contenido jurídico de todas y cada una de las modalidades de propiedad industrial”. Continúa diciendo que “...lo que tiene relevancia no es tanto la mera infracción del mencionado monopolio, cuanto el peligro que supone para el patrimonio del titular, en el que no se producirán los ingresos previstos por la explotación de los derechos en el marco de una actividad empresarial”; o también, VALLE MUÑIZ, J. M.: Sección 2ª. *Op. Cit.*, p. 1234, quien afirma que “[l]o penalmente relevante, por tanto, será el ataque a esa exclusividad de que goza el titular o cesionario de los derechos de propiedad industrial”. En sentido similar, y respecto a la propiedad intelectual, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa...*, op.cit., p. 192, quien destaca el carácter netamente patrimonial del injusto penal, identificando el bien jurídico con los intereses económicos derivados de los derechos de explotación en exclusiva de la propiedad intelectual; o RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. / RODRÍGUEZ MORO, L.: “Lección 3. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial”, en TERRADILLOS BASOCO (Coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal. Parte Especial (Derecho penal económico)*, tomo IV, Iustel, Madrid, 2012, p. 61, quienes lo identifican con “la parcela o parte del patrimonio individual de los titulares y cesionarios representada por esos derechos de explotación exclusiva” pues, dicho en otros términos, no serían tanto los derechos en sí, protegidos ya en sede civil, sino los intereses económicos, o expectativas de ganancia, derivados de ellos.

<sup>274</sup> En este sentido, y respecto a la regulación anterior de los ilícitos contra los derechos de propiedad industrial, GUINARTE CABADA, G.: *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Edersa, Madrid, 1988, p. 162, quien aludía a que los objetos jurídicos protegidos con la tipificación de ciertas conductas, se identificaban con determinadas facultades del titular de los mismos. Así, respecto a las marcas, mencionaba que se protegía la facultad de aplicarlas al producto y de poner en el comercio o introducir en el mercado los productos o servicios diferenciados mediante éstas; en relación con las patentes, atribuía a las facultades exclusivas de fabricación, introducción en el comercio o utilización de un producto objeto de patente, la cualidad de bien jurídico protegido; en el caso de los modelos o dibujos,

atentatorias contra los derechos de propiedad industrial, el titular de los mismos se ve afectado en su interés económico o patrimonial, derivado de esas facultades que le otorga la exclusividad que le confieren los derechos de propiedad industrial.

Se trata de un bien jurídico de naturaleza individual, como pone de manifiesto la totalidad de la doctrina, salvo alguna opinión discrepante<sup>275</sup>, y ello porque, como afirma Segura García, el interés protegido directamente por la norma es el del titular registral y, por tanto, la titularidad del objeto formal permanece en manos de los particulares<sup>276</sup>. Como indica Valle Muñoz<sup>277</sup>, así lo vendría a confirmar el propio Código penal, en la medida en que la ausencia de consentimiento del titular de los derechos de propiedad

---

aqué se identificaba con las exclusivas facultades de ejecutar, fabricar o utilizar dichos modelos o dibujos; y, por último, en cuanto al nombre comercial, afirmaba que se tutelaba asimismo, el derecho de uso exclusivo de tal modalidad de propiedad industrial, por quien sea su titular registral. Como se puede observar, salvo en el último caso, identifica el bien jurídico protegido con facultades derivadas del poder de disposición y/o uso sobre el derecho que deriva de la exclusividad conferida por el registro, extrayendo éstas de las diferentes conductas castigadas en aquel momento respecto a los derechos de propiedad industrial. Sin que estas conductas dejen de ser relevantes, lo que aquí interesa destacar, es que la cualidad de objeto de protección se atribuye a facultades derivadas del derecho de exclusiva, más que al derecho en sí mismo.

<sup>275</sup> A favor de su naturaleza individual, RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: Capítulo XI. *Op. Cit.*, p. 606; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa...*, op.cit., p. 214; MORENO Y BRAVO, E.: Delitos contra la Propiedad Industrial. *Op. Cit.*, pp. 44-46; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, p. 67; VALLE MUÑIZ, J. M.: Sección 2ª. *Op. Cit.*, p. 1234. De la opinión contraria es Rodríguez Padrón, quien estima que la ubicación sistemática de estos delitos crea la duda sobre el carácter individual o colectivo de su naturaleza jurídica y continúa diciendo que “parece que de lo expuesto hasta ahora tan sólo se puede atribuir al Código penal de 1995 un intento ciertamente superador de la sistemática que presentaba el Código anterior, pero no ubicó con la suficiente y deseable claridad estructural los delitos contra la propiedad industrial, ni resaltó su carácter de delitos patrimoniales (como hemos dicho, parece que los coloca como delitos socioeconómicos) precisamente por esa posible confusión premeditada de las categorías individualistas y de orden genérico o superior” (RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: Los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 48).

<sup>276</sup> SEGURA GARCÍA, M. J.: Derecho penal y Propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 230. Sin embargo, sigue diciendo la autora que se imponen determinadas limitaciones al contenido del derecho como consecuencia de su inmediata repercusión en los intereses generales y su supeditación a los mismos. Entre estas limitaciones, cita la temporalidad de los derechos, como el caso de la patente, cuya duración es de veinte años improrrogables en virtud del artículo 49 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (actual artículo 58 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, que derogó la de 1986), o la obligación de explotar la invención patentada en el plazo de cuatro años desde que se solicita la patente, según el artículo 83 párrafo segundo de la citada Ley (actual artículo 90), entre otras. Como veremos posteriormente, al aludir al objeto material del delito, dichas limitaciones equivalen a otras existentes en el caso de los secretos de empresa, como su vulnerabilidad frente a su atemporalidad o su carácter secreto, y la adopción de medidas que ello conlleva, frente a la obligación de explotación.

<sup>277</sup> VALLE MUÑIZ, J. M.: Sección 2ª. *Op. Cit.*, p. 1234. Este autor apunta una segunda razón, que estima de menor solidez, pero en cualquier caso ausente actualmente ya, que es la de que se condicionaba su persecución a la previa denuncia de persona agraviada o sus representantes, en virtud del artículo 287 CP. Sin embargo, esta última previsión desapareció con la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, en la que los delitos relativos a la propiedad industrial dejan de ser semipúblicos, para pasar a ser delitos perseguibles de oficio, al no exigirse ya para su persecución denuncia de la persona agraviada o sus representantes. Dicho artículo se refiere hoy en día únicamente a los delitos previstos en la Sección 3ª del Capítulo XI, con la salvedad de los artículos 283 y 284. Esto quiere decir que la exigencia de denuncia previa afecta ya a los delitos relacionados con los secretos de empresa, pero no así a los de los derechos de propiedad industrial.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

industrial se exige como elemento típico<sup>278</sup>. En efecto, por un lado, los artículos 273 y 274 CP, referidos a las patentes y modelos de utilidad y a las marcas, respectivamente, exigen como elemento del tipo que el sujeto actúe “sin consentimiento del titular” del derecho de propiedad industrial correspondiente en cada caso. El artículo 275, por su parte, relativo a las denominaciones de origen e indicaciones geográficas representativas de una calidad determinada, no exige como elemento del tipo la falta de consentimiento, pero sí que el sujeto actúe sin autorización. Este elemento está más relacionado, como advierte la doctrina, con intereses colectivos<sup>279</sup>, respecto a los supuestos precedentes.

En definitiva, estamos en presencia de delitos de naturaleza individual, en los que el titular de los derechos de propiedad industrial ve afectada la *exclusividad* que dichos derechos le otorgan sobre sus bienes<sup>280</sup>.

Por último, es necesario abordar la relación entre los delitos contra la propiedad industrial y aquellos contra la propiedad intelectual. Dada la **relación existente entre propiedad industrial e intelectual** y la proximidad de los secretos de empresa a la primera, el análisis de la segunda nos puede aportar datos de interés de cara a la concreción del bien jurídico.

Con carácter previo es necesario poner de manifiesto que la propiedad intelectual, en realidad, ha de entenderse como una categoría omnicomprendiva de los derechos de autor y de la propiedad industrial. Se puede decir que ambos son obra del ingenio humano y constituyen una actividad productiva, al igual que, como veremos, ocurre con los secretos de empresa. Por ello, ambos pertenecen a la más amplia categoría de la propiedad intelectual. Así, en el mundo anglosajón, el término “*Intellectual Property*” se emplea

---

<sup>278</sup> Este aspecto también es destacado por FARALDO CABANA, P.: Las Nuevas Tecnologías. *Op. Cit.*, p. 205.

<sup>279</sup> RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. / RODRÍGUEZ MORO, L.: Lección 3. *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>280</sup> Resulta, en mi opinión, muy representativo, de cara a entender por qué es el titular en su interés el que se ve perjudicado con la comisión de estos delitos, el ejemplo al que alude GIMBERNAT ORDEIG, E.: El bien jurídico protegido. *Op. Cit.*, p. 1417. Así, este autor apunta que si se protegiera al consumidor, creándose reproducciones de una marca o imitaciones perfectas, si el consumidor es consciente de que no está adquiriendo el producto original porque lo adquiere, por ejemplo, en un mercadillo, donde todo el mundo sabe que se venden mercancías falsas, la conducta sería atípica pues, aun habiéndose vulnerado el derecho del titular de la marca, no se habría conculcado el del consumidor. Del mismo modo, apunta más adelante (p. 1433), que no se alcanza a comprender por qué en los supuestos de venta de fonogramas o videogramas <<piratas>>, esto es, los llamados <<top-manta>>, nadie plantea que no constituya delito al no afectarse a los consumidores, que son conocedores de estar adquiriendo un producto <<pirata>>, pues representan un delito de defraudación de los derechos de autor. De estos ejemplos se deduce que el patrimonio del consumidor o el engaño al mismo no pueden constituir objeto jurídico tutelado por estos delitos, siendo el interés del titular el único que se protege con el castigo de estas conductas.

para aludir tanto al derecho de autor (*Copyright*), como a la propiedad industrial (*Patents, Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications*). Así se establece por la *WIPO (World Intellectual Property Organization)*<sup>281</sup>, que es el foro global perteneciente a la Organización de Naciones Unidas (ONU), establecido en 1967 para prestar servicios, crear políticas, suministrar información y dar cooperación en propiedad intelectual. España es uno de los 188 Estados miembros de esta Organización, entrando a formar parte de la misma en 1970, tras firmar (1967) y ratificar (1969) el Convenio por el que se establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual<sup>282</sup>. La *WIPO* define el término “*Intellectual Property*”, en sentido muy amplio, como “derechos legales que resultan de la actividad intelectual en los campos industrial, científico, literario y artístico”<sup>283</sup>. A continuación añade que ésta se divide tradicionalmente en dos ramas: la propiedad industrial y los derechos de autor. Entendida la propiedad intelectual en este sentido, podemos afirmar que la propiedad industrial está incluida dentro de aquella, en la medida en que consiste en actividad intelectual de la que derivan derechos absolutos de propiedad especial reconocidos por el Ordenamiento jurídico.

En definitiva, se hace necesario distinguir, por tanto, entre el término “propiedad intelectual”, categoría que comprende todos los derechos relativos a o derivados de una actividad intelectual, del de “derechos de autor”, referido concretamente a cierto tipo de derechos y comprendidos en la más amplia categoría de la propiedad intelectual, junto a la propiedad industrial<sup>284</sup>. Los derechos de autor y relacionados son competencia en

---

<sup>281</sup> <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>

<sup>282</sup> Firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

<sup>283</sup> Así lo establece el Manual sobre Propiedad Intelectual de la *WIPO (WIPO Intellectual Property Handbook)*, p. 3 ([http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo\\_pub\\_489.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf)).

<sup>284</sup> Quizás de la falta de claridad a la hora de diferenciar esta terminología, parte el cambio de postura que adoptó Muñoz Conde respecto a la propiedad industrial. Este autor afirmó en 1982 (MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, p. 269, cuarta edición, totalmente renovada y puesta al día, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982), que “la Propiedad Industrial no es más que una parte de la Propiedad Intelectual en la que también se incluye el derecho de autor antes estudiado; pero por su trascendencia económica y comercial, se protege de un modo especial”. Sin embargo, en la edición 10ª de su obra (MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 10ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995), esto es, trece años después y con ocasión del nuevo código penal que había ubicado sistemáticamente a ambos tipos de delitos en secciones separadas, afirmó que propiedad intelectual e industrial “sólo tienen en común que son una creación de la inteligencia humana, pero que tanto en su tratamiento jurídico, como en su significado social y económico son completamente diferentes” y que “aunque ambos tienen un componente patrimonial evidente (...), existe en el derecho de autor un componente personalista, y en la propiedad industrial el aspecto económico de la competencia que justifican plenamente su estudio por separado”. En la última edición de esta obra (MUÑOZ CONDE, F.: *DP. PE. Op. Cit.*, p. 421), el autor repite estas últimas consideraciones. Cabe decir al respecto que, si bien es cierto que los derechos de autor poseen un componente personal o moral no reconocido en los derechos de propiedad industrial, la relación entre ambos, como venimos viendo es precisamente su pertenencia a la más amplia categoría de la

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

nuestro país del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, a cargo de la Subdirección General de Propiedad Intelectual y de la Comisión de Propiedad Intelectual<sup>285</sup>. Por su parte, los derechos de propiedad industrial lo son del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a cargo de la Oficina Española de Patentes y Marcas (O.E.P.M.)<sup>286</sup>. No obstante, dado que nuestra legislación utiliza la terminología “propiedad intelectual” para hacer referencia a los derechos de autor, con el fin de hacer la lectura menos farragosa emplearé los términos legales.

Aclarado lo anterior, como vamos a ver, ambos grupos de delitos tienen una serie de puntos en común si bien también hay elementos que los diferencian<sup>287</sup>. Entre aquellos, la doctrina señala, en primer lugar, que los dos hacen referencia a unos derechos de propiedad particulares con unos titulares concretos y determinados, lo que los acerca a los delitos patrimoniales, siendo también cierto que su comisión puede tener un impacto mayor por afectación de intereses de carácter supraindividual<sup>288</sup>. En segundo lugar, ambos tienen como objeto bienes inmateriales<sup>289</sup>. En tercer lugar, en ninguno de ellos el derecho patrimonial del consumidor desempeña papel alguno, siendo el único bien jurídico protegido el derivado del derecho que ostenta el titular de la propiedad, industrial o intelectual<sup>290</sup>. Por último, los dos tipos de derechos son creaciones intelectuales<sup>291</sup>. Pero mientras que en la intelectual, los derechos se obtienen por el mero hecho de la creación

---

propiedad intelectual, que comprende ambos tipos de derechos, tal y como aludía el autor en la primera obra citada.

<sup>285</sup> <http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/areas-cultura/propiedadintelectual.html>

<sup>286</sup> <http://www.oepm.es/es/index.html>

<sup>287</sup> Así, Rodríguez Padrón afirma que “tampoco pueden defenderse demasiadas diferencias entre la acción de uno y otros delitos (la diferencia entre plagio de una obra científica y fabricación de un objeto idéntico al original aunque sin patente, no es tanta). La diferencia se sitúa – a nivel legislativo mercantil – en la naturaleza distinta de los productos objeto de estas propiedades especiales; en su preferente aplicación industrial o no” (RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: Los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, pp. 52-53). Creo que por su posible aplicación industrial es por lo que González Rus atribuía naturaleza económica a los delitos relativos a la propiedad industrial, frente a los relativos a la propiedad intelectual, a los que considera de naturaleza patrimonial (GONZÁLEZ RUS, J. J.: “La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas”, en *Estudios Penales y Criminológicos (EPC)*, nº 17, 1993-1994, pp. 137 y 135, respectivamente). En cualquier caso, estimo que esta distinción carece de relevancia. Rodríguez Padrón finaliza afirmando que esta naturaleza evidente a nivel mercantil, no es tal a nivel jurídico-penal, en el que ambos grupos de delitos presentan más similitudes, como “su catalogación como infracciones patrimoniales, incluso sus destinatarios, posibles perjudicados (titular y receptores), repercusión económica, entramado empresarial de introducción en el comercio, etc.”. (RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: Los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, pp. 52-53).

<sup>288</sup> RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. / RODRÍGUEZ MORO, L.: Lección 3. *Op. Cit.*, p. 58.

<sup>289</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: El bien jurídico protegido. *Op. Cit.*, p. 1412.

<sup>290</sup> *Ibidem*, pp. 1411-1437.

<sup>291</sup> Así, TORRES-DULCE LIFANTE, E.: La tipificación objetiva en los delitos. *Op. Cit.*, p. 65, respecto de la propiedad industrial, afirma que la “protección de una intervención como producto del talento e imaginación e industria del ser humano es la ratio última de estos tipos”.

de la obra, en la industrial, como hemos visto, éstos nacen tras compartir con la sociedad dicho conocimiento, lo que explica las particularidades que cada una de las figuras delictivas presenta<sup>292</sup>.

Entre los puntos en los que difieren, hay que destacar que en la propiedad industrial los derechos son exclusivos y excluyentes, mientras que en los de la intelectual sólo se da la primera nota<sup>293</sup>. Además, si los delitos relativos a la segunda exigen que la conducta se realice con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, en los referentes a la primera, así como a los secretos empresariales, los tipos no exigen tales elementos. También se diferencian en su naturaleza jurídica. Así, mientras que los derechos de propiedad industrial poseen exclusivamente naturaleza patrimonial, los de propiedad intelectual tienen una de carácter dual, pues tal y como señala el artículo 2 del 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, “[l]a propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”. Sin embargo, apunta la doctrina que el hecho de que se hayan ubicado estos delitos entre los delitos patrimoniales y que tengan que realizarse con ánimo de lucro y en perjuicio (patrimonial) de tercero constituyen indicios de que la tutela penal se dirige de forma exclusiva a los derechos patrimoniales y no a los personales<sup>294</sup>, equiparándose así a la propiedad industrial. De ahí que el bien en los delitos relativos a la propiedad intelectual sea, como afirman Ruíz Rodríguez y Rodríguez Moro, también de naturaleza individual, y se identifique con “la parcela o parte del patrimonio individual de los titulares y cesionarios representada por esos derechos de explotación exclusiva” o dicho en otros términos, no serían tanto los derechos en sí, protegidos ya en sede civil, sino los intereses económicos, o expectativas de ganancia, derivados de ellos<sup>295</sup>. Esto confirma lo ya anunciado respecto de la propiedad industrial, esto es, que lo que se protege es un aspecto de la realidad social al que, en sede civil, se le reconoce un derecho, que a efectos penales interesa para dilucidar cuál sea el interés que subyace a éste.

---

<sup>292</sup> MORÓN LERMA, E.: Sección 2ª. *Op. Cit.*, p. 231.

<sup>293</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C. / OTERO LASTRES, J. M. / BOTANA AGRA, M.: Manual de la Propiedad Industrial. *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>294</sup> RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. / RODRÍGUEZ MORO, L.: Lección 3. *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 61.

## 6. Paridades y disparidades entre los secretos de empresa y los derechos de propiedad industrial

Como estamos viendo, secretos de empresa y derechos de propiedad industrial han sido siempre institutos cercanos, tanto por la función que cumplen con su protección, fomentando el progreso y la innovación, como, en cierta medida, por el objeto de los mismos, constituido por creaciones de la mente humana. Hay quien ha puesto de manifiesto que lo que se da es incluso una duplicidad de tutelas<sup>296</sup>. Sin embargo, como señala la mayoría de la doctrina, a mi juicio con razón, secretos de empresa y propiedad industrial tienen más bien una función complementaria<sup>297</sup>, de forma que lo que un régimen no protege, queda cubierto por el otro.

De este modo, ambos comparten una serie de características y se diferencian principalmente en los instrumentos de protección. En el caso de los derechos de propiedad industrial con el Registro y en el de los secretos de empresa, con las medidas que el titular de la información adopta para mantenerla reservada. De esta diferencia en la forma en la que se tutelan ambos se pueden derivar otras notas definitorias, que a continuación veremos.

### 6.1. Características comunes de los secretos de empresa y los derechos de propiedad industrial

En primer lugar, tanto los secretos de empresa como la propiedad industrial se ubican en el **derecho de la competencia**. En el caso de los primeros, como se ha expuesto,

---

<sup>296</sup> En este sentido, por ejemplo, ASCARELLI, T.: Teoría della concorrenza. *Op. Cit.*, p. 292, quien señala que, por un lado, el régimen del secreto protege, no sólo la paternidad sobre cualquier idea formulada o comunicada, sino también el vínculo o compromiso de guardar reserva que deriva de una comunicación fiduciaria (pero sólo respecto al destinatario de esta comunicación) y cualquiera que sea el objeto de la comunicación; por otro lado, la tutela sobre los bienes inmateriales –afirma el autor– interviene, en cambio, en casos determinados en que se haya concedido un derecho absoluto (que puede invocarse también contra aquellos que independientemente hayan llegado a la misma creación intelectual, resolviéndose el conflicto según los criterios legalmente dictados para ello entre más sujetos que independientemente alcancen la misma creación).

<sup>297</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 36; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 491, apunta la “conveniencia de fomentar la complementariedad entre los diversos cauces de protección jurídica que el ordenamiento ofrece y, en especial, entre los sistemas con eficacia absoluta o erga omnes, como el de la propiedad industrial (...) y otros menos enérgicos, como el del secreto”, constituyendo quizás la normativa del secreto –dice la autora– una antesala de las otras modalidades; FRIEDMAN, D. D. / LANDES, W. M. / POSNER, R. A.: Some economics of Trade Secrets Law. *Journal of Economic Perspectives* – Volume 5, Number 1 – Winter 1991 –, p. 64.

su encuadre tiene lugar en el marco de la competencia desleal, mientras que los segundos se incluyen en la competencia en sentido amplio<sup>298</sup>.

En segundo lugar, ambos son **auténticos bienes inmateriales**, que forman parte del patrimonio tanto de personas físicas como de empresas<sup>299</sup>. Ambos institutos pertenecen así a la categoría amplia de derechos sobre bienes inmateriales<sup>300</sup> que, como decía Gómez Segade, son “creaciones de la mente humana que, mediante los medios adecuados, se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales y por su especial importancia económica son objeto de una tutela jurídica especial”<sup>301</sup>. Como “creaciones de la mente humana”, los derechos de propiedad industrial han sido denominados también *derechos intelectuales*<sup>302</sup> y constituyen, por ende, una actividad inventiva, intelectual o productiva de la empresa.

En tercer lugar, **ambos tipos de bienes inmateriales se vinculan funcionalmente al sistema productivo**, caracterizado por la apropiación privada del producto del trabajo humano<sup>303</sup>. Como consecuencia de su carácter intelectual, derivado de la actividad productiva en una empresa, las creaciones a las que da lugar dicha actividad son las que van a desembocar en unos casos en derechos de propiedad industrial y en otros en secretos empresariales. En ambos casos, su titular posee una exclusividad sobre ellos, en un caso

---

<sup>298</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C. / OTERO LASTRES, J. M. / BOTANA AGRA, M.: Manual de la Propiedad Industrial. *Op. Cit.*, p. 60; SEGURA GARCÍA, M. J.: Derecho penal y Propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 147.

<sup>299</sup> ORLANDO, S.: “La regulación de los delitos contra la propiedad industrial en el nuevo Código penal. Novedades introducidas y consecuencias de su aplicación (I)”, en MASSAGUER FUENTES, J. (Dir.): *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios (VI Jornadas sobre marcas)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 18; Asimismo, PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, p. 29. Para RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: Los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, pp. 52-53, la diferencia se sitúa a nivel mercantil en la distinta naturaleza por los productos objeto de estas propiedades especiales, teniendo especialmente en cuenta su preferente aplicación industrial o no, dicha diferente naturaleza que opera a nivel mercantil, no es tal a nivel penal. En el plano penal las características comunes que ambos tipos de delitos presentan irían relacionadas con “su catalogación como infracciones patrimoniales, incluso sus destinatarios, posibles perjudicados (titular y receptores), repercusión económica, entramado empresarial de introducción en el comercio, etc.”. Así, -concluye el autor-, ambos institutos “ofrecen a nivel de reprobación penal más semejanzas que disparidades”.

<sup>300</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C. / OTERO LASTRES, J. M. / BOTANA AGRA, M.: Manual de la Propiedad Industrial. *Op. Cit.*, p. 58; MORÓN LERMA, E.: Sección 2ª. *Op. Cit.*, pp. 228-229; SEGURA GARCÍA, M. J.: Derecho penal y Propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 147.

<sup>301</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 73.

<sup>302</sup> Así, BAYLOS CORROZA, H.: Tratado. *Op. Cit.*, p. 61, quien los denomina *derechos intelectuales*, a los que define como “los diferentes tipos de derechos subjetivos que los ordenamientos jurídicos modernos atribuyen a los autores de creaciones espirituales (obras de arte y literatura e invenciones) y a los industriales y comerciantes que utilizan signos determinados para identificar los resultados de su actuación y preservar, frente a los competidores, los valores espirituales y económicos incorporados a su empresa (nombres comerciales y marcas)”.

<sup>303</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, p. 29.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

absoluta, en otro relativa, que los sustrae del principio de libre competencia. Esta exclusividad le permite disponer del bien en cuestión, pudiendo tanto en el caso de los secretos empresariales como en el de los derechos de propiedad industrial, dentro de ciertos límites, recibir las compensaciones que se derivan de la explotación del bien o de su transmisión, a través de diferentes regímenes jurídicos, como los contratos de licencia o cesión, que en el caso de los secretos de empresa, tienen por objeto el *know-how*<sup>304</sup>.

En cuarto lugar, su protección se extiende a la **faceta patrimonial del derecho**<sup>305</sup>, ostentando tanto los secretos de empresa como los derechos de propiedad industrial una **especial importancia económica**. La actividad productiva genera beneficios y constituye el sector privado en el que el ser humano desenvuelve su capacidad laboral para participar en la economía e incrementar su patrimonio. Dado que ambos institutos operan en el ámbito de la competencia, los dos representan un instrumento crucial en la lucha competitiva, por lo que integran su patrimonio<sup>306</sup>, siendo en ocasiones el principal sustento de su economía<sup>307</sup>. Así, afirma la doctrina que la propiedad industrial nace estrechamente vinculada a las actividades productivas empresariales que, a partir de ella, desarrolló sus virtualidades frente a la propiedad de bienes materiales y de la propiedad intelectual, y que sus más altas cotas de importancia se alcanzan a partir del desarrollo del sistema económico capitalista<sup>308</sup>. Esto también es así en el caso del secreto de empresa, por lo que, de estas consideraciones participan ambas categorías.

En quinto lugar, propiedad industrial y secretos empresariales tienen **naturaleza individual**, pues su titularidad corresponde a uno o varios sujetos, rechazándose así las tesis que apuntan el carácter colectivo de éstos, pues ambos son titularidad de uno o varios sujetos, no afectando su lesión a un colectivo amplio de personas, como ocurre en otro tipo de delitos, como aquellos contra los consumidores, por ejemplo.

---

<sup>304</sup> Estas son las facultades que según GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C.: *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 38, comparten los derechos de propiedad industrial e intelectual y que, a mi juicio, son extrapolables a los secretos, dada la existencia de contratos de licencia y cesión de *know-how*.

<sup>305</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>306</sup> Refiriéndose a los derechos de propiedad industrial, ORLANDO, S.: “La regulación de los delitos contra la propiedad industrial en el nuevo Código penal. Novedades introducidas y consecuencias de su aplicación (I)”, en MASSAGUER FUENTES, J. (Dir.): *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios (VI Jornadas sobre marcas)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 18.

<sup>307</sup> Refiriéndose a los derechos de propiedad industrial, RODRÍGUEZ PADRÓN, C.: Los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.* p. 46.

<sup>308</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, p. 44.

En sexto lugar, el **titular** de los secretos y la propiedad industrial **no puede haber dado su consentimiento**, pues, en caso contrario, las conductas no serían típicas. Es verdad que los delitos relativos a los secretos de empresa no contienen dicha previsión, pero se entiende que es innecesaria, en la medida en que estos delitos tienen naturaleza individual por lo que su titular puede disponer de ellos, de forma que concurriendo el consentimiento del titular del secreto, se excluiría el tipo<sup>309</sup>. Las mismas reflexiones cabe efectuar en los delitos relativos a la propiedad industrial, de ahí que la doctrina haya considerado innecesaria su mención expresa en los preceptos penales<sup>310</sup>.

En séptimo lugar, ambos institutos, como ponía de manifiesto el Preámbulo de la Ley de Patentes de 1986, persiguen la salvaguarda **de los resultados de la investigación y el fomento de la misma y del desarrollo tecnológico**<sup>311</sup>. En este sentido, Segura García señala que uno de los objetivos de la protección de las invenciones, hablando de las patentes, es el estímulo a la actividad de invención, inversión e innovación<sup>312</sup>. De todo esto también participa el secreto empresarial.

En octavo lugar, el último aspecto común entre derechos de propiedad industrial y secretos de empresa, y quizás el más importante, permite engarzar con el siguiente epígrafe, y es que la protección que a cada uno de ellos se les otorga, confiere al titular del bien inmaterial un **monopolio** sobre el mismo que le concede su **exclusividad**. En unos casos ésta llevará consigo las características que a continuación veremos respecto de los derechos de propiedad industrial y, en otros, las que definen al secreto pero, en cualquier caso, el titular tiene la **exclusiva disposición** de los mismos en ambos casos<sup>313</sup>. Como señaló, con razón, Troller<sup>314</sup>, dicha exclusividad daría lugar a que siempre que subsista el secreto, éste no será un bien económico menor que la invención patentada. Y

---

<sup>309</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Derecho Penal Español. *Op. Cit.*, p. 322. El autor expone que para que el consentimiento del titular del bien jurídico pueda excluir el tipo, debemos estar ante bienes jurídicos individuales y disponibles.

<sup>310</sup> CASTRO MORENO, A.: “Los delitos contra la propiedad industrial a la luz de la jurisprudencia española”, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’Economia*, núm. 3, julio-septiembre 2008, Cedam, Padova, p. 644.

<sup>311</sup> Vid. *Supra*.

<sup>312</sup> SEGURA GARCÍA, M. J.: Derecho penal y Propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 201.

<sup>313</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 299 afirma que mediante la patente el comerciante busca la protección del Ordenamiento para el uso exclusivo del objeto, mientras que con el secreto se busca una situación que posibilite, de hecho, ese uso exclusivo. El mantenimiento de esta situación fáctica se encuentra protegida por el Derecho frente a determinados comportamientos.

<sup>314</sup> TROLLER, A.: “Il segreto industriale nel sistema dei diritti sui beni immateriali”, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1957, p. 175.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

el hecho de que éste pueda ser más vulnerable, como veremos, y desaparezca, no afecta a su momentánea cualidad de bien, sino sólo a su duración.

En relación con la idea de exclusividad, según Gómez Segade, el secreto industrial se ha denominado por algún sector “derecho de exclusiva incompleto”, lo cual critica pues, *per se*, el derecho no puede ser “exclusivo” si no es pleno, siendo lo más sencillo y exacto, dice el autor, decir que el secreto industrial es un bien inmaterial sobre el que no recae un derecho de exclusiva<sup>315</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, por lo que critica el autor dicha denominación, es por la equiparación de los términos *derechos absolutos* y *derechos de exclusiva* pues ello supone que no pueda admitirse que sobre el secreto recae este último pero, en la práctica, el titular de un secreto tiene la exclusividad sobre el mismo. En un sentido similar a Gómez Segade, afirma Carrasco que el poder de exclusión del titular del secreto a terceros del conocimiento de éste, “no es contenido de ningún derecho de exclusiva, sino simple manifestación de un monopolio de hecho que sólo impide a los terceros el *acceso ilícito* al secreto”<sup>316</sup>. Sin embargo, a mi parecer, no se trata sólo de impedir el acceso ilícito al mismo, sino que el Derecho permite al titular de éste disfrutar del bien, protegerlo, hacer negocios jurídicos con el mismo<sup>317</sup> y reclamarlo en caso de serle arrebatado ilícitamente. Por ello, se entiende que dicha exclusividad es, sin lugar a dudas, evidente, entendiéndola como lo hace Fernández-Novoa<sup>318</sup>, al definirla como el espacio reservado para sí que tiene el titular y que genera en los terceros el deber de abstenerse de actuaciones que lo invadan, siendo por ello el consentimiento de aquél imprescindible en ambos casos.

A la vista de las notas características que comparten secretos empresariales y derechos de propiedad industrial es fácil concluir que estamos ante institutos muy próximos, si bien, como veremos a continuación, también hay alguna diferencia significativa, sobre todo la relativa al instrumento de tutela de ambos y, por tanto, al monopolio o exclusividad que uno u otro confiere.

---

<sup>315</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 84. Este autor afirma que Troller lo denomina *unvollkommen absolutes Immaterialgüterrecht*.

<sup>316</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>317</sup> TROLLER, A.: El secreto industriale. *Op. Cit.*, p. 175. El autor afirma que la exclusividad de disfrute, existente de hecho y no basada en derechos exclusivos, es objeto, en la práctica industrial, de negocios jurídicos.

<sup>318</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C. / OTERO LASTRES, J. M. / BOTANA AGRA, M.: Manual de la Propiedad Industrial. *Op. Cit.*, pp. 49-54.

## 6.2. Diferencias entre los secretos de empresa y los derechos de propiedad industrial

### 6.2.1. El instrumento de protección como diferencia capital

Una de las características más destacadas del secreto de empresa es el interés subjetivo que éste debe tener y que se identifica con la voluntad de su titular, manifestada en la adopción de medidas para la protección de su reserva, sin las cuales no puede entenderse que existe secreto<sup>319</sup>. Se trata de unas medidas de protección que difieren radicalmente de las que reciben los derechos de propiedad industrial a través del registro<sup>320</sup>, a pesar de que, como acabamos de ver, ambas otorguen la exclusividad sobre el bien inmaterial a su titular. La elección de un instrumento de protección u otro, cuando ello sea posible, lo que ocurrirá especialmente en el caso de invenciones susceptibles de ser patentadas<sup>321</sup>, dará lugar a ciertas diferencias que se exponen a continuación.

En primer lugar, la principal diferencia derivada del instrumento de protección por el que se opte es la **publicidad** que la **inscripción registral** confiere al bien, frente a la **confidencialidad** de la información que persigue preservar la **adopción de medidas** por el titular del secreto. El registro, o la inscripción registral, resultan fundamentales para la

---

<sup>319</sup> Vid. infra.

<sup>320</sup> TROLLER, A.: Il segreto industriale. *Op. Cit.*, pp. 174-175. Pocos ejemplos tan claros como el que pone el autor existen para subrayar la diferencia entre ambos instrumentos de protección. Así, éste dice que “*Il segreto di fabbricazione è come un fondo, sul quale prosperano ricchi frutti, circondato da un alto muro che ne impedisce l’accesso. Inoltre divieti legali proibiscono di avvicinarsi ad esso per determinate vie, ma non per altre. Se il muro presenta delle brecce in qualche altro punto, tutti possono penetrarvi e raccogliere la frutta come le fragole nel bosco. Invece l’accesso all’invenzione brevettata non è impedito da mura, ma da un divieto legale che lo circonda tutto. Sotto la tutela di questo diritto il titolare può raccogliere i frutti in piena pace e senza tema di intrusi. La possibilità che terze persone si impossessino dell’invenzione brevettata e la sfruttino è esclusa non dallo stato di fatto e da misure preventive del possessore, bensì unicamente e soltanto dal divieto della legge*”. Baste añadir aquí, como ya se apuntó al hablar del bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial, que se excluyen aquí las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas de calidad.

<sup>321</sup> La posibilidad del titular de optar por un instrumento de protección u otro, esto es, registro o medidas, va a depender de que la invención sea patentable, cumpliendo para ello los requisitos de patentabilidad del artículo 4.1 de la Ley de Patentes. De ahí que las características que se exponen y que diferencian ambos institutos, permitan al titular en estos casos decidirse por uno u otro. En este sentido se pronuncia BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 300, quien pone de manifiesto que “...dado el carácter temporal de la protección registral, los gastos que supone y la publicidad que implica permitiendo la creación de objetos semejantes, puede haber comerciantes interesados en no patentar y protegerse con la normativa relativa al secreto”. Sin embargo, se advierte que la presente exposición no pretende poner su atención exclusivamente en las opciones que el titular de una invención patentable tendría para protegerla, sino también, y sobre todo, en las características que definen a cada uno de estos institutos y los distinguen, como consecuencia del instrumento de protección que, a cada uno, puede conferirse.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

tutela penal de los derechos de propiedad industrial<sup>322</sup>, pues suponen la comunicación a la sociedad de forma leal de cuál es el invento y cómo puede realizarse<sup>323</sup>.

La importancia del registro resulta patente con la referencia en diversas figuras típicas relativas a la propiedad industrial al elemento subjetivo de que el autor realice el comportamiento “con conocimiento de su registro”<sup>324</sup>. Así pues, como ha indicado la doctrina, para la intervención penal no es suficiente la mera solicitud sino que hace falta la concesión efectiva del derecho al uso exclusivo de la patente o la marca<sup>325</sup>. En este sentido, Portellano Díez afirma, con razón, que esta ha sido una sabia decisión, para garantizar la seguridad jurídica como “valor esencial en el ámbito penal de los derechos sobre bienes inmateriales”, al permitir el sistema registral que los agentes económicos planifiquen su estrategia comercial sin temor a las sanciones penales, para lo cual estima imprescindible “que tengan, al menos, la posibilidad de conocer mediante consulta ante la Oficina Española de Patentes y Marcas si pueden o no realizar determinados comportamientos”. Por ello, concluye que “[c]onstituiría un grave atentado contra esa seguridad que se sancionara a quien no le fue posible saber que estaba violando un

---

<sup>322</sup> El registro ostentaba este papel esencial incluso antes de su mención expresa en el CP 1995. En efecto, así lo establecía GUINARTE CABADA, G.: La tutela penal de los derechos. *Op. Cit.*, pp. 89-90, en relación al, ya derogado, Estatuto de Propiedad Industrial, cuyo artículo 1 preveía que “*Propiedad Industrial es la que adquiere por sí mismo el inventor o descubridor, con la creación o descubrimiento de cualquier invento relacionado con la industria; y el productor, fabricante o comerciante, con la creación de signos especiales con los que aspira a distinguir, de los similares, los resultados de su trabajo. La ley no crea, por tanto, la propiedad industrial, y su función se limita a reconocer, regular y reglamentar, mediante el cumplimiento de las formalidades que en esta ley se fijan, el derecho que por sí mismos hayan adquirido los interesados por el hecho de la prioridad de la invención, del uso o del registro, según los casos*”. Aun cuando se mantenían diferentes posiciones en la doctrina, Guinarte Cabada defendía que “[e]s posible que los derechos de propiedad industrial nazcan al margen del registro, pero éste es imprescindible para la aplicación de los preceptos penales tuteladores de tales derechos” (*Ibidem*, pp. 95-96). Según este autor, así se desprendía de diversos preceptos de la Ley de 16 de mayo de 1902 de propiedad industrial y del artículo 534 del CP de 1973 (*Ídem*, pp. 92 y 99).

<sup>323</sup> BAYLOS CORROZA, H.: Tratado. *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>324</sup> SEGURA GARCÍA, M. J.: La protección penal. *Op. Cit.*, p. 34-36, 1999, sostiene que en relación con los signos distintivos “el código penal (...) termina con cualquier tipo de duda al respecto al establecer (...) que se protege únicamente el signo distintivo registrado conforme a la legislación de marcas (art. 274)...”. Por ello concluye que “a efectos penales, entendemos que el nacimiento del derecho de exclusiva se produce con efectos plenos en el momento de la concesión del registro”. En el mismo sentido, CASTRO MORENO, A.: Los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 642; PORTELLANO DÍEZ, P.: Los nuevos delitos contra la propiedad industrial (CPC). *Op. Cit.*, p. 744, quien afirma que “ahora no hay margen para la polémica” por exigirlo el artículo 273 CP; TORRES-DULCE LIFANTE, E.: La tipificación objetiva en los delitos. *Op. Cit.*, p. 68; LÓPEZ GARRIDO, D. / GARCÍA ARÁN, M.: El Código penal de 1995. *Op. Cit.*, p. 141, entre otros.

<sup>325</sup> RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: Capítulo XI. *Op. Cit.*, pp. 606-607; RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. / RODRÍGUEZ MORO, L.: Lección 3. *Op. Cit.*, p. 76; PORTELLANO DÍEZ, P.: Los nuevos delitos contra la propiedad industrial (CPC). *Op. Cit.*, pp. 651 y ss. En el capítulo relativo al concepto de secreto de empresa, veremos las implicaciones que el registro tiene con respecto a la protección conferida a éstos.

derecho de exclusiva ajeno por la sencilla razón de que el derecho no se hallaba inscrito”<sup>326</sup>.

La relevancia del registro explica que la marca notoria, pero no registrada, no resulte protegida por este sector del Ordenamiento<sup>327</sup>. Distinto es el caso de las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas representativas de una calidad determinada, en las que no hay tipicidad sin la protección legal del producto, que no surge del registro, sino de la publicación en los boletines oficiales de las Comunidades Autónomas, de donde nace el derecho de uso exclusivo<sup>328</sup>. Por tanto, el registro es un elemento clave en la medida en que confiere publicidad al derecho de propiedad industrial en sí, lo cual explica por qué en los últimos casos mencionados el uso exclusivo a su titular no se lo confiere el registro sino su publicación en boletines oficiales autonómicos.

El hecho de que la publicidad sea lo trascendente de cara a conferir a su titular el uso exclusivo de la propiedad industrial parece alejar a ésta del secreto de empresa, como ha señalado algún autor<sup>329</sup>, pues la inscripción registral acabaría con el carácter oculto del secreto, dando lugar a que patente y secreto deban operar como ámbitos limítrofes no confundibles, pues ambos se repelen mutuamente<sup>330</sup>, pero eso sí, complementarios o alternativos para proteger el capital intelectual<sup>331</sup>.

En segundo lugar, otra de las grandes diferencias a destacar entre los derechos de propiedad industrial y el secreto de empresa, derivada de la inscripción registral, es que ésta sustrae a los derechos de propiedad industrial de la libertad de empresa y, consiguientemente, de la libre competencia, pues confieren a su titular un **derecho de**

---

<sup>326</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: *Ibidem*, p. 747.

<sup>327</sup> FARALDO CABANA, P.: Las Nuevas Tecnologías. *Op. Cit.*, p. 207; FERNÁNDEZ, M. T.: La regulación de los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 30.

<sup>328</sup> RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: Capítulo XI. *Op. Cit.*, p. 614.

<sup>329</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: Los nuevos delitos contra la propiedad industrial (CPC). *Op. Cit.*, p. 638.

<sup>330</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, pp. 299-300. Así, defiende este autor que el registro destruye el carácter secreto y que la exigencia de descripción minuciosa de la patente y su publicidad en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial hace que lo patentado nunca pueda ser secreto, concluyendo que “la patente y el secreto industrial se excluyen recíprocamente”, pues “[l]a patente supone la revelación de su objeto” mientras que “el secreto presupone que se mantiene oculto el objeto del mismo”, lo que significa que “no cabe protección cumulativa de patente y secreto”; GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 166, afirma que la patente y el secreto se excluyen recíprocamente.

<sup>331</sup> Así lo pone de manifiesto el considerando (2) de la Directiva (UE) 2016/943.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**monopolio**<sup>332</sup>, de *ius prohibendi* frente a terceros<sup>333</sup> o **derecho exclusivo y excluyente**, frente al que terceros no pueden acceder sin el consentimiento de aquél<sup>334</sup>. Desde esta perspectiva, como defiende Guinarte Cabada, podría considerarse que estos derechos se avienen mal con un sistema de libre mercado o de libertad de competencia<sup>335</sup>. Sin embargo, se aceptan algunas restricciones de la concurrencia, como son los derechos exclusivos de la propiedad industrial, que actúan como estímulo a la competencia en el campo de la investigación industrial<sup>336</sup>. Así, como apunta Paredes Castañón, “se parte de la aceptación acrítica de la decisión de convertir cierta clase de ideas y de informaciones en bienes (inmateriales) susceptibles de apropiación privada, sustraídas, por lo tanto, al libre tráfico de ideas e informaciones”<sup>337</sup>. Este autor añade que con esta decisión “se intenta que todos los agentes concurrentes en el mercado respeten *por igual* (igualdad formal, no material, por lo tanto) dicha posibilidad de apropiación privada”, siendo ésta la <<leal competencia>>, que así entendida vendría a constituir más una fundamentación ideológica de la necesidad de protección de esos derechos de propiedad –termina afirmando el autor-, que un ámbito distinto para la intervención jurídica<sup>338</sup>.

Frente a estas notas características de los derechos de propiedad industrial y, por tanto, al monopolio de derecho que se les confiere, sobre los secretos empresariales se otorga más bien un monopolio de hecho<sup>339</sup>. Estos últimos, si bien también están sustraídos del principio de libertad de empresa y, consiguientemente, de la libre competencia, lo

---

<sup>332</sup> ALONSO UREBA, A.: “Introducción al régimen jurídico de la competencia en el derecho español”, en SÁNCHEZ GALÁN, J. I. (Presentador) / AGÚNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (Dir.) / ALONSO UREBA, A. (Coord.): *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial*, La Ley, Madrid, 2010, p. 13. En el mismo sentido MORÓN LERMA, E.: Sección 2ª. Op. Cit., p. 232, quien afirma que “en la propiedad industrial, el inventor revela su creación y, como contraprestación a su esfuerzo y a la divulgación de su idea, el Estado concede al titular un <<ius prohibendi erga omnes>>, un *monopolio legal* en la explotación de la misma.

<sup>333</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 164.

<sup>334</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C. / OTERO LASTRES, J. M. / BOTANA AGRA, M.: Manual de la Propiedad Industrial. *Op. Cit.*, pp. 55; GUINARTE CABADA, G.: La tutela penal de los derechos. *Op. Cit.*, pp. 29-30, respecto de las patentes; SEGURA GARCÍA, M. J.: Derecho penal y Propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 148.

<sup>335</sup> GUINARTE CABADA, G.: *Ibidem*, p. 30; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, p. 46.

<sup>336</sup> GUINARTE CABADA, G.: *Ídem*, p. 30. Sigue diciendo este autor que el estímulo a la competencia en el campo de la investigación industrial radica en que para conseguir la situación ventajosa que la patente supone, “no sólo es preciso investigar, sino que hay que intentar, además, llegar a la invención antes que nadie”.

<sup>337</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>338</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>339</sup> TROLLER, A.: El secreto industrial. *Op. Cit.*, p. 174. Este autor hablaba de la posibilidad exclusiva de utilización, no de derecho, sino de hecho, esto es, el titular tiene sobre la misma un monopolio de hecho, no de derecho, estando caracterizados por una mayor rapidez y sencillez al no existir ningún tipo de formalismo de carácter administrativo.

están parcialmente pues permiten cierta competencia al no existir un derecho absoluto de exclusiva sobre los mismos, pudiendo obtenerse el secreto por azar, ingeniería inversa o investigaciones independientes, lo cual es lícito<sup>340</sup>. Así, la invasión a la que aludía Fernández Novoa en su definición del término “exclusividad”, en el caso del secreto, tiene que darse, no por cualquier conducta, sino por una serie de comportamientos tipificados, en la medida en que si se descubre de forma independiente, por azar o por ingeniería inversa, no se entiende que dicha invasión concorra. De ahí que, en este sentido, los secretos de empresa se acerquen en cierta medida a los derechos de propiedad intelectual pues, mientras que los derechos de propiedad industrial son exclusivos y *excluyentes*<sup>341</sup>, aquéllos sólo son exclusivos pero no completamente excluyentes<sup>342</sup>, en la medida en que el derecho de autor de una obra no se extiende a otra, de forma que si otra obra igual es creada, ambas obras lo son en el sentido del derecho de autor y sobre cada una recae un derecho de exclusiva.

Por estos motivos, los derechos de propiedad industrial tienen carácter excepcional<sup>343</sup>, pues sólo cuando concurren determinados requisitos establecidos en la Ley son concedidos, ya que otorgan un derecho absoluto al titular de los mismos, considerado por la doctrina como el derecho subjetivo por excelencia<sup>344</sup>. Y es por ello

---

<sup>340</sup> SUÑOL LUCEA, A.: Actos de competencia desleal. *Op. Cit.*, p. 143. La licitud de estos medios de obtención de secretos de empresa ha sido expresamente recogida en la Directiva (UE) 2016/943, cuyo artículo 3.1 los incluye junto a otros, con el siguiente tenor: “1. La obtención de un secreto comercial se considerará lícita cuando se realice por alguno de los medios siguientes:

- a) el descubrimiento o la creación independientes;
- b) la observación, el estudio, el desmontaje o el ensayo de un producto u objeto que se haya puesto a disposición del público o que esté lícitamente en posesión de quien obtiene la información, sin estar sujeto a ninguna obligación jurídicamente válida de limitar la obtención del secreto comercial;
- c) el ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho o las prácticas nacionales;
- d) cualquier otra práctica que, en las circunstancias del caso, sea conforme a unas prácticas comerciales leales”.

<sup>341</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C. / OTERO LASTRES, J. M. / BOTANA AGRA, M.: Manual de la Propiedad Industrial. *Op. Cit.*, pp. 49-54.

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 60. En el mismo sentido, LEMLEY, M. A.: The Surprising Virtues. *Op. Cit.*, pp. 26-27, quien afirma que el derecho de exclusión de la ley de secretos de empresa no es absoluto y que lo mismo se predica de la ley sobre derechos de autor, concluyendo que el derecho de exclusión no tiene que ser absoluto para ser efectivo, por lo que respecta al fomento de la innovación.

<sup>343</sup> ALONSO UREBA, A.: Introducción al régimen jurídico de la competencia. *Op. Cit.*, p. 13. En este sentido apuntaba GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 170, que, siendo necesaria la concurrencia de unos requisitos específicos para conceder un derecho de patente, el ámbito de protección de ésta es más restringido que el del secreto. De esta forma se concluye, que puede ser protegido con la tutela que otorga el secreto de empresa todo aquello que es susceptible de ser objeto de patente, pero no a la inversa.

<sup>344</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C. / OTERO LASTRES, J. M. / BOTANA AGRA, M.: Manual de la Propiedad Industrial. *Op. Cit.*, pp. 56.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

también por lo que los secretos de empresa no pueden ser entendidos en sentido amplio<sup>345</sup>, pues no se otorga a su titular un “ius prohibendi o derecho de explotación exclusiva”<sup>346</sup>, sino un derecho subjetivo<sup>347</sup>, teniendo éste facultades para actuar frente a determinados ataques a los mismos, siempre que haya adoptado medidas eficaces para protegerlos y mantener así su exclusividad sobre ellos.

Una tercera diferencia, derivada de la segunda, es que el carácter de monopolio de derecho que los derechos de propiedad industrial ostentan depende de que su objeto esté constituido por conocimientos técnicos que supongan un progreso técnico y que, por ello, encierren una actividad creadora de mayor o menor grado<sup>348</sup>, esto es, en ellos **se valora la novedad**. En el caso del secreto, por el contrario, si bien también puede tener estas características, su carácter de monopolio de hecho **existirá también cuando el secreto sea una técnica ya conocida**, pero que los competidores ignoran que se utiliza en una determinada empresa. De ahí que en el caso del secreto el monopolio *de facto* del que disfruta su titular dependa de la utilidad que el secreto reporte a la empresa, independientemente de su carácter novedoso o no, siendo sólo necesario que sea desconocido por la competencia.

En cuarto lugar, hay que señalar que, de la inscripción registral de los derechos de propiedad industrial se derivan dos consecuencias espacio-temporales que no se dan en los secretos empresariales. La primera de ellas es que el derecho que otorga el registro,

---

<sup>345</sup> Así, afirma ASCARELLI, T.: Teoría della concorrenza. *Op. Cit.*, p. 285, que no puede admitirse que de la decisión de un sujeto de mantener secreta una determinada noticia se derive un derecho absoluto (hay quienes hablan de “propiedad”, lo que le parece en cualquier caso inexacto) a la abstención de cualquier persona de realizar cualquier acto dirigido a conocer el (dato) secreto o a utilizarlo. El conocimiento o la utilización del dato tenido en secreto serán lícitos, dice, en cuanto no supongan la violación de derechos absolutos ajenos, o de medios abusivos o de obligaciones para ello impuestas o asumidas.

<sup>346</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 119-120, quien considera que el monopolio fáctico que ostenta el secreto no puede equipararse al derecho de explotación exclusiva de los derechos de propiedad industrial y que, por ende, dándose una ausencia de semejanzas estructurales entre ellos, ambos institutos se alejan; CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 134, en cuya opinión la imposibilidad de incluir los secretos de empresa entre la propiedad industrial se desprende de que, de la naturaleza jurídica de aquellos, se deriva “una situación de hecho amparada por el Derecho en razón de su significación en el ámbito de la eficiencia competitiva de mercado”.

<sup>347</sup> Así, MASSAGUER FUENTES, J.: El contrato de licencia. *Op. Cit.*, p. 43, reconoce un derecho subjetivo sobre el secreto de empresa, afirmando que “no se reconoce ni otorga expresamente un derecho de explotación o de exclusión respecto del know-how, como ocurre con otros bienes inmateriales. Pero entre la persona que posee un know-how, que lo conoce y decide sobre su pervivencia manteniéndolo oculto o divulgándolo, y la información que lo integra existe un vínculo jurídico, creado, precisamente, por la protección jurídica del know-how”. De ahí que acabe defendiendo que “[l]a obtención de la información técnica y la voluntad de conservarla fuera del dominio público da lugar al nacimiento del derecho sobre el know-how y, con él, a la atribución de los poderes jurídicos que el ordenamiento reserva al titular” (pp. 63-64).

<sup>348</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, pp. 165-166.

sólo produce efectos en el **territorio** donde ha sido concedido<sup>349</sup>, mientras que el dominio sobre el secreto no tiene límites territoriales. La segunda consecuencia radica en que, dado el carácter absolutamente excluyente de terceros de los derechos de propiedad industrial, éstos no tienen una vida ilimitada, sino que poseen carácter temporal, estando su **duración** determinada por Ley. Por el contrario, la duración de los secretos de empresa es potencialmente indefinida<sup>350</sup>. Ésta no tiene por qué ser entendida como diferencia<sup>351</sup>, en la medida en que también los secretos podrán tener carácter temporal si el titular de los mismos lo decide o si son revelados. Sin embargo, también éstos tienen la posibilidad de mantener su valor por un periodo superior al de los derechos de propiedad industrial<sup>352</sup>, si no sufren ataque alguno. Así, la caducidad de los derechos de propiedad industrial, establecida en la Ley, puede ser temporal<sup>353</sup> o por otras causas<sup>354</sup>, mientras que la de los secretos no se sujeta a criterio legal alguno<sup>355</sup>, pero también puede tener lugar por otros medios.

De esta cuarta diferencia se deriva la quinta, y es que dada la existencia del registro de los **derechos de propiedad industrial**, se confiere una **protección más segura** frente a las medidas adoptadas por el titular de la información, que hacen que el secreto se caracterice por su vulnerabilidad<sup>356</sup>. Así, como pone de manifiesto la doctrina, la

---

<sup>349</sup> Así se deriva de la regulación prevista en los artículos 22 y ss. de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes y los artículos 1.3 y 48 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

<sup>350</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 169.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 81, apunta, como característica común de los bienes inmateriales, que los diferencia de los materiales, la temporalidad de los mismos, pudiendo venir dada en unos casos por la ley (patentes) o, en otros, por una situación de hecho (secreto industrial).

<sup>352</sup> TROLLER, A.: Il segreto industriale. *Op. Cit.*, 175.

<sup>353</sup> Por ejemplo, la patente y la marca tienen vidas limitadas, siendo la de las primeras de veinte años improrrogables (artículo 58 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes) y la de las segundas de diez años prorrogables por periodos sucesivos de diez años (artículo 31 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas).

<sup>354</sup> Previstas en los artículos 55 a 58 de la Ley de Marcas.

<sup>355</sup> Esta temporalidad va referida al carácter oculto de la información empresarial, y no así al tiempo en que un empleado ha de guardar el secreto pues no puede existir un deber eterno de mantener la información en secreto. Por ello, respecto de los empleados, sí existirán límites temporales que pueden tener como consecuencia la pérdida del carácter oculto de la información porque éstos la revelen o utilicen. Sin embargo, el secreto, como tal, puede mantenerse oculto sin límite alguno si estas circunstancias no se dan.

<sup>356</sup> FRIEDMAN, D. D. / LANDES, W. M. / POSNER, R. A.: Some Economics. *Op. Cit.*, p. 63, estiman incorrectos los razonamientos que defienden que nadie que tenga una invención patentable la protegería mediante secreto empresarial. Así, estos autores señalan los casos en los que compensaría más proteger la invención mediante secreto que mediante patente. Entre ellos, citan el del sujeto que tiene una invención patentable, pero que cree que tomará mucho más tiempo solicitar la patente, que el que cualquier otra persona la invente. Aquí –dicen- se dudaría entre una protección más fuerte (patente) o, con suerte, otra más duradera (secreto). Según estos autores, el inventor elegirá esta última opción si cree que la misma le reportará mayores beneficios, afirmando así que el valor de la invención sería mayor si se mantiene en secreto que el que le conferiría la Ley de patentes.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

exclusividad basada en **el secreto es mucho más vulnerable**<sup>357</sup>, pues éste puede cesar de muchas formas o ser descubierto de forma lícita por los competidores<sup>358</sup>.

En mi opinión, la seguridad de protección que ofrece la patente es superior a la que ofrece el secreto pero, a cambio, puede que quien tiene una invención patentable y decide protegerla mediante secreto consiga tantos o más beneficios que si hubiera optado por la vía de la patente, porque aquél tenga una duración mayor. Supone, por tanto, sacrificar la seguridad a cambio de una posible mayor duración, en caso de elegir el secreto, o sacrificar la posible eternidad del secreto a cambio de una protección más segura del mismo, en caso de optar por la patente. Por otro lado, la solicitud de un derecho de propiedad industrial que pueda ser rechazado tiene consecuencias negativas, en la medida en que se arriesga a revelar un secreto y que éste pierda su valor<sup>359</sup>.

En sexto lugar, la **inscripción registral** supone la asunción de unos **gastos o costes fijos, frente al secreto, que no los exige**. En relación con el ejemplo anterior, en el que suponemos que un inventor tenga una invención patentable, Posner no estima correctos los razonamientos que defienden que nadie que tenga una invención patentable la protegería mediante el secreto empresarial. En este sentido, según el autor, el inventor optará por el secreto cuando crea que llevará tanto o casi tanto tiempo como el plazo de una patente a cualquier persona para inventarla, pero la invención tiene sólo un modesto valor económico. En estos casos el autor afirma que la patente ofrece mayor protección, pero también costes fijos siempre para aplicarla. Mientras que los secretos de empresa evitan dichos costes, aunque añada gastos para prevenir o evitar su revelación, que serán proporcionales al valor que tenga el secreto para los potenciales “apropiadores”<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 183. Este autor afirma que “[e]l monopolio de hecho que concede el secreto está compensado por su aleatoriedad: desaparece con cualquier revelación”.

<sup>358</sup> TROLLER, A.: El secreto industrial. *Op. Cit.*, p. 174.

<sup>359</sup> Así, TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Editora y Librería Jurídica Grijley, E.I.R.L., Perú, 2012, p. 231 pone de manifiesto que “numerosas empresas temen solicitar derechos de protección para sus secretos, para impedir que sean conocidos (con la consecuencia de su aprovechamiento por terceros)”. Añade que, por razones parecidas, las querrelas por el § 17 UWG son escasas y que por eso, “las *dimensiones* de la difusión del *espionaje económico* y de la violación de secretos económicos sólo se puede estimar grosso modo (en todo caso representan varios miles de millones de euros cada año)”, ya que “la tecnificación y la globalización de la economía han llevado al espionaje económico a nuevas dimensiones”. La escasez de casos en los tribunales que pone de manifiesto el autor radica en una posible segunda vulneración de la confidencialidad de la información durante el proceso judicial. Para ello, la Directiva (UE) 2016/943, en su artículo 9, ha dispuesto medidas que la preserven.

<sup>360</sup> FRIEDMAN, D. D. / LANDES, W. M. / POSNER, R. A.: Some economics. *Op. Cit.*, p. 63. Dichos gastos no deben ser proporcionales al valor del secreto para los potenciales “apropiadores”, como afirma

Así, lo que en mi opinión distingue a los secretos de empresa de los derechos de propiedad industrial, no es la necesidad de realizar unos costes en éstos últimos, de los que los primeros están exentos, sino el carácter fijo de los mismos. De esta forma, tanto en uno como en otro caso existirán dichos costes o gastos que el titular de un secreto o de un derecho de propiedad industrial deberá asumir para proteger los mismos, ya sean derivados de las medidas que adopte para ello o de la inscripción registral. La diferencia estriba únicamente en que, en el caso de los derechos de propiedad industrial, tales costes están tasados, mientras que en el caso de las medidas para proteger el secreto, éstos son relativos, dependiendo del valor de la información para el titular de la misma, pudiendo ser nimios o incluso más elevados que los de los derechos de propiedad industrial en algunos casos.

### 6.2.2. Otras diferencias

Al margen de las diferencias derivadas del diverso instrumento de protección con que cuentan, cabe citar otras. La **primera**, apuntada por Ascarelli, radica en que **los derechos absolutos se relacionan con una utilización de los mismos en una actividad con terceros, mientras que la disciplina de la competencia desleal<sup>361</sup> no opera de este modo<sup>362</sup>**. En este sentido, los derechos de propiedad industrial, sobre los que recae un derecho absoluto, son objeto de un negocio jurídico posterior con un tercero. En cambio, los secretos de empresa, si bien pueden ser objeto de un negocio jurídico posterior (un contrato de licencia o cesión), por regla general se usan exclusivamente por su titular, para mantenerlos ocultos, explotarlos o transmitirlos, pero no tienen una relación tan directa con terceros como los derechos de propiedad industrial. En el mismo sentido, Morón Lerma pone de manifiesto que la explotación exclusiva a la que da lugar la propiedad industrial “se proyecta siempre sobre los derechos de explotación de la creación y, por el contrario, la exclusividad fáctica del secreto, de la que deriva la mejora competitiva, no sólo se ciñe a esos beneficios económicos dimanantes de la explotación

---

Posner, sino para el titular del mismo, en la medida en que es imposible para éste conocer qué valor puede tener para aquéllos.

<sup>361</sup> A la que, recuérdese, no estima inserta en la categoría de los bienes inmateriales por cuanto adopta respecto a éstos un concepto estricto, según el cual, sólo lo son aquellos que confieren un derecho absoluto.

<sup>362</sup> ASCARELLI, T.: Teoria della concorrenza. *Op. Cit.*, p. 35. Este autor señala que “[i] diritti assoluti che vengono così disciplinati su beni immateriali attengono appunto ad una utilizzazione di questi in un’attività con terzi...”, afirmando que el derecho sobre los mismos se establece sobre esta actividad con terceros y no sobre la directa utilización de la creación intelectual para el consumo personal.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

directa o de la transferencia de una información explotable, sino que engloba asimismo los que proporciona la *exclusividad de la propia gestión de dicha información*<sup>363</sup>.

En mi opinión, aun siendo lo anterior correcto, ello no permite sustentar una diferencia sustancial entre ambas figuras. El derecho que ostenta el titular de la información en el caso de los secretos y del objeto del derecho en el caso de la propiedad industrial constituye algo distinto a su futura proyección o explotación<sup>364</sup>. Lo relevante es la exclusividad que uno y otros confieren a su titular, teniendo éste en todo caso un *poder de disposición*<sup>365</sup> sobre el bien inmaterial. En efecto, su utilidad o su capacidad de ser explotados, bien como secretos o bien como derechos de propiedad industrial, son un resultado de esta exclusividad y en este plano carece de significación la forma en que cada uno de ellos obtenga beneficios. Lo único que importa en ambos casos es que pueden generar un beneficio o un perjuicio al titular que se traduce en pérdidas o ganancias económicas, al margen de la forma en que cualquiera de ellas tenga lugar<sup>366</sup>.

Una **segunda diferencia** señalada por la doctrina se encuentra en la probabilidad de daño que distingue a la competencia desleal y, en este caso, a los secretos de empresa, de la tutela de los derechos absolutos. Según Ascarelli, para calificar como “ilícito” un acto relacionado con derechos absolutos, no es necesario que éste sea idóneo para producir un daño, mientras que esta característica sí debe darse en los actos destinados a violar un secreto de empresa<sup>367</sup>. Así, **el acto desleal es considerado como tal desde el momento en que es potencialmente idóneo para producir daño**, siendo este el criterio

---

<sup>363</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>364</sup> Así, FERNÁNDEZ-NOVOA, C. / OTERO LASTRES, J. M. / BOTANA AGRA, M.: Manual de la Propiedad Industrial. *Op. Cit.*, pp. 49-54, afirman que en los derechos de propiedad industrial se da una bifurcación entre el objeto del derecho de propiedad industrial y los productos resultantes de la puesta en práctica de la invención patentada y los productos o servicios puestos en el mercado con la marca (sobre los que el consumidor adquiere un derecho de propiedad que nada tiene que ver con la patente). De ahí que, en mi opinión, haya también que distinguir entre el derecho subjetivo del titular de la información empresarial al secreto de empresa, y su futuro aprovechamiento, que puede tener lugar por diversas vías.

<sup>365</sup> Así, CRESPI, A.: “Tutela penale del segreto e concorrenza sleale”, en *La Repressione Penale della Concorrenza Sleale*, Milano, 1966, p. 166, quien afirma que la situación de reserva le reporta al empresario un poder de disposición sobre los conocimientos objeto del secreto semejante al que deriva de la patente.

<sup>366</sup> En igual sentido, existen diferencias entre los distintos derechos de propiedad industrial, cada uno de los cuales posee caracteres propios. Así, no dará lugar a las mismas consecuencias la exclusividad que confiera el derecho de propiedad sobre una marca, una patente o sobre una denominación de origen o indicación geográfica de calidad. Así lo hemos visto al hablar de los derechos de propiedad industrial, existiendo divergencias entre unos y otros derechos, hasta el punto de que en el caso de las últimas mencionadas (denominación de origen o indicación geográfica de calidad), el interés tutelado tiene una proyección más colectiva frente a la del resto de derechos de propiedad industrial, por ejemplo.

<sup>367</sup> ASCARELLI, T.: Teoria della concorrenza. *Op. Cit.*, p. 180.

imperante en la LCD<sup>368</sup>. De esta forma, como sigue apuntando el autor italiano, los actos desleales concurren independientemente del “éxito” que puedan tener, esto es, siendo la mayoría de estos comportamientos destinados a atraer clientes o a potenciar a la propia empresa, para su apreciación basta con que sean idóneos para lograr estos fines aunque éstos no lleguen a alcanzarse efectivamente<sup>369</sup>.

Un **tercer elemento diferenciador** es la **finalidad** que rige los comportamientos contra la propiedad industrial. Así, aquellas actuaciones que persigan fines privados o no comerciales, como por ejemplo, científicos, como establece, por ejemplo, el artículo 61 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, al establecer que los derechos de ésta no se extienden a los actos realizados en un ámbito privado y con fines no comerciales (letra a) o a los experimentales (letra b). Por ello, el propio artículo 273 CP exige que el infractor actúe con “fines industriales o comerciales”<sup>370</sup>. Según la doctrina, con este elemento se está exigiendo, no que el infractor sea comerciante, sino que exista la finalidad de comerciar<sup>371</sup>. En efecto, la Ley de Competencia desleal en su artículo 13.3, como vimos, excluye los secretos del ámbito objetivo de la ley, en el que se exige que los comportamientos, para ser considerados actos desleales, sean cometidos en el mercado y con fines concurrenciales. De ahí que tampoco los tipos penales exijan dicho elemento.

## 7. Reflexión final

---

<sup>368</sup> MARTÍNEZ SANZ, F.: “Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, en SÁNCHEZ GALÁN, J. I. (Presentador) / AGÚNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (Dir.) / ALONSO UREBA, A. (Coord.): *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial*, La Ley, Madrid, 2010, p. 115.

<sup>369</sup> ASCARELLI, T.: Teoría della concorrenza. *Op. Cit.*, pp. 179-180. Así, apunta el autor que “la repressione dell’atto si coordina col pericolo che esso rappresenta, indipendentemente da un verificato pregiudizio e la nozione può riportarci appunto a quella di pericolo elaborata (e con riferimento appunto alla probabilità) nel diritto penale”. La exigencia de “probabilidad del daño” y no de un daño efectivo, por tanto, como característica de los actos de competencia desleal, pone de manifiesto que la competencia desleal es una disciplina que sanciona actos, no efectos. Por ello, el castigo penal de estas conductas conlleva necesariamente la estructura típica de los delitos de peligro, como veremos más adelante, ajustándose así a lo previsto para la disciplina en el ámbito extrapenal, esto es, mercantil.

<sup>370</sup> El elemento subjetivo de los delitos relativos al secreto empresarial, será abordado con mayor detalle al estudiar la tipicidad de estos delitos.

<sup>371</sup> FERNÁNDEZ, M. T.: La regulación de los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, pp. 31-32. En el mismo sentido, CASTRO MORENO, A.: Los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 647. Este autor afirma que el código penal simplemente exige “que el sujeto obre con la finalidad de comerciar, de realizar algún tipo de transacción o de buscar algún lucro, aunque no exista habitualidad en la conducta”. Esta interpretación también la sostiene la Fiscalía General del Estado en su *Circular 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003*, la cual afirma en su p. 42, que “[l]a exigencia de la concurrencia del elemento subjetivo de actuar con fines comerciales o industriales excluye la tipicidad de las conductas realizadas para usos meramente privados...”.

En resumen, creo que es fundamental, partiendo de los acuerdos internacionales, adoptar una acepción amplia de propiedad industrial. Desde esta perspectiva el secreto de empresa forma parte de ésta. Este término abarcaría todos aquellos bienes inmateriales que pertenecen a una empresa o industria.

En este sentido, cabe decir que propiedad industrial en sentido estricto y secretos de empresa son dos instituciones que muestran una identidad sustancial. En efecto, ambas constituyen bienes inmateriales que otorgan un monopolio y, por tanto, la exclusividad sobre los mismos.

Ciertamente los instrumentos para su protección son diversos y ello permite trazar algunas diferencias entre ellas que en modo alguno afecta a la identidad sustancial que comparten. En este sentido, no iba desencaminado Bajo Fernández, cuando afirmaba respecto del Código penal de 1973, que la diferencia entre el secreto (antiguo artículo 499) y el delito contra la propiedad industrial (antiguo artículo 534) estribaba en que “...mientras en este último se protege la propiedad industrial registrada, en el art. 499 se protege la propiedad industrial no registrada: el secreto”<sup>372</sup>.

Por ello, resultan rechazables opiniones que proclaman el carácter contrapuesto entre el secreto de empresa y los derechos de propiedad industrial<sup>373</sup>, pues entre ellos prima una valoración como elementos similares de carácter inmaterial, generados por la actividad de una empresa y pertenecientes a ésta, que su titular quiere proteger por el valor económico que poseen para sus fines comerciales<sup>374</sup>. De todo ello puede concluirse

---

<sup>372</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, pp. 245 y 286. En el mismo sentido, CASTRO MORENO, A.: *Ibidem*, p. 643, quien sostiene que en los supuestos en los que no hay inscripción, siendo ésta obligatoria para el nacimiento del derecho, “lo más que se puede alegar por quien viene usando en régimen de exclusividad una determinada invención que pudiera ser objeto de registro, es una posible lesión del secreto de empresa cuando se dieran los requisitos de los artículos 278 a 280 del Código penal...”<sup>372</sup>. En sentido contrario, PORTELLANO DÍEZ, P.: Los nuevos delitos contra la propiedad industrial (CPC). *Op. Cit.*, p. 727, quien afirma que no es convincente la diferenciación en los términos en que lo hace Bajo Fernández, porque estima que las líneas de demarcación son otras, vinculando el secreto a la reserva, mientras que la publicidad o divulgación está ligada, -dice-, a la propiedad industrial, esté o no registrada.

<sup>373</sup> Así, ASCARELLI, T.: Teoría della concorrenza. *Op. Cit.*, p. 292, quien afirmó que entre ellos existe una “profunda heterogeneidad”. En este sentido también MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 105-106, quien advierte la dispar dinámica que el régimen del secreto presenta respecto de los derechos registrales, mucho más cercana -dice- al derecho de la competencia desleal.

<sup>374</sup> La doctrina ha reconocido que se trata de institutos que constituyen sistemas de protección, no sólo compatibles, sino complementarios (CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 73. Esta autora afirma respecto a la patente, que la protección otorgada a éste y la atribuida al secreto industrial, son complementarias al responder ambas a la misma finalidad económica: fomentar el progreso industrial. En el mismo sentido, aun cuando considera los secretos más cercanos al derecho de la

que entre ambos institutos existe una gran proximidad, conformando ambos parte del potencial patrimonial de la empresa para competir en el mercado y marcando el instrumento de protección la diferencia clave entre ellos, que lo será sólo formalmente pues, *de facto*, su titular goza de una facultad de disposición en exclusiva sobre dichos bienes. Todo esto confirma la hipótesis de la partíamos, esto es, que estamos ante dos institutos muy similares, lo cual se intenta resumir de forma gráfica en el siguiente cuadro:

<b>Actividad inventiva, intelectual o productiva de la empresa</b>	<b>Elementos comunes caracterizadores</b>	<b>¿Qué confiere la exclusividad?</b>	<b>Tipo de exclusividad derivada</b>
<b>Derechos de propiedad industrial</b>	- Tanto los derechos de propiedad industrial como los secretos de empresa son <b>bienes inmateriales</b> que constituyen <b>actividad inventiva</b> de la empresa.  - La actividad inventiva de la empresa supone un <b>esfuerzo</b> por parte de sus creadores, que los hace <b>legítimos usufructuarios</b> de la misma.  - La actividad inventiva de la empresa que da lugar a sus bienes inmateriales, ya sea en forma de patente, marca,		<b>Absoluta</b>  La publicidad es el elemento clave en estos derechos. Un derecho absoluto de exclusividad sobre la propiedad industrial es otorgado al titular de la misma, al ser valorado de forma positiva el que éste la haga pública, compartiéndola así con la sociedad.  Ello confiere a su titular la recompensa de una sólida protección jurídica.
- Invenciones  - Signos distintivos		Registro (O. E. P. M.)	
- Denominaciones de origen e indicaciones geográficas representativas de una calidad determinada.		Publicidad en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma	

Tras estudiar las diferencias existentes entre secretos de empresa y derechos de propiedad industrial, y su proximidad, ello nos permite ya estar en condiciones de abordar la concreción del objeto de tutela en los delitos relativos a secretos de empresa.

---

competencia desleal, MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, p. 366. También en este sentido se pronuncia la Directiva (UE) 2016/943, en su considerando (2).



<p><b>Secretos de empresa</b></p>	<p>secreto, etc., tiene <b>valor patrimonial</b> para aquella.</p> <p>- Dicho valor patrimonial lo tiene por tratarse de <b>instrumentos competitivos</b> para luchar en el mercado con otras empresas del sector, <b>finalidad</b> que persigue su titular, quien tiene una <b>facultad de disposición en exclusiva</b> sobre los mismos.</p> <p>- Un <b>ataque</b> contra sus instrumentos competitivos constituye, por tanto, una <b>puesta en peligro o lesión a su potencial patrimonial y, por ende, a su capacidad competitiva.</b></p>	<p>Las medidas de protección adoptadas por su titular para mantener la reserva</p>	<p><b>Relativa</b></p> <p>La ausencia de publicidad en este caso, dada la necesaria confidencialidad que ha de caracterizar a la información que constituye secreto de empresa, es precisamente la que confiere a su titular una exclusividad relativa sobre este tipo de bien inmaterial.</p> <p>Ello da lugar a que el secreto pueda ser vulnerado más fácilmente.</p>
-----------------------------------	--	--	--

#### IV. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS RELATIVOS A SECRETOS DE EMPRESA Y SU NATURALEZA JURÍDICA

##### 1. Introducción

Como hemos visto, la protección de los secretos de empresa tiene un claro anclaje constitucional en los artículos 38, 20.1.b) y 33.1 CE, que protegen, respectivamente, la libertad de empresa, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y el derecho a la propiedad privada.

Asimismo, como se ha apuntado por un sector de la doctrina, la tutela de los secretos empresariales guarda relación con la competencia leal (o desleal si hablamos de los comportamientos que atentan contra ellos), pero no en el sentido de que sea este el bien jurídico protegido, sino en el de que es en este ámbito en el que hay que situar el objeto de tutela.

Por último, como he tratado de demostrar, los secretos de empresa guardan una estrecha relación con los derechos de propiedad industrial. Con ello ya hemos descendido un peldaño en la concreción del interés protegido.

A partir de aquí ya estamos en condiciones de concretar el bien jurídico protegido en los delitos relativos a secretos de empresa, en general, y el espionaje empresarial, en particular, tomando como punto de referencia lo sostenido en los delitos contra la propiedad industrial, con los que aquellos mantienen una identidad sustancial.

Como ya resaltara un sector de la doctrina, esto nos va a permitir poner de relieve, como vamos a ver, que estamos en presencia de un bien de carácter patrimonial.

## 2. Determinación del bien jurídico protegido en los delitos relativos a secretos de empresa: toma de postura

En efecto, en mi opinión, con el castigo del espionaje empresarial se pretende proteger la **propiedad de bienes inmateriales**<sup>375</sup>, **los secretos empresariales**<sup>376</sup>. Lo que define a este tipo de propiedad es la **facultad de aprovechamiento en exclusiva** que tiene el titular del bien, a diferencia de lo que sucede con la propiedad de bienes materiales.

De esta interpretación del bien jurídico protegido se derivan distintas consideraciones que se exponen detalladamente a continuación, y que aglutinan gran parte de lo visto hasta ahora para justificar el objeto de protección de estos delitos.

a) Hay que resaltar la **naturaleza inmaterial** que encarna el bien “**secreto de empresa**”, perteneciente al sujeto que ostenta la facultad de aprovechamiento exclusivo. Del mismo modo que ocurría con los derechos de propiedad industrial, los secretos de empresa también constituyen el resultado de una actividad inventiva, intelectual o productiva de la empresa, dando lugar todos ellos al capital intelectual de una empresa<sup>377</sup>. Las **creaciones intelectuales** que se encuentran en la base de los secretos de empresa tienen, como ya se dijo, fundamento constitucional en el artículo 20.1.b) de la Carta Magna.

---

<sup>375</sup> En relación a las posiciones doctrinales que en algún momento aludieron a la propiedad como bien jurídico protegido. Cfr. *Supra*, capítulo I. II.2.

<sup>376</sup> La definición y demarcación de este tipo de bienes inmateriales serán tratadas en el capítulo sucesivo.

<sup>377</sup> En estos términos lo establece la Directiva (UE) 2016/943 en su considerando (1).

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

b) El ejercicio del derecho a la creación científica y técnica, contenido en dicho precepto, así como la libertad de empresa del artículo 38 CE, se materializan en la creación de empresas, cuya actividad deriva no sólo en la propiedad de determinados bienes materiales sino también, de esos otros inmateriales. Ambos tienen una naturaleza diversa, pero el carácter intangible de estos últimos no debe llevar a ubicarlos dentro de una esfera igualmente inmaterial o abstracta, pues también tienen un claro **valor económico**, equiparable en muchos casos al de ciertos bienes materiales, e incluso superior.

Sin embargo, hay que adelantar ya que aquí se parte de una concepción funcional del patrimonio, por lo que dicha estimación económica no puede medirse atendiendo exclusivamente al valor de mercado sino también, como afirma Asúa Batarrita al <<**valor de uso**>>, que se vincula principalmente a la finalidad de utilidad que cierto bien posee para su titular<sup>378</sup>. Si bien, como señala esta autora, el *criterio económico objetivo* opera como garantía de seguridad jurídica<sup>379</sup>, el cálculo monetario que deriva de éste deberá conjugarse, en la valoración del daño, con la *frustración de la utilidad pretendida*, no pudiendo tampoco ponderarse dicho daño atendiendo exclusivamente a ésta última<sup>380</sup>. La interpretación de Asúa Batarrita constituye, como estima García Arán, una reinterpretación del propio concepto de <<valor económico>>, que no toma en cuenta exclusivamente el valor de mercado sino también el valor de uso que su titular pretende darle<sup>381</sup>.

Dicha perspectiva subjetiva de la valoración económica de un bien, que trasciende al valor objetivamente establecido por los cánones del mercado, no sólo favorecería al titular del bien sino también al mercado mismo, en la medida en que aquellos bienes que, dotados de un cierto valor económico objetivo no tengan utilidad alguna para el titular de los mismos, no se incluirían en el tipo, puesto que no debería regir una concepción

---

<sup>378</sup> ASÚA BATARRITA, A.: “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 46, fasc/mes 1, 1993, p. 104. A esta interpretación se adscribe, respecto al valor económico de la información como <<valor de uso>>, MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 58-59, quien afirma que dicho valor se singulariza “en virtud de las necesidades y preferencias de su poseedor, lo que determina que pueda diferir de un titular a otro”, siendo el valor competitivo de la información “un valor relativo, referencial, que permite a su poseedor actuar estratégicamente y organizar su actividad económica del modo más rentable y beneficioso posible”.

<sup>379</sup> ASÚA BATARRITA, A.: *Ibidem*, p. 102.

<sup>380</sup> *Ídem*, pp. 104 y 107.

<sup>381</sup> GARCÍA ARÁN, M.: *El delito de hurto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 26.

económica pura. Resulta, por tanto, de vital importancia para el titular de los bienes inmateriales, su tasación, atendiendo a dicha utilidad, como será puesto de manifiesto al hablar del concepto de secreto empresarial<sup>382</sup>.

c) El citado bien inmaterial, consecuencia de una creación intelectual con valor económico para una empresa, constituye parte de la **propiedad** de su legítimo titular<sup>383</sup>. Hablar de propiedad en el caso de los secretos de empresa, quizás pueda plantear dudas, en la medida en que este es un instituto jurídico cuyo objeto recae siempre sobre cosas materiales<sup>384</sup>. Sin embargo, la doctrina civilista ha admitido la posibilidad de hablar de dominio sobre bienes inmateriales por vía de analogía, a través de la regulación legal de las llamadas “propiedades especiales”, como son la propiedad industrial e intelectual<sup>385</sup>.

Los derechos de propiedad industrial e intelectual comparten una serie de facultades y limitaciones que, como apunta Gómez Rivero, suscitan la duda de si pueden ubicarse bajo los cánones del derecho de propiedad, como clásicamente se entiende, entre las que menciona la obligación de explotar la obra en determinados plazos legalmente previstos o que la facultad dominical no dependa de la relación directa entre el propietario y el objeto, sino que necesite de la intervención estatal mediante el acto administrativo del registro<sup>386</sup>. En el caso de los secretos de empresa existe un sistema más flexible en la relación que el titular tiene con la información que constituye secreto de empresa, dado el especial régimen por el que se rigen los secretos, según el cual, si alguien llega a conocer dicha información de forma lícita (por ingeniería inversa, por investigación independiente o por puro azar), no vulnera la citada relación, por no emplear medios

---

<sup>382</sup> Ello ante la imposibilidad de determinar el daño patrimonial <<objetivamente>>, pues éste tendrá un valor diferente según la haga un fabricante, un mayorista o un consumidor, como apunta MARTOS NÚÑEZ, J. A.: *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1990, p. 32. En el mismo sentido se pronuncia, OTTO, H.: *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Duncker&Humblot, Berlin, 1970, p. 63, quien ya pondría de manifiesto que bienes con un mismo valor de mercado determinado en las manos de una persona, pueden representar un valor mayor que si las posee otra persona, si uno tiene en cuenta la suma de los objetos individuales, así como la totalidad de ellos (“*Güter von einem bestimmten gleichen "gemeinen Wert" in der Hand der einen Person einen weit grösseren Wert darstellen können als im Besitz einer andern Person, wenn man von der Summierung der einzelnen Objekte absieht und die Ganzheit in den Blick nimmt*”).

<sup>383</sup> No es este el lugar para abordar la extensa discusión doctrinal respecto a la corrección de la propiedad como bien jurídico protegido, frente al patrimonio o la posesión, dados los conflictos existentes en estos delitos por el carácter disociable de poseedor y propietario en numerosos supuestos. Por ello, me remito en este aspecto a la doctrina más autorizada que ha estudiado dicha problemática, como GARCÍA ARÁN, M.: *El delito de hurto*. *Op. Cit.*, pp. 30-54; VIVES ANTÓN, T. S. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 343; o ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal, 1988, entre otros.

<sup>384</sup> Díez-Picazo, L. / Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil (III)*. *Op. Cit.*, p. 153.

<sup>385</sup> *Ibidem*.

<sup>386</sup> GÓMEZ RIVERO, Mª C.: Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. *Op. Cit.*, pp. 39-40.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

ilícitos para hacerse con ella. Ello es acorde con la concepción funcional de patrimonio de la que se parte, como veremos, pues, ésta, a diferencia de lo que propugnaban las concepciones jurídica, sobre todo, y la jurídico-económica, en menor medida, que definen el patrimonio dando especial protagonismo a la protección conferida por el ordenamiento jurídico, ciñe la idea de disponibilidad a situaciones fácticas de delimitación mucho menor<sup>387</sup>. El patrimonio así entendido, permite concebir la propiedad en un sentido más laxo, aproximando los secretos de empresa a los derechos de propiedad industrial.

Como hemos visto, si bien la estricta inclusión de los secretos de empresa en el seno de las propiedades especiales sólo puede darse si las entendemos en sentido amplio, el recurso de la analogía en este punto también nos ayuda a extrapolar al ámbito de los secretos las facultades que se derivan de la propiedad de aquellas, cuyo objeto también posee naturaleza inmaterial.

En este sentido, el artículo 428 del Código civil establece que, como facultades reconocidas al autor de una obra literaria, científica o artística, se encuentra “...el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad”. De aquí se deduce, por tanto, que las **facultades que se derivan de la propiedad de bienes inmateriales** pueden ser dos: **la explotación y la disposición**. Sin embargo, en realidad, la primera de ellas es sólo una forma de llevar a cabo la segunda, pues “disponer” se define en el ámbito del Derecho, según el Diccionario de la Real Academia Española de forma amplia. Así, su quinta acepción establece que por dicho término se entiende “ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute. Testar acerca de ello”<sup>388</sup>. La alusión a *facultades de dominio* es la clave para definir esta conducta, pues determina la inclusión de numerosos comportamientos sobre el secreto empresarial. En este sentido, toda “explotación, uso o provecho comercial e industrial”<sup>389</sup> sería una forma de disposición, pues el titular del secreto empresarial, teniendo una facultad de dominio sobre éste, puede optar por aquello que le genere mayores beneficios y menor número de

---

<sup>387</sup> GARCÍA ARÁN, M.: El delito de hurto. *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>388</sup> <http://dle.rae.es/?id=DxZ9aNj>.

<sup>389</sup> Refiriéndose a uno de los diferentes aspectos que los derechos de propiedad industrial e intelectual tienen en común, GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C.: Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. *Op. Cit.*, p. 37, señala que “la razón de ser primera de la batería de instrumentos jurídicos orientados a su tutela es la de procurar la garantía en exclusiva del derecho de *explotación, uso y provecho comercial e industrial* de la creación así plasmada frente al aprovechamiento ilícito que de cualquier de esas facultades pudieran realizar terceros no autorizados y, en especial, los competidores en el sector en cuestión”. Esta afirmación es perfectamente extrapolable al ámbito de los secretos empresariales y las citadas facultades también las posee el titular de los mismos.

pérdidas, pudiendo ser incluso que decida regalarlo, destruirlo o simplemente guardarlo celosamente para sí. Todo ello constituiría disposición en el sentido general del término, pero no así, aprovechamiento o explotación, cuyo contenido podría ser, por ejemplo, comercializar con ella o su puesta en marcha en la empresa para obtener beneficios y con independencia de que intervengan terceros o no. Siendo, por tanto, el primero un concepto más amplio, que englobaría el de aprovechamiento o explotación, así como otras formas de disponer de la información, se entiende que el **poder o facultad de aprovechamiento en exclusiva** que el titular del secreto de empresa ostenta sobre él, y que deriva de la propiedad sobre ese tipo de bienes inmateriales, constituye el concreto interés patrimonial derivado de su actividad empresarial<sup>390</sup> al cual se le confiere la tutela legal, como ocurre con la protección de la propiedad industrial<sup>391</sup>. Ello no quiere decir que si el legítimo titular del secreto no lo estuviere explotando, un apoderamiento y su consecuente aprovechamiento no lesionen el bien jurídico protegido, pues en todo caso, la facultad de aprovechamiento siempre constituye una potencial forma de disposición del titular del secreto y, por ende, reclama protección penal.

La idea de **exclusividad** juega un papel preponderante en el caso de los bienes inmateriales. Tanto los derechos de propiedad industrial como los secretos son el resultado de la actividad productiva de la empresa, lo cual confiere a su titular la propiedad de la que se derivan sus facultades de disposición y aprovechamiento sobre los mismos. Éstas lo serán *en exclusiva* mientras se proteja en uno de esos dos sentidos, esto es, a través de su registro o de medidas que mantengan su confidencialidad. Así, la idea de exclusividad sobre el bien inmaterial se presenta como el *mínimo común denominador* de las figuras relativas al secreto empresarial y a la propiedad industrial<sup>392</sup>, independientemente de que el monopolio jurídico que se derive nazca del registro o de

---

<sup>390</sup> Como pusiera de manifiesto OTTO, H.: Die Struktur. *Op. Cit.*, p. 66, el patrimonio no se forma a partir de la suma del valor monetario de la variedad de diferentes objetos, sino que se estructura como una unidad, como el potencial económico del patrimonio de la persona, basado en el dominio sobre los bienes patrimoniales (“*Wie dargelegt, wird das Vermögen nicht durch die Summierung des Geldwertes einer Reihe verschiedener Objekte gebildet, sondern stellt als eine durch die Vermögensperson strukturierte Einheit jeweils ein wirtschaftliches Potential der Vermögensperson dar, das auf der Herrschaftsgewalt über Vermögensgüter beruht*”).

<sup>391</sup> TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *Empresa y Derecho penal*, Vilella Editor, Buenos Aires, 2001, p. 253. Incluso respecto de la propiedad intelectual, como ya se ha visto, se ha afirmado algo similar, defendiendo RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. / RODRÍGUEZ MORO, L.: Lección 3. *Op. Cit.*, p. 61, que, en estos delitos, el bien jurídico protegido se identifica con “la parcela o parte del patrimonio individual de los titulares y cesionarios representada por esos derechos de explotación exclusiva” o dicho en otros términos, no serían tanto los derechos en sí, protegidos ya en sede civil, sino los intereses económicos, o expectativas de ganancia, derivados de ellos”.

<sup>392</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho penal de la empresa. Op. Cit.*, pp. 153-154.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

otras fuentes, ya que lo determinante aquí radica en la exclusividad que se atribuye al titular<sup>393</sup>.

La importancia de la exclusividad se pone de relieve más aún si observamos otro tipo de bienes. Así, un comportamiento lesivo sobre cosas materiales lleva consigo, entre otras consecuencias, la desposesión del bien a su titular, algo que no ocurre en el caso de los bienes inmateriales, precisamente por su naturaleza intangible. Así, la entrada de un bien de estas características en la esfera de disposición de un tercero ya ostenta potencialidad lesiva sin necesidad de sustraerlo definitivamente del ámbito de su titular, dándose así una posesión, disposición o incluso un posible aprovechamiento simultáneo de dicho bien.

Por tanto, es la citada facultad de aprovechamiento sobre el secreto de empresa en exclusiva la que confiere una **ventaja competitiva** a su titular<sup>394</sup>, que éste desea obtener mediante la utilidad o funcionalidad de los citados bienes, siendo de dicha facultad que posee en exclusiva de donde se produce la consecución de sus fines. Esta consideración convierte a los secretos en elementos cuya protección, jurídica o no, resulta imprescindible para que la empresa consiga el éxito de sus negocios, tanto obteniendo ganancias como evitando posibles pérdidas económicas. De esta manera, la utilidad que los secretos reporta a su titular repercute en la posición competitiva de su empresa, siendo la finalidad de aquél la de proteger las inversiones realizadas por la misma para obtener dichos bienes inmateriales, así como los esfuerzos económicos y en términos de trabajo e ingenio para la búsqueda de una mejora de su posición en el mercado. Es en este contexto, en consecuencia, donde cabe hablar de la **capacidad competitiva de la empresa en el mercado**, que Bajo Fernández propugnara como bien jurídico protegido del presente delito<sup>395</sup>.

Este concepto tiene un sentido más amplio que el que exige la concreción del bien jurídico protegido, pues no son los secretos de empresa los únicos valores cuya violación puede afectar a la capacidad competitiva. Ésta, entendida como potencial patrimonial para

---

<sup>393</sup> GUINARTE CABADA, G.: “Las infracciones de los derechos de la propiedad industrial del artículo 534 del Código penal”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir), *Comentarios a la legislación penal XIII. Propiedad intelectual e industrial, libertad sexual, incendios forestales*, Madrid, 1991, pp. 15-16.

<sup>394</sup> Así, como ya defendiera GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 51, la tutela de los secretos de empresa como instrumento económico de gran valor para la empresa, se justifica porque “...redunda en beneficio de la organización empresarial e implica un eficaz soporte en la lucha competitiva”.

<sup>395</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 287.

concurrir en el mercado, estaría conformada por aquello de lo que la empresa dispone para luchar contra otras en el mercado, esto es, su patrimonio, compuesto por sus bienes materiales (maquinaria, productos, mercancías, instalaciones, locales, personal) e inmateriales (propiedad industrial y secretos empresariales –como estrategias de mercado, listas de clientes, fórmulas, etc.-). De esta forma, dicha capacidad estaría supeditada en gran medida a la propiedad que ostenta la empresa sobre determinados bienes materiales e inmateriales. Tanto en uno como en otro grupo de bienes habrá algunos que le afecten, por su importancia para ésta, y otros cuya lesión no le provoque daño alguno<sup>396</sup>. Habrá que identificar cuáles son aquellos bienes de los que la aptitud de la empresa para competir en el mercado depende pero, en cualquier caso, éstos serán los que ostenten valor económico, para que un ataque a los mismos constituya un ataque a dicho potencial o fortaleza patrimonial, que la empresa posee<sup>397</sup>.

En definitiva, la propiedad de determinados bienes inmateriales, como son los secretos de empresa, que aquí se propugna como bien jurídico protegido del delito objeto de estudio, tiene como elemento definitorio la facultad de aprovechamiento en exclusiva sobre aquellos, que es la que proporciona o puede proporcionar a su titular una ventaja competitiva. Por ello, se estima que la lesión del citado bien jurídico tiene lugar cuando se produce el apoderamiento por un tercero, sin el consentimiento del titular de la información, en la medida en que dicho comportamiento rompe con la exclusividad de

---

<sup>396</sup> Así, estos bienes que en nada afectan a la capacidad de competir de una empresa serán aquellos que carezcan de valor económico o aquellos que, teniéndolo, presentan una relevancia irrisoria para la actividad de la empresa. Tales bienes podrán ser, por ejemplo, información irrelevante para el negocio, como los nombres de sus empleados o sus horas de apertura, información, por lo demás, de carácter público u objetos de carácter material que no afectan a su competencia.

<sup>397</sup> A nadie se le ocurre decir, cuando alguien se apropia (hurta, roba) de un bien material de la empresa, que estamos ante un delito contra la capacidad competitiva de ésta. En estos supuestos, sin embargo, no hay duda de que estamos ante un delito patrimonial, que atenta contra la propiedad del titular de dichos bienes, pero lo cierto es que una vulneración de cierto tipo de bienes materiales también podría constituir una lesión a la utilidad de competir en el mercado a la que estos sirven y que persigue el titular de la empresa, pues éstos, como parte de su patrimonio, también pueden ir destinados a esta finalidad. Imaginemos el caso de una empresa cuyo éxito en el mercado depende de una máquina a la que está sujeta la producción de una determinada mercancía, siendo aquélla sustraída por uno de los empleados y cuya restitución resulta imposible. De la sustracción de dicha máquina derivaría un daño a la capacidad competitiva de la empresa pues, como se ha dicho, el éxito de aquella en el mercado dependía de la misma. Sin embargo, puesto que dicha capacidad se sustenta en gran medida en el potencial patrimonial empresarial, su protección se erige sobre el derecho de propiedad que tiene el titular de la empresa sobre determinados bienes. Esto denota un valor diferente al precio de mercado del bien, en la medida en que atiende, como se viene defendiendo, a la utilidad del bien para su titular. En este sentido se posiciona OTTO, H.: Die Struktur. *Op. Cit.*, p. 63, quien apunta que no es poco frecuente que, por ejemplo, el propósito de incorporar una máquina a la empresa aumente el valor de la empresa mucho más allá del precio de compra de dicha máquina (*“Es ist keine Seltenheit, dass, zB., der zweckvolle Einbau einer bestimmten Maschine den Wert eines Unternehmens weit über den Kaufpreis dieser Maschine hinaus erhöhen kann“*).



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

dicha facultad que deriva de la propiedad del empresario sobre el secreto de empresa y que es la que le puede reportar valor competitivo para su empresa.

La exclusividad de la citada facultad de aprovechamiento sobre dichos bienes inmateriales para los fines que el titular los destina respecto a su empresa, constituye pues el interés patrimonial que éste quiere proteger, tanto en el caso de los derechos de propiedad industrial, como en el de los secretos de empresa, siendo la única diferencia entre ambos la forma en que se alcanza dicho monopolio o exclusividad y el tipo al que da lugar. De estas apreciaciones podemos vislumbrar ya cómo secreto de empresa y derechos de propiedad industrial comparten un esqueleto similar y, además, es posible también ver la relación de éstos con la propiedad, pues ambos tipos de bienes inmateriales conforman parte del patrimonio del empresario.

d) Todo lo anterior configura dicho bien jurídico como un elemento de **naturaleza patrimonial**. Se parte aquí, como ya ha sido anunciado, de una **concepción funcional de patrimonio**<sup>398</sup>. Según esta concepción, de escasa acogida en la doctrina española<sup>399</sup>, la

---

<sup>398</sup> Frente a esta teoría, existen las ya superadas, **concepción jurídica de patrimonio**, cuyo origen se atribuye a Binding, según la cual, el patrimonio lo integran los derechos subjetivos de un individuo, independientemente de su valor económico; y la llamada **concepción económica de patrimonio**, que propugna todo lo contrario, esto es, se considera tal sólo aquello que tenga valor económico de lo que se disponga, sin importar su reconocimiento por el Derecho o la ausencia de éste (así, entre otros, GARCÍA ARÁN, M.: El delito de hurto. *Op. Cit.*, op.cit., pp. 16-17; MARTOS NÚÑEZ, J. A.: El perjuicio patrimonial. *Op. Cit.*, pp. 20-24; MAZA MARTÍN, M.: “Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo 3 – Arts. 205 al 318, Bosch, Barcelona, 2007, p. 1705). La concepción actualmente dominante en nuestra doctrina y jurisprudencia viene constituida por una **concepción mixta jurídico-económica de patrimonio**, que lo define como valores económicos jurídicamente reconocidos, es decir, el conjunto de bienes y derechos caracterizados tanto por su valor económico como por su protección jurídica a la relación de una persona con dicha cosa. Partidarios de esta concepción mixta son, entre otros, GARCÍA ARÁN, M.: El delito de hurto. *Op. Cit.*, p. 29, quien adscribiéndose a esta concepción, afirma la necesidad de su relativización respecto al componente jurídico y reconoce las bondades de la concepción funcional; HUERTA TOCILDO, S.: *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Editorial Civitas, Madrid, 1980, pp. 35 y ss.; MARTOS NÚÑEZ, J. A.: El perjuicio patrimonial. *Op. Cit.*, p. 38; MAZA MARTÍN, M.: Título XIII. *Op. Cit.*, p. 1705; MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 324; QUINTERO OLIVARES, G.: “Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2011, p. 615.

<sup>399</sup> No ocurrió lo mismo en Alemania, donde esta concepción tuvo una amplia acogida, siendo precedida por la concepción personal de patrimonio que, como señala Zugaldía Espinar, máximo exponente en nuestro país de esta última, lo identificaba con un derecho subjetivo al goce de los objetos (ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: Delitos contra la propiedad. *Op. Cit.*, p. 56), atendiendo exclusivamente a la voluntad individual como aspecto relevante de la propiedad, concepto del que tienden a desvincularse los autores alemanes, tal y como pone de manifiesto DE LA MATA BARRANCO, N.: *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*, PPU, S. A., Barcelona, 1994, p. 80. La teoría personal ya avanzaba numerosos postulados que luego fueron acogidos por la teoría funcional. Los principales defensores de esta última en Alemania fueron, entre otros, OTTO, H.: Die Struktur. *Op. Cit.*, pp. 63 y ss. y BOCKELMANN, P.: “Zum Begriff des Vermögensschadens beim

propiedad no puede tener una protección absoluta por parte del Derecho penal, sino que éste “ha de atender necesariamente a la *funcionalidad* que representa para su titular el objeto apoderado, apropiado o fraudulentamente obtenido”, si se pretende seguir afirmando de este sector del Derecho su carácter fragmentario y subsidiario<sup>400</sup>.

Pues bien, para fijar la funcionalidad de los secretos de empresa hay que recordar que éstos se ubican en el ámbito del **Derecho de la competencia** en sentido amplio, de igual forma a como ocurría con la propiedad industrial, estando su regulación civil, como se ha visto, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. A partir de aquí se puede concluir que su *funcionalidad* radica en que estos elementos le permiten a su titular competir en el mercado para que su empresa consiga beneficios y evite pérdidas o impedir que otros adquieran una ventaja competitiva.

El enfoque adoptado respeta el principio de intervención mínima que debe regir en Derecho penal, en la medida en que, vinculando en el plano penal la funcionalidad de este bien al ámbito competitivo, se restringe el tipo en cierta medida respecto al ilícito civil, del cual se excluye expresamente que los hechos se realicen en el mercado o con fines concurrenciales, como ha sido puesto de manifiesto al hablar de los secretos de empresa en la Ley de Competencia Desleal<sup>401</sup>.

Frente a este planteamiento no cabe objetar que al atender a la finalidad que el sujeto quiere darle a determinados bienes, esto conlleva la protección de la mera voluntad de la persona. Y ello porque, como afirma De la Mata Barranco, puesto que no se trata de tutelar la libertad “habrán de ser criterios objetivos –atendiendo a las circunstancias y fines particulares de cada sujeto- basados en la idoneidad del objeto para satisfacer la

---

Betrug“, en JZ, 1952, pp. 461-465, quien afirmaba que esta teoría determina el alcance del patrimonio, así como la existencia y magnitud de los daños más bien atendiendo a las legítimas necesidades económicas y los intereses personales reconocidos al titular del patrimonio (“*Sie bestimmt den Umfang des Vermögens sowie Dasein und Ausmaß des Schadens vielmehr nach dem berechtigten wirtschaftlichen Bedürfnis, dem anerkennenswerten persönlichen Interesse des Vermögensträgers*”). En España, junto a algún otro autor, los principales defensores de esta teoría son ASÚA BATARRITA, A.: El daño patrimonial en la estafa. *Op. Cit.*, pp. 123 y ss.; y DE LA MATA BARRANCO, N.: Tutela penal de la propiedad. *Op. Cit.*, pp. 77 y ss.

<sup>400</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.: *Ibidem*, pp. 84-85 (cursiva añadida a la cita). Este autor pone de manifiesto que, puesto que nos encontramos en el ámbito de los bienes, esto es, de la relación de un sujeto con objetos concretos a los que reconoce una funcionalidad por su significado económico o por su capacidad para satisfacer intereses de su titular en conexión con su disfrute, es desde esta perspectiva desde la que hay que plantearse el sentido de la protección penal. De esta forma, -continúa diciendo el autor-, allí donde la injerencia de un tercero “suponga o pueda suponer una perturbación significativa de esas funciones, de esa potencialidad del titular en relación a los bienes que se encuentran en su ámbito de dominio y sean idóneos para satisfacer una necesidad individual, estaremos ante la realización del injusto de los delitos contra la propiedad” (p. 87).

<sup>401</sup> Cfr. *Supra*, capítulo I. III. 3.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

función que le es propia, los que confirmen o nieguen la presencia de la lesión típica”, lo cual no implica –concluye el autor– “identificar patrimonio con suma contable de valores económicos, ni negar la lesión de la propiedad ante la ausencia de daño económico”<sup>402</sup>. En efecto, esto es lo que ocurre de forma frecuente en los tipos objeto de estudio, donde no necesariamente acaba produciéndose un perjuicio patrimonial, que el tipo no exige, para que se considere lesionado el bien jurídico protegido.

Junto a estos criterios de los que habla De la Mata, en mi opinión concurre, además, otro elemento que demuestra que lo que se protege, según esta concepción, no es la mera voluntad o libertad de decisión del sujeto. El que se conciba el derecho de propiedad como “fuente de utilidades destinadas a la persecución de fines individuales”<sup>403</sup> responde a una teoría personalista del bien jurídico<sup>404</sup>, huyendo de abstracciones y contemplando a los individuos en relación a su medio y sus expectativas de satisfacción de necesidades<sup>405</sup>. Estas necesidades encuentran su base en la fundamentación constitucional del bien jurídico protegido en estos delitos. En este sentido, el derecho a la producción y creación científica y técnica, previsto en el artículo 20.1.b) de nuestra Carta Magna, vinculado al de libertad de empresa del artículo 38 CE, perfila las necesidades del individuo en el caso que nos atañe, y para ellas emplea su patrimonio, sobre el que ostenta un derecho de propiedad, reconocido en el artículo 33.1 CE<sup>406</sup>.

Por último, hay que señalar que el **daño patrimonial**, atendiendo a esta concepción del valor económico de un bien, no conlleva necesariamente la producción de un perjuicio patrimonial entendido como disminución o menoscabo valorable en términos contables<sup>407</sup> sino que, junto a dicha merma, como se ha dicho, ha de ser valorada también

---

<sup>402</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.: Tutela penal de la propiedad. *Op. Cit.*, pp. 87-88.

<sup>403</sup> GARCÍA ARÁN, M.: El delito de hurto. *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>404</sup> HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 109. Estos autores apuntan que, según esta teoría, la legitimación de los intereses generales sólo puede ser reconocida siempre que sirvan a los intereses personales y sólo esta tesis “puede invocar con legitimidad una concepción liberal del Estado, es decir, una concepción que legitime la acción del Estado desde el punto de vista de la persona”, pues para esta teoría –concluyen-, “los bienes jurídicos de la comunidad sólo se pueden reconocer en la medida en que –mediatamente- sean también intereses de la persona”.

<sup>405</sup> GARCÍA ARÁN, M.: El delito de hurto. *Op. Cit.*, p. 19. En el mismo sentido en la doctrina alemana, OTTO, H.: *Die Struktur*. *Op. Cit.*, p. 65, quien estima que la función del patrimonio no es sólo la realización de fines de lucro, sino que la tarea esencial del mismo es servir al uso, consumo o disfrute (“*Funktion dieses Vermögensgüters ist nicht nur die Realisierung von Erwerbszwecken, sondern wesentliche Aufgabe der Vermögengüter ist es, gerade dem Gebrauch, Verbrauch oder Genuss zu dienen*”).

<sup>406</sup> De esta opinión también, GALÁN CORONA, E.: Supuestos de competencia desleal. *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>407</sup> De esta opinión, ASÚA BATARRITA, A.: El daño patrimonial en la estafa. *Op. Cit.*, p. 132, quien considera que el saldo contable como baremo de daño ha de ser rechazado y que ha de recurrirse a la valoración global de la situación económica del titular después de la transacción fallida en su objetivo de

la frustración del fin pretendido por el titular del bien<sup>408</sup>. Así ocurre frecuentemente en el delito objeto de estudio, donde no siempre se produce un perjuicio económico inmediato y fácilmente perceptible en el patrimonio del titular de los secretos, pero sí pierden utilidad los bienes sustraídos, revelados o utilizados por terceras personas ajenas a la información, de forma que dichos bienes no son susceptibles de cumplir ya el fin para el que su titular los tenía destinados. Esto supondría, como se viene diciendo, no una disminución de una parte concreta del patrimonio sino, como defiende De la Mata Barranco, “de la potencia patrimonial del titular de dicho patrimonio, ligada a la variación o cambio de sus componentes patrimoniales”<sup>409</sup>, lo cual conlleva a su vez la merma de su funcionalidad, esto es, de la función o utilidad que para su titular, dicho bien tiene

---

utilidad. Esta concepción del daño, apunta la autora, no casa con la concepción económica o jurídico-económica del patrimonio que cifra el daño en el saldo negativo en clave dineraria (p. 123); DE LA MATA BARRANCO, N.: Tutela penal de la propiedad. *Op. Cit.*, p. 89, que estima que la concepción funcional de patrimonio conlleva una ampliación y una restricción del ámbito de lo punible. Por un lado, una restricción en cuanto a los ataques que afecten sólo formalmente a la situación de dominio del propietario, los cuales no entrarán en el ámbito de protección de los delitos de apropiación; y, por otro, una ampliación en cuanto se sancionará la apropiación de cualquier bien que sea idóneo para satisfacer, en el ámbito patrimonial, los intereses del titular, y no sólo aquella que conlleve un menoscabo o perjuicio valorable contablemente; GARCÍA ARÁN, M.: El delito de hurto. *Op. Cit.*, p. 23, quien afirma que el concepto funcional de patrimonio “...propone una consideración del daño patrimonial que aspira a superar el puro mecanicismo económico de la reducción a comprobaciones contables”; MARTOS NÚÑEZ, J. A.: El perjuicio patrimonial. *Op. Cit.*, p.31, quien defiende que “...el criterio para la determinación del perjuicio no es tanto un valor monetario o comercial simplemente, cuanto la pérdida económica de un propósito, aunque, en efecto, no puede soslayarse que ambos aspectos suelen coincidir frecuentemente. (...) la víctima sufre la <<frustración del fin>> perseguido, con una consciente disminución patrimonial merced a la disposición realizada”.

<sup>408</sup> Como pone de manifiesto ASÚA BATARRITA, A.: *Ibidem*, pp. 127-128, por lesión patrimonial ha de entenderse “aquella merma de la capacidad económica, concebida como el poder o señorío sobre bienes que posibilitan la satisfacción de las necesidades –en sentido amplio– del titular”, pasando a ocupar el lugar central en la determinación de la lesión patrimonial en la concepción funcional de patrimonio la frustración del fin pretendido con la aplicación patrimonial, o su reverso, esto es, la obtención del fin. Defendiendo igualmente dicho papel central del fin perseguido, Martos Núñez propugna, en relación al delito de estafa, que de <<lege ferenda>> también se tenga en cuenta en la determinación del perjuicio patrimonial “*el aspecto individual del daño, desde la óptica de los perjudicados, en función del valor de uso o de la finalidad económica perseguida*” (MARTOS NÚÑEZ, J. A.: El perjuicio patrimonial. *Op. Cit.*, p. 42). Asimismo, mantiene también esta opinión en la doctrina alemana Otto, quien defiende que la concepción del patrimonio como unidad dinámica considera que la lesión al mismo no sólo se constituye por una pérdida material del equilibrio de los bienes patrimoniales actuales, sino que un daño al patrimonio puede darse también cuando el gasto pierde sus fines económicos, y no sólo cuando algo no era de esperar desde el principio con un valor tangible (OTTO, H.: Die Struktur. *Op. Cit.*, pp. 64-65 - “...*das Vermögen als dynamische Einheit an (...), so überzeugt es, dass ein Vermögensschaden nicht nur im materiell nicht ausgeglichenen Verlust gegenwärtiger Vermögensgüter liegen kann, sondern eine Vermögensbeschädigung auch darin zu sehen ist, dass Ausgaben ihren wirtschaftlichen Zweck verfehlen, und zwar nicht nur dann, wenn von vornherein mit einem materiellen Gegenwert überhaupt nicht zu rechnen war*”).

<sup>409</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.: Tutela penal de la propiedad. *Op. Cit.*, p. 85. Este autor parte de la opinión de Otto, quien ya apuntaría que los ingresos procedentes de la venta de toda una empresa, son considerablemente mayores que los ingresos procedentes de vender las propiedades individuales de la misma (OTTO, H.: *Ibidem*, p. 63 – “*In jedem Konkurs eines Unternehmers ist es eine bekannte Tatsache, dass der Erlös aus dem Verkauf des Gesamtunternehmens grundsätzlich erheblich über dem Erlös aus dem Verkauf der Einzelobjekte des Unternehmens liegt*”).

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

atribuida en la realidad social, vinculada en el delito objeto de estudio a la competencia empresarial.

### **3. Naturaleza jurídica del bien jurídico en los delitos relativos al secreto de empresa**

La definición ya apuntada del bien jurídico protegido nos lleva a ver cómo el sujeto directamente afectado por las conductas delictivas que prevén estos preceptos es el empresario, titular de la información confidencial de la empresa. Éste puede ser un solo individuo o varios de ellos, según quién o quienes ostenten la titularidad de dicha información. En efecto, las conductas de descubrimiento, revelación o utilización de esa información afectan a los intereses del titular, es decir, de aquél empresario o aquella empresa que ha sufrido el perjuicio o potencialmente podría sufrirlo por alguno de esos comportamientos. Por tanto, no estamos en presencia de conductas que afecten a los empresarios en su conjunto y, en consecuencia, no estamos en presencia de un bien supraindividual<sup>410</sup>.

Sin embargo, aunque admitiéramos que estamos hablando de acciones que afectan al colectivo de los empresarios en su conjunto, como agentes que actúan en un sector de la competencia, ello no implica que estemos ante un bien jurídico colectivo. Así, Soto Navarro estima que, para hablar de este tipo de bienes, el portador debe ser una pluralidad indeterminada de personas y no así un colectivo determinado, en cuyo caso no cabría hablar propiamente de bienes jurídicos colectivos<sup>411</sup>.

No obstante, cabría objetar a esta conclusión que desconoce que estamos ante unas figuras delictivas que se ubican en el Título XIII, relativo a los “*delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*”<sup>412</sup>, y dentro de éste en el Capítulo XI,

---

<sup>410</sup> Respecto de los delitos relativos a la propiedad intelectual, y para resaltar o remarcar su carácter individual, Ruíz Rodríguez y Rodríguez Moro, apuntan que los tipos penales “castigan conductas irrelevantes para el sistema económico pero no para el patrimonio de los titulares” (RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. / RODRÍGUEZ MORO, L.: Lección 3. *Op. Cit.*, p. 61). Esto puede ser extrapolado al caso de los secretos, si nos preguntamos ¿en qué es relevante para el sistema económico o en qué afecta a éste el descubrimiento, revelación o utilización de un secreto de empresa? dicha reflexión nos llevaría a buscar el interés protegido con el castigo de estas conductas que, como se ha dicho, tiene carácter patrimonial y afecta a su titular, por lo que parece innegable la naturaleza individual del mismo, al perjudicar directamente al potencial patrimonial del empresario.

<sup>411</sup> SOTO NAVARRO, S.: La protección penal de los bienes colectivos. *Op. Cit.*, p. 196.

<sup>412</sup> La unión del patrimonio y del orden socio-económico fue valorado de forma positiva por la doctrina, por considerarse que existía entre ellos una zona intermedia o delitos de naturaleza mixta patrimonial-económica. Así, se establece en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal, pág. 32. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones. Madrid, 1992, p. 32, donde se afirma que

concretamente en la Sección tercera, que hace referencia a los “*delitos relativos al mercado y a los consumidores*”<sup>413</sup>. La unión de estos dos últimos aspectos, esto es, mercado y consumidores, por su parte, también recibió la aprobación de la doctrina, pues mientras los primeros artículos “se centran más bien en el mercado y particularmente en la exigencia de libre y leal competencia, (...) no puede olvidarse que los consumidores son una parte del mercado y que su protección también incidirá, más o menos directamente, en bien de las reglas aplicables a dicho mercado libre y leal”<sup>414</sup>.

A partir de aquí, con frecuencia en la doctrina se atribuye de forma automática a los delitos contra el orden socio-económico, entre los que se encuentran los del Capítulo XI, la naturaleza de bienes jurídicos colectivos<sup>415</sup>, lo que podría llegar a plantear la duda de si los delitos objeto de estudio también lo son. Así, se afirma que del mismo modo que existen delitos exclusivamente patrimoniales, se hallan delitos que “genuinamente” tienen el carácter de agresión contra el orden socio-económico, entre los que se encuentran los relativos al mercado y a los consumidores<sup>416</sup>, donde concretamente se halla la violación de secretos de empresa.

La ubicación, por tanto, de los delitos objeto de estudio en el citado Capítulo, da lugar a que las interpretaciones doctrinales pierdan de vista la realidad que se da en estas conductas, intentando encontrar un fundamento que justifique la sistemática. Esta

---

por esas razones “es comprensible la rúbrica que se propone para un Título único, que de ese modo resulta más conciso y claro y no genera problemas de interpretación o aplicación”.

<sup>413</sup> La nueva sistemática del delito que el Código penal de 1995 otorgó a estos delitos vendría acompañada de referencias a la necesidad de poner en peligro la capacidad competitiva de la empresa en el Proyecto de Código penal de 1980 y Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 o, posteriormente, en el Proyecto de Código penal de 1992 haciendo mención expresa a la necesidad de que el secreto fuese evaluable económicamente y comportase ventajas competitivas. Así lo pone de manifiesto MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 122-123.

<sup>414</sup> Así, RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Derecho penal. Parte Especial*, Vol. III, Servicio Publicaciones Facultad Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1999, p. 58. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (Coord. VIVES ANTÓN, T. S.): *Comentarios al Código penal de 1995*, Volumen II (Art. 234 a Disposiciones Finales), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1355, por la proximidad existente entre los delitos contra el libre mercado y los relativos a los consumidores. Por otro lado, simplemente apuntar que en el Proyecto de Ley de reforma de Código penal de 1980, así como en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal de 1983, se aludía respectivamente en las rúbricas de los capítulos donde se recogían los delitos relativos al secreto de empresa a “derechos que conciernen a la competencia” y “derechos que conciernen a la libre competencia”, menciones a la competencia que desaparecieron ya en el Anteproyecto de Código penal de 1992.

<sup>415</sup> Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, pp. 18-19, quien afirma que existe un estrecho parentesco entre los delitos relativos al mercado y los relativos a los consumidores, justificado en que son delitos que “se orientan a preservar bienes jurídicos de naturaleza del orden económico constitucional”. Aunque parece que el autor excluye a los delitos objeto de estudio de dicha afirmación.

<sup>416</sup> Proyecto de Ley Orgánica del Código penal, pág. 31, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones. Madrid, 1992.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

dependencia del lugar que ocupe el delito en el Código penal, también se da en otras figuras, como por ejemplo ocurre en el caso del encubrimiento, el cual, al haber sido incluido por el legislador entre los delitos contra la Administración de Justicia, como pone de manifiesto García Pérez, parece haberlo configurado como un delito contra un bien jurídico supraindividual<sup>417</sup>.

Así, tomando como ejemplo infracciones de la misma sección que el delito que estudiamos, cuando estamos ante ilícitos penales contra los consumidores, como la detracción de materias primas o productos de primera necesidad del mercado para desabastecerlo (artículo 281 CP) o la publicidad falsa (artículo 282 CP), nos encontramos ante delitos que afectan a los consumidores en general y obligan al Estado a intervenir en su defensa por ser éstos la parte débil de una relación contractual, desigualdad entre las partes que también se da entre trabajador y empresario<sup>418</sup>.

La connotación social de estos delitos es evidente, pero no ocurre lo mismo en el caso de los delitos previstos en los artículos 278 a 280 CP, contenidos dentro de la Sección 3ª De los delitos relativos al mercado y a los consumidores, pues éstos no encuentran tal claridad en cuanto a su vertiente social o colectiva. La relación de estos delitos con el mercado y concretamente, con la competencia es evidente, recibiendo los secretos de empresa protección extrapenal por la Ley de Competencia Desleal. Sin embargo, no todo lo que se contiene en esta Ley es un problema colectivo, como se ha puesto ya de manifiesto. El claro ejemplo de esta afirmación es precisamente el artículo 13 de la Ley en su apartado tercero, donde excluye a los actos desleales de violación de secretos de empresa de la aplicación del ámbito objetivo de la Ley, que exige, para que un acto sea considerado desleal, que éste se haya realizado en el mercado y con fines concurrenciales. Esto implica que el acto desleal de violación de secretos de empresa puede no tener más efectos que la causación de un perjuicio patrimonial, potencial o efectivo, a un empresario, sin que ni siquiera entre el acto en la órbita de una actividad comercial, que acabe repercutiendo sobre el funcionamiento del mercado.

---

<sup>417</sup> GARCÍA PÉREZ, O.: El encubrimiento. *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>418</sup> En el mismo sentido, SOTO NAVARRO, S.: La protección penal de los bienes colectivos. *Op. Cit.*, p. 197, aludiendo a los delitos contra los derechos de los trabajadores, donde afirma que “los derechos relativos a las condiciones de trabajo pertenecen en exclusiva al trabajador, sino que tienen una evidente relevancia social que obliga a intervenir al Estado, estableciendo unas condiciones marco y velando por su cumplimiento”, añadiendo, además, que esto se justifica por el “principio de desigualdad de las partes (trabajador-empresario)”.

De lo dicho hasta ahora podemos afirmar que la naturaleza jurídica de los delitos relativos a los secretos de empresa tiene carácter patrimonial individual<sup>419</sup>. Esta interpretación parece ser coherente con el bien jurídico que se protege en los delitos objeto de estudio, y no así aquellas interpretaciones que defienden el carácter socio-económico y colectivo de la naturaleza de estas infracciones<sup>420</sup>.

El fundamento de dicha consideración, se estima ya expuesto al concretar en qué consiste el objeto de tutela de estas conductas. Sin embargo, en aras de una mayor justificación, cabe aludir al primero de los elementos al que alude Soto Navarro para caracterizar los bienes jurídicos colectivos, argumentando en sentido negativo la no concurrencia del mismo en el delito objeto de estudio.

La autora, en el propósito de indagar en los caracteres propios y comunes de los bienes jurídicos colectivos, señala la existencia de cuatro notas que los definen: titularidad compartida, indisponibilidad, indivisibilidad y naturaleza conflictual y necesidad de ponderación<sup>421</sup>. Siendo las tres últimas notas expuestas consecuencia de la primera, vamos a centrarnos exclusivamente en ésta, como representativa del carácter individual de la naturaleza jurídica del bien jurídico protegido en los delitos relativos a secretos de empresa.

La primera característica a la que alude la autora es la de que la titularidad de los bienes jurídicos colectivos es compartida por el conjunto de la sociedad<sup>422</sup>, algo que no ocurre en el presente delito. A mi parecer, esta es la nota que de forma más clara se aparta de la definición de los tipos delictivos que estudiamos, pues es opinión común en la doctrina que el titular del bien jurídico es el empresario, titular de la información reservada<sup>423</sup>. Incluso Martínez-Buján que, como hemos dicho, se inclina por admitir como

---

<sup>419</sup> En este mismo sentido, con las salvedades que ya han sido comentadas respecto a su interpretación del bien jurídico protegido, se pronuncia CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 147, para quien la naturaleza de estos delitos es la de delito patrimonial, pues afirma que “lo que se lesiona o pone en peligro de forma inmediata es el interés económico individual del empresario en conservar la situación de reserva”.

<sup>420</sup> Así es defendido por MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 148.

<sup>421</sup> SOTO NAVARRO, S.: La protección penal de los bienes colectivos. *Op. Cit.*, pp. 194-227.

<sup>422</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>423</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 190; DE URBANO CASTRILLO, E. (Dir. Conde-Pumpido Tourón, C. y Coord. López Barja de Quiroga, J.): Comentarios. *Op. Cit.*, p. 2179; MORENO CANOVÉS. A. / RUÍZ MARCO, F.: Delitos socioeconómicos. *Op.Cit.*, p. 139.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

auténtico bien jurídico de estos delitos la leal competencia, reconoce que el sujeto pasivo de estos delitos “será el titular de la empresa cuyos secretos se vulneran”<sup>424</sup>.

En este sentido, como apunta Paredes Castañón, la consideración de un bien jurídico-penalmente protegido como individual o supraindividual tiene que ver, no tanto con la naturaleza social de la perturbación que producen las conductas castigadas, “como con un problema de justicia distributiva: esto es, con la cuestión de a quién – a cada individuo o a la colectividad – se atribuye el poder sobre ciertos bienes sociales, otorgándole consiguientemente también la facultad de disponer de ellos. Decisión ésta que ha de basarse, claro está, fundamentalmente en consideraciones de orden político, acerca del alcance de la autonomía individual y de la intervención colectiva y estatal”<sup>425</sup>. De esta “facultad de disponer”, de la que venimos hablando al determinar el bien jurídico protegido y de la que derivan los intereses patrimoniales del titular de los secretos de empresa, se deduce la segunda característica de los bienes colectivos según Soto Navarro, esto es, la indisponibilidad de los mismos, algo que, consecuentemente, y dada la titularidad individual de los secretos, no ocurre en el caso objeto de estudio. Muestra de ello es la aplicabilidad a los delitos relativos a secretos de empresa del artículo 287 CP, según el cual, dichos delitos sólo son perseguibles a instancia de la persona agraviada o sus representantes legales, salvo que se afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

Por otro lado, incluso en el caso de que el titular de la información no fuera un solo empresario, sino que la información reservada perteneciera a una persona jurídica, este hecho no comporta automáticamente su calificación como bien jurídico colectivo<sup>426</sup>, pues como ya se ha mencionado, para ello deberíamos estar ante una pluralidad indeterminada de personas y no ante un colectivo concreto.

Que la titularidad de la información reservada corresponde al empresario, es admitido desde antiguo por nuestra doctrina cuando el prevalente carácter unipersonal de las empresas y la intención de proteger los resultados del trabajo como reconocimiento del propio esfuerzo, atribuían la propiedad de los mismos a su dueño y es aquí donde se

---

<sup>424</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>425</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>426</sup> SOTO NAVARRO, S.: La protección penal de los bienes colectivos. *Op. Cit.*, p. 195.

fundamentaba, en parte, la interpretación patrimonial del bien jurídico protegido que se mantuvo desde el Código penal de 1848 al de 1973<sup>427</sup>.

Esto se justifica en el hecho de que la actividad realizada por cualquier empresa supone una inversión, que da lugar a una serie de conocimientos. Esta inversión puede llevarse a cabo, como pone de manifiesto la doctrina, de muy diferentes formas: estudios, investigaciones, aplicaciones, pruebas, años de actividad, experiencias, relaciones humanas, etc.<sup>428</sup> Las inversiones realizadas por el empresario para obtener información valiosa para su empresa le otorgan la titularidad de la misma y, por tanto, las violaciones a esta información valiosa que decide reservar afectan a su titular, suponiendo esto el carácter individual de la naturaleza jurídica de estos delitos.

---

<sup>427</sup> DE VIZMANOS, T. M. / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: Comentarios al Código penal. *Op. Cit.*, p. 454.. Estos autores dicen que esto debe castigarse “porque lo contrario fuera privar de la compensación debida al que por resultado de su trabajo, de su experiencia o quizás de una feliz casualidad, descubre o introduce en nuestro país métodos, procedimientos ú objetos desconocidos que puedan servir al progreso de las artes”.

<sup>428</sup> FRIGNANI, A. *Secretos de empresa (en el Derecho italiano y comparado)*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº73, Madrid, 1988, p. 255.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

## CAPÍTULO II

# CONCEPTO Y ALCANCE DEL SECRETO DE EMPRESA



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



## CAPÍTULO II

### CONCEPTO Y ALCANCE DEL SECRETO DE EMPRESA

#### I. INTRODUCCIÓN

Una vez analizado el bien jurídico, vamos a ocuparnos a continuación del concepto de secreto empresarial. Si bien la mayoría de la doctrina considera el secreto de empresa como el objeto material del delito<sup>429</sup>, esta categoría tradicional vinculada al plano del mundo corpóreo no puede ser aplicada en el presente delito<sup>430</sup>, salvo que se admita que dicho objeto lo constituyen los soportes que contienen el secreto, y no este último. Por ello, en el presente trabajo no se acudirá dicho concepto, entendiendo simplemente que la información secreta constituye el objeto de la acción desde un plano naturalístico o valorativo, sin atribuirle categorías dogmáticas difícilmente aplicables a todos los casos.

---

<sup>429</sup> En este sentido, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 25; MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 299.

<sup>430</sup> Algunos autores han intentado salvar estas dificultades, entendiendo que la incidencia *material* de la acción delictiva sobre el objeto, no obsta para entender como objeto de la acción un bien inmaterial. En este sentido se pronunció JESCHECK, H-H.: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, DUNCKER & HUMBLOT, Berlin, 1978, p. 208, quien afirmó que el objeto material puede tener diferentes formas. Así, puede presentarse como unidad física-psicológica (*leib-seelische Einheit* - cuerpo o vida de las personas), como valor social (*sozialer Wert*), como valor económico (*wirtschaftlicher Wert*), como cosa, como estado o situación real (*realer Zustand*). Así, pone de manifiesto el autor que, siendo el objeto material del delito el objeto del mundo exterior en relación al cual la acción típica es realizada, éste puede identificarse no sólo con personas o cosas, sino también con objetos incorpóreos (*unkörperliche Gegenstände*) (así, *Ibidem*, p. 220; en el mismo sentido, MIR PUIG, S.: “Objeto del delito”, en PELLISÉ PRATS, B. (Dir.): *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1982, p. 765; también en MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, p. 174).

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Desde antiguo, la doctrina mercantil y penal ha llamado la atención sobre la dificultad de definir en qué consiste un secreto. Partimos de que nos encontramos ante una noción que queda fuera del ámbito del Derecho, cuyos contornos, si bien generalmente conocidos, habrán de ser definidos para, posteriormente, ahondar en su conceptualización a nivel jurídico y, concretamente, penal en cada una de sus notas<sup>431</sup>.

Por ello, el presente capítulo comienza con una aproximación etimológica a la noción extrajurídica de secreto, para aclarar qué se entiende por tal. Como vimos, este objeto tiene un carácter inmaterial, frente al de naturaleza material que posee el soporte donde se contiene. A continuación estudiaremos las características que configuran el concepto de secreto empresarial, entendido en términos mercantiles, pues no existe una noción jurídica de secreto, ni tampoco del empresarial<sup>432</sup>.

En primer lugar, el secreto está integrado por información, pero no de cualquier tipo, sino la de carácter empresarial. Así se desprende tanto de la proximidad de los secretos de empresa a la propiedad industrial, como del hecho de que la violación de éstos se configure como un ilícito civil en la Ley de Competencia Desleal. De ahí se deriva que sólo este tipo de información podrá constituir objeto del secreto empresarial.

Cada vez resulta mayor el número de conocimientos que una empresa ostenta y que guarda celosamente para sí, como consecuencia del vertiginoso crecimiento de la industria, donde es cada vez más difícil ser pioneros y realizar invenciones geniales que den lugar a un derecho exclusivo de patente, siendo más habitual que se den perfeccionamientos y pequeñas innovaciones, que tienen como única forma de protección el secreto de empresa. A esto se suma la llamada “sociedad de la información”<sup>433</sup> en la que vivimos, denominada por estudiosos de la economía y sociólogos como la “segunda revolución industrial”<sup>434</sup>. En este contexto en el que la información es el elemento más

---

<sup>431</sup> Dicha graduación del estudio, desde el aspecto más general del secreto hasta el más concreto, que es el que nos interesa, ya ha sido advertida por la doctrina (MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 30).

<sup>432</sup> GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 354.

<sup>433</sup> SIEBER, U.: *Informationstechnologie und Strafrechtsreform (zur Reichweite des künftigen Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität)*, Carl Heymanns Verlag KG, München, 1985, p. 12.

<sup>434</sup> *Ibidem*. Así, el autor pone de manifiesto que mientras que en la “primera” revolución industrial de los siglos XIX y XX, la fuerza muscular humana era sustituida por la de las máquinas, en esta “segunda revolución industrial” lo que es sustituido por máquinas es el intelecto humano (*Während die “erste” industrielle Revolution des 19. und 20. Jahrhunderts die Ersetzung menschlicher Muskelkraft durch Maschinen zum Gegenstand hatte, liegt das Charakteristikum dieser zweiten Phase industrieller Entwicklung in der Verlagerung menschlicher Geistestätigkeit auf Maschinen*).

valorado de la empresa, tanto el volumen de aquella como el riesgo de violación de su carácter reservado van en aumento. Esto hace que su protección, legal o no, sea cada vez más importante para que la empresa pueda obtener ventajas, evitar pérdidas o simplemente mantenerse en el mercado sin arriesgar su posición. La información empresarial, como se verá, puede tener carácter técnico o industrial o bien comercial, ostentando un especial protagonismo en este último grupo las listas de clientes, a las que se dedicará mayor atención.

Teniendo como objeto la información empresarial, estamos ante un concepto lo suficientemente amplio como para abarcar todas las modalidades posibles<sup>435</sup>. Siendo esto así, parece difícil acudir a una definición cerrada del mismo. En efecto, la doctrina destaca que intentar construir una noción de esta índole no parece una idea plausible<sup>436</sup>. Y ello por varias razones: en primer lugar, por la vasta tipología de información que puede integrar este concepto; en segundo lugar, porque esta diversidad depende en gran medida tanto del tipo de empresa como del sector de producción en el que opera, de tal manera que no toda ella afecta de la misma manera a todas las empresas en caso de que se viole su reserva. Por tanto, su relevancia es relativa; en tercer lugar, la condición de secreto dependerá también de las medidas que el titular de la misma haya adoptado para mantenerla reservada, por lo que no cabe efectuar una valoración abstracta de la misma. Por ello, conviene tener presente que estamos ante un tema en el que las circunstancias del caso concreto juegan un papel esencial.

En consecuencia, dada la imposibilidad de ofrecer una definición cerrada de secreto de empresa, la información empresarial sólo integrará este concepto si reúne ciertos requisitos. La identificación de éstos se puede conseguir a partir de los textos internacionales, como el artículo 39.2 del Acuerdo TRIPs o el 2.1 de la *Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas*. Son estos los

---

<sup>435</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>436</sup> *Ibidem*, p. 90. Así, también, otros autores como PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 227, quien afirma que “la pretensión de llevar a cabo una enumeración exhaustiva de las informaciones que constituyen secreto está abocada al fracaso”, por lo que “rige un sistema de *numerus apertus*”.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

elementos que deben ser empleados por la jurisprudencia de cara a determinar si una información constituye un secreto de empresa.

Estos elementos, señalados desde el Derecho mercantil, que van a permitir identificar un secreto de empresa, son tres: en primer lugar, que la información ha de tener carácter reservado, entendiendo por tal que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por las personas que pertenecen al círculo donde normalmente aquella se utiliza; en segundo lugar, que el titular de la información debe manifestar su voluntad de mantener en secreto la misma, adoptando para ello medidas razonables en el caso concreto; y, en tercer lugar, que tiene que tener un valor empresarial. Sin embargo, en la necesidad de respetar los principios penales de lesividad, fragmentariedad y subsidiariedad, resulta necesario restringir el concepto mercantil, marcando unas exigencias que ineludiblemente deberán darse para que intervenga el Derecho penal, relacionadas con su afección al bien jurídico protegido.

## II. NOCIÓN EXTRAJURÍDICA DE “SECRETO”

Como ha señalado la doctrina, antes de acometer el estudio del concepto jurídico de secreto de empresa, es preciso abordar el sentido de secreto en el lenguaje ordinario<sup>437</sup>, en la medida en que estamos ante una noción pre-jurídica<sup>438</sup>. Esta labor, como también se ha indicado, no resulta fácil, pues aquello que sea “secreto” es todavía un secreto<sup>439</sup>.

Etimológicamente, la palabra “secreto” deriva del latín *secrētum* (sust.), *secrētus* (adj.), que significa “separado, aislado, remoto”<sup>440</sup>, “apartado; particular, especial; distinto”<sup>441</sup>. También adquiere sentido como participio de *secernere*, cuyo significado es “separar, aislar”, que a su vez deriva de *cernere*, que quiere decir “distinguir, cerner”<sup>442</sup>. De este último término derivan otros que son cultismos, como “discernir”, que significa

---

<sup>437</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: *Ídem*, p. 41.

<sup>438</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 30.

<sup>439</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto penale. Parte speciale-I*, quindicesima edizione integrata e aggiornata a cura di C. F. Grosso, Giuffrè Editore, Milano, 2008, p. 250.

<sup>440</sup> COROMINAS, J.: *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3ª edición muy revisada y mejorada, Gredos, Madrid, 1997, p. 527.

<sup>441</sup> SEGURA MUNGUÍA, S.: *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas*, 3ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 695.

<sup>442</sup> COROMINAS, J.: *Breve diccionario etimológico. Op. Cit.*, p. 527.

“distinguir, separar mentalmente”, y que está tomado del latín *discernere*, de cuyo participio deriva “discreto” (*discrētus*)<sup>443</sup>.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por “*secreto*” puede entenderse una “*cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta*”<sup>444</sup>. Esta primera definición, por simple y genérica que pueda parecer, ya nos ofrece mucha información relevante para fijar la noción de secreto de empresa.

En primer lugar, el secreto es una “*cosa*”. Si acudimos de nuevo al Diccionario, por “*cosa*” puede entenderse “*todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta*”<sup>445</sup>. Por tanto, en el caso del secreto, estaríamos hablando de algo con entidad espiritual, no material, esto es, “*cosa*” entendida como “bien”, no como algo corporal.

En segundo lugar, el término “*cuidadosamente*” resulta también de gran trascendencia en la definición del secreto, pues es precisamente eso, el cuidado por parte de su titular para mantenerlo oculto, lo que le confiere dicho carácter. Este puede perderse en el momento en que su titular *descuida* su protección.

En tercer lugar, es precisamente de esta forma, “*cuidadosamente*”, como dicha “*cosa*” ha de ser “*reservada y oculta*”. Por más que la conjunción copulativa “y” vincule estos dos términos, en principio ambos pueden ser entendidos como sinónimos<sup>446</sup>, pues una de las acepciones de “reservar” es la de “ocultar”<sup>447</sup>, y viceversa<sup>448</sup>. No obstante, también puede entenderse el término “*reservar*” como “destinar (...) una cosa de un modo exclusivo para uso o persona determinados”<sup>449</sup>. Con ello se estaría aludiendo a la exclusividad que confiere el mantener algo oculto. La reserva permite disponer de la

---

<sup>443</sup> COROMINAS, J.: *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, volumen I, Editorial Gredos, Madrid, 1974, p. 776.

<sup>444</sup> Primera acepción de la palabra “secreto” en el Diccionario de la RAE (Real Academia de Española) (<http://lema.rae.es/drae/?val=secreto>).

<sup>445</sup> Primera acepción de la palabra “cosa” en el Diccionario de la RAE (<http://lema.rae.es/drae/?val=cosa>).

<sup>446</sup> Así, “no comunicar” algo, constituye la sexta acepción de la palabra “reservar” en el Diccionario de la RAE (<http://lema.rae.es/drae/?val=reservar>); mientras que “esconder” algo, aparece en la primera acepción de la palabra “ocultar” en el Diccionario de la RAE (<http://lema.rae.es/drae/?val=ocultar>).

<sup>447</sup> Séptima acepción de la palabra “reservar” en MARTÍN ALONSO: *Enciclopedia del idioma. Diccionario histórico y moderno de la lengua española (siglos XII al XX). Etimológico, tecnológico, regional e hispanoamericano*, Tomo III, letras N-Z, Aguilar, Madrid, 1982, p. 3599; séptima acepción del término “reservar” en el Diccionario de la RAE (<http://lema.rae.es/drae/?val=reservar>); así también en MOLINER, M.: *Diccionario de uso del español*, H-Z, Editorial Gredos S. A., Madrid, 1988, p. 548.

<sup>448</sup> Segunda acepción del vocablo “ocultar” en MARTÍN ALONSO: *Ibidem*, p. 3020.

<sup>449</sup> Tercera acepción del término “reservar” en *Ídem*, p. 3599.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

información frente a quien la desconoce. Este último aspecto pone de manifiesto otra característica de cualquier tipo de secreto, como es la de que se exige la presencia de más de una persona para que pueda existir un secreto, en la medida en que siempre será necesaria una que lo conozca y otra que no<sup>450</sup>.

Para que quepa hablar de un secreto, resulta también interesante resaltar la tercera acepción del vocablo “secreto”, que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, según la cual, es todo “*conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio*”. Esta acepción se acerca en gran medida a la definición del tipo de secreto que aquí nos interesa.

El término “secreto”, como sustantivo, sería definido entonces como “noticia o conocimiento que se mantiene secreto”, siendo éste un adjetivo que “se aplica a las cosas cuyo conocimiento se guarda entre un reducido número de personas con cuidado de que no trascienda a las demás”<sup>451</sup>.

La doctrina más autorizada ha aludido a este carácter pre-jurídico de la noción de secreto, sin que éste se contemple en la ley. Así, ya decía Gómez Segade, que ninguna ley suministra una definición de secreto en general<sup>452</sup> y que por tal se entiende la “*falta de conocimiento por otras personas o imposibilidad de conocer determinadas cosas, circunstancias o hechos*”<sup>453</sup> o como dice Bajo Fernández “por <<secreto>> ha de entenderse *el conocimiento reservado a un círculo muy limitado de personas y oculto a otras*”<sup>454</sup>.

### III. EL SECRETO DE EMPRESA: CARACTERÍSTICAS CONFIGURADORAS

No existiendo un concepto legal de secreto de empresa en el ordenamiento jurídico español, para su caracterización, como ha destacado la doctrina<sup>455</sup>, es preciso acudir a los textos internacionales, sobre todo, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de

---

<sup>450</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 279, en este sentido, este autor apuntaba que “Ni Adán ni Robinson poseen secretos”.

<sup>451</sup> MOLINER, M.: Diccionario de uso del español. *Op. Cit.*, p. 1121.

<sup>452</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>453</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>454</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p.278.

<sup>455</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 222.

Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o, en inglés, Acuerdo TRIPS - *Trade-Related aspects of Intellectual Property rights* -)<sup>456</sup>.

Dicho Acuerdo, que entró en vigor el 1 de enero de 1995, es hasta la fecha el pacto multilateral más completo sobre propiedad intelectual, firmado hasta ahora por 162 países<sup>457</sup>. Uno de los tipos de propiedad intelectual<sup>458</sup> que menciona es la información no divulgada, que incluye secretos comerciales y datos de pruebas. En el artículo 39 párrafo 2 se recogen las notas definitorias de la información no divulgada, fijando así en el contexto internacional la configuración del secreto de empresa.

*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 adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos<sup>459</sup>, en la medida en que dicha información:*

- a) sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y*
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y*
- c) haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla.*

Asimismo, también hay que tomar en consideración la *Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de*

---

<sup>456</sup> Este es el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

<sup>457</sup> A fecha de 16 de junio de 2016, siendo los últimos países en incorporarse las Seychelles y Kazajstán, en abril y noviembre de 2015, respectivamente.

<sup>458</sup> Hay que tener presente, como ya se mencionó, que el término en inglés “*Intellectual property rights*” no sólo hace referencia a nuestros “derechos de propiedad intelectual”, esto es, los derechos de autor, sino que abarca también los “derechos de propiedad industrial”.

<sup>459</sup> El propio Acuerdo prevé qué se entiende por “de manera contraria a los usos comerciales honestos” a efectos del mismo, estableciendo que esta expresión “significará por lo menos las prácticas tales como el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción, e incluye la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas” ([https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/27-trips.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf), en p. 19 nota al pie 10).

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

*los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas*, que ha entrado en vigor en España con fecha de 5 de julio de 2016. En su artículo 2.1 viene a definir el secreto comercial en los mismos términos que el ADPIC. En efecto, en este precepto se dispone lo siguiente:

*A los efectos de la presente Directiva se entenderá por:*

*1) «secreto comercial»: la información que reúna todos los requisitos siguientes:*

*a) ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas;*

*b) tener un valor comercial por su carácter secreto;*

*c) haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control.*

A continuación se exponen detenidamente cada uno de estos requisitos, partiendo de que los mismos se aplican a la información de carácter empresarial, lo que deja fuera del ámbito de este delito aquella que entra en el marco de otros tipos, como la relativa a la intimidad o al sector público, entre otros.

## **1. Información de carácter empresarial**

Mientras que en España se alude a “secreto empresarial” desde la entrada en vigor del Código penal de 1995, este término varía de un país a otro. Así, en Suiza se distingue entre “secrets de fabrication” y “secrets commerciaux”<sup>460</sup>. En Alemania, el § 17 de la UWG, habla de secretos industriales y comerciales (“Geschäfts- und Betriebsgeheimnis”)<sup>461</sup>. En Italia, se ha acudido a diversos términos como “segreti

---

<sup>460</sup> TROLLER, K.: *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, tomo I, 12ª ed., Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 360.

<sup>461</sup> KÖHLER, H. / BORNKAMM, J.: *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Preisangabenverordnung*, 23., neu bearbeitete Auflage des von Dr. Adolf Baumbach begründeten und von Prof. Dr. jur. Dr. h. c. Wolfgang Hefermehl bis zur 22. Auflage bearbeiteten Werkes, Verlag C. H. Beck

commerciali” o “segreti scientifici” o “industriali”<sup>462</sup>. En Francia, se sigue aludiendo al “sécrot de fabrique”, que resulta a todas luces insuficiente<sup>463</sup>. En EEUU, tiene ya una arraigada tradición el término “trade secrets”, que la doctrina identifica con información confidencial por pertenecer a su propietario (*proprietary information*), definida como “ideas comercialmente útiles”<sup>464</sup>.

Hay quien ha propuesto otros nombres, como secreto de alcance económico<sup>465</sup>. Sin embargo, lo cierto es que la discusión acerca de la cuestión terminológica sobre el secreto empresarial y si hay que denominarlo secreto de industria, comercio, empresa, fábrica, negocio, etc., es una discusión que atañe al Derecho mercantil y que va a depender del término que se use para aludir a la organización por excelencia que interviene en el mercado y en el tráfico comercial, en este caso, la empresa. Así lo manifestaba Gómez Segade al apuntar la conveniencia de unificar la terminología y emplear el término “secretos empresariales”, toda vez que en todos los supuestos se toma a la empresa como punto de referencia<sup>466</sup>, dirigiendo este autor la crítica a los términos empleados en el panorama internacional por su incapacidad para aportar una visión completa de la esfera reservada de la empresa<sup>467</sup>. De hecho, hay que apuntar que el Acuerdo TRIPs y la Directiva (UE) 2016/943 aludan al valor “comercial” como segundo requisito de la información no divulgada en su versión oficial en castellano, ello responde a una traducción literal de los textos originales, que alude a la expresión “*commercial value*”. La inoperancia de acoger este término de forma literal se demuestra también en la traducción que emplea la propia Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (*WIPO*), para definir el secreto empresarial, al que se refiere como “toda información comercial confidencial que confiera a una empresa una ventaja competitiva”, añadiendo que “los secretos comerciales abarcan los secretos industriales o de fabricación y los

---

München 2004, p. 1201. Estos autores ponen de manifiesto que los secretos de los negocios y la industria (*Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse*), que se equiparan al concepto de Know-how o al de “secreto de la economía y de la empresa” (*Wirtschafts- und Unternehmensgeheimnisse*), juegan en la vida económica un gran papel.

<sup>462</sup> CRESPI, A.: “Tutela penale del secreto e concorrenza sleale”, en *La Repressione penale della concorrenza sleale* (Atti del Secondo Simposio di Studi di Diritto e Procedura Penali), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966, p. 182.

<sup>463</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>464</sup> POOLEY, J. H. A.: *Trade Secrets. A guide to protecting Proprietary Business Information*, American Management Association, New York, 1987, p. 5.

<sup>465</sup> TROLLER, K.: Manuel du droit suisse. *Op. Cit.*, p. 360, nota 4.

<sup>466</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 50.

<sup>467</sup> *Ibidem*, pp. 48-49.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

secretos comerciales”<sup>468</sup>. Por estos motivos, se opta aquí por el concepto de valor *empresarial*, que abarca no sólo la información de carácter comercial, sino también la industrial.

En nuestro ordenamiento, tal cuestión ha quedado ya superada pues, aun cuando nuestra legislación acuda a diversos términos según el caso<sup>469</sup>, la expresión “secreto de empresa” es omnicomprendiva de toda la vasta tipología de informaciones que pueden constituir secreto a los efectos que aquí interesan, por lo que partiremos de dicho concepto<sup>470</sup>.

Por otro lado, también es necesario aclarar que en la actualidad es sinónimo de secreto de empresa el llamado saber-hacer, más conocido por el término anglosajón *know-how*, cuya evolución responde a la que ha sufrido en el mismo sentido la noción de secreto, desde el que aludía sólo a la información de carácter industrial, al actual omnicomprendivo de todo tipo de información empresarial. Este concepto se refiere a un conocimiento sobre algo, también de naturaleza intangible<sup>471</sup>. Sin embargo, la doctrina mercantil lo equiparó en su momento a los conocimientos secretos de orden industrial<sup>472</sup>, afirmando que el núcleo central del mismo se constituía por “las reglas, procedimientos y prácticas que permiten una rápida y ventajosa explotación de la invención” y que se

---

<sup>468</sup> [http://www.wipo.int/sme/es/ip\\_business/trade\\_secrets/trade\\_secrets.htm](http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/trade_secrets/trade_secrets.htm)

<sup>469</sup> Para una exposición exhaustiva de los diferentes términos empleados en nuestro ordenamiento por diferentes textos legales, MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 40 nota 80.

<sup>470</sup> La idoneidad de dicho término es anunciada también por la autora (*Ibidem*, p. 42). También se parte del término “empresarial” para referirnos al valor de la información, que constituye el segundo de los requisitos previstos en el Acuerdo TRIPs y la Directiva (UE) 2016/943. Estos textos aluden al valor “comercial” en su versión oficial en castellano, lo que responde a una traducción literal del original, que emplea la expresión “*commercial value*”. La inoperancia de acoger este término de forma literal se demuestra también en la traducción que emplea la propia Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (*WIPO*), para definir el secreto empresarial, al que se refiere como “toda información comercial confidencial que confiera a una empresa una ventaja competitiva”, añadiendo que “los secretos comerciales abarcan los secretos industriales o de fabricación y los secretos comerciales” ([http://www.wipo.int/sme/es/ip\\_business/trade\\_secrets/trade\\_secrets.htm](http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/trade_secrets/trade_secrets.htm)). Por estos motivos, se opta aquí por el concepto de valor *empresarial*, que abarca no sólo la información de carácter comercial, sino también la industrial.

<sup>471</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 137.

<sup>472</sup> Gómez Segadé argumentaba por qué el “saber-hacer” ha de contener sólo informaciones de carácter industrial y no así comercial. Así, estimaba que, en primer lugar, el *know-how* nació para designar únicamente conocimientos técnicos, precisamente los que eran necesarios para conseguir una mejor explotación de la patente; en segundo lugar, afirmaba que estimar incluidos conocimientos comerciales dentro de este concepto diluiría la protección del único *know-how* de auténtico valor, que tiene por objeto datos técnico-industriales; en tercer lugar, los contratos de cesión o licencia de *know-how stricto sensu* tienen por objeto conocimientos técnicos; y, en cuarto lugar, la que consideraba el autor como razón definitiva, es aquella que defiende que estimar incluidos conocimientos comerciales en el concepto de *know-how* sería sumamente gravosa para los países en vías de desarrollo, pues contribuiría a incrementar las cargas de su balanza de pagos (*Ibidem*, p. 145).

trataba de conocimientos complementarios, que resultaban indispensables para la explotación de una patente que, de ordinario, eran poseídos por el titular de ella, pero no obtenidos con la simple licencia o cesión de la misma<sup>473</sup>. En este contexto el *know-how* debía cumplir dos requisitos: 1) que fueran conocimientos industriales, esto es, que tuvieran carácter técnico; y 2) que fueran secretos. No constituía requisito la novedad, pues exigirla supondría “una mera transposición al terreno del *know-how* de requisitos propios del sistema de patentes”<sup>474</sup>.

Sin embargo, esta visión está ya superada y en la actualidad el concepto de *know-how* se extiende a los conocimientos de orden comercial, incluidos los aspectos organizativos de la empresa<sup>475</sup>. De esta forma, la expresión *know-how* ha acabado empleándose para abarcar ambas categorías de conocimiento (el industrial y el comercial), dando lugar a una equivalencia conceptual entre dicho término y el de secreto de empresa<sup>476</sup>. Además, los requisitos apenas citados que se exigen para que exista secreto de empresa, son los mismos que prevén diversos reglamentos de ámbito internacional para el llamado *know-how*, como el artículo 1.1.i)<sup>477</sup> del *Reglamento (UE) N° 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101,*

<sup>473</sup> *Ídem*, p. 138.

<sup>474</sup> *Ídem*, p. 143.

<sup>475</sup> El mismo Gómez Segade cambió su postura, reconociendo que “en ocasiones el término *know-how* también puede referirse a conocimientos sobre ideas o procedimientos comerciales” (GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: “Algunos aspectos de la licencia de *know-how*. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1979”, en *Actas de Derecho Industrial*, tomo 7, 1981, p. 209).

<sup>476</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 32; MASSAGUER FUENTES, J.: El contrato de licencia. *Op. Cit.*, p. 35, quien define el *know-how* inspirándose en la interpretación realizada por Gómez Segade, pero con un contenido más amplio, como “conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación”; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 41; P PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 227; TROLLER, K.: Manuel du droit suisse. *Op. Cit.*, p. 362, quien afirma que se calificará de « *know-how* » los conocimientos que un empresario ha adquirido y gracias a los cuales podrá resolver los problemas relativos a la fabricación de sus productos, a la puesta en marcha de sus servicios o a la organización de su empresa. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia. Así, la STS de 21 de octubre de 2005, que resalta “la tendencia a un concepto más genérico, en el sentido de conectar el *know-how* con la experiencia – conocimientos de orden empírico (adquisición progresiva, fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad industrial o comercial o fruto de una tarea de investigación y experimentación)–, con la cualificación del especialista y con un menor grado de confidencialidad”.

<sup>477</sup> Que define el *know-how* o “conocimientos técnicos”, como “un conjunto de información práctica derivada de pruebas y ensayos, que es: i) secreta, es decir, no de dominio público o fácilmente accesible; ii) sustancial, es decir, importante y útil para la producción de los productos contractuales, y; iii) determinada, es decir, descrita de manera suficientemente exhaustiva para permitir verificar si se ajusta a los criterios de secreto y sustancialidad”.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

*apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.*

El “secreto de empresa” se refiere a “toda información relativa a cualquier ámbito, parcela o esfera de la actividad empresarial...”<sup>478</sup>. Como ha puesto de manifiesto Galán Corona<sup>479</sup>, la *información* es “todo conjunto de datos o conocimientos que son susceptibles de formalización y de transmisión a otros”, es decir, “datos relativos a hechos, procedimientos, existencia o caracteres de cosas, etc., que son poseídos (conocidos) por alguien”. Según este autor, la información es susceptible de ser transmitida, “lo que permite excluir de su ámbito las habilidades o cualidades subjetivas de las personas, en cuanto que las mismas, por ser inherentes a uno o varios sujetos concretos, no pueden transmitirse a otros”. Por otro lado, el término que acompaña a la información, esto es, *empresarial*, según el autor, implica que la misma “ha de recaer sobre materias atinentes a la empresa y/o a su actividad”<sup>480</sup>. Es decir, su objeto consiste en ideas, productos, procedimientos o experiencias industriales o comerciales”, quedando, en cambio, excluidas las informaciones, los datos o las experiencias técnicas pertenecientes a particulares, científicos aislados, etc.<sup>481</sup>.

La definición inicial de secreto de empresa como información de carácter empresarial abre el concepto a una **innumerable casuística**, pues es extremadamente amplia la gama de actividades empresariales que existen en la actualidad<sup>482</sup>. Por ello, la doctrina ha descartado efectuar una enumeración exhaustiva de las informaciones que constituyen secreto de empresa, pues estamos ante un concepto dinámico en el que sus componentes van cambiando. De ahí que se prefiera optar por un sistema de *numerus*

---

<sup>478</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 73.

<sup>479</sup> GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 356.

<sup>480</sup> El concepto de empresa al que se alude, es un concepto esencialmente económico, entendiéndose por tal, como apuntan Terradillos Basoco y Acale Sánchez, “una organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado” (TERRADILLOS BASOCO, J. M. / ACALE SÁNCHEZ, M.: *Nuevas tendencias en Derecho penal Económico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008, p. 17). Asimismo, y en relación al término *empresario* al que alude al artículo 3.1 de la Ley de Competencia Desleal, se asume, coincidiendo con Carrasco Andrino, que basta con que el sujeto participe en el mercado como oferente (CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 38).

<sup>481</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 120.

<sup>482</sup> Así, como apunta Gómez Segade, y refiriéndose sólo a los secretos industriales, que son el objeto de su estudio, menciona a título de ejemplo sectores industriales como la electrónica, la técnica espacial, la balística, la química, la bioquímica, la industria aeronáutica, la informática, etc., donde –dice–, la importancia económica de los secretos industriales alcanza niveles insospechados, teniendo gran protagonismo en industrias que están sometidas a los dictados de la moda, como la del automóvil, donde las necesidades de la sociedad de consumo y la fuerte competencia entre las empresas fabricantes, hacen que continuamente estén saliendo al mercado modelos nuevos (*Ibidem*, pp. 175-176).

*apertus*<sup>483</sup>. También la jurisprudencia ha defendido el carácter abierto de dicho término, señalando que éste, inserto en el tráfico mercantil, puede afectar, bien al ámbito interno de una empresa (comprensivo tanto de las técnicas productivas como de la organización) bien al externo (actuación en el mercado)<sup>484</sup>, siendo susceptible de juzgarse en un mismo proceso penal toda conducta ilícita contra un secreto empresarial, independientemente de su tipología<sup>485</sup>.

Sin embargo, la opción por un concepto abierto no implica que cualquier información pueda integrarse a efectos penales en el mismo, de tal manera que es necesario analizar los diversos tipos de información empresarial para determinar cuáles son los que caen dentro de esta noción y cuáles quedan fuera, como sucede con aquellos que reciben protección a través de otros institutos, tal como acaece con los derechos de propiedad industrial. Por ello a continuación vamos a ir abordando las diversas especies de información empresarial para ir acotando cuáles de ellas integran el concepto de empresa. Para ello distinguiremos, tal como hace la doctrina, entre aquella de tipo industrial y aquella de índole comercial.

### 1.1. La información de tipo industrial

La información de tipo industrial da lugar al llamado secreto industrial, el cual ha recibido una especial atención por parte de la doctrina. Así, ha sido el mercantilista Gómez Segade el principal precursor en nuestro país de estudios relacionados con la materia. Éste afirmaba que los secretos industriales son aquellos “atinentes al sector técnico industrial de la empresa (procedimientos de fabricación, reparación o montaje, prácticas manuales para la puesta a punto del producto, etc.)”<sup>486</sup>. El autor aclara que por sector técnico-industrial de la empresa entiende “cualquier actividad unida a la

---

<sup>483</sup> *Ídem*, p. 90. Así, también, otros autores como PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 227.

<sup>484</sup> Así lo apunta el AAP Barcelona (Sección 10ª), 81/2010, de 18 de enero.

<sup>485</sup> Ejemplo de ello es la SJP 16 Barcelona 534/2010, de 17 de noviembre, en la que objeto de revelación ilícita había sido tanto información de naturaleza comercial (currículos vitae de ingenieros y otros trabajadores de la empresa, listados de clientes, precios pactados, duración de diferentes proyectos), como otra de naturaleza más técnica (propuestas de ejecución de proyectos).

<sup>486</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 51. En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 296; MASSAGUER FUENTES, J.: El contrato de licencia. *Op. Cit.*, p. 35, que los define como los atinentes “a la manera de fabricar un determinado producto, aplicar un determinado procedimiento o prestar un determinado servicio”; también TIEDEMANN, K.: *Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Editora y Librería Jurídica Grijley, E.I.R.L., Perú, 2012, p. 232, quien afirma que “los secretos industriales se refieren a datos técnicos”.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

producción de bienes o servicios para el mercado”. Añade que el término “producción”, se explica no en sentido restringido como equivalente a “fabricación”, sino en uno amplio que puede abarcar otros sectores, como la reparación, etc.<sup>487</sup>.

Este autor asegura, además, que el secreto industrial, a diferencia de lo que ocurre con el comercial, siempre tiene un valor en sí mismo<sup>488</sup>. Este hecho, en mi opinión, lo aproxima incluso más a los derechos de propiedad industrial, si bien, en la medida en que hemos adoptado una posición favorable al valor relativo del secreto, por cuanto se halla vinculado a una empresa y a lo relevante que aquél sea para ésta, no otorgamos especial importancia al valor autónomo o no, que pueda ostentar el secreto industrial.

Con arreglo a esta definición, pueden incluirse dentro de esta categoría, a título de ejemplo, la fórmula o procedimiento de fabricación de un producto, el plano de una máquina<sup>489</sup>, datos técnicos acerca de los productos o servicios que presta la empresa, como puede ser información acerca del nuevo motor que está desarrollando, la composición de la bebida que fabrica o la forma en que se elabora<sup>490</sup>, innovaciones tecnológicas no registradas<sup>491</sup>, así como todo aquello susceptible de patentarse<sup>492</sup>.

Dada la proximidad entre el secreto empresarial, y especialmente el industrial, y los derechos de propiedad industrial, la información o los conocimientos atinentes al sector técnico-industrial de una empresa, relacionados con la producción, entendida como fabricación, reparación, montaje, etc., pueden constituir tanto el objeto del primero, como de los segundos, dando lugar a invenciones patentables, descubrimientos científicos, dibujos y modelos industriales, diseños...<sup>493</sup>. Por ello cuando se trate de una invención y

---

<sup>487</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: *Ibidem*, p. 65. También vincula los secretos industriales a la producción Troller, quien defiende que los secretos de fabricación (que es el término que emplea para referirse a los secretos industriales), son aquellos que tienen por objeto los conocimientos directamente utilizables para la producción (regla técnica, composición de un producto, construcción de una máquina, etc.).

(TROLLER, K.: *Manuel du droit suisse. Op. Cit.*, p. 360).

<sup>488</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: *Ídem*, p. 56.

<sup>489</sup> Así, entre otros, MUÑOZ CONDE, F.: *DP. PE. Op. Cit.*, p. 435; SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: *Sección 3ª. Op. Cit.*, p. 614.

<sup>490</sup> GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C. (coord.): *Nociones fundamentales. Op. Cit.*, p. 472.

<sup>491</sup> RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: *Capítulo XI. Op. Cit.*, p. 619.

<sup>492</sup> SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: *Sección 3ª. Op. Cit.*, p. 614.

<sup>493</sup> Así, GALÁN CORONA, E.: *Artículo 13. Violación de secretos. Op. Cit.*, p. 357. De la misma manera, GÓMEZ SEGADE, J. A.: *El secreto industrial (Know-how). Op. Cit.*, p. 91, afirma que el secreto industrial tiene por objeto siempre alguna de estas cosas: invenciones, descubrimientos, modelos industriales y prácticas manuales.

aplicación industrial, el titular de éstas tendrá que decidir por cuál de las dos vías la protege, pues ambos regímenes jurídicos son alternativos<sup>494</sup> y, por tanto, incompatibles.

A la vista de estas consideraciones se hace necesario distinguir, dentro de la información de naturaleza industrial, la que es susceptible de convertirse en secreto empresarial y la que no lo será, por constituir objeto de un derecho de propiedad industrial, lo que obliga a detenerse en cada una de sus modalidades.

Por lo demás, hay que advertir, que la presencia en la jurisprudencia española del secreto comercial supera con creces a la del industrial, que apenas es objeto de una decena de resoluciones, en algunas de las cuales, teniendo el secreto carácter técnico, parecería que estamos ante el objeto de un posible delito contra la propiedad intelectual<sup>495</sup>.

### 1.1.1. Los descubrimientos científicos

En primer lugar, hay que hablar de los descubrimientos científicos, los cuales, según Gómez Segade<sup>496</sup>, se pueden entender en dos sentidos. Así, en sentido amplio o vulgar significa algo nuevo, pudiendo comprender también invenciones. En sentido estricto, dicha expresión hace referencia a “algo que hasta entonces era desconocido por

---

<sup>494</sup> Así lo ponen de manifiesto CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V.: “Secreto de empresa”, en BOIX REIG, J. / LLORIA GARCÍA, P.: *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Iustel, Madrid, 2008, p. 854, añadiendo que el titular de la información, al tener que darle a ésta publicidad y abonar diversas tasas, “suele optar por mantenerla en secreto”. En mi opinión, si bien ambos motivos son ciertos, tienen que ser matizados. En primer lugar, por lo que respecta a la publicidad, a ella se suman otras razones como la fugacidad de ciertas tendencias que obligan a mantener la información oculta por su corta vida en el mercado. En segundo lugar, la idea de que los derechos de propiedad industrial suponen un coste mientras que los secretos no, es equivocada, pues para mantener la reserva de la información su titular necesita invertir en medidas que aseguren su protección y que muchas veces suponen costes incluso más elevados que las tasas fijas que exigen los primeros. Por otro lado, junto a estas razones hay que citar también otras como la rigidez de los criterios requeridos para que una invención se constituya como derecho de propiedad industrial o la burocracia del proceso que ello conlleva y que retrasaría los beneficios que, por la vía del secreto, pueden ser más inmediatos.

<sup>495</sup> Tal es el caso que recoge, en primer lugar, la SAP Barcelona (Sección 8ª), 1036/2002, de 4 de noviembre, en el que se da un supuesto de fabricación, venta y distribución a terceros, en soportes tarjeta, de unos códigos descriptores de otros bajo los que son emitidas ciertas imágenes televisivas, decodificando así la señal de televisión emitida por Canal Satélite Digital. Dichos códigos no cumplían con los requisitos de los derechos de autor, siendo la aplicación del delito del artículo 270 CP aducida por la acusación y rechazada por el tribunal. Un caso similar se plantea en la SJP 1 León 32/2004, de 9 de febrero, pero en este supuesto no quedó acreditado que el acusado distribuyera las tarjetas descodificadoras a terceros. Otro supuesto es el que recoge la SAP Tarragona (Sección 2ª) 127/2003, de 4 de abril, que condenó por un delito del artículo 278.1 CP al administrador de sistemas de una empresa que, teniendo acceso a datos confidenciales, como las claves de acceso de todos los clientes y empleados, se aprovechó de dicho conocimiento, usando dichas claves para acceder y copiar en su ordenador personal códigos fuente de programas comerciales de la empresa en los que constaba su “copyright”. Siendo los códigos fuente elementos de carácter creativo o creaciones informáticas exclusivas para una determinada empresa, consistentes en instrucciones creadas por el programador informático, se entiende que éstos también tienen carácter técnico, y que constituyen, por tanto, objeto del secreto industrial.

<sup>496</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 97-98.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

el hombre, pero que no se traduce en una regla técnica concreta”. Esta última acepción es la que se emplea en materia de propiedad industrial y, por tanto, la que aquí interesa.

Los descubrimientos científicos son excluidos del sistema de patentes por el artículo 4.4.a) de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, según el cual “[n]o se considerarán invenciones en el sentido de los apartados anteriores, en particular: a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos”.

Así, los descubrimientos científicos carecen de tutela en la regulación del sistema de patentes<sup>497</sup>. Sin embargo, en virtud de su sentido estricto, pueden ser considerados como antesala de éstas. De ahí que el recurso al régimen del secreto industrial se estime justificado por la doctrina más autorizada<sup>498</sup>, pues lo contrario supondría desatender el mandato constitucional a los poderes públicos para la promoción del progreso social y económico (artículo 40.1 CE), así como de la ciencia y la investigación científica y técnica (artículo 44.2 CE).

Ello parece adecuado, además, porque, según Gómez Segade, el interés del empresario en mantener secretos los descubrimientos tiene una doble justificación: en primer lugar, no sería justo que sus rivales, sin ofrecer ninguna compensación, se aprovecharan de conocimientos cuya obtención ha supuesto gran cantidad de tiempo, trabajo y dinero; y, segundo, porque el descubrimiento puede constituir la base de futuras invenciones patentables. Con esta tesis, dice el autor, se consigue al menos una protección parcial de la llamada propiedad científica<sup>499</sup>.

Un sector de la doctrina se ha planteado al hablar de los descubrimientos científicos si debe concurrir un requisito exigido en el artículo 623 del Código penal italiano, que se cifra en la aplicabilidad industrial del aquellos (*industrialità*) para ser considerados secreto industrial y que procede tanto del origen de la incriminación de estas conductas, como de la equiparación en dicho precepto de los descubrimientos e invenciones científicas y las aplicaciones industriales, como objeto del secreto<sup>500</sup>. La

---

<sup>497</sup> *Ibidem*, p. 101, estima justo y razonable que al descubrimiento no se le conceda la protección de la patente, pues supondría conceder un monopolio legal sobre una idea. De ahí – dice- que sólo sea posible proteger los descubrimientos científicos mediante el secreto, que ofrece una protección más enérgica, no entorpeciendo así el progreso ni el avance científico.

<sup>498</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 370.

<sup>499</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 100.

<sup>500</sup> MAZZACUVA, N.: *La tutela penale del segreto industriale*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 112-113. El artículo 623 del Código penal italiano prevé expresamente “*Chiunque, venuto a cognizione per ragione del suo stato o ufficio, o della sua professione o arte, di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o*

aplicabilidad industrial ha sido objeto de numerosas interpretaciones por parte de la doctrina italiana<sup>501</sup>, así como por la nuestra, que ha identificado este requisito con el hecho de que el descubrimiento tenga utilidad en la fabricación o producción, bien como instrumento para conseguir una verdadera invención, bien por tratarse del embrión de una invención futura<sup>502</sup>. Además, la propia Ley de Patentes, establece en su artículo 9 que algo será susceptible de aplicación industrial cuando “...su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola”.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que no es posible admitir la concurrencia de este requisito en el caso de los secretos de empresa. Morón Lerma ha señalado los problemas que suscita la exigencia de éste, entre los que se encontrarían los siguientes: en primer lugar, supondría la exclusión apriorística –dice la autora- de ideas inventivas desprovistas de inmediata aplicación o de las que se desconoce su aplicabilidad; y en segundo lugar, la exigencia de inmediatez en la aplicación industrial revelaría un incorrecto paralelismo entre patente y secreto, dado que acabarían exigiéndose a ambos los mismos requisitos<sup>503</sup>.

En efecto, estos problemas se darían si dicha exigencia se entiende en los términos en que se prevé en la Ley de Patentes, cuyo artículo 4.1 establece para que una invención sea patentable, además de que sea susceptible de aplicación industrial, que sean invenciones nuevas, algo que los descubrimientos ya cumplen en la medida en que son “algo que hasta entonces era desconocido por el hombre...” y que impliquen actividad inventiva, lo cual también se deduce de los descubrimientos, dado que son creaciones intelectuales sobre algo no conocido previamente.

Exigir la concurrencia del tercer requisito en estos términos para los descubrimientos científicos teniendo en cuenta que estos ya cumplen los dos primeros, supondría equiparar éstos a las patentes, sin serlo. Además, este requisito ni siquiera era exigible para los modelos de utilidad<sup>504</sup>, considerados invenciones *lato sensu*, hasta la

---

*invenzioni scientifiche, o applicazioni industriali, le rivela o le impiega a proprio o altrui profitto, è punito con la reclusione fino a due anni”.*

<sup>501</sup> Una exposición de las diferentes interpretaciones del término “*industrialità*” en la doctrina italiana puede verse en GIAVAZZI, S.: *La tutela penale del segreto industriale*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, pp. 190-192.

<sup>502</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: *La Protección Penal del Secreto. Op. Cit.*, p. 37. En el mismo sentido, MORÓN LERMA, E.: *La tutela penal del secreto de empresa. Op. Cit.*, p. 372.

<sup>503</sup> MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, p. 374.

<sup>504</sup> El artículo 143.1 de la ya derogada Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, establecía que “*1. Serán protegibles como modelos de utilidad, de acuerdo con lo dispuesto en el presente título, las invenciones*

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

entrada en vigor de la nueva Ley 24/2015, de 24 de julio de Patentes, por lo que mucho menos sentido tendrá aún reclamarlo para los descubrimientos científicos, que no constituyen una invención en el sentido de la citada Ley. En todo caso, si quisiera exigirse el cumplimiento del requisito de la aplicabilidad industrial, debería adoptarse una interpretación laxa de dicho criterio, que suponga su entendimiento como la necesidad de conexión del descubrimiento con una empresa<sup>505</sup> o bien, como señala Giavazzi, que todo conocimiento técnico vaya referido a la producción, pero pudiendo ser en el modo de obtenerlo, en el contexto de la misma o como finalidad del empleo del mismo<sup>506</sup>. Esta exégesis obvia la inmediatez de la aplicabilidad industrial, que es la que plantea los problemas mencionados y restaría rigidez en la tutela de este tipo de conocimientos técnicos por la vía del secreto industrial.

Lo que resulta claro es que, para que un descubrimiento científico pueda ser tutelado, en la medida en que no será nunca objeto de un derecho de propiedad industrial, deberá cumplir con los requisitos propios de cualquier secreto, que serán desarrollados más adelante. Lo mismo ocurre respecto del resto de conocimientos técnicos que comentamos seguidamente.

### 1.1.2. Las invenciones susceptibles de ser patentadas

Según el artículo 4.1 de la Ley de Patentes<sup>507</sup>, serán patentables en todos los campos de la tecnología<sup>508</sup> “...las invenciones que sean nuevas, impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial...”. Las patentes representan la

---

que, siendo nuevas e implicando una actividad inventiva, consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación”. Este precepto ha sido modificado por la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, cuyo artículo 137.1 ha quedado redactado con el siguiente tenor: “1. Podrán protegerse como modelos de utilidad, de acuerdo con lo dispuesto en este Título, las invenciones **industrialmente aplicables** que, siendo nuevas e implicando actividad inventiva, consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación”.

<sup>505</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 37, quien sostiene que ello vendría dado porque, o bien dicho descubrimiento se realiza en el seno de la empresa o bien un equipo de trabajo se sirve de sus medios económicos.

<sup>506</sup> GIAVAZZI, S.: La tutela penale del segreto. *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>507</sup> Éstas y los modelos de utilidad se rigen por la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, estando hasta entonces llevaba casi veinte años en vigor la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y Modelos de utilidad, siendo evidente la necesidad de esta reforma.

<sup>508</sup> Esta última alusión a la tecnología ha sido introducida con la Ley 24/2015, de 24 de julio. MERINO BAYLOS, P.: “Capítulo III. Invenciones patentables y aplicación industrial”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.): *La nueva Ley de Patentes*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 64, apunta que dicha adición introduce un principio general, en el sentido de que no hay restricción de ningún tipo para registrar una patente sea cual sea el sector tecnológico inventivo.

creación técnica más importante<sup>509</sup> y éstas han sido definidas por la doctrina como “aquellas invenciones de procedimientos o productos susceptibles de aplicación industrial que no se desprendan de manera evidente del estado de la técnica a juicio de un experto en la materia”<sup>510</sup> o como “una regla técnica que trata de solucionar un problema humano concreto mediante la aplicación de las fuerzas de la naturaleza animada o inanimada”<sup>511</sup>.

En atención a las características que tenga una creación industrial existen invenciones susceptibles de ser patentadas, esto es, las patentes, y otras que no, las invenciones o creaciones industriales que no cumplen los requisitos de patentabilidad y cuyo único medio de tutela es el secreto de empresa. Ambos tipos de creaciones pueden recibir protección por el régimen del secreto de empresa, sin excluir a las primeras, pues como afirma Carrasco, “negar que las invenciones patentables puedan ser objeto de secreto industrial sería admitir su falta de tutela jurídica hasta que les alcanzara la protección establecida por la normativa de patentes”, lo cual, afirma, chocaría con el fundamento mismo del sistema de patentes “como medio para incentivar la investigación tecnológica e incrementar el progreso técnico-industrial”<sup>512</sup>. Así lo entendió la SAP Barcelona (Sección 8ª), 178/2011, de 28 de febrero, que consideró secreto de empresa determinadas fórmulas pertenecientes a una empresa cuyo objeto social era el comercio de aromas y perfumes, las cuales no estaban patentadas.

Ahora bien, desde el momento en que un derecho de patente fuera concedido sobre las invenciones aptas para ello, tras la solicitud de inscripción registral, aquellas ya no podrían ser objeto de secreto, pues no concurrirían dos de los requisitos necesarios para ello: en primer lugar, estarían ya protegidas por el instituto jurídico de la propiedad industrial y, en segundo lugar, serían ya de conocimiento público, perdiendo así el carácter oculto que define a la información objeto del secreto empresarial<sup>513</sup>. A partir de

<sup>509</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 92.

<sup>510</sup> CASTRO MORENO, A.: Los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, p. 648.

<sup>511</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 91. Este autor define así las invenciones entendidas *lato sensu*, incluyendo, de esta manera, los modelos de utilidad, también denominados invenciones menores.

<sup>512</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, pp. 39-40. Así también Gómez Segade, quien pone de manifiesto que “[l]a patente y el secreto industrial se encuentran en íntima relación porque ambos cumplen, aunque de formas diferentes, la finalidad de proteger creaciones industriales” (*Ibidem*, p. 164). De igual manera Troller apunta que, como bienes pertenecientes a la empresa, procede situarlos, respecto a sus efectos, junto a las invenciones. Mientras que no se hayan publicado en el proceso de solicitud de una patente, las invenciones son secretos industriales. (TROLLER, K.: Manuel du droit suisse. *Op. Cit.*, pp. 360-361).

<sup>513</sup> De hecho, la invención puede perder su carácter oculto aun cuando finalmente no se conceda el derecho absoluto sobre la patente por diversos motivos, como que tras su publicación en el Boletín Oficial de la



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

aquí entraría en juego el artículo 273 CP<sup>514</sup>, que castiga comportamientos ilícitos contra una patente, pudiendo ser su *corpus mechanicum* tanto un objeto (art. 273.1 CP), como un procedimiento (art. 273.2 CP).

Por último, hay que aludir a ciertas creaciones industriales que la propia Ley de Patentes excluye expresamente de su ámbito de aplicación. Así, en primer lugar, el artículo 4.4 LP recoge las creaciones que no se consideran invenciones a los efectos de la dicha ley<sup>515</sup>, pero que podrían gozar de protección jurídica mediante el régimen jurídico de la propiedad intelectual o de la competencia desleal<sup>516</sup>, concretamente mediante el secreto de empresa; en segundo lugar, el artículo 5 LP contempla una serie de creaciones intelectuales que, siendo definidas como invenciones, no pueden ser objeto de patente<sup>517</sup>. La inclusión de este último grupo como secreto de empresa podría considerarse positiva, siempre que no constituyan un objeto ilícito, el cual, como se verá, queda excluido del ámbito del secreto.

---

Propiedad Industrial (artículo 37 LP): (i) el solicitante no realizara la petición del examen sustantivo, entendiéndose retirada su solicitud de patente (artículo 39 LP); (ii) que, como resultado de dicho examen, se apreciaran motivos que impidan su concesión (artículo 40.2 LP) o que el solicitante no realizara ningún acto para obviar las objeciones formuladas por la Oficina Española de Patentes y Marcas (artículo 40.3 LP); (iii) o bien que, pese a alegaciones formuladas por el solicitante, persistan motivos para impedir su concesión (artículo 40.4 LP).

<sup>514</sup> El artículo 273 del Código penal prevé lo siguiente: “1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos. 2. Las mismas penas se impondrán al que, de igual manera, y para los citados fines, utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado. 3. Será castigado con las mismas penas el que realice cualquiera de los actos tipificados en el párrafo primero de este artículo concurriendo iguales circunstancias en relación con objetos amparados en favor de tercero por un modelo o dibujo industrial o artístico o topografía de un producto semiconductor”.

<sup>515</sup> Este precepto establece que no se considerarán invenciones en el sentido de los apartados anteriores:

- a) *Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos.*
- b) *Las obras literarias, artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas.*
- c) *Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de ordenadores.*
- d) *Las formas de presentar informaciones”.*

<sup>516</sup> MERINO BAYLOS, P.: Capítulo III. Invenciones patentables. *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>517</sup> Entre las excepciones a la patentabilidad este precepto incluye las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres (apartado 1), las variedades vegetales y las razas animales (párrafo 2), los procedimientos esencialmente biológicos de obtención de vegetales o de animales (apartado 3), los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal, y los métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal (apartado 4), el cuerpo humano en los diferentes estadios de su constitución y desarrollo, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluida la secuencia total o parcial de un gen (apartado 5) y una mera secuencia de ácido desoxirribonucleico (ADN) sin indicación de función biológica alguna (apartado 6).

### 1.1.3. Los modelos de utilidad

El artículo 137.1 de la Ley de Patentes define los modelos de utilidad como “...*las invenciones industrialmente aplicables que, siendo nuevas e implicando actividad inventiva, consisten en dar a un objeto o producto una configuración, estructura o composición de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación*”. En su párrafo 2 excluye de la posibilidad de ser protegidas por los modelos de utilidad “...*además de las materias e invenciones excluidas de patentabilidad en aplicación de los artículos 4 y 5 de esta Ley, las invenciones de procedimiento, las que recaigan sobre materia biológica y las sustancias y composiciones farmacéuticas*”.

Los modelos de utilidad son también invenciones, llamadas menores, por lo que se hacen extensibles a ellos las consideraciones hechas respecto a las patentes, en la medida en que su tratamiento es conjunto. De hecho, el Código penal castiga en el mismo artículo 273 a quien fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio, con fines industriales, objetos amparados por los derechos de patente o modelos de utilidad, sin consentimiento, además, del titular de los mismos y conociendo su registro.

No obstante, es preciso tener en cuenta que entre patente y modelo de utilidad hay diferencias que deben ser remarcadas. En primer lugar, podría pensarse que el requisito de que los modelos de utilidad sean industrialmente aplicables constituye una nueva exigencia, dado que su introducción se ha producido con la reforma de 2015. Sin embargo, la doctrina ha reconocido que esta adición supone una mejora técnica de la redacción de carácter formal, pues ésta ya se exigía en la práctica<sup>518</sup>. En segundo lugar, mientras que el requisito de la novedad no plantea dudas, la principal nota diferenciadora radica en el nivel de actividad inventiva que patente y modelo de utilidad reclaman. Así, ambas invenciones exigen para considerar que tal requisito concurre que no resulte del estado de la técnica<sup>519</sup> de manera evidente para un experto en la materia, en el caso de las patentes (artículo 8.1 LP), y muy evidente, en el de los modelos (artículo 140.1 LP). No obstante ello, esta diferencia era más marcada antes de la reforma.

---

<sup>518</sup> VAREA SANZ, M.: “Capítulo XXVI. Modelos de utilidad: requisitos de protección”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.): *La nueva Ley de Patentes*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 624.

<sup>519</sup> La Oficina Española de Patentes y Marcas define el estado de la técnica como “**cualquier** prueba de que su invención ya se conocía” ([http://www.oepm.es/es/invenciones/herramientas/manual\\_del\\_inventor/novedad\\_y\\_estado\\_de\\_la\\_tecnica/que\\_es\\_el\\_estado.html](http://www.oepm.es/es/invenciones/herramientas/manual_del_inventor/novedad_y_estado_de_la_tecnica/que_es_el_estado.html)).

De este modo, relajándose el requisito de la actividad inventiva, lo que caracteriza a los modelos de utilidad, es que de una modificación en un objeto previamente existente, resulte una ventaja o mejora. Este tipo de propiedad industrial se mantiene pese a que no se dan criterios internacionales de armonización de esta modalidad y existen grandes disparidades entre los ordenamientos de los estados miembros<sup>520</sup>. A pesar de ello, su mantenimiento se valora positivamente, pues como afirma la propia Ley 24/2015 en su Preámbulo, en nuestro país “los modelos de utilidad han sido un título de protección bien adaptado a las necesidades de nuestras empresas, como lo demuestra el número de solicitudes y el porcentaje de las presentadas que tienen origen nacional, que llega al 95 por ciento”.

En definitiva, la información relativa a una invención que permitiría obtener un certificado de protección de modelo de utilidad puede constituir, al igual que acaece con las invenciones susceptibles de ser patentadas, el objeto de un secreto industrial si el titular de la misma decide no revelarla mediante la solicitud de aquél.

#### 1.1.4. Los diseños industriales

Como ha puesto de manifiesto la doctrina mercantil, los modelos y dibujos industriales<sup>521</sup> no encajan siempre en la definición de ninguna de las invenciones, pues en ellas, lo esencial del objeto protegido está constituido por la materialidad del modelo o dibujo<sup>522</sup>. Es por ello, y por caracterizarse éstos por su finalidad de hacer más atractivo el producto para el consumidor<sup>523</sup>, por lo que la doctrina ha señalado la posibilidad de que procedan tanto de derechos de autor como de propiedad industrial<sup>524</sup>.

Desde el año 2003 los diseños industriales cuentan con una regulación autónoma, que acabó con los preceptos hasta entonces no derogados del Estatuto de Propiedad Industrial de 1929<sup>525</sup>, entrando en vigor la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección

---

<sup>520</sup> VAREA SANZ, M.: Capítulo XXVI. Modelos de utilidad. *Op. Cit.*, p. 615.

<sup>521</sup> Estos eran los términos que diferenciaba el derogado Estatuto de la Propiedad industrial, prefiriéndose actualmente, tras la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, el término de diseño industrial (PEINADO GARCÍA, J. I.: “Lección 12. Derecho Industrial (I). Las innovaciones”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen I, decimotercera edición, Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2015, p. 260).

<sup>522</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>523</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 442.

<sup>524</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, p. 34. Dicha naturaleza híbrida ha sido apuntada también por Morón Lerma (*Ibidem*, p. 443).

<sup>525</sup> Estos se regían hasta entonces por los artículos 164 y siguientes del Estatuto sobre Propiedad Industrial, aprobado por Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929, del que sólo quedaba en vigor un fragmento.

Jurídica del Diseño Industrial (modificada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios<sup>526</sup>). El artículo 1.1 de esta Ley determina que su objeto es el de establecer el régimen jurídico de la protección de la propiedad industrial del diseño, definiendo en su párrafo 2 conceptos de especial importancia en la materia, como “diseño”<sup>527</sup>, “producto”<sup>528</sup> o “producto complejo”<sup>529</sup>.

Las características que los diseños han de cumplir para ser susceptibles de ser inscritos en el Registro de Diseños (dependiente de la Oficina Española de Patentes y Marcas) están previstas en el artículo 5 de la Ley, el cual establece que éstos han de ser nuevos y poseer carácter singular. Ambos conceptos son aclarados acto seguido por la propia Ley, que establece que se considera nuevo “cuando ningún otro diseño idéntico haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad” (artículo 6), y que el carácter singular de los mismos será tal cuando “la impresión general que produzca en el usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad” (artículo 7).

Inscritos los diseños en el citado Registro, sería ya de aplicación el artículo 273.2, que según la doctrina<sup>530</sup>, opera como cajón de sastre e incluye los modelos y dibujos industriales y artísticos y las topografías de los productos semiconductores (*chips*)<sup>531</sup>. Pero hasta entonces, y como acertadamente puso de manifiesto Gómez Segade, en el caso de los modelos y dibujos industriales resulta especialmente útil la protección que el

---

<sup>526</sup> PEINADO GARCÍA, J. I.: Lección 12. Derecho Industrial. *Op. Cit.*, p. 261.

<sup>527</sup> Así, “diseño” aparece definido en la Ley (artículo 1.2.a)) como “la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto, que se derive de las características de, en particular, las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación”.

<sup>528</sup> Por su parte, el “producto” se define (artículo 1.2.b)) como “todo artículo industrial o artesanal, incluidas, entre otras cosas, las piezas destinadas a su montaje en un producto complejo, el embalaje, la presentación, los símbolos gráficos y los caracteres tipográficos, con exclusión de los programas informáticos”.

<sup>529</sup> Por último, este término se define (artículo 1.2.c)) como “un producto constituido por múltiples componentes reemplazables que permiten desmontar y volver a montar el producto”.

<sup>530</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: “Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 221, Madrid, julio-septiembre 1996, p. 731.

<sup>531</sup> Estos derechos se rigen por la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las Topografías de los Productos Semiconductores.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

secreto industrial puede conferirles, pues con bastante frecuencia no se solicitan derechos de exclusiva sobre los mismos sino que se mantienen secretos<sup>532</sup>. El fundamento de ello radica en que al referirse el modelo a la forma externa de los productos, éste está esencialmente sometido a los imperativos de la moda, cuyos artículos tienen una vida corta, pero están destinados a producir un “fuerte impacto” en el público consumidor<sup>533</sup>. De esta forma, el carácter efímero de los gustos y lo transitorio de las modas, normalmente los creadores y diseñadores no solicitan un derecho de exclusiva, sino que prefieren mantener el modelo en secreto hasta que sea lanzado al mercado<sup>534</sup>. De ahí que el papel de los secretos industriales tenga especial relevancia en relación con estos objetos como ocurrió en el caso que juzgó el AAP Guipúzcoa (Sección 3ª), de 30 de septiembre de 2004, el cual, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el acusado, confirmó la resolución recurrida, que lo condenaba por un delito del artículo 279.1, por ceder a terceros diseños contenidos en discos compactos a otra empresa del mismo sector comercial, así como información relativa al fondo gráfico de comercio (logos), creatividad de documentos de clientes, modelos e imágenes corporativas, etc.

#### 1.1.5. Los signos distintivos

Las marcas y los nombres comerciales son signos distintivos que constituyen un derecho de propiedad industrial para su titular, otorgados por el Estado, mediante su inscripción registral, como ocurre con las patentes. Ambos signos distintivos están regulados por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

Por un lado, este texto define las marcas en su artículo 4.1 como “todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras”. Seguidamente, en su párrafo 2, aclara qué signos podrán serlo, enumerando “a) Las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas; b) Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos; c) Las letras, las cifras y sus combinaciones; d) Las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su

---

<sup>532</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 101.

<sup>533</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>534</sup> *Idem*, pp. 103-104. En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina más autorizada, como CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 41 o MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 444, quien apunta que “el secreto dispone de un espacio propio, que, en algunas ocasiones, asume carácter residual y un ámbito más limitado y, en otras –como en el caso de los dibujos y modelos industriales –, adquiere mayor protagonismo”.

presentación; e) Los sonoros; f) Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores”.

Por otro lado, los nombres comerciales aparecen recogidos en su artículo 87 como “todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares”.

Tanto las marcas como los nombres comerciales pueden ser objeto de secreto empresarial, en la medida en que parten de una creación intelectual, como ocurría con las patentes. Lo que ocurre es que, en estos casos, y a diferencia de éstas últimas, será más habitual solicitar la inscripción registral, que parece contener requisitos más laxos que los de la patente<sup>535</sup>. Por tanto, como ocurría en este último caso, una vez hecha pública la inscripción registral no procederá su tutela por la vía del secreto de empresa, sino que intervendrá en todo caso el artículo 274 CP.

#### 1.1.6. Las prácticas manuales

Las prácticas manuales, también llamadas ejecuciones de detalle, han sido definidas por la doctrina como un tipo de innovaciones técnicas que, extraídas de la experiencia, se dirigen a la mejora o perfeccionamiento de procedimientos o aparatos anteriores, sin alterarlo y con el fin de obtener del mismo su máximo rendimiento y productividad<sup>536</sup>. Así, estos pueden dar lugar, al “perfeccionamiento o puesta a punto industrial de la invención; o también, pueden ser independientes de toda patente o invención, representando únicamente el perfeccionamiento de procedimiento o productos ya conocidos”<sup>537</sup>.

Recibiendo diferentes denominaciones en los países de nuestro entorno, como *tour de main* en la doctrina francesa o *Handgriffe* o *Kunstgriffe* en la alemana, afirma Gómez Segade que no existe un término con la misma fuerza expresiva en castellano<sup>538</sup>.

---

<sup>535</sup> Los requisitos de solicitud de marca están previstos en el artículo 12 de la Ley 17/2001 y comprenden a) la entrega de una instancia por la que se solicite el registro de marca; b) la identificación del solicitante; c) la reproducción de la marca; y d) la lista de los productos o servicios para los que se solicita el registro, más el pago de las correspondientes tasas. A los nombres comerciales le son aplicables las normas de la misma Ley relativas a las marcas, como establece el artículo 87.3 de dicha Ley.

<sup>536</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: *Ibidem*, p. 44; MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, p. 449.

<sup>537</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 112.

<sup>538</sup> *Ibidem*, p. 107.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Las prácticas manuales son consideradas el principal objeto del secreto industrial y están constituidas por una amplia gama de innovaciones que sirven para obtener el máximo rendimiento de procesos y objetos industriales, sean o no patentables<sup>539</sup>. Este tipo de innovaciones, como acertadamente pone de manifiesto Morón Lerma, tienen especial protagonismo en el contexto actual de la investigación, el cual se aleja de grandes invenciones obtenidas a título individual, e insertas en el escenario de lo útil<sup>540</sup>. La razón de su tutela es constituir un “instrumento para impulsar la competencia desde la propia empresa e incentivo del progreso tecnológico”<sup>541</sup>.

Generalmente, estas innovaciones no reúnen los requisitos para que puedan ser patentadas, por lo que su única protección la reciben a través de su consideración como objetos del secreto industrial<sup>542</sup>.

### **1.1.7. Las aplicaciones industriales**

Según pone de manifiesto Gómez Segade, las aplicaciones industriales, que define como mejoras técnicas, son “toda solución de un problema técnico realizada por la aplicación más racional de medios técnicos ya conocidos y de procedimientos tecnológicos que permiten aumentar la productividad del trabajo, mejorar la calidad de los productos, ahorrar material y energía, utilizar más racionalmente las máquinas e instalaciones, y también mejorar los métodos de control de la producción y la seguridad en el trabajo”<sup>543</sup>. La tutela de las prácticas manuales a través de los secretos, por lo demás, es coherente con la función que cumplen éstos, para fomentar la innovación y el progreso pues, si no fuera así, como apunta Morón Lerma, se correría el riesgo de desincentivar al empresario en sus inversiones económicas, de tiempo y de trabajo<sup>544</sup>.

Las aplicaciones industriales ocupan una categoría intermedia entre las invenciones patentables (patentes y modelos de utilidad) y las prácticas manuales<sup>545</sup> y, no

---

<sup>539</sup> *Ídem*, pp. 106-107.

<sup>540</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 449.

<sup>541</sup> *Ibidem*, p. 449.

<sup>542</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 44; GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 107.

<sup>543</sup> Así lo expone GÓMEZ SEGADE, J. A.: *Ibidem*, p. 115 nota 76, citando el artículo 82 de la Ley yugoslava sobre patentes y mejoras técnicas de 31 de octubre de 1960.

<sup>544</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 451.

<sup>545</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 44; MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, p. 450.

siendo idóneas para conferir un derecho de exclusiva<sup>546</sup>, encuentran en el secreto industrial su única forma de protección<sup>547</sup>.

### 1.1.8. Los ensayos e investigaciones

Por último, pueden constituir también objeto del secreto industrial los ensayos e investigaciones que tienen lugar en la empresa, pues la revelación de los mismos “puede representar un perjuicio para la empresa, pues ahorraría a las empresas competidoras los costes de desarrollo: los gastos y el tiempo pasado en la búsqueda de nuevas tecnologías”<sup>548</sup>.

En este sentido, Morón Lerma destaca la importancia que tiene en esta sede la información negativa, que es “aquella que tiene valor comercial desde un punto de vista negativo, ya que proporciona el conocimiento de los errores que no deben ser cometidos”<sup>549</sup>. Gómez Segade, equipara la protección de los descubrimientos científicos, a la que puede tener lugar sobre “realizaciones de la empresa” que son el resultado de una considerable inversión de tiempo, dinero y trabajo<sup>550</sup>.

## 1.2. La información de tipo comercial

### 1.2.1. Concepto amplio de secreto comercial

Junto a la información de tipo industrial, las empresas disponen de otra de carácter comercial. Son los denominados secretos comerciales y atienden “al estado y al comportamiento de mercado de la empresa”<sup>551</sup>, cuyo conocimiento es valioso para la competencia<sup>552</sup>.

Según la doctrina, los secretos comerciales constituyen una categoría residual de la anterior<sup>553</sup>. Sin embargo, esta apreciación es errónea, pues el hecho de que esta

---

<sup>546</sup> MORÓN LERMA, E.: *Ídem*.

<sup>547</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 44; MORÓN LERMA, E.: *Ídem*.

<sup>548</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: *Ibidem*, pp. 46-47.

<sup>549</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 452-453.

<sup>550</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 113.

<sup>551</sup> TIEDEMANN, K.: Manual de Derecho Penal Económico. *Op. Cit.*, p. 232.

<sup>552</sup> TROLLER, K.: Manuel du droit suisse. *Op. Cit.*, p. 360; GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 52; BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 296.

<sup>553</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 54, quien afirma que el objeto del secreto comercial “no se presenta tan claramente perfilado como el del secreto industrial”, bastando únicamente que la información de carácter comercial reúna las condiciones exigidas para



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

información no esté claramente tasada como ocurre con la de carácter industrial, no debe llevar a considerarla como residual, sino como un cajón de sastre. De ahí que el estudio del objeto del secreto comercial no pueda tener un carácter exhaustivo, “sino meramente ejemplificativo”<sup>554</sup>.

Otro aspecto que define esta información, es el que señala Gómez Segade, y es que, “así como el secreto industrial siempre tiene valor en sí mismo, el secreto comercial en ocasiones no disfruta de esta cualidad de bien autónomo”<sup>555</sup>. Sin embargo, como ya dije, es irrelevante la ausencia de valor autónomo del secreto, dado su carácter relativo<sup>556</sup>.

Mientras hay empresas que disponen de ambos tipos de secreto, industriales y comerciales, otras sin embargo, sólo tienen los segundos, siendo éstas las mayoritarias<sup>557</sup>. Ello ocurre de forma especial en las llamadas compañías de arranque o emergentes, más conocidas con el anglicismo *startups*, cuya presencia predomina actualmente en el mercado. Estas son empresas de nueva creación que se apoyan exclusivamente en la tecnología, pero cuyo objeto es el desarrollo de productos, o en su mayor parte, servicios, que parten de una idea innovadora<sup>558</sup>. Los nuevos emprendedores buscan captar, además de clientes, inversores y socios comerciales, que principalmente las financien, y combinan creatividad, innovación y tecnología, lo que genera la necesidad de que proyectos empresariales y su información fluyan de forma rápida.

Algunas de las ideas que nacen en este contexto pueden recibir tutela a través de la propiedad industrial e intelectual. Sin embargo, dada la fugacidad con que nacen, se desarrollan y mueren las ideas, como ocurre en sectores en los que las tendencias obligan al paso acelerado y constante de las mismas, entrar en un proceso de registro de derechos de propiedad industrial constituye un lastre para el flujo económico de una empresa, en

---

conformar un secreto empresarial; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 74. En el mismo sentido, FRIGNANI, A.: Secretos de empresa. *Op. Cit.*, p. 260, señala que se trata de una categoría casi ilimitada.

<sup>554</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: *Ibidem*.

<sup>555</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>556</sup> Cfr. *Supra*, capítulo I. IV.2.

<sup>557</sup> Así, GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 57, apunta que las empresas que disponen de ambos tipos de secretos son aquellas que se dedican a la fabricación de bienes, productos o servicios para el mercado, mientras que las que sólo tienen secretos comerciales son, por ejemplo, aquellas que intervienen en la actividad de mediación, como las empresas de financiación. También así, CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, pp. 45-46.

<sup>558</sup> Ejemplos actuales y de los últimos años de *startups* conocidas son algunas como Instagram, Pinterest, Aribnb, Privalia, Edreams, Tuenti, Groupalia, Jobandtalent, etc., las cuales funcionan con ideas de índole comercial, en la medida en que no producen o fabrican productos que les proporcionen información de naturaleza industrial.

tanto que la duración de su tramitación por sí sola ya dura más tiempo de aquél durante el cual se necesita su protección, a lo cual hay que añadir que éstas cumplan los requisitos previstos para convertirse en un derecho de propiedad industrial. De ahí que, ante el protagonismo de este tipo de organizaciones en la actualidad, sea cada vez más frecuente acudir a la vía del secreto de empresa para proteger la información de las mismas.

Además de ello, cualquier tipo de empresa, independientemente de su actividad, posee información relativa a la organización de la misma<sup>559</sup>, que constituye objeto del secreto comercial, y de la que va a depender en numerosas ocasiones el éxito de su negocio. De ahí que la protección de la información comercial por la vía del secreto de empresa sea necesaria e indiscutible, no existiendo otros medios de tutela, al no ser ésta objeto de derecho de propiedad industrial alguno. Toda información comercial que cumpla los requisitos que definen el secreto de empresa podrá ser objeto de su protección, siendo preciso adoptar un concepto amplio de los mismos.

No obstante, dentro de la vasta categoría de los secretos comerciales, hay que distinguir diferentes tipologías, que serán expuestas a continuación.

### **1.2.2. Tipologías de secretos comerciales**

Para poder ilustrar sobre qué información comercial constituye secreto de empresa, se parte aquí de la clasificación realizada por Massaguer Fuentes<sup>560</sup>, que divide la misma en tres tipos, según verse sobre la organización interna de la empresa (administración), las relaciones entre empresa y clientela (distribución), y las que tienen lugar con los proveedores (suministro). Por cuestiones prácticas, se expondrán juntas las dos últimas tipologías, aludiendo a ambas como la actividad empresarial propiamente dicha, y, al hilo de cada una, se irá aludiendo a diferente información que nuestra jurisprudencia ha considerado secreto comercial.

---

<sup>559</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>560</sup> MASSAGUER FUENTES, J.: El contrato de licencia. *Op. Cit.*, p. 35. Otros autores, partiendo de la clasificación de Massaguer, han señalado que pueden distinguirse, a su vez, dos clases de secretos comerciales, que son, las ideas comerciales y las compilaciones de datos, en función de la morfología del secreto (así, CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 854-855).

### 1.2.2.1. La información sobre la organización interna de la empresa

Como primera tipología de información susceptible de constituirse como secreto comercial, hay que aludir a la información relativa a la organización interna de la empresa. La doctrina y la jurisprudencia han advertido la variedad de información que puede incluirse dentro de esta categoría.

En primer lugar, pueden incluirse aquí *aspectos laborales, de funcionamiento y planes de la empresa*<sup>561</sup>, como por ejemplo, proyectos de expansión comercial<sup>562</sup>, las relaciones de la empresa con su personal<sup>563</sup>, escritos dirigidos a determinadas administraciones y altas y bajas en la Seguridad Social<sup>564</sup>, la previsión de contratación de personal especializado<sup>565</sup>, los diferentes contratos de la empresa<sup>566</sup>, proyectos sobre celebración de contratos<sup>567</sup>, el plan de lanzar un nuevo producto<sup>568</sup>, proyectos de reestructuración internos o externos<sup>569</sup> (como fusiones, OPAS, aumentos de capital<sup>570</sup>, reparto de beneficios o dividendos sociales), los datos relativos a la oferta que se realizará en una subasta o concurso, las condiciones mínimas que se aceptarán en una futura

---

<sup>561</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, Tomo 3 (Arts. 205 al 318), Bosch, 2007, p. 2178.

<sup>562</sup> SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3ª. *Op. Cit.*, p. 614. Esta fue, entre otras, la información comercial que el ingeniero López de Arriortúa, más conocido como “Superlópez”, se llevó de General Motors a Volkswagen, siendo acusado de espionaje industrial. Entre ésta figuraban los planos de una futura fábrica de GM que el ingeniero pretendía revelar a su competidor. Este mediático caso que tuvo lugar a principios de los años 90, se zanjó con el pago de una suma millonaria de VW a GM junto al compromiso de adquirir productos de éste durante siete años para que retirara la demanda contra la empresa, a cambio de que el proceso continuara contra “Superlópez”.

<sup>563</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 52. Éstas fueron consideradas secreto de empresa en la SAP Sevilla (Sección 7ª), 516/2011, de 30 de diciembre.

<sup>564</sup> Esta información fue considerada secreto de empresa en la SAP Sevilla (Sección 7ª), 516/2011, de 30 de diciembre.

<sup>565</sup> CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 854-855.

<sup>566</sup> Así, por ejemplo, la SAP León (Sección 3ª), 15/2007, de 21 de febrero, que consideró secreto de empresa los contratos de gestión de contabilidad o los contratos de seguros que habían concertado; o la SAP Sevilla (Sección 7ª), 516/2011, de 30 de diciembre.

<sup>567</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 52. Siguiendo a este autor, defiende esta definición también BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 297.

<sup>568</sup> GÓMEZ RIVERO, Mª C. (coord.): Nociones fundamentales. *Op. Cit.*, p. 472. El AAP Madrid (Sección 1ª) 550/2007, de 18 de octubre, considera secreto empresarial, como “información estratégica de carácter confidencial”, una serie de documentos encuadrables en los planes de la empresa, como son un estudio de circuitos del año 2005 y su previsión para el 2006, la propuesta de un nuevo circuito, un concurso en Barcelona al que luego concurrió la empresa a la que se pasó el acusado, en competencia con la querellante, etc.

<sup>569</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 32 y MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>570</sup> Piénsese en el supuesto en el que una empresa vaya a realizar una ampliación de capital o un reparto de dividendos entre sus accionistas. Si un tercero se hiciera con dicha información podría salir beneficiado perjudicando al resto de accionistas.

negociación empresarial<sup>571</sup>, el volumen de producción<sup>572</sup> o la ineficacia de una concreta política publicitaria<sup>573</sup>, entre otros. En este grupo hay que mencionar los llamados Procedimientos Normalizados de Trabajo (PNT). Éstos establecen pautas a seguir para implantar políticas de calidad de la empresa, buenas prácticas, protocolos e instrucciones relativos al trabajo, etc. En mi opinión, esta información puede constituir objeto del secreto de empresa, en la medida en que puede ser relevante para la puesta en marcha de una empresa a nivel organizacional, por lo que el valor de la misma es indiscutible. Siendo, sin embargo, una información accesible en principio al personal de una empresa por constituir herramientas de trabajo<sup>574</sup>, deberá ser protegida de posibles revelaciones mediante cláusulas de confidencialidad contractual.

En segundo lugar, también se incluyen en este grupo los *datos sobre la situación contable y financiera*<sup>575</sup>, como pueden ser facturas de la empresa<sup>576</sup>, albaranes, recibos y pagarés<sup>577</sup>, balances, hojas de cálculo de excel, libros de cuentas, contabilidades, declaraciones fiscales, resúmenes de estado de la tesorería<sup>578</sup>, presupuestos<sup>579</sup>, análisis financieros o de mercado<sup>580</sup>, las listas de impagados<sup>581</sup>, estrategias financieras, técnicas y

<sup>571</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>572</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>573</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>574</sup> El AAP Barcelona (Sección 9ª), 441/2006, de 18 de abril, absolvió a la acusada quien, sin respetar los protocolos de actuación de la empresa, consiguió que el responsable de informática le diera una copia de seguridad en CD de todos los PNTs del laboratorio donde trabajaba. El Auto considera que los PNTs no constituyen objeto del secreto empresarial, pues –dice- deben constar en registros, siendo accesibles a todo el personal del laboratorio, por constituir herramientas de trabajo. Así, la acusada tenía también la posibilidad de acceder legítimamente, por lo que, en realidad, a mi juicio, lo reprochable en todo caso sería el no haber respetado los protocolos de actuación de la empresa, pero no el apoderamiento de un secreto de empresa, al tener acceso legítimo a esta información.

<sup>575</sup> Hay autores que consideran que la situación financiera o económica no puede constituir secreto empresarial. En este sentido, MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 435, quien señala que “por ejemplo, dar a conocer las deudas de la empresa o que ésta figura en una lista de “morosos”, así como sus relaciones con Hacienda”, no pueden ser considerados secretos de empresa sino “datos reservados de la intimidad del empresario individual o del empresario colectivo, cuyo descubrimiento o revelación estaría tipificado entre los delitos contra la intimidad”.

<sup>576</sup> Éstas fueron consideradas secreto de empresa en el AAP Guipúzcoa (Sección 3ª), de 30 de septiembre de 2004, la SAP Sevilla (Sección 7ª), 516/2011, de 30 de diciembre o la SAP Zaragoza (Sección 6ª), 133/2015, de 20 de marzo.

<sup>577</sup> Considerados secreto de empresa en el AAP Guipúzcoa (Sección 3ª), de 30 de septiembre de 2004.

<sup>578</sup> Toda esta información fue considerada secreto de empresa en la SAP Sevilla (Sección 7ª), 516/2011, de 30 de diciembre. A los documentos de cálculo también hace alusión GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, pp. 58-59.

<sup>579</sup> Así se decidió en el AAP Madrid (Sección 1ª), 550/2007, de 18 de octubre.

<sup>580</sup> SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3ª. *Op. Cit.*, p. 614.

<sup>581</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 68.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

modalidades de fijación de precios y descuentos<sup>582</sup>, las políticas de los mismos<sup>583</sup> o de las condiciones de pago<sup>584</sup>.

La inclusión de la información relativa a la organización interna de la empresa ha planteado no pocos problemas. Gómez Segade consideraba esta una categoría más de la clasificación, junto a los secretos industriales y comerciales<sup>585</sup>. Así, el autor afirmaba que esta información se distingue de las dos últimas en el hecho de que, mientras éstas poseen valor intrínseco, representando un bien que puede ser objeto de negocios jurídicos, los datos sobre la situación contable y financiera de la empresa o los aspectos de funcionamiento o planes de la misma no tienen entidad ni valor alguno, aisladamente considerados y, en consecuencia, se encuentran al margen del tráfico jurídico<sup>586</sup>.

Por carecer de valor, un sector de la doctrina la excluye de los secretos empresariales. Carrasco Andrino señala que, en principio, el artículo 13 LCD, al considerar desleal “la divulgación y explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales”, estaría abarcando este tipo de información entre los secretos empresariales. Sin embargo, la autora estima inadecuada su inclusión, en la medida en que éstos sólo tienen valor por su relación inmediata con la empresa, ya que en ese caso el interés protegido no puede decirse que sea el de proteger la competencia, sino el del empresario titular de aquellos secretos<sup>587</sup>.

---

<sup>582</sup> FRIGNANI, A.: Secretos de empresa. *Op. Cit.*, p. 260. También así GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 357, quien dice que “objeto del secreto pueden ser (...) técnicas de venta, planes financieros, experiencias técnicas o comerciales, relaciones de clientes o proveedores, etc.”.

<sup>583</sup> Estas constituían el objeto del secreto en el AAP Vizcaya (Sección 3ª), 237/2000, de 19 de abril.

<sup>584</sup> Éstas fueron consideradas secreto de empresa en el AAP Vizcaya (Sección 3ª), 237/2000, de 19 de abril. A las condiciones de pago alude también GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, pp. 58-59.

<sup>585</sup> La clasificación propuesta por Gómez Segade, que dividía los secretos empresariales en secretos industriales, comerciales y los concernientes a otros aspectos de la organización interna de la empresa y relacionadas con la misma, ha sido seguida por la mayoría de la doctrina, aun cuando el propio autor ya reconocía que esta última categoría se incluía por un gran número de autores en el grupo de los secretos comerciales (*Ibidem*, pp. 51-52). Así lo hace, entre otros, MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 365.

<sup>586</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: *Ídem*, p. 52. Así, apuntaba el autor que es evidente que pueden venderse o comprarse un procedimiento de fabricación, una lista de clientes o un sistema de cálculo de precios, pero parece claro que no se vende información sobre la situación financiera de una empresa, sus proyectos, etc. Si se habla de venta será para referirse a un negocio ilícito, consistente en sobornar al personal con el objeto de obtener dicha información y poder perjudicar a la empresa. Así –concluye–, no habría problema en proteger este tipo de secretos a través de las normas sobre competencia desleal (*Ídem*, p. 53). Siguiendo a este autor defiende también la idea de que este tipo de información no puede considerarse un bien en sí mismo, BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 297.

<sup>587</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 33.

De ahí que concluya que, al carecer esta categoría de valor independiente, no puede ser objeto de secreto de empresa<sup>588</sup>.

En cambio, Morón Lerma defiende que las informaciones relativas a ciertos aspectos de la organización interna de la empresa son “noticias cuya reserva interesa y cuya revelación, en efecto, puede perjudicar seriamente la posición en el mercado de la empresa que las posee, ya sea porque pueden ser aprovechadas por los competidores para perturbarla, ya porque la pérdida del carácter confidencial acarrearía también la desaparición de la ventaja adquirida o del factor sorpresa decisivo en gran parte de proyectos, ya porque la desestabilizan, entorpeciendo una eficaz asignación de recursos y reestructuración de los mismos, ya porque alteran su equilibrio competencial y, en suma, porque pueden obstaculizar una estratégica organización empresarial y una racional toma de decisiones, basadas en los propios recursos –entre los que destaca la posesión de la información-, que resultan fundamentales para el éxito y el avance empresarial”<sup>589</sup>.

En mi opinión, resulta más acertada esta última postura. Los datos relativos a la organización interna de la empresa pueden ser de gran relevancia si atendemos al sentido que adquiere el valor de la información, no en función del mercado, sino en relación con esa empresa en particular, esto es, como valor de uso<sup>590</sup>.

En efecto, siempre que se den los requisitos que otorgan relevancia jurídica a la información secreta, la naturaleza patrimonial de estos delitos no será óbice para incluir esta categoría entre los secretos de empresa<sup>591</sup>, en la medida en que el valor económico a la información se lo otorga su propio titular, y no el mercado.

---

<sup>588</sup> En este sentido, entre otros autores, *Ibidem*, p. 46; PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 224, quien afirma que no sólo queda descartada del concepto de secreto “toda información nimia en términos competitivos, sino también aquella concerniente al ámbito interno de la empresa que no podría ser objeto de cesión o licencia como, por ejemplo, información sobre ciertos despidos, la marcha económica de la empresa, etc.”. Ambos autores siguen un cambio de postura que adoptó Gómez Segade; ASCARELLI, T.: Teoría della concorrenza. *Op. Cit.*, premessa p. V, quien, criticando la teoría que ve en la empresa, en su nacimiento o en la idea organizativa, un bien inmateral protegido, rechazaba la inclusión de este tipo de información entre los bienes inmateriales tutelados, aunque hay que recordar que este autor equiparaba los mismos a los derechos absolutos y tampoco consideraba insertos en ellos a los secretos industriales o comerciales; GUINARTE CABADA, G.: *Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal*, en *EPCr*, XV, 1992, quien afirma que este tipo de secretos “no son, ni pueden ser objeto lícito de transferencia a otras empresas o de cualquier otras transacciones económicas”.

<sup>589</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>590</sup> Cfr. *Supra*, capítulo I. IV.2.

<sup>591</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 272-273.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Cabe adelantar ya que el valor de mercado carece en la práctica de relevancia y se presume toda vez que la información empresarial tiene carácter secreto, por las medidas que su titular ha adoptado para protegerla. Puede concluirse, por tanto, que aun cuando un sector doctrinal ha defendido la exclusión de este tipo de información de su consideración como secreto empresarial, lo cierto es que nuestros tribunales, salvo contadas excepciones<sup>592</sup>, asumen un concepto amplio del mismo, incluyendo este tipo de información como objeto de tutela mediante el secreto.

### **1.2.2.2. La información relativa a la actividad empresarial propiamente dicha: especial referencia a las listas de clientes**

Al margen de los aspectos organizativos, el segundo bloque de secretos comerciales viene constituido por toda la información relativa a la actividad empresarial propiamente dicha.

Así, la jurisprudencia ha reconocido generalmente la condición de secreto empresarial, a la información relacionada con productos de la empresa y/o su catalogación<sup>593</sup> o inventario<sup>594</sup>, los precios de coste y venta de cada producto<sup>595</sup>, el volumen de producción, los márgenes comerciales o de beneficio<sup>596</sup>, las franjas horarias en las que se vende más<sup>597</sup>, los programas de marketing que representan una novedad en el mercado, las ideas sobre campañas publicitarias, los sistemas de petición de

---

<sup>592</sup> Tan solo se ha encontrado una resolución en la que se afirmó que no constituía secreto de empresa la información referida al fondo de comercio, a la estructura de la empresa y a sus trabajadores (AAP Barcelona 325/2005, de 18 de julio).

<sup>593</sup> Algunas resoluciones que los consideraron secreto de empresa fueron la SAP Alicante (Sección 1ª) 891/1998, 19 diciembre, en la que se incluían además los códigos de barras de los mismos; el AAP Guipúzcoa (Sección 3ª), de 30 de septiembre de 2004, que comprendía también folletos de los productos; la SAP Granada 72/2007, de 2 de febrero, incluyendo además la descripción gráfica de los productos; o el AAP Barcelona (Sección 10ª), 81/2010, de 18 de enero.

<sup>594</sup> Este fue el objeto del secreto en el AAP Barcelona (Sección 10ª), 81/2010, de 18 de enero.

<sup>595</sup> Así, por ejemplo, la SAP Alicante (Sección 1ª) 891/1998, 19 diciembre, donde se afirma que en la fijación de estos precios pudieron haber mediado negociaciones de oportunidad; la SAP Granada 664/2006, de 24 de octubre, que alude a la tarifa de precios de ventas a mayoristas y minoristas; la SAP Granada 72/2007, de 2 de febrero; o el AAP Barcelona (Sección 10ª), 81/2010, de 18 de enero. Sin embargo, el AAP Madrid (Sección 6ª) 633/2009, de 23 de septiembre, considera que éstos no pueden ser considerados secreto de empresa por ser éste, dice la sentencia, uno de los elementos esenciales del tráfico mercantil y, por tanto, no puede ser tenido como secreto.

<sup>596</sup> Éstos fueron objeto del secreto en la SAP Alicante (Sección 1ª) 891/1998, 19 diciembre, donde se aclara que son márgenes variables de ganancia de unos productos a otros.

<sup>597</sup> RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: “Capítulo XI., p. 620. Éstas fueron consideradas secreto de empresa en la SAP Alicante (Sección 1ª) 891/1998, 19 diciembre.

productos<sup>598</sup>, los planes de negocio<sup>599</sup>, las técnicas o estrategias de explotación o venta de un producto, así como los estudios y previsiones sobre los mismos<sup>600</sup>. También se han incluido entre los mismos las listas de proveedores<sup>601</sup> o las rebajas que se reciben de estos por el volumen de adquisiciones<sup>602</sup>.

Sin embargo, si hay un secreto comercial por excelencia, cuya presencia en los procedimientos penales es frecuente, ese es el listado de clientes. De ahí que su estudio merezca especial atención, al constituir el principal secreto comercial.

Las listas de clientes constituyen el bien de carácter inmaterial máspreciado de la mayoría de las empresas. Así, ha sido calificado por la doctrina como el secreto comercial por excelencia, ya que el esfuerzo de los empresarios va a concretarse en la realización del mayor número posible de transacciones, dependiendo en gran medida el éxito de su actividad empresarial de la obtención de una buena clientela, sin la cual aquélla carecería de valor como tal, siendo imposible que llevara a cabo sus operaciones<sup>603</sup>. De ahí que la doctrina afirme que “cuanto mayor y más estable sea la clientela de una empresa, mayor será la superioridad de la misma sobre sus competidores”<sup>604</sup>.

El valor de las listas de clientes es reconocido por nuestra jurisprudencia, siendo la resolución de referencia la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 864/2008, de 16 de diciembre, la cual afirmó que “los datos individuales de cada cliente no son secretos sino para el propio interesado; pero sí han de considerarse tales las listas de todos ellos”. Éstas –continúa la sentencia-, “son un elemento importante para conservar y afianzar un mercado frente a otros competidores que, sobrepasando lo lícito, pudieran valerse de esas listas para ofrecer su actividad comercial a quienes, precisamente por esas listas, pueden llegar a saber la identidad y datos personales de futuros clientes. Ciertamente las empresas tienen unos conocimientos derivados de esas listas que guardan celosamente en sus

---

<sup>598</sup> Tal fue el caso, por ejemplo, en la SAP Alicante (Sección 1ª) 891/1998, 19 diciembre, en la que se consideró secreto de empresa un sistema de petición de productos automático, según la venta.

<sup>599</sup> El plan de negocio fue considerado secreto de empresa en el AAP Madrid (Sección 1ª), 550/2007, de 18 de octubre.

<sup>600</sup> Así se decidió en el AAP Madrid (Sección 1ª), 550/2007, de 18 de octubre, donde fueron objeto del secreto de empresa el estudio, la previsión y la estrategia de años anteriores sobre el producto que comercializaban, en este caso, circuitos.

<sup>601</sup> Algunas sentencias que han considerado el listado de proveedores como secreto de empresa, han sido la SAP Alicante (Sección 1ª) 891/1998, 19 diciembre, el AAP Vizcaya (Sección 3ª), 237/2000, de 19 de abril, la SAP Granada 72/2007, de 2 de febrero o la SAP Barcelona (Sección 15ª) 14/2012, de 20 de enero.

<sup>602</sup> A ellos alude GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, pp. 58-59.

<sup>603</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: Apuntes de Derecho Mercantil. *Op. Cit.*, p. 272.

<sup>604</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 59.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

ordenadores que quieren mantener al margen del conocimiento de otras de la competencia”<sup>605</sup>. Aun cuando los datos individuales de la lista no constituyan secreto de empresa en sí, sí puede ser considerado tal una parte de dicha lista, pudiendo ser ya ésta relevante para la empresa<sup>606</sup>.

Las listas de clientes, en ocasiones, poseen carácter público, estando a disposición de cualquiera. Sin embargo, por lo general, éstas son protegidas de forma acorazada por el empresario, pues de su carácter secreto se deriva su valor, así como su utilidad para la economía de la empresa. Sin embargo, dicha protección ha de respetar ciertas cautelas, no pudiendo ser entendida de forma amplia<sup>607</sup>, ni pudiendo determinarse si la clientela constituye o no secreto empresarial apriorísticamente<sup>608</sup>. Ello es así porque el carácter sensible de las listas de clientes radica en que objeto del secreto no es un dato, una fórmula, una lista de precios o un catálogo de productos, sino personas, lo que explica la imposibilidad de que el titular de éstas ostente un derecho absoluto sobre las mismas<sup>609</sup>, por las implicaciones que se derivan de ciertos límites constitucionales.

#### **a) Límites al monopolio sobre la clientela derivados del principio de libertad de empresa**

La libertad de empresa, como principio consagrado en el artículo 38 de nuestra Carta Magna, impone ciertos límites a tener en cuenta en la consideración de las listas de clientes como objeto de monopolio.

---

<sup>605</sup> En el mismo sentido, y remitiéndose a la sentencia apenas mencionada, se pronuncian varias resoluciones. Así, el AAP Barcelona (Sección 5ª), 237/2009, de 15 de mayo, refiriéndose al contenido de las ofertas y proyectos facilitados a distintos clientes por parte de la empresa querellante, consistente en la suma de todas ellas. También el AAP Valladolid (Sección 2ª), 77/2012, de 10 de febrero, respecto a las listas de clientes y proveedores; la SJP Palma de Mallorca 63/2013, de 12 de febrero; la SAP Valencia (Sección 3ª), 17/2014, de 7 de enero; la SAP Córdoba (Sección 3ª), 532/2014, de 12 de diciembre; o la SAP Asturias (Sección 8ª), 209/2015, de 22 de octubre.

<sup>606</sup> En este sentido se han dado pronunciamientos como la SAP de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 64977) o la SAP de Valencia de 7 de enero de 2014 (ARP 2014, 306).

<sup>607</sup> FARRANDO MIGUEL, I.: La protección jurídica de las listas de clientes. *Op. Cit.*, p. 9614. Este autor afirma que <<no es correcto sostener indiscriminadamente que el listado de clientes es “patrimonio de la empresa” por su “ventaja concurrencial” (STS de 17 de julio de 1999) ni tampoco “que el listado o la relación de la clientela no es un secreto empresarial” (STS de 29 de octubre de 1999) ya que esta cuestión, debidamente enfocada, no puede resolverse en términos generales sosteniendo o negando ese carácter sino que, como ya hemos dicho, dependerá del cumplimiento de aquellos requisitos>>.

<sup>608</sup> FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P.: “La configuración del listado de clientes como un secreto empresarial en el derecho contra la competencia desleal”, en *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, 2013, p. 413.

<sup>609</sup> ASCARELLI, T.: Teoría della concorrenza. *Op. Cit.*, pp. 40-41, pone el acento sobre por qué no puede existir un derecho absoluto sobre la clientela, en la medida en que el principio de libertad de competencia vendría excluido si la misma recibiera una protección absoluta.

Así, en primer lugar, aceptar la posibilidad de que un empresario tenga un derecho absoluto sobre la clientela supondría una gran limitación a la libertad de iniciativa económica o de empresa, pues permitiría legalmente que un sujeto acaparara de forma monopolística la posibilidad de comerciar con determinadas personas<sup>610</sup>. Podría decirse lo mismo, a contrario sensu, de las prohibiciones previstas en la Ley de Competencia Desleal, pues éstas también restringirían dicha libertad. Sin embargo, la imposición de esos límites resulta necesaria para el correcto funcionamiento del mercado, sin que éstos constituyan violación alguna del citado derecho constitucional<sup>611</sup>. Por tanto, siendo la lista de clientes el bien del que cualquier empresa ha de partir para poder participar en el mercado, su protección por el ordenamiento de forma absoluta obstaculizaría el ejercicio de la actividad económica desde su inicio, lo cual supone su exclusión directa<sup>612</sup>.

En segundo lugar, la limitación a la libertad de empresa conllevaría también una alteración en el funcionamiento de un sistema basado en la concurrencia en el mercado según quien ofrezca las mejores condiciones. Si se impidiera de forma sistemática a determinados empresarios comercializar sus productos con ciertos clientes, se estaría obstaculizando el normal ejercicio de la actividad concurrencial, al desincentivar a éstos para que se esfuercen en ofrecer la mejor relación calidad-precio de sus productos o servicios, sabiendo que potenciales clientes de su negocio no van a poder acceder a ellos por la exclusividad de otros empresarios sobre aquellos<sup>613</sup>.

<sup>610</sup> Las consideraciones hechas respecto de las listas de clientes se entienden tales siempre que no concurra y resulte vulnerado un pacto de no concurrencia, en la medida en que, como acuerdo legal que las partes firman, ha de ser respetado y supone el deber de abstenerse de competir con su anterior empleador, si bien esto no da lugar a un derecho absoluto sobre la clientela, en ningún caso.

<sup>611</sup> La STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 262), pone de manifiesto en relación con este asunto al denunciar la parte recurrente una infracción del artículo 38 CE, que reconoce el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que este es un <<derecho fundamental de acceso a un ámbito>>, el cual – sigue diciendo la sentencia –, <<no se proyecta sobre la regulación de ese ámbito en una forma determinada, sino que se concreta en la posibilidad de acceder y permanecer en el mercado, o de iniciar y desarrollar actividades de producción y/o intercambio, siempre que se respeten las condiciones establecidas por las Leyes>>. Así, continúa diciendo esta sentencia, que constituye tarea del legislador establecer la regulación interna (en el presente caso, la Ley de Competencia Desleal), con el límite de que no puede ser arbitraria o desproporcionada, <<razón por la cual ha considerado la jurisprudencia constitucional que las normas tendentes a la defensa de la libre competencia son plenamente compatibles con el artículo 38 CE>>.

<sup>612</sup> ASCARELLI, T.: Teoría della concorrenza. *Op. Cit.*, pp. 40-41 – afirma que la disciplina de la competencia se desarrolla históricamente en relación a la afirmación general de la libertad de ejercicio y de competencia, coordinándose con esta y, por tanto, con la exclusión de una estructura económica que se apoye sobre la reserva a determinados sujetos de las diversas actividades; con la exclusión, pues, justo de una tutela general de comienzo y clientela.

<sup>613</sup> *Ibidem*, p. 194, apunta Ascarelli, respecto a la posibilidad de considerar la clientela como derecho absoluto, que para poder hablar de un derecho absoluto sobre la clientela debería darse precisamente la subsistencia de una prohibición general de abstención de actividades competitivas, como la que funda los

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

En tercer lugar, también podría chocar frontalmente con el derecho de los consumidores a elegir libremente en el mercado a qué comprador quieren acudir<sup>614</sup>. De esta forma, se afirma por la doctrina que la mejor defensa que puede haber de los consumidores es la garantía de que el sistema de libre mercado funciona correctamente, constituyendo la protección de éstos un límite a la libertad de empresa cuando ésta se desarrolle extramuros de su consagración constitucional<sup>615</sup>. Esto pasa por asegurar que no se vulnere el derecho a elegir libremente en el mercado, siendo clave para esto que las listas de clientes no constituyan un derecho absoluto de un empresario en particular.

Así, el empresario titular de la lista de clientes ostenta, en realidad, un monopolio de hecho sobre ésta, pero no así un derecho absoluto. De esta forma, el ejercicio legítimo de su libertad de empresa mediante la obtención y mantenimiento, también de carácter legítimo, de dichos clientes, le confiere una protección legal, castigando el Derecho a aquél que se apropie, revele o utilice, de forma ilegítima, dicha información. Así, en lo que respecta a su condición como secreto de empresa, puede decirse en términos generales que siempre que las listas de clientes cumplan con los requisitos que lo definen, pueden constituir objeto del mismo a efectos penales, como acepta la mayoría de la doctrina<sup>616</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia penal, aun cuando existen sentencias que rechazan de partida la cualidad de las listas de clientes como secreto de empresa<sup>617</sup>, como ocurre en el reciente pronunciamiento del AAP de Cantabria de 12 de enero de 2016 (JUR 2016,

---

derechos de monopolio; sólo en esta hipótesis podría hablarse si acaso de tutela de la clientela y de ésta como bien objeto de un derecho absoluto. Sigue afirmando el autor, que esta negación de proteger la clientela como derecho absoluto surge de que se pretende, para proteger el progreso general, que persista una competición permanente en la que puedan ir rotando los ganadores. Pues, como continúa diciendo, el progreso general depende de la posibilidad de renovación y de una continua renovación, en contraste con posiciones adquiridas (*Ídem*, p. 195).

<sup>614</sup> En este sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 628/2008, de 3 de julio, al señalar que para estos supuestos no es posible ejercitar la acción de cesación, prevista en el artículo 32.1.2º LCD, aunque sí la de prohibición de su reiteración futura pues “no cabe impedir a los clientes que compren a la empresa que estimen por conveniente, lo que, de otro modo, contrariaría la libertad de mercado, y autonomía individual”.

<sup>615</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. I. / DÍAZ MORENO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, decimoséptima edición, Tecnos, Madrid, 2014, p. 405.

<sup>616</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 32; FRIGNANI, A.: Secretos de empresa. *Op. Cit.*, p. 260; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 68; MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 435; SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3ª. *Op. Cit.*, p. 620.

<sup>617</sup> Una amplia exposición de las sentencias que han aceptado y rechazado las listas de clientes como secreto de empresa puede consultarse en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, pp. 30-31.

47494)<sup>618</sup>, se admite generalmente la consideración de las listas de clientes como secretos de empresa<sup>619</sup>. Así se afirmaba en una de las primeras sentencias tras la reforma de este delito por el Código penal de 1995, la de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de diciembre de 1999 (ARP 1999, 3775), en la que se sentencia que un listado de clientes “presenta la existencia de unos datos confidenciales que les permiten dirigirse a aquellos con exclusividad para la venta de sus productos” y que “su conocimiento por parte de empresas competidoras, podría establecer una competencia con perjuicio patrimonial para quien posee esos datos”. También en este sentido se han pronunciado las dos sentencias del Tribunal Supremo que constituyen una referencia para el resto de tribunales inferiores, como son la STS de 12 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3583) y la STS de 16 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 174)<sup>620</sup>. En la segunda se indica que “son un elemento importante para conservar y afianzar un mercado frente a otros competidores”.

Sin embargo, a pesar de la aceptación generalizada de las listas de clientes como secreto de empresa, del estudio de la jurisprudencia se derivan diferentes aspectos polémicos con especial incidencia en aquellas, respecto de los requisitos definatorios del secreto empresarial, los cuales serán comentados al abordar cada uno de ellos. Por ahora, aludiremos a otra problemática que presentan especialmente las listas de clientes en relación con los propios trabajadores de la empresa, aunque también se produce en algunos casos con otro tipo de información comercial, y que plantea la disyuntiva de si

---

<sup>618</sup> Este auto remite a la STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 262), que será comentada más adelante en la revisión de la jurisprudencia civil en la materia.

<sup>619</sup> Entre otras muchas, se encuentran pronunciamientos de Audiencias Provinciales que tienen por objeto del secreto empresarial en conflicto las listas de clientes, como el AAP Vizcaya (Sección 3ª), 237/2000, de 19 de abril, caso en el que se produjo el apoderamiento de datos completos y precisos sobre los clientes; la SAP Granada 72/2007, de 2 de febrero; la SAP León (Sección 3ª), 15/2007, de 21 de febrero; la SAP de Sevilla de 19 de octubre de 2007 (ARP 2008, 86); el AAP de Barcelona de 15 de mayo de 2009 (JUR 2009, 401314); la SJP de Barcelona de 17 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 58035); la SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2011 (JUR 2011, 142752); la SAP Barcelona (Sección 15ª) 14/2012, de 20 de enero, que incluía dentro de la información relevante del listado de clientes la identificación de los mismos y la información completa de cada cliente (cuántas veces se le ha visitado, contenido de las reuniones, histórico de la relación con cada cliente, datos económicos, principales clientes y proveedores); la SAP de Islas Baleares de 30 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 64977); la SAP de Valencia de 7 de enero de 2014 (ARP 2014, 306); la SAP de Madrid de 27 de marzo de 2014 (JUR 2014, 165711); la SAP de Asturias de 18 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 66087); la SAP de Córdoba de 12 de diciembre de 2014 (ARP 2015, 101); la SAP de Zaragoza de 20 de marzo de 2015 (JUR 2015, 111081), que además de considerar secreto de empresa los listados de los propios clientes fijos, también aludía a los pedidos que éstos realizaban; la SAP de Asturias de 22 de octubre de 2015 (JUR 2015, 270410); y la SAP de Ciudad Real de 2 de diciembre de 2015 (ARP 2015, 1317).

<sup>620</sup> Ésta última sentencia casa la SAP de Girona de 19 de febrero de 2008 (JUR 2008, 145195), que negó la consideración de secreto de empresa a las listas de clientes.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

estamos ante un secreto comercial o ante información que forma parte de la experiencia del empleado en su ámbito profesional.

**b) La delimitación del secreto empresarial respecto del bagaje profesional del empleado: especial consideración de las listas de clientes**

Además de las cuestiones ya mencionadas, se da otra problemática que, si bien puede tener por objeto diferentes tipos de información comercial, en la gran mayoría de los casos presenta como protagonista la lista de clientes. Dicha problemática es la que se produce en los casos en que el empleado de una empresa, una vez finalizada su actividad en la misma, decide fundar la propia en el mismo sector, acudiendo a la clientela con la que había trabajado en la anterior para impulsar los comienzos de su nueva actividad. Estos casos se plantean con gran frecuencia, pues no es de extrañar que quien lleva años dedicado a una determinada actividad profesional conozca sólo ésta y, por tanto, quiera y tenga que seguir en ella si es despedido o decide irse de la empresa. En estos casos el conocimiento de cierta información, como es la clientela de una empresa, no siempre puede considerarse secreto empresarial, y plantea diversas alternativas en función del sector del Derecho ante el que nos encontremos.

**i. Las listas de clientes en la jurisprudencia mercantil: ¿violación de secretos de empresa, comportamiento desleal contra la buena fe o bagaje profesional del empleado?**

En el estudio de la jurisprudencia mercantil se plantea una problemática respecto de la captación de clientela, cuestionándose si dicha conducta constituye un ilícito violación de secretos de empresa del artículo 13, si se reputa un comportamiento contrario a la buena fe del artículo 4.1<sup>621</sup>, o bien si éstos pueden ser utilizados legítimamente por ser parte del bagaje profesional del empleado. En las sentencias analizadas finalmente la citada conducta se acaba subsumiendo dentro del antiguo artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, actualmente artículo 4 de la misma Ley<sup>622</sup>,

---

<sup>621</sup> El actual artículo 4.1, párrafo primero de la Ley de Competencia Desleal prevé que <<[s]e reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe>>.

<sup>622</sup> Como se acaba de aludir en la nota precedente, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, modificó la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, trasladando el contenido del anterior artículo 5 al párrafo primero del artículo 4.1 de la Ley.

reputándose un comportamiento desleal contrario a la buena fe. La solución jurídica a la que se llegue tendrá, sin duda, repercusión también en las decisiones jurisprudenciales de ámbito penal.

Los contornos de la cláusula general prevista en el artículo 4.1 LCD han sido definidos por un sector de la doctrina mercantil, que considera que aquélla no formula un principio abstracto que sea objeto de desarrollo y concreción en las normas siguientes<sup>623</sup>. En este mismo sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 628/2008, de 3 de julio, la cual, citando la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 1169/2006, de 24 de noviembre y la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), 311/2007, de 23 marzo, afirmando que este precepto tiene <<*sustantividad propia*>> y que recoge supuestos no previstos en los artículos 6 a 17 de la LCD, que son considerados desleales por ir contra la buena fe y reunir los presupuestos del artículo 2 de la Ley, que constituye el ámbito objetivo de la misma. Al otorgarle autonomía a esta cláusula general, el TS estima que la conducta consistente en la captación ilegal de clientes quedaría incardinada en dicho precepto. La clientela “supone para las empresas un importante valor económico, pero nadie puede invocar ningún título respecto de la misma, ni pretender una efectiva fidelización, por lo que nada obsta a su captación por otras empresas cuando ello tiene lugar de modo normal o medios lícitos (así S. 24 de noviembre de 2006)”<sup>624</sup>. Pero cuando tal captación, -

<sup>623</sup> En relación con la cláusula general de deslealtad del artículo 4.1 LCD (antiguo art. 5), la doctrina defiende que ésta no es un <<*mero principio abstracto o programático, sino que aspira a ser norma jurídica en sentido técnico, de la que derivan deberes jurídicos para sus destinatarios*>> (Así, MASSAGUER FUENTES, J.: “La cláusula de prohibición de la competencia desleal”, en FERRANDIZ GABRIEL, J. R. (Dir.): *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: Competencia [i.e. competencia] desleal y defensa de la competencia*, nº11, 2002, p. 106). Esto supone que dicho precepto recoge un verdadero acto de competencia desleal, según establece MARTÍNEZ SANZ, F.: *Ámbito objetivo y subjetivo. Op. Cit.*, p. 119.

<sup>624</sup> A esta sentencia se remite la SAP de Barcelona (Sección 15ª), 14/2012, de 20 de enero, caso en el que se denunció, entre otras conductas desleales, una supuesta explotación y revelación de secretos, que la sentencia dictada en primera instancia desestimó íntegramente. Para esta última, el listado de clientes carecía en este caso de la consideración de secreto de empresa, definido en los términos del artículo 39.2 del Acuerdo TRIPs (FD 15). Por ello, la sentencia acude a la cláusula general del antiguo artículo 5 LCD (a la que alude constantemente de manera errónea por remitirse a sentencias anteriores a la reforma operada por el apartado cuatro del artículo primero de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, por la que dicho precepto se convirtió en el actual artículo 4), afirmando que “la actora no puede impedir que personas que habían trabajado para ella, una vez abandonada voluntariamente su empresa, continúen trabajando en el mismo sector y por lo tanto dedicándose a la misma actividad de consultoría, bajo la organización de una empresa promovida por tres antiguos directivos y consultores de la actora, y que con ello entren en competencia con la actora. Entrar en competencia es que, una vez cesados en su relación laboral o mercantil con la actora, ofrezcan y presten servicios de consultoría a los mismos clientes que tiene la actora, **aunque los hayan conocido cuando prestaban servicios para ésta última (...)**” y que, en este sentido, deben considerar “un medio lícito, el que quienes ahora trabajan para la demandada, y antes lo habían hecho para los actores, una vez cesada su relación con estos últimos, dirijan sus ofertas a aquellos clientes cuya existencia conocen de cuando trabajaban para la actora. Si no es posible

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

continúa diciendo el Tribunal -, “se produce mediante actos que distorsionan las reglas mínimas que deben respetarse en la concurrencia económica, los cuales son reprobados por la opinión general de quienes intervienen en el mercado, se afecta al buen orden de éste, contradiciendo la exigencia de buena fe objetiva del art. 5º LCD”.

Habrá que determinar, por tanto, cuáles son esas reglas mínimas que sufren una distorsión y cuyo origen se encuentra en el término “ilegal” que acompaña a la conducta de “captación”. De seguro dicha distorsión no nace en estos casos del traspaso artificioso de la barrera de lo que es considerado secreto<sup>625</sup>, en la medida en que la lista de clientes no cumple los requisitos del secreto de empresa en este supuesto y es por ello por lo que no se aplica el artículo 13 LCD. Más bien, la vulneración de dichas reglas mínimas, que definen el acto contrario a la buena fe comercial, consiste en el *aprovechamiento del esfuerzo ajeno de su antigua empresa*<sup>626</sup>. Sin embargo, la delgada y difusa línea que existe entre lo legítimo y lo ilegítimo o desleal en este caso, obliga a realizar una ponderación de derechos, como veremos a continuación.

La STS 628/2008, de 3 de julio, intenta solventar esta cuestión citando otras resoluciones. Sin embargo, por lo general, como indica Portellano Díez con razón, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de los tribunales inferiores rechazan la consideración de secreto de las listas de clientes, reconduciéndolas a la cláusula general de deslealtad del artículo 4 LCD, sin que ni uno ni los otros suelen fundamentar su decisión, más allá de argumentos que sólo operan en el caso concreto, pero no con carácter general<sup>627</sup>.

---

exigir a dichos trabajadores que se desprendan de los conocimientos técnicos adquiridos en la anterior empresa o que se abstengan de utilizarlos en su nueva ocupación, tampoco lo es que dejen de utilizar las relaciones y conocimientos comerciales adquiridos en la anterior empresa” (el subrayado es nuestro). Posteriormente, en esta sentencia, se probó que dos de los ex trabajadores de la empresa denunciante llevaron a cabo la captación de algunos de los clientes de ésta para su nueva empresa, aprovechándose así del esfuerzo ajeno para lograr que ésta estuviera en condiciones de competir con la anterior de forma anormal. Esta conducta es considerada por la sentencia un acto desleal contrario a la buena fe, sancionado en la cláusula general del nuevo art. 4 LCD, abriendo así una vía alternativa al artículo 13, toda vez que la información en cuestión no reúna los requisitos para ser considerada secreto de empresa.

<sup>625</sup> Así, la misma STS de 3 de julio de 2008 (RJ 2008, 4367), aludiendo a la posición mantenida por el juzgador de segunda instancia en su FD 3, afirma que, en el supuesto de la sentencia, <<con base en que los datos de los minoristas compradores aparecen relacionados en su práctica totalidad en la revista Alimarket, aprecia la ausencia del presupuesto objetivo básico de aplicación del art. 13 LCD>>. Dicho presupuesto objetivo básico sería, por tanto, el carácter público que ya tenía dicha información y, por ello, no podía subsumirse la conducta en el artículo 13 de la Ley.

<sup>626</sup> En este sentido también la SAP de Barcelona (Sección 15ª), 14/2012, de 20 de enero.

<sup>627</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 234. Este autor afirma, además, que “[l]a inmensa mayoría de las sentencias relativas al artículo 13 LCD se centran en la utilización

En cambio, una excepción a este planteamiento la constituye la STS 1169/2006, de 24 de noviembre, la cual constituye otro ejemplo de la problemática que tratamos. Así, esta resolución sostiene que no constituyen secreto empresarial ni el listado de clientes ni los precios que se aplican, estimando el motivo presentado por la parte recurrente en casación, también parte demandada, “por cuanto no pueden ser objeto de secreto empresarial aquellas informaciones que **forman parte de las habilidades, capacidades y experiencia profesionales de carácter general de un sujeto, ni tampoco el conocimiento y relaciones que pueda tener con la clientela, aun 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.** Es lo que ha ocurrido en el caso. No consta que se hayan utilizado otros elementos que los obtenidos a través de la propia experiencia de quienes, habiendo sido empleados de la actora, ejercen después esas mismas funciones para la sociedad demandada”<sup>628</sup>.

Sin embargo, la afirmación del TS debe ser objeto de ponderación, para averiguar qué tipo de informaciones son constitutivas de secretos de empresa y cuáles son consideradas habilidades, competencias o conocimientos incluidos en su bagaje profesional<sup>629</sup>, pues de lo contrario supondría que cualquier tipo de secreto al que un sujeto accediera, si lo memoriza y usa en el desarrollo de su actividad, pasaría a formar parte de su acervo de conocimientos, pudiendo utilizarlo siempre<sup>630</sup>.

Esta ponderación tiene por objeto dos bienes jurídicos de naturaleza constitucional. Por un lado, la libre elección de profesión (art. 35 CE) y la libertad de empresa, como derecho a constituirla o a desarrollar una actividad empresarial (art. 38.1 CE); y, por otro, el derecho a la propiedad (art. 33 CE) y a la libertad de empresa (art. 38 CE), como derecho a la libre competencia exenta de perturbaciones desleales<sup>631</sup>. En esta

---

de listas de clientes por ex empleados (y casi todas las demandas se han presentado contra ex empleados y las empresas por ellos constituidas o para las que luego pasaron a trabajar)” (*Ibidem*, p. 230).

<sup>628</sup> El subrayado en negrita es nuestro.

<sup>629</sup> El bagaje profesional también es conocido con la expresión anglosajona “*skill and knowledge*”.

<sup>630</sup> En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 235; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P.: La configuración del listado de clientes. *Op. Cit.*, p. 418; SUÑOL LUCEA, A.: *El Secreto Empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de competencia desleal*, Civitas - Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 270.

<sup>631</sup> En este sentido, PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 236. El autor afirma que ambos constituyen el argumento que verdaderamente fundamenta el rechazo de considerar las listas de clientes como secreto de empresa, y al que alude – dice - la SAP Madrid (Sección 28º) 68/2006, de 18 mayo.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

ponderación, como constata Portellano Díez, la jurisprudencia da primacía a los derechos de los empleados frente a los del empresario, lo que estima correcto, siempre que se someta a dos restricciones.

La primera restricción es “que se trate de informaciones que, aunque para cierta empresa, sean importantes, examinadas desde una perspectiva global de mercado no lo sean tanto: listas de clientes o proveedores, tarifas o precios, etc.”<sup>632</sup>. A mi juicio, esta restricción es correcta por dos motivos, relacionados entre sí: primero, porque el objeto que pretende tutelarse con la regulación civil y penal de estas conductas, es de naturaleza individual, consistente en el interés patrimonial del titular de los secretos de empresa<sup>633</sup>, al que da lugar el poder de disposición en exclusiva sobre los mismos; y segundo, porque no se trata de estimar el valor que dicha información tenga o no, pues es evidente que para la empresa lo tendrá, sino que aquella no puede atribuirse generalmente en condiciones de exclusividad a un solo empresario.

La segunda restricción apuntada por el autor, es que “ha de tratarse de informaciones básicas para que un ex empleado pueda comenzar un cierto tipo de actividad empresarial”, sin que sean específicamente para poner al ex empleado y su empresa en la misma posición en el mercado que la empresa titular del secreto<sup>634</sup>. En relación con esta segunda restricción hay que destacar la opinión de Suñol Lucea, quien establece como criterio general para intentar esclarecer esta problemática que, dentro de dicho bagaje se considerarán incluidos los secretos empresariales cuando estén “inextricablemente unidos a su experiencia, capacidad y otros conocimientos inseparables de su persona”, de forma que la prohibición de su utilización diera lugar –sigue diciendo la autora-, bien a un impedimento de desarrollar abiertamente la actividad para la que están profesionalmente preparados, bien a una limitación excesiva del desarrollo de su capacidad personal y profesional<sup>635</sup>.

En mi opinión, respecto de esta segunda restricción, es necesario aclarar algunos aspectos. En primer lugar, es necesario deslindar los dos tipos de información a los que hace referencia la citada sentencia: por un lado, las informaciones que forman parte de

---

<sup>632</sup> *Ídem*.

<sup>633</sup> Dicho interés, así como el derivado de la propiedad de ciertos bienes materiales, claves para la empresa, o el que deriva del derecho absoluto de exclusividad de la propiedad industrial, conforman su arsenal competitivo, que constituyen la capacidad competitiva de la empresa.

<sup>634</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 236.

<sup>635</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 261.

las habilidades, las capacidades y la experiencia profesionales de carácter general, aun cuando éstas se hayan adquirido en el desempeño de un puesto determinado o concretas funciones; por otro, el conocimiento y las relaciones que pueda tener un empleado con la clientela. Así, a mi parecer, por un lado, nadie duda del carácter *básico* que una lista de clientes tiene para iniciar una actividad mercantil. Sin embargo dicho requisito más bien deberá ir referido a los conocimientos técnicos que en el campo de la actividad en cuestión son esenciales para ejercerla, no siendo uno de ellos unos clientes concretos, por su cualidad como elemento fungible y dinámico de una empresa. Por otro lado, y en relación con lo anterior, las posibles consecuencias que menciona Suñol Lucea, derivadas de la citada prohibición de uso, constituyen supuestos que podrán tener lugar respecto del primer tipo de información, pero resultará más complicado que se dé en relación a las listas de clientes, pues son difícilmente imaginables casos en los que se limite hasta tal punto el ejercicio de dichas libertades del empleado por no recurrir a los clientes del antiguo empleador. Así, la propia autora afirma que, cuando se trata de información sobre los clientes, impedir su utilización a antiguos trabajadores o colaboradores que la conocieron desempeñando sus funciones para la anterior empresa “no conlleva de suyo una prohibición de no competencia o una restricción injustificada a su derecho a desarrollar un trabajo o fundar una empresa”<sup>636</sup>, lo cual sí parece poner de manifiesto la sentencia objeto de comentario.

Aun cuando las listas de clientes puedan pasar a formar parte del bagaje profesional de un trabajador, en términos generales, ello será consecuencia en la mayoría de casos de un trato continuado del propio trabajador con el cliente, esto es, de relaciones interpersonales. Ello da lugar a que, con frecuencia, y dependiendo del tipo de actividad profesional<sup>637</sup>, los clientes no elijan a una empresa en cuestión, sino al empleado que les da confianza<sup>638</sup>, pues la forma en que se presta el servicio prima a menudo sobre la empresa que en concreto lo ofrece. Fuera de estos supuestos será controvertible la

<sup>636</sup> *Ibidem*, p. 272.

<sup>637</sup> A estos efectos, puede resultar de utilidad la distinción que realiza Bercovitz Rodríguez-Cano, quien afirma que existen, por un lado, empresas cuya actividad en el mercado se lleva a cabo estableciendo con los clientes contratos de duración y estando estos individualizados y vinculados jurídicamente al empresario (como contratos de suministro, de distribución, de prestación continuada de servicios, de arrendamiento, etc.) y, por otro lado, supuestos en los que los clientes no tienen ningún tipo de vinculación jurídica con el empresario (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: Apuntes. *Op. Cit.*, pp. 272-273).

<sup>638</sup> En este sentido se pronuncia SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 273, quien apunta respecto a las relaciones del personal empleado con la clientela que, obligar a los trabajadores a prescindir de esas relaciones puede resultar injustificado, cuando dichas relaciones contractuales “se fundamentan en la confianza que tienen sobre su capacidad, competencia, habilidad, seriedad, etc.”.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

inclusión de la clientela entre la información que conforma el bagaje profesional del empleado pues, como apunta Fernández Carballo-Calero, las listas de clientes secretas incorporan generalmente numerosa información que no es posible atribuir en exclusiva a un trabajador<sup>639</sup>.

En suma, hay que distinguir los tres supuestos que pueden tener lugar en la jurisprudencia mercantil respecto de la captación de clientela por un empleado: primero, los casos en los que las listas de clientes constituyen parte del bagaje profesional del empleado y, por tanto, su utilización tiene carácter legítimo, basado en un trato directo por parte del trabajador con aquellos en el ejercicio de su actividad profesional; segundo, aquellos en los que se detecta un aprovechamiento del esfuerzo ajeno por parte del trabajador, dando lugar a una conducta contraria a la buena fe comercial del artículo 4.1 LCD, que tienen lugar cuando la lista de clientes no cumple los requisitos que definen el secreto de empresa; y, tercero, aquellos otros en los que, cumpliendo la lista de clientes dichos requisitos, el empleado vulnera el deber de reserva y revela o explota la información relativa a aquella, dando así lugar al ilícito del artículo 13.1 LCD. Sólo estos últimos casos son los que pueden recibir castigo penal, por lo que su enjuiciamiento en esta sede deberá atender a los supuestos que se plantean en la vía civil, para no castigar de forma automática como delito contra secretos de empresa un comportamiento contra una lista de clientes por un antiguo empleado de la empresa, no respetando de esta forma el principio de subsidiariedad, propio del Derecho penal.

## **ii. La disyuntiva en la jurisprudencia penal: necesidad de criterios objetivos de valoración para su resolución**

Las resoluciones de nuestros tribunales penales nos ofrecen una visión parecida a la expuesta en sede civil. La mayoría de los casos que se presentan ante esta jurisdicción tienen por objeto la lista de clientes y es frecuente que se produzcan sobreseimientos o absoluciones basados en una misma razón: el listado de clientes no constituye secreto de empresa, por considerarse que su utilización se debe a que forma parte de los conocimientos, experiencia o bagaje profesional del empleado. En estos casos se acaba remitiendo el caso a la jurisdicción civil, afirmándose que estos comportamientos se encuentran fuera del ámbito del Derecho penal, por constituir actuaciones contrarias a la

---

<sup>639</sup> FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P.: La configuración del listado de clientes. *Op. Cit.*, p. 419.

buena fe<sup>640</sup> y “desde una óptica político-criminal la intervención de este último debería quedar limitada a aquellas conductas que excediesen a las previsiones extrapenales en la materia o que, por su gravedad, no pudiesen dejarse simplemente en el ámbito de la infracción y sanción administrativa o las responsabilidades de carácter civil”<sup>641</sup>.

Cabe preguntarse a continuación, cómo se distinguen los casos donde se viola un secreto empresarial de los que constituyen simplemente aprovechamiento del bagaje profesional. Para ello, con razón, la jurisprudencia penal atiende a una serie de criterios que se han detectado, y que permiten construir un juicio de valoración objetiva para la resolución de estos supuestos. Son los siguientes.

En primer lugar, **la trayectoria laboral**. Allí donde existe una relación laboral duradera y continuada en la empresa<sup>642</sup> o la acreditación de experiencia en un determinado sector<sup>643</sup>, lo que hay normalmente es bagaje profesional. Si no las hubiere, estaríamos ante un caso de violación de secretos.

En segundo lugar, muy relevante es **el cargo desempeñado**. Allí donde un trabajador accede a cierta información, que posteriormente utiliza, únicamente por razón del cargo desempeñado en la empresa, entonces estaremos hablando de aprovechamiento de bagaje profesional<sup>644</sup>.

---

<sup>640</sup> Entre otras resoluciones, lo apuntan la SAP Córdoba (Sección 1ª), 426/2004, de 20 de octubre o el AAP Castellón (Sección 1ª), 270/2006, de 15 de mayo.

<sup>641</sup> En este sentido la SAP Córdoba (Sección 3ª), 48/2007, de 12 de marzo, y la SAP Barcelona (Sección 7ª), 1037/2007, de 28 de noviembre.

<sup>642</sup> Tal fue el caso de la SAP Madrid (Sección 5ª), 961/2003, de 12 de mayo, que absolvió al acusado por considerar que llevaba una serie de años trabajando con los mismos clientes, por lo que no podía considerarse que la lista fuera secreto de empresa, teniendo que recurrir sólo a su agenda personal para comunicar con ellos. También fue el caso del AAP Teruel 118/2011, de 22 de noviembre, en el que la empresa acusada había mantenido una prolongada relación empresarial de colaboración –diez años- con la empresa querellante, en la que ambas compartían espacio físico y clientes, siendo entonces el traspaso de información constante y fluido. En el mismo sentido que estas resoluciones, pero condenado al acusado, se pronunció la SAP Zaragoza (Sección 3ª), 564/2008, de 16 de octubre, que negó la posibilidad de considerar la lista de clientes como bagaje profesional del acusado, por considerar que en este caso éste no justificó una larga trayectoria laboral, ni menos aún, tener funciones comerciales duraderas muy continuadas.

<sup>643</sup> Así, en el AAP La Rioja 148/2001, de 23 de octubre.

<sup>644</sup> En este sentido se dan diversos pronunciamientos que acaban en absolución o sobreseimiento. Tal es el caso de la SAP Huesca 138/2003, de 15 de septiembre, en el que cada empleado conocía a los clientes con los que trabajaba, por lo que cuando acudían a los mismos, estaban sirviéndose de sus conocimientos. También la SAP Córdoba (Sección 1ª), 426/2004, de 20 de octubre, caso en el que la relación había sido elaborada por el acusado, quien, además, era responsable de ventas, habiendo utilizado también los conocimientos que por su cargo tenía. El mismo motivo se adujo en el AAP Castellón (Sección 1ª), 270/2006, de 15 de mayo, en la SAP Córdoba (Sección 3ª), 48/2007, de 12 de marzo, en la SAP Barcelona (Sección 7ª), 1037/2007, de 28 de noviembre, en el AAP Murcia (Sección 3ª), 403/2009, de 18 de noviembre, o en la SAP A Coruña (Sección 2ª), 17/2011, de 25 de marzo, caso en el que uno de los acusados era la persona que contrataba los seguros en la empresa, conociendo a la mayoría de los clientes.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Por último, la existencia de una **relación directa y personal** del empleado con los clientes es sinónimo de que la información forma parte del bagaje profesional del sujeto<sup>645</sup>.

La delimitación resulta problemática y de vital importancia, en la medida en que si hay violación de secretos empresariales, la pena mínima es de dos años de prisión y multa de doce meses, cuando se ha producido una utilización en provecho propio del artículo 279.2 CP por el empleado, y si se estima que se trata de conocimientos que forman parte de su bagaje profesional, la respuesta es la impunidad.

La sistematización de estos criterios permite establecer unas pautas que guíen al juez en la resolución de estos supuestos y a ellos sólo podrá atenderse en el caso concreto, debiendo acreditarse cada uno de los términos mencionados, que justifiquen que las relaciones entre el empleado y los clientes, obedecen a una relación laboral o personal previa, y no así a un comportamiento contrario a la buena fe, a la lealtad competencial o atentatorio de la facultad de disposición en exclusiva derivada de la propiedad de los secretos de empresa, cuyo titular ostenta para competir en el mercado, lesionando así el bien jurídico protegido en estos delitos.

Finalmente, hay que mencionar que esta problemática también afecta, aunque en menor medida, a **otro tipo de información comercial**. Así, tampoco se considera secreto de empresa por estimarse que constituían conocimientos propios de la actividad laboral de los empleados, información como el listado de proveedores, la contabilidad o los listados de productos<sup>646</sup>; las bases de datos, las condiciones de un contrato o los datos de fichas comerciales de determinados clientes (como el nombre de la sociedad, su CIF, superficies, precios de venta, de alquiler o posibilidades de una industria u otra)<sup>647</sup>; libros

---

<sup>645</sup> Este fue el argumento en el AAP Vizcaya (Sección 1ª), 368/2010, de 10 de mayo, caso en el que se acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones, al tener la acusada una relación directa y personal anterior con los clientes. También lo fue en la SAP A Coruña (Sección 2ª), 17/2011, de 25 de marzo, en el que uno de los acusados era pariente de algunos clientes y conocido de otros, al vivir estos últimos en la zona donde trabajaba.

<sup>646</sup> Es el caso de la SAP Córdoba (Sección 3ª), 48/2007, de 12 de marzo, en el que se argumenta que se trataba de información que los acusados habían obtenido en su desenvolvimiento comercial, cuando trabajaban en la empresa, aprovechando éstos –dice la sentencia-, “tanto su experiencia, contactos y conocimientos, como dicha información, para crear una especie de continuidad entre ambas actividades empresariales”, la de la anterior empresa y la de la nueva que constituyeron.

<sup>647</sup> Así se decidió en la SAP Barcelona (Sección 7ª), 1037/2007, de 28 de noviembre, caso que se trataba de información sobre fincas de una empresa de intermediación y compraventa de inmuebles industriales. Tampoco consideraron secreto de empresa los precios por estos motivos, la SAP A Coruña (Sección 2ª), 17/2011, de 25 de marzo ni el AAP Teruel 118/2011, de 22 de noviembre.

contables, cuentas anuales, tablas de amortización o nóminas<sup>648</sup>; así como seguros que la empresa tenía contratados o comisiones<sup>649</sup>. Recientemente se ha ampliado incluso esta postura, como se decidió en el AAP Cantabria (Sección 3ª), 12/2016, de 12 de enero, donde la absolución se fundó en que el mismo o parecido objeto social que tenía la nueva empresa de los acusados respecto de la anterior, respondía a una determinada formación que habían desarrollado durante años<sup>650</sup>.

Puede verse, por tanto, cómo la jurisprudencia intenta justificar que la formación y experiencia obtenidas por el empleado a lo largo del desarrollo de su actividad profesional da lugar a unos conocimientos de los que éste difícilmente podrá desprenderse. Ello puede parecer obvio e incuestionable, respecto de ciertas competencias de carácter general, como el aprendizaje de un cierto oficio, formas de llevar a cabo ciertas actividades profesionales, precios de determinados productos o políticas sobre los mismos, ciertas estrategias de mercado, etc. En definitiva, información que, una vez aprehendida, resulta inviable desasir, y que forma parte del proceso natural de aprendizaje que de cualquier labor profesional se deriva para la persona que desempeña ciertas tareas. Sin embargo, ello puede resultar cuestionable, respecto de cierta información de carácter más específico, de la cual no es tan evidente una asimilación o aprehensión por parte de cualquier persona, porque exija un trabajo memorístico dirigido a retenerla, sin que forme parte de dicho proceso natural de aprendizaje. Lo cierto es que esta cuestión no podrá sino ser resuelta caso por caso, en la medida en que estos condicionantes dependerán del sector de negocio, de la labor desempeñada por el sujeto y de la información en cuestión, no pudiendo establecerse criterios generales de valoración, más allá de los ya mencionados.

## 2. El carácter secreto de la información

El carácter reservado de la información constituye el elemento clave de la protección del secreto de empresa, siendo calificado por la doctrina como el **presupuesto básico o esencial**<sup>651</sup>, sin el que aquél no existiría y siendo lo que proporciona al

<sup>648</sup> Tal fue el caso del AAP Murcia (Sección 3ª), 403/2009, de 18 de noviembre, que acabó declarando el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

<sup>649</sup> Así se entendió en la SAP A Coruña (Sección 2ª), 17/2011, de 25 de marzo, que absolvió a los acusados.

<sup>650</sup> Algunas resoluciones remiten precisamente a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 24 de noviembre de 2006, ya comentada al tratar la jurisprudencia mercantil. Tal es el caso de la SAP A Coruña (Sección 2ª), 17/2011, de 25 de marzo, el AAP Teruel 118/2011, de 22 de noviembre y el AAP Cantabria (Sección 3ª), 12/2016, de 12 de enero, remiten precisamente a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 24 de noviembre de 2006, ya comentada al tratar la jurisprudencia mercantil.

<sup>651</sup> Así, CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. Op. Cit., p. 25, afirmando que la reserva actúa como límite natural del secreto; GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

empresario una situación privilegiada<sup>652</sup>. De esta forma, pudiendo la información tener valor en sí misma o en relación con la empresa, lo decisivo será que sea su carácter oculto lo que, *de facto*, le otorgue valor<sup>653</sup>.

Este requisito es el que prevé la Sección 7 del Acuerdo TRIPS, en su artículo 39.2.a), así como el artículo 2.1.a) de la *Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas*, que establecen, respecto a la información no divulgada<sup>654</sup>, que ésta debe:

*“ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas”*<sup>655</sup>.

Así pues, resultará esencial precisar cuándo la información tiene carácter oculto y, por tanto, es secreta. La definición del citado carácter de la información, con los criterios que exige el mencionado artículo 39.2 a), pasa por intentar responder a la cuestión acerca de cuántas y qué personas deben conocer la información para que ésta pierda su carácter reservado. Ello, como veremos, depende de la voluntad del titular del secreto, que va a jugar un papel crucial a la hora de dilucidar cómo se definen dichos

---

*Op. Cit.*, p. 358; GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 187; PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 222; SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, pp. 122-123.

<sup>652</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: *Ibidem*, p. 188. Este autor habla de la “falta de divulgación” para definir el carácter reservado de la información, lo cual no se estima del todo adecuado, en la medida en que es preferible hablar de lo no conocido o no público, para no viciar la definición propia del carácter reservado u oculto con una de las posibles conductas que atentan contra éste. Sin embargo, a “información no divulgada” se podrá aludir, en la medida en que esa es la fórmula terminológica empleada por el Acuerdo TRIPS y la Directiva de la Comisión, para referirse a los secretos empresariales. También así MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 48-49. Afirma la autora que esta situación privilegiada implica que el poseedor de los conocimientos dispone de algo que sus competidores no pueden utilizar porque lo desconocen.

<sup>653</sup> Así, como ha señalado SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 143, “el valor de la información se condensa en su naturaleza reservada o, lo que es lo mismo, la ventaja que este tipo de información procura a su titular proviene exclusivamente del hecho de que sea secreta y, por lo tanto, de que los terceros no puedan acceder fácilmente a ella”.

<sup>654</sup> Este es el término que usa el Acuerdo TRIPS en su artículo 39, al referirse a “Undisclosed information”.

<sup>655</sup> El texto original del artículo 39.2.a) del Acuerdo TRIPS es reproducido de forma literal por la propuesta de Directiva en la definición de “secreto comercial”. Ambos, por tanto, al referirse al carácter secreto de la información, establecen que ésta: “*is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question*”.

criterios, esto es, cuándo puede entenderse que una información es generalmente conocida o cuándo es fácilmente accesible.

### **2.1. Información que no sea, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice**

La primera pauta que guía el juicio de determinación sobre el carácter secreto de la información es la de solventar cuándo se entiende que ésta es *generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice*.

Para empezar, hay que aclarar brevemente la alusión que hace el precepto a que la información no sea conocida *en su conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes*. Esta referencia, según apunta la doctrina estadounidense, se incluye para evidenciar que una información no constituye secreto de empresa si las partes que la componen están disponibles al público<sup>656</sup>. Esta afirmación, sin embargo, debe ser matizada, pues como ya pusiera de manifiesto Gómez Segade respecto al secreto industrial, cuando éste constara de varias partes desaparecería su carácter reservado si se revelaran las partes o elementos principales, no así los secundarios<sup>657</sup>. Además, no todo secreto empresarial va a constar de varias partes, y menos aún va a ser siempre posible deslindar partes esenciales de las que no lo son. En todo caso, ello sólo podrá valorarse en el caso concreto. Por lo demás, la mención a *la configuración y reunión precisa de sus componentes* parece referirse expresamente a lo ya comentado en relación a las listas de clientes, donde dijimos que no constituyen objeto de secreto los datos individuales de cada cliente, pero sí las listas de ellos o partes de las mismas<sup>658</sup>.

A continuación, abordaremos el término “generalmente”, que es el que plantea mayores problemas. Para entender esta noción, en primer lugar, hay aludir a la diferencia entre secretos absolutos, que son aquellos que no conoce nadie e irrelevantes para el Derecho, y relativos, cuyo conocimiento se halla en poder de una o varias personas,

---

<sup>656</sup> SANDEEN, S. K.: “20. The limits of trade secret law: Article 39 of the TRIPS Agreement and the Uniform Trade Secrets Act on which it is based”, en DREYFUSS, R. C. / STRANDBURG, K. J. (Eds.): *The Law and Theory of Trade Secrecy. A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2011, p. 555.

<sup>657</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 217.

<sup>658</sup> Vid. *Supra*.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

mientras que es ignorado por otras<sup>659</sup>. Sólo estos últimos tienen significación como secretos de empresa, por lo que se parte de la base, atendiendo a la *premisa de la relatividad*, de que es inevitable la presencia de una o más personas para que exista el secreto: una o varias que lo conocen y una o varias que no. En principio, de aquí se deduce que es necesario que el secreto quede reservado a un círculo limitado de personas, a diferencia de algo notorio, cuyo conocimiento puede extenderse a un círculo no limitado<sup>660</sup>. La cantidad de personas que forman este círculo limitado, así como la cualidad de las mismas, es algo que varía en cada caso<sup>661</sup>, pero puede ser entendida en dos sentidos: respecto al público en general o dentro de una industria en particular<sup>662</sup>. Así, por un lado, respecto al público en general, dicho término se entiende con claridad si nos referimos, por ejemplo, a la información protegida por otros institutos jurídicos, que no posee ya carácter reservado, como ocurre en relación a los derechos de propiedad industrial, en los que dada la publicidad a la que da lugar su registro, son comúnmente conocidos.

Sin embargo, en relación con una actividad en particular, que es el caso que aquí interesa, al aludir el precepto a las *las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice la concreta información*, esta cuestión no está clara y cabe preguntarse dónde está el límite, esto es, asumiendo que el secreto es conocido por un número *a priori* indeterminado de personas, ¿qué se entiende por “generalmente” en dicho ámbito especializado? La respuesta a esta pregunta ha planteado en la doctrina el debate sobre si domina un **criterio cuantitativo o cualitativo**, esto es, si la información deja de ser secreta cuando su objeto es conocido por gran número de personas o bien cuando lo es por las interesadas en él, aunque fuera ya conocido por un círculo amplio de

---

<sup>659</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 44. Sigue esta distinción la totalidad de la doctrina, algunos ejemplos son: BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 279; CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 25; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 33; PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 222.

<sup>660</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Ibidem*, p. 282. La SAP Alicante (Sección 1ª), 891/1998, de 19 de diciembre, afirmó que una información tiene naturaleza reservada cuando las informaciones son “conocidas por un círculo limitado de personas y oculto a otras”. También en este sentido el AAP Barcelona (Sección 10ª), 81/2010, de 18 de enero, define el secreto como “aquella información que se posee por una o por escaso número de personas...”, asumiendo que el número de personas conocedoras del secreto, deberá ser reducido o limitado.

<sup>661</sup> TROLLER, K.: Manuel du droit suisse. *Op. Cit.*, p. 361

<sup>662</sup> SANDEEN, S. K.: The limits of trade secret law. *Op. Cit.*, p. 555.

personas<sup>663</sup>. La mayoría de la doctrina defiende la adopción de un criterio mixto<sup>664</sup>, que atiende a ambos aspectos, esto es, tanto al número de personas como a la condición de competidores del titular del secreto que tengan los terceros, interesados también en él. Por tanto, la pérdida del carácter secreto de la información ha de producirse atendiendo a los dos, siendo el secreto “público cuando lo conocen la mayoría de los interesados”<sup>665</sup>.

En cambio, un sector de la doctrina destaca los problemas del criterio cuantitativo aun cuando se emplee en una fórmula mixta si éste cobra en ella un papel relevante. Así, Suñol Lucea señala con razón que estamos ante un elemento indeterminado y que conduce a resultados insatisfactorios<sup>666</sup>, en la medida en que recurre a un juicio numérico, que se mide en términos tan imprecisos como “mucho” o “poco”<sup>667</sup>. Además de ello - continúa esta autora -, por un lado, una información no puede considerarse generalmente conocida cuando proporciona una ventaja competitiva a su titular aunque sea tan sólo frente a un único competidor o incluso frente a potenciales competidores; y, por otro lado, a veces el contenido del secreto puede incluso ser generalmente conocido, pero en realidad el carácter reservado lo posee el hecho de que determinada empresa lo utiliza, o bien la importancia que dicho secreto ostenta para operaciones de un específico competidor, lo cual es lo que le reporta realmente la ventaja competitiva. En estos casos falla el criterio cuantitativo. En el primer caso, aun cuando pueda conocerse el secreto generalmente, la ventaja al titular puede subsistir respecto de ciertas personas sobre las que aún se mantiene la reserva. En el segundo, la ventaja puede ir relacionada con aspectos del secreto distintos a su contenido y, por tanto, al conocimiento del mismo<sup>668</sup>. Esto demuestra también la insuficiencia de un criterio tan abstracto derivado de la fórmula “generalmente”, aunque intente ceñirse al ámbito de una concreta actividad, pues dado que la reserva nunca es

<sup>663</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 189, cita a autores defensores de ambas teorías. Para la primera alude a Finger, Fuld y Reimer, y para la segunda a Treadwell.

<sup>664</sup> Propuesto por GÓMEZ SEGADE, J. A.: *Ibidem*, p. 193, y seguido por CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 28; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 50.

<sup>665</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: *Ídem*, p. 193.

<sup>666</sup> GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 358, quien afirma que este término deja la incógnita de cuál es el límite de conocimiento tolerable para mantener tal carácter; SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, pp. 124-126.

<sup>667</sup> SUÑOL LUCEA, A.: *Ibidem*, pp. 125-126.

<sup>668</sup> Así, el carácter oculto, referido a la información, no debe perder de vista que ésta está vinculada a una empresa. De ahí que lo que tiene carácter oculto puede ser su contenido o que dicha información ha sido descubierta, es poseída o es empleada por la empresa en cuestión. De esta forma, y como afirma Pooley, el carácter oculto de la información por sí sola, de su combinación con determinados elementos de una empresa o de su aplicación a un determinado ámbito de la empresa, es lo que puede conferir valor a dicha información (POOLEY, J. H. A.: Trade Secrets. *Op. Cit.*, p. 7.).

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

absoluta, sino relativa, habrá de tenerse siempre en cuenta frente a quién debe mantenerse oculta la información, lo cual estará sujeto, en todo caso, a la voluntad de su titular<sup>669</sup>.

Pese a lo anterior, no puede negarse que una pérdida de control por parte del titular sobre quién conoce o no la información llevará consigo, quizás no siempre, pero sí habitualmente, la pérdida de su reserva, pues la imposibilidad de determinar el número de sujetos que la conocen, y más aún en un ámbito concreto de negocio, eliminaría el carácter secreto del conocimiento<sup>670</sup>. El que es consciente de que la información es generalmente conocida en su ámbito dejará de invertir esfuerzos en la misma, ante una potencial pérdida de su valor por dicha falta de control. Sólo en este sentido el criterio cuantitativo tendrá relevancia, de forma que, cuanta más gente tenga acceso a ella, más posibilidades podrán existir de que llegue a conocimiento de los sujetos *cualitativamente aptos para su aprovechamiento*, entendidos como reales o potenciales competidores de quien la ostenta<sup>671</sup>.

Por ello, en mi opinión, se ha de atender a un **criterio mixto, pero preponderantemente cualitativo**, esto es, que gire en torno a la cualidad de competidores, efectiva o potencial, de quienes tienen acceso a la información reservada. Esta es la opción que parece haber adoptado la Directiva al referir el término “generalmente” a las personas que se encuentran en el círculo donde la información resulta de utilidad.

Nuestros tribunales, sin aludir expresamente a este criterio por referirse sólo al carácter reservado de la información, han entendido que el mismo no concurriría cuando aquella era ya conocida por los sujetos respecto de los cuales se produce la querrela. De la lectura de las resoluciones en las que se cuestiona dicho carácter, parece desprenderse que en la jurisprudencia el carácter oculto de la información, y en realidad, el que ésta no sea conocida *generalmente*, atiende a un criterio preponderantemente cualitativo. Ejemplo de ello es la SAP Asturias (Sección 2ª), 205/2003, de 14 de julio, que absolvió al acusado de un delito de revelación de secretos de empresa por no tener el documento difundido carácter público, al ser ya “evidentemente conocido por los pilotos y

---

<sup>669</sup> En este sentido también, GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 358.

<sup>670</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>671</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 139. Así esta autora afirma que esta alusión se refiere a aquellas personas en cuya ignorancia radica, precisamente, la ventaja competitiva que la información proporciona a su titular.

trabajadores de la empresa”. También en este sentido lo entendió el AAP Barcelona 387/2005, de 8 de junio, que declaró el sobreseimiento provisional de las actuaciones por ser los datos de los clientes sistemáticamente facilitados a la empresa a favor de la cual consideró la acusación que se revelaban, en las propuestas de pedido que se hacían desde la empresa querellante. Finalmente, también el AAP Madrid (Sección 3ª), 206/2004, de 13 de mayo, declaró el sobreseimiento provisional de las actuaciones por considerar que no ostentaba carácter secreto la lista de clientes de la empresa, al distribuir ésta un producto restringido a un mercado muy concreto, el de transportistas, donde las empresas son muy escasas y perfectamente conocidas por todas las personas que operan en el sector. Esta última resolución, precisamente, no sólo permite deducir la adopción de un criterio puramente cualitativo, sino que engarza con el segundo elemento que conforma el carácter secreto, y que se trata seguidamente, relativo a la facilidad de acceso a la información en cuestión por las personas del sector.

## **2.2. Información que no sea fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza**

En el juicio de valoración de cuándo se entiende que la información tiene carácter secreto, la segunda pauta a seguir es la de determinar cuándo ésta no es fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos en los que normalmente se usa. Según la doctrina estadounidense, este requisito atiende a si la información susceptible de ser considerada secreto de empresa puede ser fácilmente encontrada en material publicado, como revistas, guías o libros de referencia o productos distribuidos públicamente<sup>672</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, este requisito va más allá de la mera disponibilidad de la información en medios públicos, como puede ser internet, un tablón de anuncios, comercios, revistas, etc. Estos medios se incluyen, por supuesto, en la medida en que ponen la información *al alcance de cualquiera*, siendo indiscutible su carácter público en el citado círculo o en otros. Así se contempló, por ejemplo, en el AAP Madrid (Sección 17ª), 645/2004, de 28 de junio, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la acusación, confirmando la anterior resolución que absolvía al acusado por considerar que el precio de venta de un ron para su comercialización en determinados establecimientos

---

<sup>672</sup> SANDEEN, S. K.: The limits of trade secret law. *Op. Cit.*, p. 555.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

constituía una información al alcance de cualquier empresa o consumidor que acuda a éstos. También se apreció en la SAP de Madrid, de 27 de marzo de 2014, en la que no quedó demostrado que las direcciones de los correos electrónicos de los clientes se hubieran obtenido de los sistemas de la empresa, pues al tener éstos viviendas destinadas a la explotación turística, los propios clientes afirmaron que dichos correos se recopilaron en distintas juntas de propietarios e incluso a muchos de ellos se podía acceder a través de internet.

Junto a estos medios se han de incluir otros de fácil acceso para quienes participan en un determinado sector o para las personas respecto de las cuales pretende evitarse el descubrimiento, pues así lo exigen los textos internacionales al aludir a que la información no sea de fácil acceso *para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza*. Así, por ejemplo, una información puede circular en boletines que se distribuyen mensualmente en una concreta empresa, siendo de fácil acceso para sus empleados, pero no para cualquier persona ajena a aquella; o un método o una técnica de producción pueden ser fácilmente accesibles para el ingeniero de una fábrica automovilística, pero no para el personal de limpieza de la misma, por no ser parte del círculo en el que normalmente son utilizados. En la jurisprudencia se ha apreciado así en la SAP Guipúzcoa, de 30 de diciembre de 1998, que absolvió a las dos acusadas, empleadas de una empresa de intermediación inmobiliaria, que tras marcharse de la misma voluntariamente constituyeron una nueva con el mismo objeto. En este caso, si bien se encontraron similitudes en los datos que usaron las acusadas en su nuevo negocio con los de la anterior, en relación a propietarios, inquilinos y otra información inmobiliaria, la Sala concluyó que tales datos eran obtenibles por otras vías conocidas por quien trabaja en el sector, por lo que no tenían carácter secreto. También la SAP Barcelona (Sección 7ª), 47/2001, de 18 de enero, que consideró que el listado de clientes no era calificable como secreto de empresa, al carecer de protección de tipo alguno a través de claves de acceso u otra forma idónea de control restrictivo frente a terceros, pudiendo dicha información haber sido obtenida por otros medios propios del sector turístico en el que la empresa se desenvolvía. Asimismo se estimó en el AAP Madrid (Sección 4ª) 614/2008, de 24 de junio, al señalar que las cuentas de resultado de una sociedad no podían considerarse secretas porque éstas posteriormente accedían al Registro Mercantil, con la publicidad inherente al mismo, lo cual era sabido por la denunciante.

En realidad, este requisito constituye un criterio cualitativo de valoración del carácter secreto, que no ofrece una solución unívoca<sup>673</sup>, sino que obliga a atender a las concretas circunstancias del caso, en la medida en que dependerá de múltiples circunstancias como el sector de mercado, el tipo de información de que se trate y la valoración de la facilidad o dificultad de acceder a ésta basada en criterios objetivos, cifrados en los recursos invertidos en el acceso, como el coste, el tiempo y el esfuerzo empleados<sup>674</sup> y que ello se haga por medios lícitos<sup>675</sup>. La restricción que prevé este precepto exige que la inversión sea realizada, no por cualquier persona, sino por aquellas que pertenezcan al círculo donde la información se emplea, para que realmente se considere que su acceso no es fácil. Para que se dé este requisito no es necesario que el acceso sea imposible, siendo suficiente con que sea difícil<sup>676</sup>. Así, por ejemplo, acaecerá cuando se descubre un secreto empresarial a partir del producto que lo contiene y que se introduce en el mercado, en la medida en que ello exigirá, generalmente, un esfuerzo para identificar la información<sup>677</sup>.

En cuanto a las personas que pertenecen al círculo donde se utiliza la información, como se ha mencionado ya, se entiende que éstas, como dice Suñol Lucea, “coincidirán con los competidores reales o potenciales del mismo sector de actividad en el que opera su titular o de cualquier otro análogo”<sup>678</sup>. No obstante, es preciso aclarar que esta referencia sólo va dirigida a fijar el alcance de este criterio en función de la capacidad de los sujetos, no afectando, por tanto, al círculo de los potenciales sujetos activos del delito, que pueden ser cualesquiera.

<sup>673</sup> En este sentido también SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, pp. 134-135, quien considera que la apreciación del carácter secreto de la información conforme a este criterio no puede comúnmente resolverse de forma universal y apriorística, debiendo determinarse caso por caso. Así también GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 358.

<sup>674</sup> En este sentido, GALÁN CORONA, E.: *Ibidem*, p. 358; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 51, quien defiende que para que no sea fácil el acceso debe requerir un particular esfuerzo cualitativo – experiencia, conocimientos – o cuantitativo –de inversión, en tiempo o costes-; PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 223, quien afirma que la facilidad de acceso implica que el conocimiento por terceros puede producirse en poco tiempo o con escaso coste; SUÑOL LUCEA, A.: *Ibidem*, pp. 133-135. Asimismo, CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 853, a modo de resumen respecto a lo ya dicho, afirman que el carácter oculto “...determina que objeto del delito sean exclusivamente datos que la mayoría de los competidores desconozcan y cuyo conocimiento no resulte sencillo”.

<sup>675</sup> GALÁN CORONA, E.: *Ibidem*, p. 358; SUÑOL LUCEA, A.: *Ibidem*, p. 132.

<sup>676</sup> SUÑOL LUCEA, A.: *Ídem*, p. 133.

<sup>677</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 212. Este supuesto constituye un medio lícito de obtención de secretos de empresa, que recibe el nombre de ingeniería inversa.

<sup>678</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 139.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

En cualquier caso, también en este requisito, al igual que ocurría en el anterior, juega un papel muy importante la voluntad del titular de la información, pues la facilidad de acceso a la misma dependerá en gran medida de los obstáculos que éste haya puesto para impedir dicho acceso.

### 3. El interés subjetivo en el secreto de empresa

#### 3.1. Introducción

El carácter oculto de la información empresarial no da lugar por sí sólo a la constitución de un secreto de empresa. La condición secreta de la misma debe venir dada por la voluntad del empresario. Como ya se apuntó, este último elemento era el eje central de la llamada teoría subjetiva o de la voluntad (*Willenstheorie*), cuyos defensores sobrevaloraban el elemento subjetivo del secreto, al exigirlo como único. Esta postura doctrinal suscitó numerosas críticas que culminaron con la aparición de la teoría objetiva o del interés (*Interessentheorie*)<sup>679</sup>, la cual surgió, según la doctrina, sólo para oponerse a la teoría subjetiva<sup>680</sup> y se basaba en que la revelación de un secreto sólo era punible si, desde un punto de vista objetivo, existía un interés relevante en que el conocimiento se mantuviera reservado<sup>681</sup>. Éste constituye el último elemento definitorio del secreto que veremos más adelante.

El interés subjetivo viene exigido por los textos internacionales que definen el secreto de empresa. Así, el artículo 39.2 del ADPIC, así como el 2.1.c) de la Directiva (UE) 2016/943, establecen que para que la información pueda considerarse secreto de empresa, ésta debe “*haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control*”<sup>682</sup>.

Pues bien, a pesar de ser este el tercero de los requisitos que establecen los textos internacionales, la lógica llama a adelantar este elemento al del interés objetivo o valor empresarial del secreto, lo que obedece a una coherencia sistemática respecto del orden

---

<sup>679</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, pp. 279-280; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>680</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 241.

<sup>681</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, pp. 280-281; GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: *Ibidem*, p. 241. Cita como defensor de la teoría del interés a Thiele.

<sup>682</sup> El texto en inglés de Acuerdo y propuesta de Directiva es el que sigue: “*has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret*”.

que sigue el proceso en la práctica. Estamos ante el elemento definitorio del secreto empresarial más relevante<sup>683</sup>, pues, hasta su carácter oculto, presupuesto esencial del mismo, depende de él. Por ello empezaré el análisis por éste para, a continuación, ocuparme del interés objetivo.

### 3.2. La voluntad del titular de la información en mantener su reserva

No todos los secretos relativos<sup>684</sup> tienen relevancia jurídica. En efecto, dentro de éstos hay que distinguir dos categorías: los fortuitos o accidentales y los voluntarios. Los primeros son aquellos cuya divulgación no se ha producido por mero desinterés, por olvido u abandono. Los segundos son los secretos para los que sus poseedores ponen conscientemente obstáculos que intentan impedir el conocimiento por parte de terceros<sup>685</sup>. Son estos últimos los que tienen relevancia en la esfera jurídica<sup>686</sup>. Y ello porque es la voluntad, esto es, el interés subjetivo del titular en la información, lo que va a determinar cuál y frente a quién se mantiene secreta.

La importancia del elemento subjetivo era, si cabe, mayor en la anterior regulación de estas conductas. Así, Massaguer ponía de manifiesto en su obra de 1989 respecto de la regulación del Código penal de 1973, que “[l]a indebida apropiación de un know-how viola la voluntad de su titular de no divulgar ciertos secretos y, por tanto, constituye, según las circunstancias, un delito de descubrimiento y divulgación de secretos de los arts. 497, 498 y 499 CP”<sup>687</sup>, dependiendo la aplicación de un precepto u otro del sujeto activo y del objeto del delito. La doctrina criticó, con razón, la sobrevaloración del aspecto subjetivo, alegando que ella podría llegar a suponer que el ordenamiento jurídico diera

<sup>683</sup> Así también, GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 359, quien afirma que es necesario constatar de forma inequívoca su existencia. En la doctrina estadounidense defiende esta posición, SANDEEN, S. K. / ROWE, E. A.: *Trade Secret Law in a nutshell*, West, USA, 2015, pp. 71 y 76, quien señala, además, que la exigencia de medidas de protección de la información constituye un requisito independiente del carácter secreto de la información en los Estados Unidos de América, tanto en la ley uniforme sobre secretos de empresa (*Uniform Trade Secrets Act*, de 1985) como en la ley penal federal sobre secretos de empresa (*Economic Espionage Act*, 1996). En sentido contrario, se pronuncia BONE, R. G.: “Trade secrecy, innovation and the requirement of reasonable secrecy precautions”, en DREYFUSS, R. C. / STRANDBURG, K. J. (Eds.): *The Law and Theory of Trade Secrecy. A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2011, pp. 63-64, quien aboga incluso por la supresión de este requisito, el cual, según apunta, tenía sentido en el mundo formalista de la teoría de la propiedad de final del siglo XIX, pero no con la realidad jurídica actual, que ha tornado el formalismo en funcionalismo.

<sup>684</sup> Sobre la distinción entre secretos absolutos y relativos. Cfr. *Supra*, capítulo II. III. 2. 2.1.

<sup>685</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 44-45.

<sup>686</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>687</sup> MASSAGUER FUENTES, J.: El contrato de licencia. *Op. Cit.*, p. 58



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

carta de legitimidad en ocasiones a decisiones arbitrarias o unilaterales del titular del secreto<sup>688</sup>.

En la actualidad, con la normativa vigente, el interés subjetivo sigue teniendo una gran importancia, pues destaca que el titular de un secreto empresarial, que desee protegerlo, debe manifestar claramente su voluntad en tal sentido, no pudiendo ser la casualidad o el azar elementos sobre los que se construya la figura del secreto<sup>689</sup>. Dicho esto, el problema que se plantea es si basta la mera voluntad interna. Las razones a favor de ésta se centran en que la exigencia de una voluntad reconocible externamente, en primer lugar, impedía la arbitraria creación de secretos por parte del empresario, al exigir necesariamente un interés objetivo; en segundo lugar, se argüía que admitir la exigencia de una voluntad externa crearía gran inseguridad en el ánimo de los empleados; y, en tercer lugar, se destacaba como ventaja de esta posición la sencillez, en la medida en que la exigencia de la voluntad externa obligaba al juez a examinar, junto a los requisitos del secreto, si concurre la voluntad externa de mantenerlo<sup>690</sup>.

En mi opinión, ninguno de estos motivos se sostiene. Los dos primeros, a mi parecer, se darían precisamente de ser admitida como suficiente la concurrencia de una voluntad interna, en la medida en que creará más arbitrariedad por parte del empresario e inseguridad para los empleados, el que cualquier información pueda ser considerada secreta sin que pueda identificarse qué. El tercer motivo simplemente ignora la relevancia de los secretos de empresa, no sólo para la economía de la empresa y, por ende, el interés del titular del secreto, sino para la seguridad de los propios empleados, que acabarían sometidos al deber de guardar reserva sobre cualquier mínima información cuyo conocimiento hubieran adquirido trabajando para dicha empresa.

Por ello en la actualidad es pacífica la idea de que **no basta con una voluntad interna**, en la medida en que esto puede traer consigo graves consecuencias para los empleados, siendo muy probable que alguno de éstos “no perciba la voluntad presunta de mantener el secreto, la cual, según la tesis criticada, se deduce del interés que el secreto tiene para la empresa”, admitiéndose así una voluntad tácita, basada en dicho interés<sup>691</sup>.

---

<sup>688</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 237. Sobre este aspecto se volverá al tratar el interés objetivo del secreto empresarial.

<sup>689</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>690</sup> *Ídem*, p. 225.

<sup>691</sup> *Ídem*, p. 226.

Esta teoría, que no exigía una voluntad reconocible externamente, se fundaba en que su exteriorización no era necesaria, al ser suficiente la existencia de un interés objetivo del titular del secreto.

Así pues, la doctrina defiende la necesidad de que la voluntad del titular del secreto sea **reconocible externamente**. Esto implica que es necesario que exista una intención clara de mantener la reserva sobre determinados datos o circunstancias de la empresa<sup>692</sup> y que la misma se materialice. Por tanto, desde la posición que se ha asumido, no basta con que exista la voluntad, sino que es preciso que ésta se haya manifestado<sup>693</sup>, resultando esencial su exteriorización por medio de la adopción de medidas de protección de la información<sup>694</sup>, como a continuación veremos.

### 3.3. La manifestación de la voluntad

#### 3.3.1. La adopción de medidas por la persona que legítimamente controla la información

Puesto que los secretos de empresa no constituyen derechos absolutos cuya previa inscripción en el Registro otorga a su titular un monopolio legal o *ius prohibendi erga omnes*, son las medidas adoptadas por el interesado para la tutela de su información las que vendrían a conferirle dicha exclusividad. En el caso de los secretos empresariales son ellas las que desempeñan la función que desarrolla la inscripción registral en materia de propiedad industrial, otorgándole así un monopolio que, en este caso, es puramente fáctico<sup>695</sup>.

Desde la perspectiva del Derecho mercantil, el principio de buena fe previsto en el artículo 4.1 de la Ley de Competencia Desleal exige la adopción de medidas de

---

<sup>692</sup> *Ídem*, p. 227. Así también CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, pp. 28-29; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>693</sup> LÓPEZ GARRIDO, D. / GARCÍA ARÁN, M.: El Código penal de 1995. *Op. Cit.*, p. 142. En el mismo sentido, RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: Capítulo XI. *Op. Cit.*, p. 620, defienden que si la voluntad “no existe, o no se ha transmitido de forma adecuada la intención de mantenerlos reservados, las conductas de los artículos 278 y ss. son atípicas”. En este sentido también, la SAP Barcelona (Sección 7ª) 47/2001, de 18 de enero, excluye como secreto de empresa a las listas de clientes de una empresa por carecer de protección alguna “al no contar con claves de acceso u otra forma idónea de control restrictivo frente a terceros”. En el mismo sentido, la SAP Girona (Sección 3ª) 168/2008, de 19 de febrero.

<sup>694</sup> MILGRIM, R. M. & BENSON, E. E.: *Milgrim On Trade Secrets*, Vol. 1, § 1.03, LexisNexis, Danvers, 2013, 1-267 - 1-271. Estos autores ponen de manifiesto que la existencia de unas adecuadas medidas de protección de la información en cuestión, garantizan un juicio sumario contra el demandante como una cuestión de derecho.

<sup>695</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 220.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

protección de la información pues, como apunta Suñol Lucea, “[o]bvias exigencias de sujeción a las consecuencias de los propios actos y de la buena fe avalan la idea de que quien por acción u omisión pone en riesgo su información no puede lícitamente pretender que los demás estén obligados a abstenerse de comunicarla a otros o a utilizarla”<sup>696</sup>. Si cuando no se ponen medios para proteger la información, no cabe apreciar un ilícito mercantil, mucho menos se podría apreciar uno penal.

Dado que el Código penal no define lo que es un secreto empresarial y la presencia de éste, tal como establecen el Acuerdo TRIPs y la Directiva (UE) 2016/943, exige la concurrencia de este requisito, la necesidad de que se dé este elemento en el ámbito penal no debe plantear problemas. Así, es el titular de la información el que ha de velar por el mantenimiento de sus secretos empresariales, siendo diligente en la custodia y protección de los mismos<sup>697</sup>, y por ende, “quien debe poner los obstáculos pertinentes para mantener en sigilo aquello que puede afectar a sus intereses”, entrando el Derecho en juego sólo cuando el comportamiento desvelador del secreto se presenta intolerable<sup>698</sup>.

Por tanto, la idea de autoprotección de la víctima juega aquí un papel importante, pues en ocasiones el Derecho penal no puede intervenir porque al final lo decisivo es que la lesión o peligro del bien jurídico es imputable a que la víctima lo ha posibilitado por no haber adoptado medida alguna<sup>699</sup>. Así pues, en tales casos el hecho es menos grave que cuando el titular del bien ha adoptado medidas. De este modo se fundamenta muchas

---

<sup>696</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 156.

<sup>697</sup> Un caso interesante para justificar la necesidad de estas medidas se juzgó en el AAP Barcelona (Sección 10ª), 365/2009, de 1 de abril, el cual desestimó el recurso de apelación interpuesto por la empresa querellante, confirmando así el previo pronunciamiento que declaró el sobreseimiento provisional de las diligencias, en el que se reclamaba al acusado, dibujante proyectista, haberse quedado con la única copia que poseía la empresa de todo el trabajo realizado en sus casi ocho años de relación laboral. Así, el auto afirma que resulta sorprendente que en ocho años la empresa no haya guardado más que una copia, por lo demás, en el mismo disco duro externo que el propio acusado se llevaba en ocasiones a su domicilio para trabajar. De esta forma, -concluye la resolución-, ello sería altamente reprochable a la propia empresa. Otras resoluciones que ponen de relieve la importancia de las medidas para la noción de secreto empresarial son: la STS de 8 de octubre de 2007, las SSAP Barcelona de 28 de noviembre de 2005 y de 6 de mayo de 2004. También así la SAP Navarra 10 de junio de 1998, que decía que “el protector [*sic*] esencial del secreto es su propio titular...”.

<sup>698</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p. 277.

<sup>699</sup> HÖRNLE, T.: “Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección”, en VON HIRSCH, A. / SEELMANN, K. / WOHLERS, W. (ed. Alemana) y ROBLES PLANAS, R. (ed. Española): *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2012, p.88. Esta autora apunta que, “del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal no sólo tendría que derivarse la necesidad de, en su caso, dar preferencia a los medios de protección estatal más leves, sino también como ulterior consecuencia la renuncia a la pena cuando el afectado no hubiera usado los medios de autoprotección a los que sin más le era posible y exigible recurrir” (*Ibidem*, p. 90). En el mismo sentido, MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 9ª edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2011, p. 118.

veces la diferencia entre hurto y robo con fuerza en las cosas. En el segundo hay que vencer las defensas que ha colocado la víctima<sup>700</sup>.

En el ámbito objeto de estudio, la víctima, en este caso el titular de la información empresarial constitutiva de secreto de empresa, tiene la conciencia de que en la situación concreta de la competencia en el mercado existen peligros y, a su vez, estrategias, para la eliminación o disminución del riesgo, debiendo por ello adoptarlas dentro del marco de la razonabilidad. Dicha valoración, como se verá, tiene en cuenta las medidas que no exigen ni un cuidado ni una desconfianza permanentes<sup>701</sup>. De ahí que en los casos en los que no las adopte, se llegue a la conclusión de que la víctima no puede invocar la protección jurídico-penal<sup>702</sup>.

En este sentido, la doctrina estadounidense ha señalado que una empresa puede adoptar numerosas precauciones para reducir la probabilidad de que se produzcan sustracciones ilegítimas, pero que no invertirá grandes esfuerzos en ello si la amenaza de sanciones legales disuade. En el caso de los secretos de empresa, puesto que la ley protege contra sustracciones ilegítimas pero no contra pérdidas por accidente o por ingeniería inversa (*reverse engineering*), - concluye la doctrina - es evidente que los gastos propios de la empresa dirigidos a prevenir la pérdida por estas últimas vías serán mayores que si la ley las protegiera, como hace con las primeras<sup>703</sup>.

La doctrina alemana también ha puesto el acento en este aspecto al afirmar en relación a la criminalidad informática, que el impedimento del mal uso en materia de procesamiento de datos no es en primera línea cosa del legislador penal, sino de las empresas y administraciones afectadas. Así, las medidas de seguridad por parte de éstas están descuidadas, lo que constituye una puerta abierta a la comisión de delitos, pudiendo reducirse el problema de la criminalidad informática si los usuarios de los ordenadores afectados adoptaran medidas personales, estructurales, organizacionales y técnicas para impedirlo<sup>704</sup>.

---

<sup>700</sup> Un modelo basado en la autoprotección de la víctima del tipo del artículo 278.1 CP es la propuesta de ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, pp. 84 y ss.

<sup>701</sup> HÖRNLE, T.: Subsidiariedad como principio. *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>702</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>703</sup> FRIEDMAN, D. D. / LANDES, W. M. / POSNER, R. A.: Some economics. *Op. Cit.*, p. 68.

<sup>704</sup> SIEBER, U.: Informationstechnologie. *Op. Cit.*, p. 23.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Por último, hay que señalar que la doctrina no sólo admite una manifestación de voluntad **expresa**, sino también **tácita**, que se acredita mediante *actos* de los que cabe deducir el interés del titular en el mantenimiento del secreto<sup>705</sup>. Mientras que la forma expresa plantea menores problemas interpretativos y probatorios, al articularse mediante la estipulación de un pacto explícito, la tácita se constata a través de las medidas de conservación de la información<sup>706</sup>, que se hayan podido adoptar.

### 3.3.2. Tipos de medidas

Para que se dé la voluntad del titular de la información deben adoptarse medidas cuya existencia debe constatar en el caso concreto. Pero hay que aclarar que no es necesario que éstas sean totalmente infranqueables. Si hace décadas ya era posible reproducir cierta información a través de medios manuales o mecánicos para efectuar copias, hoy en día evitar el apoderamiento de secretos de empresa se hace especialmente difícil, teniendo en cuenta la existencia de medios que facilitan enormemente la consecución de esta información. En efecto, basta una captura de pantalla o una fotografía con un teléfono móvil para copiar en pocos segundos grandes cantidades de información.

Asimismo, los avances tecnológicos permiten crear, cada vez más con mayor rapidez y facilidad, programas de acceso a bases de datos ajenas de forma ilícita. De ahí también la necesidad de que se invierta más en sistemas de protección de la información, que actualmente se almacena en gran medida en el espacio virtual<sup>707</sup>. Así, la alta conectividad de las redes informáticas actuales o los nuevos espacios intangibles de almacenamiento, como la nube, obligan al titular de la información a adoptar medidas proactivas respecto de todos sus dispositivos para evaluar los riesgos posibles e

---

<sup>705</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 230. Así también, MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 69, afirma que lo relevante es que sea reconocible externamente dicha voluntad, sin que quepa duda de ella, pudiendo ser expresa o tácita.

<sup>706</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 225; CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 854, citando la SAP Barcelona 19 enero 2001.

<sup>707</sup> A estos efectos, un recurso útil al que atender es la norma UNE-ISO/IEC 27002, la cual constituye un estándar para la gestión de la seguridad de la información y contiene códigos de buenas prácticas. Este estándar es publicado por la Organización Internacional de Normalización y la Comisión Electrotécnica Internacional e incluye numerosos parámetros de control dentro de diversos objetivos relacionados con la empresa, como por ejemplo, políticas de seguridad, aspectos organizativos de la seguridad de la información, gestión de activos, control de accesos, seguridad en las telecomunicaciones, relaciones con suministradores o adquisición, desarrollo y mantenimiento de los sistemas de información. Su contenido puede consultarse en <http://www.aenor.es/aenor/normas/normas/fichanorma.asp?tipo=N&codigo=N0044393&pdf=>.

implementar controles adecuados a ellos<sup>708</sup>, lo que no siempre ocurre por no ser consciente el poseedor de la misma de su relevancia<sup>709</sup>.

En general, puede decirse que la forma de manifestar la voluntad está directamente relacionada con la naturaleza de las medidas, que puede ser de carácter jurídico o técnico<sup>710</sup>.

Habrà una manifestación *expresa* normalmente cuando se adopten medidas de naturaleza *jurídica* vinculantes como pueden ser las cláusulas o pactos de confidencialidad y/o las de no competencia, que se incluyen en los contratos de trabajo<sup>711</sup> y que han de determinar con exactitud el objeto del secreto<sup>712</sup>.

En cambio, será *tácita* por regla general cuando se tomen medidas de naturaleza *técnica*, como pueden ser las claves o contraseñas informáticas para acceder a un ordenador, la existencia de sistemas de control parar circular por determinadas zonas del edificio, la vigilancia mediante cámaras de seguridad, el control de visitantes y clientes, etc. La doctrina estadounidense ha expuesto algunos medios técnicos que se pueden implementar, como las limitaciones de acceso a áreas y documentos confidenciales; ser cuidadoso con los empleados que se contratan si provienen de la competencia; la limitación de publicaciones y charlas de empleados conocedores de la información que no supongan revelación de secretos empresariales, entre otras<sup>713</sup>.

No obstante, cuando el empresario da instrucciones orales a sus empleados o clientes que pueden recogerse en notas que acompañan a dibujos, diseños, planos o documentos, que contengan el objeto del secreto<sup>714</sup> o cuando se utilizan notas, leyendas, signos y procedimientos inteligentes para comunicar a los empleados y otros sujetos que

---

<sup>708</sup> COWPERTHWAIT, T. S.: “Businesses Must Protect Against Cyber-Espionage”, en *Connecticut Law Tribute*, vol. 37, nº 11, 2011, p. 2. Entre ellas, el autor alude a cinco que estima imprescindibles: (i) una fuerte comunicación y coordinación interna en la empresa; (ii) la identificación de los secretos de empresa y un análisis de potenciales pérdidas (económicas, de reputación, de ventajas competitivas, etc.); (iii) la identificación de potenciales amenazas internas y externas y el desarrollo de planes preventivos y de reducción de pérdidas; (iv) el desarrollo y la implementación de políticas de uso de las redes sociales; y (v) relaciones coordinadas y efectivas con las autoridades encargadas de aplicar la ley.

<sup>709</sup> FARALDO CABANA, P.: *Las Nuevas Tecnologías*. *Op. Cit.*, p. 234.

<sup>710</sup> GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 359; SUÑOL LUCEA, A.: *El Secreto Empresarial*. *Op. Cit.*, p. 159.

<sup>711</sup> SUÑOL LUCEA, A.: *Ibidem*, p. 159.

<sup>712</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: *El secreto industrial (Know-how)*. *Op. Cit.*, pp. 227-228.

<sup>713</sup> MILGRIM, R. M.: *Milgrim On Licensing*, Vol. 1, Matthew Bender, Times Mirror Book, Los Angeles, 1993, §3.08, 3-9 – 3-10.

<sup>714</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: *El secreto industrial (Know-how)*. *Op. Cit.*, p. 228.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

entren en contacto con la información, que ésta es un secreto empresarial, estamos en presencia de una manifestación expresa de la voluntad pese a tratarse de un medio de índole técnica.

Para evitar el apoderamiento de secretos de empresa por personas ajenas a la empresa que no conocen la información de modo lícito, el empresario deberá tomar predominantemente medidas de carácter técnico. Éstas deben dirigirse a obstaculizar el acceso a la información por cualquier persona ajena a la misma<sup>715</sup>, por lo que deberán ser burladas para considerar que se produce un apoderamiento ilegítimo. Así, será necesario identificar un ardid o conducta de carácter subrepticio sobre dichas medidas, para constatar su existencia<sup>716</sup>. Ejemplo de ello puede verse, por ejemplo, en la SJP 1 Terrassa 20/2006, de 1 de febrero, en la que el acusado, aprovechando la relación laboral que había tenido con otro empleado de la empresa, se dirigió al proveedor de acceso a internet, como si se tratara del titular de la página web, solicitando nuevas claves para bloquear y controlar la entrada a la misma. En este supuesto se condenó al acusado por un delito de apoderamiento de secretos de empresa del artículo 278.1 CP, y en él puede identificarse dicho ardid en el engaño para hacerse pasar por el titular de la página y conseguir dichas claves. En sentido contrario, dada la importancia de la existencia de estas medidas, cuando la información no sea objeto de protección alguna, no debería llegar a imponerse una condena penal. Así ocurrió en la SAP de Barcelona de 18 de enero de 2001, que negó la cualidad de secreto empresarial al listado de clientes por carecer de protección por claves de acceso o cualquier “otra forma de control restrictivo frente a terceros”.

Sin embargo, adelantando una de las conclusiones que de las lecturas de las resoluciones jurisprudenciales puede extraerse, ello no se ha valorado siempre de tal manera en nuestros tribunales. Así, la SAP Girona (Sección 3ª), 168/2008, de 19 de febrero, absolvió al acusado por no considerar secreto de empresa una base de datos con información sobre los clientes de una agencia, que carecía de protección de tipo alguno, como claves de acceso u otra forma idónea de control restrictivo frente a terceros. Esta sentencia apuntó que los actos de apoderamiento y utilización de los que absuelve a los

---

<sup>715</sup> Dicho obstáculo al acceso se ve claro en el caso de la SAP Vizcaya (Sección 6ª), 821/2011, de 4 de noviembre, supuesto que finalmente absolvió al condenado, el cual, tras numerosos intentos de prueba y error para acceder a la información empresarial, parecía haberlo conseguido en dos ocasiones, lo cual no quedó acreditado finalmente. Las claves de seguridad impidieron su acceso, mostrando así la voluntad del titular de protegerla.

<sup>716</sup> Ésta constituye, según la doctrina estadounidense, una de las utilidades a las que sirven las medidas. Así, SANDEEN, S. K. / ROWE, E. A.: Trade Secret Law. *Op. Cit.*, p. 72.

acusados contra dicha base de datos, sólo serían actos de mala fe o de competencia desleal, pero no violación de secretos de empresa a efectos penales. Sin embargo, esta sentencia fue casada por la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), 864/2008, de 16 de diciembre, que condenó al acusado, afirmando la cualidad de las listas de clientes, en general, para ser objeto del secreto empresarial, sin considerar en absoluto la presencia de medidas razonables para proteger el carácter reservado de las mismas. También plantea cierta polémica en este sentido la SAP de Ciudad Real de 2 de diciembre de 2015 (ARP 2015, 1317), en la que un sujeto fue condenado por un delito del artículo 278.1 CP, por apoderarse del listado de clientes que se encontraba en un equipo informático de su propiedad, de un centro de estética cuya titular no protegía mediante claves o cualquier otro tipo de medida de seguridad, reconociendo la propia sentencia que “pudo ser una imprudencia por parte de Genoveva el no realizar el borrado de datos”, previamente a la devolución del ordenador. De dicho apoderamiento se derivó una utilización posterior de la lista de clientes mediante la creación de un negocio propio. Sin embargo, aun cuando la conducta de apoderamiento, aprovechando que dichos datos que quedaron guardados en su equipo, pudiera resultar reprobable por ser contraria a la buena fe, ésta no debería dar lugar a una condena penal. Ello es así, en mi opinión, en la medida en que, si bien el tipo no exige en su literalidad que se sorteen medidas de seguridad adoptadas por el titular de la información, de una interpretación teleológica de éste, y acudiendo al principio de *ultima ratio* que rige en Derecho penal, se desprende que el sujeto activo de la conducta de espionaje empresarial debe subvertir el orden jurídico de forma inequívoca, lo cual no queda tan claro en el presente caso. Siendo el sujeto que se apodera de la información, propietario del soporte material donde ésta se hallaba, y no habiendo adoptado la titular de la misma medidas de protección alguna, el sujeto no tuvo que acceder a dicha lista de forma ilegítima, subrepticia o violando dichas medidas, que eran inexistentes, por lo que no parece adecuada la imposición de una condena por un delito de espionaje empresarial.

En la línea de obviar las medidas en la configuración del secreto empresarial se sitúa también una corriente jurisprudencial que parece seguir aún la trasnochada teoría de la voluntad interna. Este grupo de resoluciones difiere de los requisitos que establecen los textos internacionales para definir los secretos de empresa, remitiendo siempre para ello a la STS de 12 de mayo de 2008, uno de los pocos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo en esta materia. Así, las notas que definen al secreto de empresa, según este sector de la jurisprudencia, son cuatro: 1) la confidencialidad, 2) la exclusividad, 3) el



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

valor económico y 4) la licitud<sup>717</sup>. De esta forma, esta corriente obvia la referencia a la adopción de medidas razonables para la protección de la información, resultando ello sumamente criticable, pues para que el Derecho intervenga resulta requisito indispensable que el titular ponga las barreras pertinentes para proteger su información, sin las que el secreto queda desprotegido.

Finalmente hay que concluir que, en caso de duda en que no se pueda percibir claramente la voluntad de mantener el secreto por parte de su titular ante la inexistencia de medidas que la tutelen, la doctrina ha defendido que, dado que el secreto puede ser un obstáculo para el progreso, éste se proteja de forma restringida y se conceda sólo cuando concurren claramente todos sus requisitos<sup>718</sup>. En mi opinión, no es esta la razón de fondo, pues ya hemos visto que el secreto empresarial sí está en condiciones de fomentar el progreso y la innovación. Las razones de ello son, sin embargo, las que venimos exponiendo, y están relacionadas con la seguridad jurídica del empleado, el principio de subsidiariedad del Derecho penal y la autoprotección.

### **3.3.3. La razonabilidad de las medidas adoptadas, en las circunstancias del caso**

Aceptada la premisa de la necesidad de adoptar medidas para que una información pueda considerarse secreto de empresa, es necesario valorar el alcance de las mismas atendiendo a su razonabilidad. Dicho requisito también aparece recogido en el artículo 39.2 del Acuerdo TRIPs y el 2.1.c) de la Directiva europea, al establecer que la información *haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso*.

La primera idea que se desprende de dicha regulación es que la citada cualidad dependerá del supuesto concreto que tenga lugar y será entonces cuando deba valorarse. Además, la persecución de un criterio uniforme para ello ha sido considerada poco útil por parte de la doctrina<sup>719</sup>. Esto es evidente dada la existencia de cuatro variables que impiden su concreción apriorística: en primer lugar, la multitud de información existente

---

<sup>717</sup> En el mismo sentido, la SJP 16 Barcelona 534/2010, de 17 de noviembre; la SAP Vizcaya (Sección 6ª), 821/2011, de 4 de noviembre; el AAP Sevilla (Sección 7ª), 39/2012, de 26 de enero; el AAP Barcelona (Sección 6ª), 300/2012, de 19 de abril; el AAP Madrid (Sección 15ª), 451/2012, de 18 de junio; la SAP Ciudad Real (Sección 1ª), 19/2012, de 17 de septiembre; la SJP Palma de Mallorca 63/2013, de 12 de febrero; la SAP Valencia (Sección 3ª), 17/2014, de 7 de enero; la SAP Córdoba (Sección 3ª), 532/2014, de 12 de diciembre; la SAP Madrid (Sección 2ª), 329/2015, de 27 de abril; la SAP Toledo (Sección 1ª), 93/2015, de 30 de julio; la SAP Badajoz (Sección 1ª), 4/2016, de 1 de febrero, entre otras.

<sup>718</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 232.

<sup>719</sup> GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 359.

en una empresa; en segundo lugar, la inmensa variedad de estas últimas; en tercer lugar, los distintos sectores en los que pueden operar; y, en cuarto lugar, la infinidad de modos posibles de hacerse con información de forma ilegítima<sup>720</sup>.

La necesidad de atender al caso concreto ha sido también destacada por la doctrina estadounidense, que ha centrado dicha valoración en dos aspectos sustancialmente: por un lado, *el valor y la naturaleza* del secreto de empresa; y, por otro, *los costes* que ello puede conllevar y que deben atender a la concreta realidad del negocio y a los riesgos de que se produzcan apoderamientos ilegítimos, valorando también los beneficios derivados de esos costes<sup>721</sup>. Ello incluye, según la doctrina, no sólo los costes directos derivados de dicha protección (como los gastos en seguridad, personal o técnica) sino también indirectos (como la disminución de la productividad de los propios empleados de la empresa o de terceros que contraten con ella, al tener que usar la información con demasiadas restricciones)<sup>722</sup>.

También en relación a los costes, autores norteamericanos han señalado al referirse a las diferencias entre el secreto de empresa y la patente, que mientras esta última tiene atribuidos unos costes siempre fijos, el secreto añade gastos para prevenir o evitar la revelación de los secretos, que habrán de ser proporcionales al valor que tengan éstos para los potenciales apropiadores<sup>723</sup>.

Sin embargo, lo coherente, en mi opinión, es la relevancia que el propio titular de la información y no los potenciales apropiadores, le otorga a ésta con los medios a los que recurre para protegerla. Resultará imposible, dado el carácter relativo del secreto, que el titular conozca qué valor tiene aquél para cada persona que desee apropiarse del mismo, y sólo podrá protegerlo atendiendo al valor que ostenta para su empresa. Desde esta óptica, la razonabilidad de las medidas ha de valorarse atendiendo a dos parámetros, uno objetivo y otro subjetivo.

---

<sup>720</sup> En sentido similar se pronuncia ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, p. 93, al afirmar que “el número y tipo de medidas que pueden adoptarse para la protección de la información es simétrico al número y tipo de subterfugios por los que puede obtenerse de forma ilegítima, o por los que pueden perderse el control sobre su carácter secreto por descuido o imprudencia: infinitos”.

<sup>721</sup> MCJOHN, S. M.: *Intellectual Property*, 4<sup>th</sup> edition, Wolters Kluwer – Law & Business, New York, 2012, pp. 498-501; POOLEY, J. H. A.: *Trade Secrets. Op. Cit.*, p. 51; SANDEEN, S. K. / ROWE, E. A.: *Trade Secret Law. Op. Cit.*, pp. 73 y 77.

<sup>722</sup> MCJOHN, S. M.: *Ibidem*, p. 500; SANDEEN, S. K. / ROWE, E. A.: *Ibidem*, p. 77.

<sup>723</sup> FRIEDMAN, D. D. / LANDES, W. M. / POSNER, R. A.: *Some economics. Op. Cit.*, p. 63.

Desde un *prisma objetivo*, y como se apuntó ya al hablar de la necesidad de adoptar medidas de autoprotección, sólo se tomarán en consideración aquellas que no exigen ni un cuidado ni una desconfianza permanentes<sup>724</sup>. Desde esta perspectiva, en primer lugar, quedarían **excluidas medidas infranqueables**, que impiden de forma absoluta el acceso a la información, pues éstas no tienen por qué dar lugar a una protección acorazada del secreto<sup>725</sup>. Un ejemplo significativo en este sentido, que es un clásico en la jurisprudencia norteamericana en la materia, es el caso *E. I. duPont de Nemours v. Christopher*, en el que se sobrevolaron las instalaciones de la planta de DuPont en construcción, y se tomaron fotografías de la misma. El alegato de la defensa se fundaba en la inexistencia de medidas, puesto que la planta no estaba cubierta y, por tanto, estaba expuesta a la vista desde arriba. El tribunal sentenció que no es exigible al titular de un secreto de empresa que construya una “fortaleza impenetrable” que sea efectiva contra cualquier forma posible de espionaje, basando su condena en los altos costes que ello hubiera supuesto y la naturaleza moralmente reprochable de la conducta de los acusados. Como consecuencia de este primer elemento, en segundo lugar, el juzgador podría atender a determinadas **circunstancias indiciarias** que permitan deducir que el titular del secreto normalmente actúa con diligencia para proteger su información. Entre dichas circunstancias se incluirían las **medidas de seguridad generales** que el empresario haya adoptado en su empresa, como por ejemplo, la videovigilancia en las zonas donde existen equipos informáticos, documentación importante o en las áreas de producción; la contratación de personal de seguridad para acceder a determinados recintos; la previsión de contraseñas personales para cada terminal; la práctica habitual de firmar acuerdos de confidencialidad o de no competencia cuando cierta información tiene que revelarse necesariamente, etc. La doctrina estadounidense señala que, el factor con mayor peso en la práctica jurisprudencial, es si la empresa contaba con un programa de seguridad general y si sustancialmente lo cumplía<sup>726</sup>.

Desde un *prisma subjetivo*, cada empresario deberá tomar las precauciones proporcionales al volumen de su industria y a la importancia del secreto que desea

---

<sup>724</sup> HÖRNLE, T.: Subsidiariedad como principio. *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>725</sup> En este sentido, en la doctrina estadounidense, BONE, R. G.: Trade secrecy. *Op. Cit.*, p. 58; MCJOHN, S. M.: Intellectual Property. *Op. Cit.*, p. 498; POOLEY, J. H. A.: Trade Secrets. *Op. Cit.*, p. 51; SANDEEN, S. K. / ROWE, E. A.: Trade Secret Law. *Op. Cit.*, p. 78. En nuestra doctrina, una crítica a la exigencia de medidas de protección que conlleven un nivel de riesgo cero o próximo a éste, puede verse en ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, pp. 100-101.

<sup>726</sup> MCJOHN, S. M.: *Ibidem*, pp. 500-501; SANDEEN, S. K. / ROWE, E. A.: *Ibidem*, p. 80.

conservar<sup>727</sup>. Esto tiene sentido en la medida en que, como vimos en sede de bien jurídico en relación al concepto de patrimonio adoptado, hay que atender a la funcionalidad que para la empresa representa un determinado bien y, por tanto, a su valor de uso que, como veremos, integra el contenido del interés objetivo del secreto empresarial. De ahí que, atendiendo a dicha funcionalidad o utilidad, sea el titular de la información el que deba determinar qué valor posee ésta para su empresa, lo cual estará relacionado a su vez con la amenaza que suponga su conocimiento por las personas a las que se le oculta, debiendo ser las medidas, por tanto, proporcionales a y coherentes con estas estimaciones. Así, la doctrina más reciente ha señalado, con razón, que la idoneidad en sentido fáctico de las medidas, debe atender a un juicio de riesgo respecto al acceso de terceros<sup>728</sup>. A mi juicio, dicho juicio de riesgo deberá atender a varios factores: en primer lugar, a la **naturaleza de la información** (secreto industrial o comercial y dentro de estas categorías los diversos tipos que pueden existir); en segundo lugar, a su **valor** (deberá recibir mayor protección aquella información más valiosa para la empresa<sup>729</sup>); en tercer lugar, a los **estándares de seguridad** de una industria frente a otra<sup>730</sup> (no deberá tomar las mismas precauciones, por ejemplo, una empresa cuya actividad se desarrolle principalmente en un sector poco competitivo y con carácter local, que otra donde históricamente ha existido gran competencia, en la que suele acudir a la inteligencia competitiva y cuya actividad comercial tenga lugar casi exclusivamente en el espacio virtual)<sup>731</sup>; y, en cuarto lugar,

<sup>727</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 233. En sentido contrario, ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, pp. 99 y 102, quien afirma que “del mismo modo que los conocimientos (capacidades) especiales del autor no deberían alterar el juicio objetivo sobre la relevancia penal de su conducta, los conocimientos (capacidades) especiales de la víctima no deberían alterar el estándar de (auto) protección penalmente exigible”.

<sup>728</sup> ESTRADA I CUADRAS, A.: *Ibidem*, pp. 84 y ss. Así, el autor acaba defendiendo sólo serán penalmente relevantes los aseguramientos de secreto empresarial cometidos por alguna de las siguientes vías: mediante fuerza en las cosas (escalamiento, fractura interna, externa, uso de llaves falsas, inutilización de sistemas específicos de alarma y guarda); mediante uso de violencia o intimidación; mediante engaño bastante; así como los cometidos superando “barreras de (auto)protección *funciona y valorativamente equivalentes*, como por ejemplo la vulneración de sistemas de seguridad informáticos” (*Ídem*, p. 104. La cursiva es del autor). Respecto de esta postura y sus posibles virtudes y defectos, se aludirá al tratar el tipo delictivo del artículo 278.1 CP.

<sup>729</sup> SANDEEN, S. K. / ROWE, E. A.: Trade Secret Law. *Op. Cit.*, p. 80, quien afirma que una empresa proveerá medidas de seguridad más fuertes en relación a sus “joyas de la corona” que respecto al resto de información menos relevante.

<sup>730</sup> MCJOHN, S. M.: Intellectual Property. *Op. Cit.*, p. 500.

<sup>731</sup> Los casos con mayor repercusión mediática donde se ha producido espionaje están especialmente relacionados con el sector industrial y, dentro de éste, con aquellos ámbitos donde las innovaciones están a la orden del día, donde mayores medidas de protección se exigen. Algunos ejemplos de ello son, en el **sector de la informática**, el caso que marcó la década de los '80, de *IBM* contra *Hitachi*, empresa que se hizo con un conjunto completo de cuadernos de la primera con multitud de diseños y otros secretos técnicos; en el mismo sector, en el año 2000, *Microsoft* libró una batalla judicial contra *Oracle*, por la contratación de un detective que sobornó a empleados de su rival para obtener documentos; también en el año 2010, *Google* detectó un ataque informático de alta sofisticación proveniente desde *China*, que acabo sustrayendo

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

este juicio de riesgo desde el punto de vista subjetivo, que atiende al carácter relativo del secreto en cuestión, debe tener asimismo en cuenta la **disponibilidad de las medidas de seguridad** exigidas, es decir, la posibilidad real de que la empresa en cuestión pueda adoptarlas, sin que ello conlleve un gasto excesivo o desproporcionado frente al valor de la información<sup>732</sup>.

Desde este doble prisma objetivo-subjetivo, se ofrece al juez una batería de criterios a los que atender para valorar *en las circunstancias del caso* la razonabilidad de las medidas que ha de adoptar el titular de cierta información empresarial, cuya reserva tiene voluntad de mantener. Será el caso concreto el que permita finalmente realizar una valoración de todo ello<sup>733</sup> y en él también aportará información muy valiosa, la forma en la que se ha obtenido el secreto y, por tanto, la gravedad del apoderamiento para valorar las medidas de protección vencidas<sup>734</sup>.

#### 4. El interés objetivo del secreto de empresa

##### 4.1. Introducción

La voluntad del empresario en mantener oculta una información, y dicho carácter, son elementos necesarios en la configuración de un secreto de empresa, pero no suficientes.

En efecto, en la actualidad para que exista un secreto de empresa debe concurrir un interés objetivo. Así se recoge hoy en el artículo 39.2.b) del ADPIC y en el artículo 2.1.b) de la Directiva (UE) 2016/943, donde se establece que la información no divulgada

---

importante información de aquella empresa; o, el más reciente de los sucesos, ocurrido en diciembre de 2016, *Yahoo* denuncia haber sufrido el robo de datos de su propiedad, siendo considerado el mayor ciberataque a una empresa de la historia. En el **sector automovilístico** también se han dado casos de esta índole, como el que tuvo lugar en los años '90, conocido como caso "Superlópez", entre *General Motors* y *Volkswagen*, que ya ha sido tratado en este trabajo (Cfr. *Supra*, capítulo II. III. 1.2.2.1.). O, por último, **otros sectores industriales** donde las innovaciones en nuevos diseños o procedimientos rigen el éxito del negocio y cuya revelación a la competencia puede, sin duda, frustrarlo. Ejemplo de ello son los casos de finales de los '90, de *Kodak contra Harold Worden* o de *Gillette contra Steven Louis Davis*, ambos supuestos en los que un ex empleado se lleva numerosa información confidencial sobre la maquinaria empleada en la empresa.

<sup>732</sup> Este último elemento engarza con el primero de los previstos en el prisma objetivo, pues la proporcionalidad aquí considerada tiene que buscar un carácter relativo de protección, no absoluto.

<sup>733</sup> Así se defiende en la doctrina estadounidense, donde se afirma que, en la práctica, lo que es "razonable" depende de un análisis basado tanto en los hechos como en la percepción de justicia por parte de los tribunales. Ésta última, por lo demás, se hará en función de lo que cada país miembro de la Organización Mundial del Comercio entienda por prácticas comerciales honestas y deshonestas, concluye la autora (SANDEEN, S. K.: *The limits of trade secret law. Op. Cit.*, p. 557).

<sup>734</sup> SANDEEN, S. K. / ROWE, E. A.: *Trade Secret Law. Op. Cit.*, p. 82.

ha de tener “*un valor comercial por ser secreta*”. Sin embargo, a pesar de que estos textos aluden a un valor *comercial*, como ya dije, es preferible en español usar el término “empresarial”, por considerarlo omnicomprendivo de la información que tiene tanto valor comercial como industrial.

#### 4.2. Caracterización del interés objetivo o valor empresarial del secreto

El valor empresarial que el secreto posee para su titular presenta una serie de notas definitorias a las que se irá aludiendo, para intentar detectar qué aspectos entran en dicho concepto y cuáles quedan al margen. Así, el citado valor se define (i) como una ventaja con repercusiones económicas en la capacidad competitiva de la empresa; (ii) que no se identifica sólo con su valor de mercado sino que incluye el de uso; (iii) que ha de tener carácter lícito; (iv) y que debe afectar a la actividad empresarial, aunque su valor sea escaso; y (v) aunque no sea el resultado de una inversión.

##### 4.2.1. Ventaja con repercusiones económicas en la capacidad competitiva de la empresa

La doctrina ha reconocido la necesidad de que exista un interés objetivo en el secreto de empresa, el cual puede identificarse con un *interés económico por su relevancia para la competitividad*<sup>735</sup>, derivado de su carácter oculto. De esta forma, la reserva es presupuesto del valor o interés económico y éste es consecuencia de aquella<sup>736</sup>. También la jurisprudencia exige que concurra dicho interés<sup>737</sup>, que identifica con el valor competitivo o económico que tienen los secretos de empresa<sup>738</sup>.

---

<sup>735</sup> Así, GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 246, apunta que el elemento objetivo del secreto está constituido por el interés de la empresa en mantener su situación en el mercado.

<sup>736</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>737</sup> La SAP Tarragona (Sección 2ª) 127/2003, 4 abril, establece que el concepto jurídico de secreto empresarial “no es de ámbito exclusivamente subjetivo o de mera voluntad empresarial, sino que su ámbito ha de ser netamente objetivo para que pueda ser objeto de valoración”. En el mismo sentido, el AAP Vizcaya (Sección 6ª), 235/2005, 27 abril, apuntó que el concepto de secreto de empresa, “debe acentuarse en clave objetiva (...) toda vez que es el marco de la competencia el interés que subyace en la tutela penal”.

<sup>738</sup> En este sentido se pronuncian los AAAP Madrid (Sección 23ª) 215/1999, de 28 de abril, Barcelona (Sección 5ª) 166/2006, de 17 de marzo, Guipúzcoa (Sección 3ª) 22/2007, de 19 de febrero y las SSAP Lleida (Sección 1ª) 56/2001, de 12 de febrero, Tarragona (Sección 2ª) 127/2003, de 4 de abril, Asturias (Sección 2ª) 205/2003, de 14 de julio, Córdoba (Sección 1ª) 426/2004, de 20 de octubre, Granada (Sección 1ª) 664/2006, de 24 de octubre, Córdoba (Sección 3ª) 48/2007, de 12 de marzo, Girona (Sección 3ª) 168/2008, de 19 de febrero, entre muchas otras. En contra, sin embargo, se encuentra la SAP Sevilla (Sección 1ª) 593/2007, de 19 de octubre, que afirma que “no resulta conceptualmente necesario que los datos reservados tengan precisamente un interés económico”. Esta última resolución ha sido acogida por la doctrina con gran crítica (DOVAL PAÍS, A.: “La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos”, en *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº22, Eguzkilore, San

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Así entendido, el interés económico que el secreto encierra para la empresa existirá cuando su revelación pueda facilitar y, por tanto, incrementar, la competencia de los rivales o bien disminuir la propia capacidad<sup>739</sup>. Este valor competitivo del secreto<sup>740</sup> se identifica por la doctrina con una **ventaja**, de la que dispone el titular de la información frente a quien la desconoce<sup>741</sup>, la cual puede derivarse de su explotación, de su revelación a un tercero por ser objeto de un negocio jurídico, como contratos de licencia o cesión, o del simple mantenimiento de su reserva<sup>742</sup>. En todo caso, lo relevante será que los sujetos a quien dicha información pueda interesar la ignoren, ostentando dicho valor, actual o potencial<sup>743</sup>, por ser secreta.

---

Sebastián, 2008, p. 110; en el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, pp. 39-41).

<sup>739</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 238; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 55; TIEDEMANN, K.: Manual de Derecho Penal Económico. *Op. Cit.*, p. 233, quien afirma que del hecho de que el concepto de secreto del art. 17 UWG se base en la capacidad competitiva y la reputación de la empresa se desprende “el interés (económico)” de la empresa en mantener el secreto. También la jurisprudencia ha recurrido a esta definición, como la SAP Tarragona (Sección 2ª) 127/2003, de 4 de abril, que afirma que “la sustracción de aquella información reservada pudiera afectar su competitividad, que obviamente es la base de su existencia, mantenimiento y progreso en el mercado”. Por su parte, la SAP Granada (Sección 2ª) 561/2006, de 24 de octubre, afirma que “el indudable interés económico de toda esa información otorgaba a la misma (la empresa) un carácter naturalmente reservado, por incidir en la capacidad competitiva de la empresa titular”.

<sup>740</sup> El valor así entendido, en términos competitivos, es independiente de que la información sea sustraída o revelada por un sujeto competidor o no. Así, Gómez Segadé apunta que no sólo habrá secreto cuando estemos ante una relación competitiva *stricto sensu* entre la empresa poseedora del secreto y el tercero que se aprovecha indebidamente del mismo, pudiendo existir aunque se dé una *relación competitiva indirecta* (*Ibidem*, p. 248). A este tipo de relación concurrencial se refiere Callmann, como “competencia desleal sin competencia” (*unfair competition without competition*) (CALLMANN, R.: *Unfair Competition Without Competition? The importance of the Property Concept in the Law of Trade-Marks*, University of Pennsylvania Law Review, Volume 95, N. 4, March 1947). Esto se relaciona directamente con un aspecto ya abordado en el capítulo relativo al bien jurídico, y es la posición que adoptó el legislador al excluir a los secretos de empresa, mediante la cláusula del artículo 13.3, de la necesidad de cumplir la exigencia general en todos los actos ilícitos de la Ley de Competencia desleal relativa a que tuvieron lugar en el mercado y con fines concurrenciales.

<sup>741</sup> Así, GALÁN CORONA, E.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 358, quien identifica dicho interés objetivo con una “ventaja real y objetiva”; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 55, quien defiende también esta postura, concluyendo que lo que persigue el poseedor de la información con valor competitivo que aporta esta ventaja, es “maximizar todo lo posible su valor”; SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, pp. 141-142. La autora incluye como ejemplos, “tanto las oportunidades de negocio que procura a su titular, como desde la perspectiva opuesta, los costes en que los competidores deben incurrir para igualar la desventaja, en términos de reducción de márgenes y aumento de inversiones en el desarrollo de informaciones técnica o comerciales valiosas”.

<sup>742</sup> La ventaja derivada del mantenimiento del secreto puede venir dada por el desconocimiento que supone para el competidor que determinadas pruebas no han dado un resultado positivo. Tal conocimiento por tercero les ahorraría a éstos ciertos costes, por lo que su mantenimiento en secreto le reporta a su titular una ventaja indirecta.

<sup>743</sup> Así, SUÑOL LUCEA, A.: *Ibidem*, p. 141. En sentido contrario, la doctrina estadounidense ha puesto de manifiesto que, puesto que el Acuerdo TRIPs ha excluido toda referencia a si dicho valor ha de ser “actual o potencial”, como sí hacía la *Uniform Trade Secrets Act*, se entiende que aquél sólo prevé protección para la información con valor empresarial actual (Así, SANDEEN, S. K.: The limits of trade secret law. *Op. Cit.*, p. 556).

Por último, hay que señalar que la ventaja que tal situación produce puede consistir en una simple reorganización más eficiente de una empresa, una reducción directa de costes o indirecta o a largo plazo, un incremento de los beneficios o incluso una ausencia de pérdidas<sup>744</sup>. Lo determinante será que éste se determine en relación a una empresa, y no así de forma abstracta.

#### 4.2.2. El valor empresarial como valor de uso

El Instituto Nacional de Estadística (INE), recogía en el año 2015 más de tres millones de empresas distribuidas en un total de hasta ochenta tipos de actividades económicas<sup>745</sup>. Teniendo en cuenta estos datos, y habiendo definido el valor empresarial como el interés económico que una información tiene por su relevancia para la competitividad, parece complicado hacer dicha estimación en términos generales o abstractos<sup>746</sup>. Así, los criterios que determinen dicho valor deberán atender a las peculiaridades de cada empresa y su actividad. A ello se suma, además, que el secreto puede estar constituido por información de cualquier índole y que, dentro incluso de una misma actividad económica, cada empresa recurrirá a la información de la que dispone con fines distintos, teniendo para cada una de ellas un valor diferente, en función de sus necesidades.

Por ello, en relación con la concepción funcional de patrimonio que se adoptó al concretar el bien jurídico protegido y a la que se ha hecho referencia también al aludir a la razonabilidad de las medidas a adoptar para proteger la información, dicho valor empresarial, como valor económico, no puede medirse atendiendo exclusivamente al valor de mercado, sino también a su <<valor de uso>>, que se vincula principalmente a la finalidad de utilidad que cierto bien posee para su titular<sup>747</sup>.

Ello no requiere que dicha utilidad se extienda durante un determinado periodo, de forma que la *información de un solo uso o aquella que tiene una vida útil limitada*

---

<sup>744</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 56. Así, afirma la autora que esta reducción de costes a largo plazo puede producirse a partir de la utilización de la información negativa o de la que ha desembocado en errores o fracasos.

<sup>745</sup> Pueden consultarse estos datos en <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3954>

<sup>746</sup> También en este sentido, SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 147.

<sup>747</sup> ASÚA BATARRITA, A.: El daño patrimonial en la estafa. *Op. Cit.*, p. 104. Esta es la tesis seguida también por MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto. *Op. Cit.*, pp. 58-59, quien afirma que se trata de un valor relativo o referencial, que difiere, por tanto, de un titular a otro, y que permite a su poseedor actuar estratégicamente y organizar su actividad económica del modo más rentable y beneficioso posible



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

también puede ser constitutiva de secreto de empresa<sup>748</sup>, pues al no exigirse un periodo de explotación mínimo o máximo del secreto empresarial para recibir protección del Derecho, no es necesario que ésta tenga un cierto término. Así, por ejemplo, la idea sobre la promoción de una futura campaña publicitaria que sólo se mantiene reservada unos días y que en cuanto se pone en marcha ya es conocida por todos. Ello no obsta a que, si durante ese tiempo, su titular la ha mantenido oculta adoptando medidas para su protección, ésta hubiera podido ser objeto de secreto empresarial.

A pesar de la importancia de este requisito y de su entendimiento en estos términos, nuestra jurisprudencia le ha dado un papel secundario frente al carácter oculto y al interés subjetivo de la información. Estos últimos elementos se han cuestionado en numerosas resoluciones, mientras que no ha ocurrido lo mismo con el interés objetivo, siendo su presencia en las resoluciones relativas a secretos de empresa verdaderamente escasa.

El ejemplo más representativo que nuestra jurisprudencia nos ofrece hasta ahora en el que se cuestionó su valor empresarial, atendiendo, además, a la concepción funcional que lo identifica con el valor de uso, es el AAP Vizcaya (Sección 6ª), 235/2005, de 27 de abril. En este caso se declaró el sobreseimiento provisional de las actuaciones por considerar que faltaba el requisito de la intención de revelar un secreto, ya que el acusado aportó numerosa información ante la jurisdicción laboral por un procedimiento de despido improcedente dirigido contra él. Esta información venía constituida por extractos de cuentas de la mercantil, talones bancarios, el contrato de trabajo del querrellado, nóminas del mismo y movimientos bancarios de la empresa, copias de un dietario referido al querrellado, informes sobre su vida laboral, así como copias sobre la contabilidad de la mercantil. El Tribunal estimó que la citada información no podía ser considerada secreto de empresa, dado que estos datos no permitían considerar la *utilidad para la actividad* de asesoría que realizaba la empresa. Así, el Auto concluye diciendo que, para determinar qué se entiende por secreto de empresa, dicho “concepto debe acentuarse en clave objetiva (primando sobre la subjetiva, esto es, la decisión del empresario de considerar “secreto” determinada información) toda vez que es marco de la competencia el interés que subyace en la tutela penal”. También así la SAP Granada 72/2007, de 2 de febrero, que consideró información constitutiva de secreto de empresa

---

<sup>748</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 148.

la catalogación de los productos de la empresa en el caso, su descripción gráfica, precios de adquisición y venta al público, listado de proveedores y clientes y, en general, un conjunto de información que estimó de gran *utilidad para el desarrollo de la nueva actividad empresarial*.

Fuera de estos casos sólo pueden encontrarse referencias indirectas al interés objetivo, pues las resoluciones no aluden expresamente a él. Sin embargo, en estos casos dicho interés podría deducirse de la relación entre éste y algunos aspectos que difieren de un caso a otro. Así, en ocasiones éste se encuentra (i) en el perjuicio producido a la empresa<sup>749</sup>; (ii) otras veces en el valor de la información por las características de la misma y del mercado en cuestión<sup>750</sup>; (iii) también en la relación de la información con el objeto social de la empresa<sup>751</sup>; (iv) o, por último, en la virtualidad competitiva que dicha

<sup>749</sup> En este sentido lo entendió en la SAP Barcelona (Sección 8ª), 1036/2002, de 4 de noviembre, caso en el que la actividad delictiva desplegada, consistente en la fabricación, venta y distribución a terceros, en soportes tarjeta, de unos códigos descriptores de otros bajo los que eran emitidas ciertas imágenes televisivas, decodificando así la señal de televisión emitida por Canal Satélite Digital, supuso para dicha empresa un *quebranto económico* representado por lo dejado de ingresar de haber procedido a la venta legítima de aquellas mismas tarjetas a quienes estaban interesados en recibir sus imágenes televisivas y lo hicieron acudiendo a los cauces distintos a los legítimos; también así la SAP Granada 72/2007, de 2 de febrero, en la que el acusado fue condenado por sustraer numerosa información comercial de la empresa para montar la suya propia, comprobándose que *el volumen de negocios de dicha empresa descendió notablemente* el año en el que estos hechos ocurrieron, aunque las causas de ello no quedaron bien esclarecidas; igualmente la SAP León (Sección 3ª), 15/2007, de 21 de febrero, que identificó el total de los *perjuicios* que la actuación de los acusados provocó a la empresa, cifrados en “la pérdida de las primas correspondientes al contrato de Agencia con la aseguradora PELAYO, la disminución de la cartera de clientes correspondiente al contrato de Agencia con la aseguradora ALLIANZ RAS y las ganancias dejadas de obtener con motivo de los clientes que desistieron del contrato de servicio con la Gestoría de aquellos y confiaron a los acusados la gestión y mecanización de contabilidades”; o asimismo, la SAP Sevilla (Sección 1ª), 593/2007, de 19 de octubre, que condenó al acusado a un delito del artículo 278.1 CP por publicar en una página web creada por él mismo los datos de pacientes de una clínica para la que había estado trabajando, consideró que el *perjuicio* causado con dicha publicación, consistió en la *pérdida de credibilidad y confianza* que una filtración de información como esta puede tener para empresas que tienen un componente alto de privacidad, como es una clínica dedicada a tratamientos de estética y adelgazamiento. Esta pérdida de confianza en la confidencialidad de la relación con la empresa –apunta la sentencia-, constituye un *perjuicio objetivo indemnizable*, resultando imposible establecer una base objetiva de cálculo, y siendo, por ello, necesario acudir al arbitrio judicial para la fijación de la cuantía de la indemnización.

<sup>750</sup> Así lo decidió la SJP Palma de Mallorca 63/2013, de 12 de febrero, que condenó al acusado por aprovecharse del listado de clientes de la inmobiliaria para la que trabajaba, y a partir de aquél, montar su propia empresa. En este caso, los clientes de la citada inmobiliaria eran extranjeros, de un alto poder adquisitivo, siendo las propiedades a la venta casas de un alto precio de compra. Esta cualidad incrementa el valor empresarial de dichos datos, muy difíciles de conseguir. Así, la propia sentencia, respecto a la responsabilidad civil, fijó la indemnización al legal representante de la empresa por el valor de mercado que pudiesen tener los listados de clientes sustraídos por el acusado. A pesar de ello, la SAP Islas Baleares (Sección 2ª), 335/2013, de 30 de diciembre, estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte denunciada, y dejó sin efecto la condena del acusado de indemnizar a la querellante por los perjuicios ocasionados, pues no constaba que éstos se hubieran producido.

<sup>751</sup> Tal fue el caso de la SJP 16 Barcelona 534/2010, que determinó que para la calificación de la información como secreto de empresa, debía partirse de su objeto social. De esta forma, se entendió que, en virtud de la información sustraída, revelada o aprovechada, y la relación que ésta tenga con el objeto de comercio de dicha empresa, podría determinarse el valor de la misma; también la SAP Barcelona (Sección 8ª), 178/2011,

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

información posee para hacer nacer una empresa ya situada en cierta posición privilegiada en el sector<sup>752</sup>.

#### 4.2.3. La licitud del objeto de la información

Se plantea la cuestión de si un secreto de empresa cuyo objeto fuera ilícito puede tener valor empresarial en los términos aquí expuestos. Imagínese, por ejemplo, información relativa a un método de adulteración de alimentos<sup>753</sup>, una fórmula que se sabe copiada de forma ilegítima, un futuro proyecto de venta en condiciones desleales, aprovechando una información sustraída, la fabricación de un producto perjudicial para la salud, un acuerdo de varias empresas para constituir un cártel, etc.

La doctrina alemana opina que han de protegerse los secretos empresariales con objeto ilícito por su valor económico, poniendo como ejemplos, la participación en un acuerdo restrictivo de la competencia, el pago de un soborno, la vulneración de un derecho de aprovechamiento exclusivo de terceros, entre otros. Y se discute si la revelación que constituye denuncia de irregularidades, también conocido como “*whistle blowing*”, ha de estar sujeta a principios especiales<sup>754</sup>.

Respecto a estos últimos se pronuncia la Directiva (UE) 2016/943. Así, el considerando (20) de la misma establece la necesidad de que el objeto del secreto

---

de 28 de febrero, que definía el secreto como “cualquier dato que la empresa tenga intención de preservar del conocimiento público y que esté relacionado con el tráfico mercantil *proprio* de la actividad de la empresa en cuestión”. La alusión a que dichos datos tengan relación con la actividad propia de la empresa se entiende también como una referencia a dicho interés atendiendo al objeto social de la misma.

<sup>752</sup> Así, la SAP Granada 72/2007, de 2 de febrero, que consideró información constitutiva de secreto de empresa la catalogación de los productos de la empresa en el caso, su descripción gráfica, los precios de adquisición y venta al público, el listado de proveedores y clientes y, en general, un conjunto de información de gran utilidad para el desarrollo de la nueva actividad empresarial, que nacería así perfectamente situada en el sector; o así también la SJP 16 Barcelona 534/2010, de 17 de noviembre, que condenó al acusado por un delito del artículo 279.1 CP, dado que la información sustraída y revelada por éste, relativa a datos de posibles clientes, condiciones de ofertas ya hechas a estos clientes, etc., constituía información para instalarse con fuerza en el mercado.

<sup>753</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: Derecho penal económico aplicado. *Op. Cit.*, p.302.

<sup>754</sup> TIEDEMANN, K.: Manual de Derecho Penal Económico. *Op. Cit.*, p. 232. Gómez Segade afirma que quien revela un secreto cuyo objeto es ilegal o inmoral está amparado en principio por la eximente de cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, aunque nuestro Tribunal Supremo es bastante riguroso al apreciar la eximente en materia de revelación de secretos, siendo preciso que ésta se haga con el fin de denunciar la ilegalidad y no con otros fines (como el de perjudicar al empresario) (GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 129, respecto del Código penal anterior alude a la eximente del artículo 11.8 CP).

empresarial tenga carácter lícito y su artículo 5.b) ampara a quienes pongan al descubierto aquél que no tuviera dicho carácter<sup>755</sup>.

En nuestra doctrina es unánimemente aceptado que en ningún caso puede constituir objeto de secreto de empresa una información de carácter ilícito, siendo su descubrimiento, revelación o utilización atípicos. Así, Gómez Rivero cita como ejemplo que “no es un secreto de empresa que ésta haya confeccionado falsamente sus cuentas anuales o que sus productos en realidad sean de una calidad más baja a la que oferta, o que soborne a funcionarios públicos”<sup>756</sup>. Del mismo modo, a título de ejemplo, Corcoy Bidasolo y Mir Puig aluden en este sentido, excluyéndolo de ser considerado secreto de empresa, a un método de fabricación de una droga tóxica o a la adulteración de un producto<sup>757</sup>.

Ello también se confirma en la jurisprudencia, pues según las más representativas resoluciones del Tribunal Supremo, seguidas por la de tribunales inferiores, entre las notas que definen al secreto de empresa, se encuentra la licitud de los mismos, debiendo ser legal la actividad para su protección<sup>758</sup>.

En estos casos, y como pusiera de manifiesto Bajo Fernández en relación al bien jurídico protegido, en el ámbito de los delitos de descubrimiento de secretos relacionados con la intimidad, el objeto podía tener un contenido ilícito (por ejemplo, una relación de adulterio)<sup>759</sup>. Sin embargo, en el caso de los delitos relacionados con secretos de empresa no es así pues, como afirmaba Gómez Segade, mantener que son dignos de protección los secretos cuyo objeto es ilegal o inmoral, desvirtúa el sentido y la finalidad de protección del secreto, cual es el mantenimiento de una competencia leal que, en beneficio de la generalidad, garantice el principio de competencia basada en las propias prestaciones y

---

<sup>755</sup> Así lo establece la Directiva en su considerando (20), así como en su artículo 5.b), donde se recoge una excepción para los supuestos en que la obtención, utilización o revelación de secretos de empresa se hubiera realizado “para poner al descubierto alguna falta, irregularidad o actividad ilegal, siempre que la parte demandada actuara en defensa del interés general”. De esta forma se legitima la conducta de los llamados *whistleblowers*.

<sup>756</sup> GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C. (coord.): *Nociones fundamentales*. *Op. Cit.*, pp. 471-472.

<sup>757</sup> SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3<sup>a</sup>. *Op. Cit.*, p. 614.

<sup>758</sup> En el mismo sentido, la SJP 16 Barcelona 534/2010, de 17 de noviembre, la SAP Vizcaya (Sección 6<sup>a</sup>), 821/2011, de 4 de noviembre, el AAP Sevilla (Sección 7<sup>a</sup>), 39/2012, de 26 de enero, el AAP Barcelona (Sección 6<sup>a</sup>), 300/2012, de 19 de abril, el AAP Madrid (Sección 15<sup>a</sup>), 451/2012, de 18 de junio, la SAP Ciudad Real (Sección 1<sup>a</sup>), 19/2012, de 17 de septiembre, la SJP Palma de Mallorca 63/2013, de 12 de febrero, la SAP Valencia (Sección 3<sup>a</sup>), 17/2014, de 7 de enero; la SAP Córdoba (Sección 3<sup>a</sup>), 532/2014, de 12 de diciembre; la SAP Madrid (Sección 2<sup>a</sup>), 329/2015, de 27 de abril; la SAP Toledo (Sección 1<sup>a</sup>), 93/2015, de 30 de julio; SAP Badajoz (Sección 1<sup>a</sup>), 4/2016, de 1 de febrero, entre otras.

<sup>759</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho penal económico aplicado*. *Op. Cit.*, p. 302.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

resultaría, por tanto, absurdo que eventualmente las normas contra la competencia desleal pudieran amparar la máxima deslealtad<sup>760</sup>.

En mi opinión, esto justifica que no se admita un objeto cuyo contenido es ilícito en este tipo de delitos, no encontrándose la impunidad de estas conductas, como dice Bajo, en la ausencia de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico<sup>761</sup>, sino en ese principio rector de la actividad competitiva en el mercado que el mismo autor menciona, basado en la buena fe comercial. Por ello, aunque esta información pueda tener interés económico para el empresario porque le reporte ventajas de algún tipo, el que aquella deba ser apta para competir en el mercado la excluye automáticamente para dicho fin cuando su objeto sea ilícito.

#### **4.2.4. Afectación a la actividad empresarial, aunque el valor de la información sea escaso**

Otra de las cuestiones a esclarecer en relación con el interés objetivo o valor empresarial del secreto es la relativa a si cualquier tipo de información perteneciente a una empresa, que haya cumplido los requisitos previos, puede ser objeto de secreto empresarial, aun cuando ésta tenga escaso valor.

En relación a este aspecto hay que hacer varias puntualizaciones, debiendo distinguir entre dos tipos de información: (i) la que tiene escaso valor pero repercute en la actividad de la empresa, (ii) y la de carácter irrelevante para dicho fin.

Por un lado, en relación con la de *escaso valor*, Gómez Segade señala que este tipo de secretos “son dignos de protección porque no se protege el objeto del secreto en sí, sino su relación con una empresa determinada”<sup>762</sup>. También interesante en este sentido, resulta el apunte que este último autor hace cuando afirma que “para los competidores puede tener gran importancia el simple dato de que el empresario solo utiliza materiales conocidos y de poco valor”<sup>763</sup>. Así, en mi opinión, existe información de escaso valor que

---

<sup>760</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 123. En el mismo sentido se pronuncia Bajo Fernández quien, basándose en la opinión de Gómez Segade, afirma que “[n]o hay que olvidar que las leyes que protegen el mercado lo hacen por dos razones: por defensa del consumidor y por defensa del libre juego de contratación de modo que se consiga una competencia leal sin que nadie obtenga situaciones de privilegio mediante maquinaciones abusivas. De ahí, pues, que no tenga sentido que el art. 499 proteja el secreto que versa sobre objeto ilícito” (BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Ibidem*, p. 303).

<sup>761</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Ídem*, p. 303.

<sup>762</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 116.

<sup>763</sup> *Ibidem*, p. 117, nota al pie 82.

puede ser relevante para el arsenal competitivo de una empresa, precisamente por eso, porque no le aporte beneficios directos a la empresa pero ello genere experiencia a futuro constitutiva de conocimientos que sí son valiosos. Tal es el caso de la llamada información negativa, definida por la doctrina mercantil como aquella que permite conocer “que un determinado procedimiento o método no funciona, no es apropiado, es comercialmente inútil o es simplemente ineficaz”<sup>764</sup>. Ello ocurre, por ejemplo, con las investigaciones frustradas, que tienen importancia en la lucha competitiva y, a menudo, se mantienen secretas<sup>765</sup>, o con la ineficacia de campañas publicitarias o de venta, planes de marketing que no han funcionado, o todo proceso de prueba y error que permita ahorrar costes asociados a su descubrimiento si se conocen ilícitamente o bien enriquecen procedimientos alternativos, una vez conocidos los fallidos para no repetirlos<sup>766</sup>. Toda esta información tiene un claro valor para la actividad empresarial y, por tanto, nada obsta a que sea objeto de secreto.

Por otro lado, se encuentran las *informaciones de carácter irrelevante para la actividad empresarial*, que estarían conformadas por datos que, aun cuando pudieran tener cierto carácter económico, no alcanzan la entidad para merecer protección jurídica. Así, por ejemplo, cuándo se van de vacaciones los empleados, el proveedor de café de una consultoría<sup>767</sup>, qué empresa de limpieza ha contratado, etc. Este tipo de información, a diferencia de las anteriores, no puede constituir secreto empresarial por no afectar al interés económico del empresario para competir. Esta información podría ahorrar costes a la empresa porque el proveedor o el servicio de limpieza sean los más económicos de la zona. Sin embargo, la repercusión que sobre la economía total de la empresa tendrá dicha información es irrelevante a efectos de ser considerada, incluso por su titular, secreto de empresa, en la medida en que no afecta a su actividad empresarial<sup>768</sup>.

#### **4.2.5. La información no tiene por qué ser resultado de una inversión**

Uno de los parámetros que emplea un sector doctrinal para evaluar la concurrencia de este interés objetivo es que se haya realizado una importante inversión económica

---

<sup>764</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 145.

<sup>765</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: Apuntes. *Op. Cit.*, pp. 396-397.

<sup>766</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 147.

<sup>767</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>768</sup> *Ídem*, pp. 154-155, quien señala que dicha información se encontrará entre la que es fácilmente accesible o no habrá sido objeto de medidas razonables para preservar su confidencialidad, por no estar nadie dispuesto a invertir sus recursos en proteger información de esa índole, no considerada valiosa para la actividad de la empresa.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

previa para la obtención de conocimientos tecnológicos<sup>769</sup>. Carrasco Andrino es una de las autoras que defiende esta tesis, afirmando que para limitar el cajón de sastre que constituyen los secretos comerciales, es necesario que el objeto de éstos suponga una ventaja competitiva para el empresario y que, para obtenerlo, el competidor tenga que realizar una inversión<sup>770</sup>.

En mi opinión, Carrasco parte de un presupuesto erróneo, y es el de considerar que sólo son relevantes los secretos obtenidos a partir de una inversión que realiza el titular de los mismos, y ello porque estima, que los únicos secretos con entidad suficiente para ser protegidos, son aquellos a los que puede ser atribuido un valor independiente<sup>771</sup>. Partir de estos dos presupuestos, a mi parecer, resulta equívoco, en la medida en que, debiendo estar relacionada la información reservada con una empresa, es para el titular de la misma, cuyo interés se protege, para quien éstos han de tener valor<sup>772</sup>, y no así para la competencia, como pone de manifiesto<sup>773</sup>. De ahí que se estime adecuado sustraerse de esta última consideración, según la cual la información ha de ostentar un valor *per se*, pues algunos secretos que no lo tienen en general, son extremadamente valiosos para la empresa que los posee.

En este sentido se posiciona un sector doctrinal, que niega la equiparación del posible coste de obtener la información con el valor competitivo de la misma, pudiendo alcanzarse ésta por azar o por un logro fortuito<sup>774</sup>, por ejemplo, pues los costes de inversión poseen sólo una función indiciaria, que puede acreditar la concurrencia de otros requisitos nucleares (como la voluntad del titular de mantener el secreto o el valor competitivo de la información), pero con los que no debe equipararse<sup>775</sup>. A modo de ejemplo, imagínese el caso en el que una gran idea respecto a una campaña de marketing, haya surgido de una reunión de amigos, o haya sido aportada por alguien de forma altruista al titular de la empresa, ostentando ésta un gran valor para la misma y su futuro

---

<sup>769</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 29; CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 854

<sup>770</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>771</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>772</sup> POOLEY, J. H. A.: Trade Secrets. *Op. Cit.*, p. 6. Este autor afirma que las cosas más triviales en apariencia pueden ser calificadas como secreto empresarial.

<sup>773</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>774</sup> En este sentido, MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 65; POOLEY, J. H. A.: Trade Secrets. *Op. Cit.*, p. 6. Este autor afirma que puede que el empresario haya tenido que invertir poco dinero o esfuerzo en conseguir la información, o incluso ninguno de los dos, porque se haya llegado a ella por casualidad; SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 147.

<sup>775</sup> MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, p. 65.

comercial, pero en la que no se ha invertido ningún tipo de esfuerzo o inversión económica. Ello no obsta para que, si se ha realizado dicha inversión, en términos de tiempo y dinero, éste constituya un parámetro para estimar su valor, pero no constituye requisito indispensable para que la información tenga un interés objetivo.

### 4.3. La cuantificación del secreto de empresa

El problema de la cuantificación de los perjuicios producidos con la conducta ilícita sobre secretos de empresa constituye un tema de responsabilidad civil, en la medida en que no se exige en el tipo ninguna cuantía de perjuicio alguno. Sin embargo, su alusión resulta útil en el estudio del valor empresarial del secreto.

No siempre resultará sencillo determinar cuál es el valor empresarial que tiene la información, pues su carácter relativo hará que éste varíe en cada caso. Así, a modo de ejemplo, una lista de clientes no tendrá el mismo valor para una empresa cuyo objeto social va dirigido a un público muy exclusivo y difícil de alcanzar, que para otra en la que los clientes fluctúan constantemente y varían respondiendo a factores coyunturales como, por ejemplo, las tendencias, los precios o la temporada. De ahí que, como ha puesto de manifiesto la doctrina, un aspecto en cierta medida problemático a tener en cuenta es el de la valoración del secreto, a la que no se otorga quizás la importancia que merece<sup>776</sup>, y de la que luego dependerá la determinación de la indemnización a recibir por el titular en términos de responsabilidad civil.

Existe un sector reciente de la doctrina que propugna que, para que una información empresarial secreta y competitivamente valiosa merezca las penas previstas en los artículos 278 a 280 CP, debería exigirse al menos que su uso o revelación sean idóneos para causar un perjuicio patrimonial de como mínimo 50.000 € o que tenga un valor existencial para su legítimo titular<sup>777</sup>. En mi opinión, el primero de los criterios no

---

<sup>776</sup> Ello es destacado por FARALDO CABANA, P.: Las Nuevas Tecnologías. *Op. Cit.*, p. 234. En el mismo sentido, GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 174, señala que este aspecto resultará sumamente importante en el momento de realizar el balance de las empresas y que puede serle asignado un valor meramente simbólico, a algo que en realidad constituye la base de toda actividad empresarial.

<sup>777</sup> ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, p. 70. El autor llega a la conclusión de que dicho límite económico debe introducirse en la interpretación de estos tipos al valorar como desproporcionadas las penas de los artículos 278 a 280 CP respecto de las previstas para los clásicos delitos patrimoniales. Así, acaba concluyendo que debe acudirse, para su comparación, a los tipos agravados de esta naturaleza, recogiendo este límite del tipo de estafa en su modalidad que agrava la pena por el valor de la defraudación superior a 50.000 €, esto es, artículos 248 y 250.4º CP (*Ibidem*, p. 71).



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

puede sostenerse, precisamente por el carácter relativo del secreto, que obliga a atender al tamaño y al tipo de empresa<sup>778</sup>. Así, la cantidad de 50.000 € puede suponer un perjuicio tan elevado para una pequeña empresa que acabe con su existencia; mientras que si se tratara de una multinacional, quizás dicha cuantía no constituiría un daño de gran entidad para su patrimonio. El segundo de los criterios que plantea el autor, y que no le queda más remedio que introducir dada la inoperancia del primero, sí me parece más correcto, en la medida en que debe exigirse que la sustracción, revelación o utilización ilegítimas de la información sean aptas para producir un daño a la empresa. Sin embargo, si se interpreta el carácter *existencial* del daño como aquél capaz de acabar con la existencia misma de la empresa, se estaría restringiendo el tipo en exceso, pues quedarían fuera del mismo posibles perjuicios de gran envergadura para la actividad empresarial si éstos no suponen un riesgo para su supervivencia en el mercado. Limitar el tipo a estos extremos no me parece correcto. No obstante, sí debe exigirse que las citadas conductas puedan producir un perjuicio en la actividad empresarial de cierta trascendencia, que deberá atender en todo caso al valor que tenga el secreto para la empresa.

La valoración del secreto es, en cierta medida, la concreción de ese interés objetivo, entendido como valor empresarial. Por ello, los empresarios no deberían descuidar este aspecto, pues una adecuada y justa tasación del valor de sus conocimientos e información es lo que, de alguna manera, va a permitir a posteriori determinar el perjuicio que supondría su pérdida al titular del secreto<sup>779</sup>, por lo que el esfuerzo que los empresarios deberían realizar para ello, no es más que asegurar la protección del patrimonio de su empresa<sup>780</sup>.

El **perjuicio** que supone el quebranto de dicho interés ha sido identificado por un sector doctrinal con un daño económico producido por “la pérdida de la inversión realizada y por el lucro cesante como consecuencia de la pérdida de la privilegiada

---

<sup>778</sup> El propio autor rechaza dicha atención diferenciada, como ya se expuso al tratar la razonabilidad de las medidas. Cfr. *Supra*, capítulo II. III. 3.3.3.

<sup>779</sup> COWPERTHWAIT, T. S.: *Businesses Must Protect*. *Op. Cit.*, p. 2, señala como práctica ineludible de una empresa la identificación de sus secretos de empresa y todo tipo de información sensible y la realización de un análisis de potenciales pérdidas, no sólo económicas, sino también relacionadas con la reputación de la corporación y con ventajas competitivas. En este sentido, apunta GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 174, que en las normas reguladoras del balance, debería figurar alguna pauta orientadora para la adecuada valoración del secreto industrial.

<sup>780</sup> POOLEY, J. H. A.: *Trade Secrets*. *Op. Cit.*, p. XII. Este autor afirma que, en el momento en que escribía (1987), el perjuicio que producía a las empresas estadounidenses el robo de secretos de empresa, se estimaba que excedía de cuatro billones de dólares anuales, siendo considerada la información propiedad de una empresa, de entre los bienes que ésta posee, el más importante.

posición en el mercado de la que gozaba”<sup>781</sup>. Sin embargo, otro sector doctrinal rechaza esta postura y defiende que dicho perjuicio económico no obedece al concepto clásico del mismo como daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante), sino que “la producción del perjuicio se vincula con la pérdida del valor de la información y, por tanto, con la desaparición de la ventaja o de la mejora competitiva que provoca su revelación”. Así lo defiende Morón Lerma, quien apunta que, en ocasiones, “el perjuicio supondrá la pérdida de un activo empresarial” y que, en otros casos, éste “puede trastocar la situación de la empresa en el entorno competitivo”<sup>782</sup>. De ahí, que la autora estime que el recurso a una cláusula que reclamase de la información la condición de “valiosa”, habría sido más apropiada que la que en el Proyecto de Código penal de 1992, en su artículo 284 se propuso introducir, que exigía la presencia de un secreto de empresa “evaluable económicamente y que comporte ventajas competitivas”<sup>783</sup>, sin negar el “indispensable interés económico que los secretos o la información confidencial deben revestir”<sup>784</sup>.

En mi opinión, los dos tipos de perjuicio que pueden producirse según la citada autora son subsumibles en el primero de ellos, pues toda ventaja que una empresa pueda adquirir aprovechando el factor sorpresa de determinada información, que conlleva que un competidor se pueda adelantar en una estrategia comercial, el descenso de las ventas, y demás ejemplos que cita la autora, son susceptibles de ser traducidos en un daño económico a la empresa, en la medida en que, por la propia naturaleza de la actividad empresarial, todo es evaluable en estos términos. Así, como empieza la obra de un autor estadounidense, “ideas significa dinero en el mundo actual”<sup>785</sup>. Lo que ocurre en realidad es que dicha consecuencia no tiene lugar de forma inmediata y fácilmente perceptible en el patrimonio del titular de los secretos, como señalara De la Mata Barranco<sup>786</sup>, sino que la misma repercute en la potencia patrimonial de la empresa por constituir la frustración del fin para el que su titular lo destina.

<sup>781</sup> CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 854.

<sup>782</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 60-61.

<sup>783</sup> El artículo 284 PCP de 1992 recogía esta exigencia. De esta opinión, *Ibidem*, p. 64.

<sup>784</sup> MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E. (Dir. Quintero Olivares y Coord. Morales Prats): *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial (Artículos 138 a 318), 8ª edición, Thomson Aranzadi, 2009, p. 834. En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 40, considera que el hecho de que el legislador eliminara tal referencia sólo significa que éste consideró que estaba repitiendo tales características, pues de la interpretación del nuevo bien jurídico otorgado con la nueva ubicación y la nueva redacción de los tipos, se desprende ya el carácter económico y su relación con la competencia.

<sup>785</sup> POOLEY, J. H. A.: Trade Secrets. *Op. Cit.*, p. XI.

<sup>786</sup> DE LA MATA BARRANCO, N.: Tutela penal de la propiedad. *Op. Cit.*, p. 85.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Por último, en relación a la **forma de evaluar la concurrencia de este perjuicio**, la doctrina ha señalado que el criterio utilizado de forma frecuente por nuestros tribunales es el de comparar el volumen de ventas existentes antes y después de acaecida la divulgación<sup>787</sup>. En mi opinión, este criterio, utilizado de forma exclusiva, resulta un tanto pobre para evaluar las consecuencias negativas que puede llevar consigo el apoderamiento, la revelación o la explotación de información empresarial ajena de carácter confidencial, pues no siempre tienen por qué reflejarse estas consecuencias en el volumen de ventas o, si lo hacen, pueden tener lugar a muy largo plazo y por otros motivos, de forma que no sea posible constatar la relación entre ambos hechos. De hecho, esta resulta una tarea complicada, pues no siempre podrá demostrarse la relación de causalidad entre la acción típica y el perjuicio provocado, debiendo prestarse atención a los criterios de imputación objetiva de resultados.

Las posibles formas de comprobar la existencia del perjuicio derivado de la violación de secretos de empresa han sido expuestas por Gómez Segade<sup>788</sup>, quien afirma que el interés objetivo será tanto mayor cuanto más grande sea la preeminencia que la posesión del secreto otorga a la empresa frente a sus competidores y alude a la existencia de criterios suficientemente claros y expresivos para comprobar este hecho. Así, el primero de los criterios al que hace referencia, es la *cifra de ventas*, según el autor, en tres momentos sucesivos: 1) ventas efectuadas antes de entrar en posesión del secreto; 2) el incremento experimentado por consecuencia de la explotación del secreto; 3) y, finalmente, la disminución de la cifra de ventas de la empresa, que se produce una vez que se ha desvelado el secreto.

En segundo lugar cabe atender –dice el autor– al criterio de la *mejora en la calidad de las mercaderías* de la empresa, pues la utilización del secreto puede a veces traducirse en el perfeccionamiento de las características técnicas o utilitarias de los productos de la empresa. Dicho perfeccionamiento repercutirá sobre el buen nombre (*good will*) de la empresa.

*Otros criterios* que pone de manifiesto el autor son, por ejemplo, que la utilización del secreto haga posible el abaratamiento de las mercancías sin merma de su calidad, que

---

<sup>787</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 29; CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 854.

<sup>788</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 247.

la utilización del secreto abrevie el proceso de fabricación de los artículos o bien aumente la precisión y eficacia del posterior servicio de reparaciones, etc. Todas estas pautas serán orientativas del perjuicio producido con la comisión de la conducta ilícita pues, como ya se ha mencionado, esta es una cuestión que debe ser valorada en el caso concreto.

### **5. Reflexión final: prevalencia del interés subjetivo**

Para concluir el presente capítulo hay que decir que los tres elementos previstos en los textos internacionales están interrelacionados, en la medida en que todos describen aspectos de la información empresarial para que sea considerada secreto de empresa, y van progresivamente restringiendo este concepto. Así, el carácter oculto de la información constituye el presupuesto esencial del secreto y éste es el que le confiere a aquella un valor empresarial que el titular de la misma desea y debe proteger, adoptando medidas razonables en cada caso para ello. Estas medidas son las que dotan de seguridad a la reserva de la información y su presencia es necesaria para que el Derecho penal pueda intervenir, en aras de garantizar el respeto del principio de subsidiariedad, dando lugar su ausencia al recurso a la vía civil.

Siendo el interés subjetivo del titular de la información el elemento del secreto de empresa que actúa como enlace o conector de todos los demás, es éste el aspecto del secreto que cobra mayor relevancia. Por tanto, si cierta información empresarial tiene carácter oculto por azar, no constituiría secreto empresarial aun estando oculta y aunque tuviera valor empresarial, como vimos al aludir a los secretos fortuitos. También podría imaginarse información con dicho valor, pero no por mantenerse oculta, como puede ser una fórmula que disfruta de un derecho de exclusiva mediante patente, y por tanto, tampoco sería secreto de empresa.

Por tanto, a efectos de entender qué constituye secreto de empresa, resulta decisiva la voluntad del titular de la información y, sobre todo, su materialización a través de la adopción de medidas, siendo éstas las que construyen la barrera que permite que el titular de la información disfrute exclusivamente de la misma, protegiendo así su propiedad. Ello se confirma en la jurisprudencia, donde apenas se cuestiona el interés objetivo de la información, a diferencia de lo que ocurre con los otros dos elementos. Así, por un lado, nuestros tribunales han optado por configurar los secretos empresariales partiendo

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

fundamentalmente de dos requisitos: la confidencialidad y la exclusividad<sup>789</sup>. A partir de aquí, los secretos empresariales son definidos en numerosas resoluciones como “toda información relativa a la empresa, detentada con criterios de confidencialidad y exclusividad en aras de asegurarse una posición óptima en el mercado frente al resto de empresas competidoras”<sup>790</sup>, relativos a los sectores técnico-industrial, comercial, relacional y organizativo de la empresa. Esta concepción, asumida por la jurisprudencia, trae consigo que en la práctica totalidad de las resoluciones se obvie el tercer criterio, el relativo al interés objetivo o valor empresarial. Este se presume normalmente cuando existen medidas de protección de la misma, pues, atendiendo al valor de uso que en realidad la información tiene en relación con una empresa, se estima que éste concurre cuando su titular tiene interés en protegerlo. Todo ello está generando una pérdida progresiva de protagonismo del interés objetivo del secreto de empresa, llegando a convertirse en un elemento meramente formal.

El propio legislador no quiso comprometer la exégesis del tipo introduciendo elementos que condicionaran el interés en términos objetivos al suprimir del artículo 284 del Proyecto de Código penal de 1992 el carácter del secreto de empresa que lo definía como *evaluable económicamente y que comportara ventajas competitivas*. De esta forma, la redacción actual no exige requisito típico alguno relativo al secreto, cuya interpretación queda al albur del juzgador en el caso concreto y amplía enormemente su contenido<sup>791</sup>, confirmando así su carácter relativo.

En definitiva, quizás este elemento no haya tenido nunca ningún papel en el delito objeto de estudio y el intento de tenerlo en cuenta para que el secreto no dependa de la mera voluntad de su titular haya sido algo ilusorio, debiendo reconocerse que el elemento

---

<sup>789</sup> También aluden a estos criterios, refiriéndose en cada caso si concurren o no en el caso en cuestión, la SAP Guipúzcoa, de 30 de diciembre de 1998; la SAP Barcelona (Sección 8ª), 1036/2002, de 4 de noviembre; la SAP Tarragona (Sección 2ª), 127/2003, de 4 de abril; la SJP 1 León 32/2004, de 9 de febrero; la SAP Córdoba (Sección 1ª), 426/2004, de 20 de octubre; el AAP Vizcaya (Sección 6ª), 235/2005, de 27 de abril; el AAP Barcelona 325/2005, de 18 de julio; la SAP Vizcaya (Sección 6ª), 821/2011, de 4 de noviembre; la SAP Barcelona (Sección 7ª), 1037/2007, de 28 de noviembre; el AAP Madrid (Sección 1ª), 550/2007, de 18 de octubre; la SAP Córdoba (Sección 3ª), 532/2014, de 12 de diciembre; o la SAP Badajoz (Sección 1ª), 4/2016, de 1 de febrero.

<sup>790</sup> Así, la SAP Zaragoza (Sección 3ª), 512/1999, de 3 de diciembre; la SAP Madrid (Sección 5ª), 961/2003, de 12 de mayo; la SAP Asturias (Sección 2ª), 205/2003, de 14 de julio; el AAP Guipúzcoa (Sección 3ª), de 30 de septiembre de 2004; el AAP Guipúzcoa (Sección 3ª), 22/2007, de 19 de febrero; la SAP Córdoba (Sección 3ª), 48/2007, de 12 de marzo; la SAP Girona (Sección 3ª), 168/2008, de 19 de febrero; el AAP Barcelona (Sección 6ª), 523/2008, de 8 de octubre; la SAP A Coruña (Sección 2ª), 17/2011, de 25 de marzo; el AAP Teruel 118/2011, de 22 de noviembre; el AAP Valladolid (Sección 2ª), 77/2012, de 10 de febrero; la SAP Cuenca (Sección 1ª), 8/2015, de 13 de enero.

<sup>791</sup> En este sentido la SAP Sevilla (Sección 1ª), 593/2007, de 19 de octubre.

prevalente lo constituye la voluntad. De ahí que el interés objetivo del secreto de empresa, en la práctica, si bien restringe la información que puede ser objeto de secreto empresarial, lo hace en términos muy generales, excluyendo sólo los casos en que el objeto es ilícito o aquellos en que la información es trivial o irrelevante.



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



**CAPÍTULO III**  
**EL TIPO BÁSICO DEL ESPIONAJE EMPRESARIAL EN EL**  
**CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**







UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



### **CAPÍTULO III**

## **EL TIPO BÁSICO DEL ESPIONAJE EMPRESARIAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

### **I. INTRODUCCIÓN**

El espionaje no es un delito nuevo ni tampoco se ciñe estrictamente al ámbito empresarial, pues ha tenido una gran relevancia a lo largo de la historia sobre todo en relación a los secretos de Estado y a la seguridad nacional. Aquí, sin embargo, nos centraremos en el espionaje que tiene como escenario la empresa, entendida en sentido físico y/o virtual, y como objeto los secretos de empresa, ya definidos en el capítulo precedente.

La represión del espionaje empresarial en el ordenamiento jurídico español está prevista, como hemos visto, en dos cuerpos legales. Por un lado, en sede civil, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en su artículo 13, tras reputar como desleal en su párrafo primero “*la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales...*”, prevé en el segundo, que “[t]endrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo”. Por otro lado, el Código penal castiga este comportamiento en su artículo 278. En este capítulo me voy a ocupar de su figura básica, contenida en el apartado primero de este precepto para, a continuación, en el capítulo cuarto ocuparme del tipo agravado por revelación.

El Código penal de 1995 no sólo cambió la ubicación sistemática de los delitos relativos a los secretos empresariales, sino que introdujo la figura del apoderamiento ilícito. Con ello se incrementaron las conductas típicas en materia de secretos empresariales y, además, se amplió el círculo de los sujetos activos. La nueva regulación

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

ha sido aplaudida por la doctrina<sup>792</sup>, pues ésta ha cubierto una laguna de punibilidad, la del denominado espionaje empresarial.

Pese a todo, lo cierto es que el legislador utilizó como referencia los delitos contra la intimidad para dotar de contenido a la nueva figura. Por ello será imprescindible tener presente la interpretación de estos últimos delitos para configurar el tipo del espionaje. Sin embargo, puesto que no estamos ante un delito cuyo bien jurídico tenga relación con la intimidad, sino con la propiedad, la dogmática de los primeros no es trasladable al delito objeto de estudio, siendo necesario deslindar ambos tipos mediante una interpretación teleológica del espionaje empresarial.

## II. EL TIPO OBJETIVO

### 1. El sujeto activo del delito

El sujeto activo del delito del artículo 278 CP puede ser cualquiera, pues al emplear la fórmula genérica “el que” no se exige para ser tal elemento especial y adicional alguno. Se trata así de un delito común, rigiendo, por tanto, las reglas generales relativas a autoría y participación<sup>793</sup>.

Sin embargo, la doctrina ha defendido, con razón, que para ser considerado sujeto activo del presente delito, si bien no se precisan especiales exigencias, deben concurrir tres condiciones negativas en él: en primer lugar, que no le pertenecen los datos, documentos, soportes u objetos que son substrato del apoderamiento; en segundo lugar, que no es titular de los secretos, en cuanto que entonces no obraría para descubrir los de otro, sino los propios; y, por último, que no los conoce por voluntad de su titular<sup>794</sup>.

Especial relevancia tiene el primer requisito negativo expuesto, pues si al sujeto le pertenecían los soportes donde la información estaba contenida se entiende que no se produce un apoderamiento, ya que el acceso a la misma habría sido lícito. Así se apreció en el caso contemplado en la SAP Guipúzcoa, de 30 de diciembre de 1998, en el que finalmente las acusadas fueron absueltas por ser de su propiedad la libreta donde la

---

<sup>792</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, pp. 44-45; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 541, entre otros.

<sup>793</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 230; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ibidem*, p. 58.

<sup>794</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 532. Los autores citan la STS de 8 de marzo de 1974.

información se contenía, por lo que no podían incurrir en el tipo del artículo 278.1 CP. En cambio, no se siguió este criterio en la SAP Ciudad Real (Sección 1ª), 151/2015, de 2 de diciembre, en la que un sujeto fue condenado en virtud del artículo 278.1 CP por apoderarse del listado de clientes de un centro de estética, que se encontraba en un equipo informático de su propiedad y que posteriormente aprovechó para crear un negocio propio. En este caso, perteneciéndole al sujeto el soporte donde se contenía la información y no contando éste con medida alguna que protegiera su confidencialidad, ni habiéndola borrado su titular, estos hechos todo lo más podrían constituir comportamientos contrarios a la buena fe, pero no así dar lugar a un castigo penal.

Por tanto, no cometerá el delito de espionaje quien conoce la información por su actividad laboral y se queda con ella, al margen de las posibles conductas que pudiera cometer posteriormente, y que son punibles por la vía del artículo 279 CP, como su revelación o utilización en provecho propio. Esta apreciación deja fuera del tipo las extralimitaciones de los empleados si, una vez cesada su actividad laboral, siguen accediendo a la información de su empresa con el uso de sus claves, todavía activas<sup>795</sup>. Hay que dejar claro que en estos casos no estamos ante un delito de espionaje, pudiendo ser castigado por la vía del tipo del artículo 279.2 CP, de utilización en provecho propio, en su forma consumada o intentada<sup>796</sup>. Sin embargo, esta interpretación en nada obsta a que el empleado de una empresa pueda ser sujeto activo del delito del artículo 278 CP, cuando acceda de forma ilícita a información de la misma que no conociera<sup>797</sup>.

## 2. La base de la conducta típica: posibilidades de interpretación

---

<sup>795</sup> Sin embargo, algunas resoluciones han condenado a estos sujetos que acceden de forma “lícita” a la información empresarial. Así ocurrió en la SAP Tarragona (Sección 2ª) 127/2003, de 4 de abril, en la que el administrador de sistemas de una empresa, teniendo acceso a datos confidenciales, como las claves de todos los clientes y empleados, se aprovechó de ello, no limitándose sólo a entrar en el sistema ajeno, comportamiento que habría quedado impune o comprendido entre los delitos informáticos si había vulnerado alguna medida de seguridad, sino que además copió la información e instaló en su propio ordenador los códigos fuente de programas comerciales pertenecientes a la empresa, siendo condenado por un delito de apoderamiento de los secretos de ésta del artículo 278.1 CP.

<sup>796</sup> Son los casos que Morón Lerma llama de apoderamiento “abusivo” (MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 544-545, 576 y 597 y ss.).

<sup>797</sup> Este fue el caso de la SAP Barcelona (Sección 8ª) 271/2016, de 2 de junio, en el que el acusado era el encargado del área de montaje de contenedores de una empresa, sin que su actividad profesional tuviera relación alguna con la información comercial de la que se apoderó.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

El artículo 278.1 CP castiga con una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a “El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197”<sup>798</sup>, siendo estos últimos la interceptación de las telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación. Este precepto se erige como una suerte de tipo de referencia, respecto del cual se determinan y valoran las demás figuras delictivas contra los secretos de empresa<sup>799</sup>.

La doctrina más autorizada ha discutido sobre cuántas modalidades típicas existen en dicho precepto. Así, en el artículo 197.1 CP que recoge una estructura típica de las mismas características, un sector doctrinal defiende que éste contiene tres modalidades típicas<sup>800</sup>, esto es, tres formas de hacerse con la información constitutiva de un secreto de empresa: en primer lugar, mediante su *apoderamiento por cualquier medio*; y, en segundo lugar, empleando alguno de los medios o instrumentos previstos en el artículo 197.1 CP, remisión que incluye las conductas de *interceptación de sus telecomunicaciones*, por un lado, y, por otro, *la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación*. Frente a esta opinión, otro sector doctrinal considera que el precepto alberga sólo dos modalidades comisivas, la de *apoderamiento* y la que se realiza empleando medios

---

<sup>798</sup> El artículo 197.1 CP establece que “*El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*”.

<sup>799</sup> MORALES PRATS, F.: “Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi – Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 455. Este autor, aludiendo a la cláusula de advertencia, como él la llama, que prevé el artículo 200 CP para deslindar los tipos relativos a la intimidad, de los de secretos de empresa, y en la descripción de éstos últimos tipos, destaca la mayor importancia que tiene el artículo 278 CP.

<sup>800</sup> En este sentido, ANARTE BORRALLA, E.: “Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 43, 2002, p. 52; ROMEO CASABONA, C. M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 74; el mismo: “Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M.: *Comentarios al Código penal. Parte especial II – Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 720.

técnicos<sup>801</sup>. Esta última ha sido la interpretación que la mayoría de la doctrina ha adoptado también respecto del artículo 278.1 CP<sup>802</sup>.

El hecho de que el precepto emplee la conjunción disyuntiva “o” para separar estas conductas responde a que cualquiera de ellas dará lugar a la comisión del delito, teniendo cada una de ellas su propio ámbito típico, por lo que estamos ante un tipo mixto alternativo<sup>803</sup>.

Sin embargo, el problema del tipo que aquí se estudia es que éste adolece de una deficiente redacción, pues la referencia a un verbo como el de apoderarse, tradicionalmente ligado a los delitos contra la propiedad material, junto al empleo de medios técnicos que le imprime otras connotaciones que se alejan de aquellos, plantea la posibilidad de interpretarlo de dos maneras diferentes, ambas con ventajas e inconvenientes.

### **2.1. La superación de los medios de protección dispuestos por el titular a través de algunas de las formas del artículo 278.1: apoderamiento en sentido material y medios técnicos**

Una primera interpretación del tipo del artículo 278.1 CP podría sostener que éste se construye en torno a dos formas comisivas como modos de superar las barreras de protección que el titular del secreto ha adoptado para protegerlo: una respecto a las barreras físicas y otra respecto a las técnicas.

De esta manera, por un lado, el tipo castigaría, según esta concepción, la sustracción de secretos de empresa cuando se lleve a cabo a través de alguno de los clásicos delitos de apoderamiento de bienes materiales, esto es, cuando un sujeto se lleve

---

<sup>801</sup> CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en VIVES ANTÓN, T. S.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 995.

<sup>802</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, pp. 532 y ss.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 232; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, pp. 47-48; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 572.

<sup>803</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ibidem*, p. 51; el mismo: Derecho penal económico y de la empresa. *Op. Cit.*, p. 268; siguiendo la opinión de este último autor, ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M.: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch “colección de delitos”, Valencia, 2001, p. 106; MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, p. 532; PRATS, J. M.: “Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el Código penal de 1995”, en DEL ROSAL BLASCO, B.: *Delitos relativos a la Propiedad Industrial, al Mercado y a los Consumidores*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 188.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

los soportes que contienen el secreto. Por otro lado, en la segunda modalidad, sería punible la utilización de medios técnicos subrepticios para conseguir la información.

Esta forma de entender el tipo objeto de estudio constituye una interpretación sugerente, dado que toma como punto de partida la necesidad de que el sujeto venza las medidas de protección que el titular ha puesto para mantener la reserva de la información, esencia del secreto de empresa, como ya ha sido puesto de manifiesto. Esta ha sido, por lo demás, la opción por la que ha optado el legislador penal alemán, introduciendo en el artículo § 17 (2) 1 de la UWG<sup>804</sup> la utilización de medios técnicos junto a la copia material de la información o la sustracción de una cosa en la que el secreto se contenga. Sin embargo, partir de esta exégesis del tipo lleva consigo numerosos inconvenientes que deben ser destacados.

En primer lugar, esta concepción supone dar por sentado que todos los elementos objeto de apoderamiento tienen carácter material. Dicha naturaleza no cabe duda que la poseen los documentos escritos o los soportes informáticos. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los datos<sup>805</sup>. Aunque este término pueda ser interpretado como “documento”<sup>806</sup> y, por tanto, en un sentido físico, parece más adecuado entenderlo como información, esto es, en un sentido inmaterial<sup>807</sup>, pues de lo contrario se estaría afirmando que el legislador penal ha incurrido en una reiteración al mencionar acto seguido los documentos escritos o electrónicos.

En segundo lugar, la citada interpretación del tipo estaría poniendo el acento en bienes meramente instrumentales para el verdadero objeto de protección, que es la información reservada. De esta manera, a pesar de que el secreto empresarial sea

---

<sup>804</sup> Dicho precepto establece en su tenor literal: “(2) Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen,

1. Sich ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis durch
  - a. Anwendung technischer Mittel,
  - b. Herstellung einer verkörperten Wiedergabe des Geheimnisses oder
  - c. Wegnahme einer Sache, in der das Geheimnis verkörpert ist,

Unbefugt verschafft oder sichert...”

<sup>805</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>806</sup> Segunda acepción del término “datos” en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (<http://dle.rae.es/?id=Bskzsq5|BsnXzV1>).

<sup>807</sup> La primera acepción de dicho término en el DRAE lo define como “Información sobre algo concreto que permite su conocimiento exacto o sirve para deducir las consecuencias derivadas de un hecho” (<http://dle.rae.es/?id=Bskzsq5|BsnXzV1>). También en este sentido lo entiende la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en su artículo 3.a).

generalmente el contenido de un soporte físico, centrar la forma de ataque en este último supone desconsiderar la naturaleza inmaterial de aquél.

Y, en tercer lugar, dicha interpretación dejaría fuera del tipo formas de captación intelectual del secreto derivadas de un acceso visual o auditivo, como su memorización o su anotación en un cuaderno<sup>808</sup>. De esta forma quedarían impunes comportamientos penalmente relevantes que tienen por objeto el ataque a un secreto de empresa. Así, por ejemplo, un allanamiento de domicilio de persona jurídica que fuera destinado a sustraer información simplemente mediante la copia manual de la misma sólo podría castigarse por la vía del artículo 203 CP, pero no así por el apoderamiento de secretos de empresa.

Estas razones llevan a desechar esta opción hermenéutica del tipo del artículo 278.1 CP, optando por otra que no descuide la protección del bien jurídico protegido en el delito de espionaje empresarial.

## 2.2. La concepción inmaterial del apoderamiento

La segunda vía interpretativa del tipo del artículo 278.1 CP aboga por una espiritualización del concepto de apoderamiento más acorde con la naturaleza inmaterial del objeto de la propiedad en este delito, constituido por el secreto de empresa. Desde esta perspectiva existe una única idea rectora en la conducta del presente delito: un sujeto no autorizado capta un secreto empresarial, siendo indiferente el modo en que lo consigue, lo cual dependerá, en realidad, de la forma en que se presenta o aparece dicha información. Por ello, las diferentes posibilidades que plantea el tipo pretenden abarcar cualquier forma en que dicha información pueda venir dada.

Siendo el apoderamiento uno de los verbos típicos que establece el artículo 278.1 CP, esta concepción, que se contrapone a la anterior, supone el abandono de su significado clásico<sup>809</sup>, ligado tradicionalmente a su carácter material o físico. Así, esta es la conducta

---

<sup>808</sup> Como señala ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, pp. 76-77, también quedarían fuera los casos en los que un sujeto suplanta la identidad de otro (un socio, trabajador o colaborador del titular del secreto) o mediante engaño sobre la voluntad de adquirir o contratar con el titular (hacerse pasar por un cliente, real o potencial), acaba haciéndose con la información empresarial reservada.

<sup>809</sup> JORGE BARREIRO, A.: “Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) / JORGE BARREIRO, A. (Coord.): *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 566, quien afirma, respecto a los delitos relativos a la intimidad, que aunque “la conducta de apoderamiento debe considerarse, conforme a lo señalado por nuestra doctrina y jurisprudencia, como sinónima o equivalente a la forma comisiva de apropiación de los delitos contra el patrimonio, cabe señalar que un correcto entendimiento de <<apoderarse>> sólo puede encontrarse en su conexión con la finalidad



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

que recoge el Código penal en su artículo 237 para el delito de robo, que recae sobre cosas muebles ajenas. Algo similar ocurre con la conducta de “apropiarse” en el delito de apropiación indebida, previsto en los artículos 253 y 254 CP, el cual alude a cosas materiales, refiriéndose el primero de ellos a dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, y el segundo a cosa mueble ajena.

Por ello, un sector doctrinal aboga, con razón, por interpretar *de lege lata* la acción típica de apoderarse atendiendo a la específica *inmaterialidad* del secreto de empresa<sup>810</sup>, habiendo sido quizás más apropiado acudir a un verbo típico que imprimiera un carácter

---

de descubrir el secreto o la intimidad de otro, y teniendo en cuenta la importante extensión del objeto material de la acción típica”.

<sup>810</sup> En este sentido, CASTRO MORENO, A.: “El derecho penal español ante el espionaje industrial y el secreto de empresa (artículos 278-280 CP)”, en *RTDPE (Rivista Trimestrale di Diritto penale dell’Economia)*, I-2/2006, p. 49; ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, p. 82; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, pp. 47-48; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 533-534, quien afirma que el término “apoderarse” debe ser entendido “como sinónimo de apropiarse, adueñarse, procurarse la información, sin que sea condición indispensable la aprehensión del soporte material que la contiene”, incorporando así el tipo conductas de captación mental o intelectual, sin desplazamiento físico, así como apoderamiento físico subrepticio de los objetos que incorporan el secreto (pp. 534-535); PRATS, J. M.: Descubrimiento y revelación de secretos. *Op. Cit.*, pp. 188-189. También en relación a los delitos contra la intimidad, se ha adoptado esta concepción del término. Así, MORALES PRATS, F.: “Artículo 197”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, Aranzadi – Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 455; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: “Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio – Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos”, en GÓMEZ TOMILLO, M.: *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 796, quien apunta que “el concepto se extiende desde un sentido más literal similar al apoderamiento propio de ciertos delitos patrimoniales (...) hasta conductas que no requieren dicha traslación, como la retención de lo indebidamente recibido, el copiar el mensaje de correo electrónico o fotocopiar el documento”. En sentido contrario, negando el carácter inmaterial de la conducta de apoderamiento respecto del artículo 197.1 CP, ANARTE BORRALLA, E.: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, p. 54, quien considera que esta tesis conlleva cierta normativización del concepto de apoderamiento, y que aceptarla supondría interpretar el verbo “apoderarse” en una de sus variedades semánticas metafóricas, como cuando se usa, por ejemplo, al decir “la violencia se apodera de los hombres” o que “por la noche no se le apoderen los nervios”, entre otros ejemplos que cita. De ahí que el autor defienda que el apoderamiento implica una “acción inequívoca de aprehensión física dirigida a tomar el soporte y obtener los datos secretos”; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L.: “Delincuencia económica e informática en el nuevo código penal”, en GALLARDO ORTIZ, M. A.: *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 288; MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 235, quien considera que esta conducta “es tan fundamental, que si se pueden conocer los secretos documentales de otro sin llegar a apoderarse de sus documentos o efectos no existe este delito o, por lo menos, este tipo delictivo en concreto. Por tanto, difícilmente puede incluirse en este apartado la simple lectura de mensajes electrónicos o SMS dándole a la tecla correspondiente, que todo lo más podría incluirse en el inciso segundo del apartado 1 o en el apartado 2 de este art. 197”; ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M.: Delitos informáticos. *Op. Cit.*, p. 26, quienes defienden que “para que concurra este delito es necesario que el autor realice una acción física dirigida a obtener los datos secretos”, pues de lo contrario, “se llegaría a soluciones tan inverosímiles como la posibilidad de aplicar una pena de prisión de hasta cuatro años a quien se limitase a leer mensajes, cartas, etc. que el interesado hubiese dejado al alcance de terceros”; ROMEO CASABONA, C. M.: Capítulo I. Del descubrimiento. *Op. Cit.*, p. 731, quien estima que resulta discutible que se pueda forzar tanto el proceso de “<<desmaterialización>> -espiritualización- del tipo, pues éste exige en todo caso – probablemente con dudoso acierto- un comportamiento material vinculado con los soportes que menciona”.

menos material, como “hacerse con”, “poner a su disposición”, “procurarse”<sup>811</sup>, “obtener”<sup>812</sup> o “poner bajo su dominio o control”<sup>813</sup>. Dicha interpretación obliga a entender en un sentido distinto, como se verá, el resultado del apoderamiento, que no necesariamente dará lugar a la expropiación o desposesión del bien a su titular<sup>814</sup>.

Esta interpretación permite superar las lagunas de punibilidad a las que la anterior postura daba lugar. Sin embargo, no se nos oculta que la misma también puede presentar un inconveniente, basado principalmente en la posibilidad de que se produzca una excesiva ampliación de la conducta típica, llegando a considerar espionaje cualquier comportamiento de captación intelectual que tenga lugar sobre una información empresarial. Por ello, es preciso establecer ciertos límites que acoten dicha interpretación extensiva, antes de valorar qué conductas constituyen supuestos en los que interviene el Derecho penal, y cuáles otros quedan fuera de la tipicidad.

### 3. Límites a la inmaterialidad del concepto de apoderamiento

#### 3.1. Necesidad de restricción del tipo y posiciones doctrinales

La amplitud de la conducta típica a partir de la espiritualización del concepto de apoderamiento obliga a determinar las pautas a seguir para que dicha amplitud no lleve a la punición de cualquier tipo de captación intelectual de información empresarial reservada. Esto también ha sido puesto de manifiesto por la doctrina más autorizada, que ha reconocido que no existiría límite alguno respecto a los medios comisivos, pero que la acción típica debe ser objeto de una restricción, no respecto a éstos, sino a la esfera del

---

<sup>811</sup> Este es el verbo típico previsto en los artículos 584 y 598 CP, referidos a la información clasificada o calificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, en el primer caso, y sin él, en el segundo.

<sup>812</sup> El espionaje se define en el Diccionario de la RAE, en su tercera acepción, como la “actividad dedicada a obtener información fraudulenta en diversos campos”, añadiendo como ejemplos el *espionaje científico o industrial*. Acudiendo al término que emplea la RAE para definir la conducta que describe el espionaje, esto es, “obtener”, ésta puede definirse como “alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende” o “tener, conservar y mantener” (primera y segunda acepciones de dicho término en el DRAE). Este verbo es el que también ha elegido recientemente la Directiva (UE) 2016/943 para referirse a la conducta de espionaje, siendo quizás el que mejor define el comportamiento, atendiendo al carácter inmaterial que imprime y que caracteriza también a su objeto, esto es, al secreto.

<sup>813</sup> En este sentido, CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 1000, quienes afirman que lo que castiga el presente tipo es “toda acción de tomar, coger, o poner bajo su poder o control (v. gr. copiar)”; o también, CASTIÑEIRA PALOU, M<sup>a</sup> T.: “Tema 7. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en SILVA SÁNCHEZ, J-M. (Dir.) / Ragués i Vallès, R. (Coord.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tercera edición, Atelier libros jurídicos - iuscrimbcn, Barcelona, 2011, p. 147, que señala que “<<apoderarse>> significa *hacerse con el control* de los datos, por ejemplo, copiarlos o imprimirlos”.

<sup>814</sup> Cfr. *Infra*, capítulo III. II. 5.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

*desvalor de acción*, circunscribiendo así la órbita típica a los supuestos de obtención de la información por medios *ilícitos*<sup>815</sup>.

La fundamentación de los citados límites para identificar aquellos supuestos de captación penalmente relevantes y, por tanto, cuándo éstos son considerados *ilícitos* merece una especial atención para determinar los casos que quedan dentro de la tipicidad y los que no merecen reproche penal.

La doctrina ha realizado esfuerzos interpretativos para determinar el contenido de dicha ilicitud. Así, ha sido identificada por Morón Lerma con los apoderamientos que se cometen “sin actividad propia y con aprovechamiento del esfuerzo ajeno, que suelen acometerse empleando medios comisivos especialmente reprobables y/o insidiosos...”<sup>816</sup>. La autora considera que a la cláusula “por cualquier medio” que acompaña al apoderamiento, deben serle acuñados determinados adjetivos, entendiendo punible el apoderamiento *por cualquier medio abusivo, ilícito, indebido*<sup>817</sup>. De esta forma, la comisión del tipo exige que se produzca un “acceso ilícito” cometido por medios reprobables<sup>818</sup>.

Otra posición doctrinal, publicada en el momento final de realización del presente trabajo, es la que mantiene Estrada i Cuadras, quien señala que la vía de restricción del tipo básico de espionaje consiste en su reconstrucción en torno a la idea de superación de las barreras, fácticas o jurídicas, que existan para proteger la posición legítima de dominio del titular del secreto empresarial<sup>819</sup>. Con su posición, el autor pone el acento en la idea de autoprotección de la víctima<sup>820</sup>, lo cual, a mi juicio, no parece incoherente con el concepto de secreto de empresa del que se parte, que exige la adopción de medidas de protección para que aquél reciba tutela del Derecho, pues de lo contrario, no estaríamos ante un secreto de empresa. De esta forma, el autor defiende que cualquier medio de obtención del secreto empresarial es potencialmente típico, siempre que sea de la

---

<sup>815</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, pp. 45-46. La cursiva es del autor. De igual opinión es ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, pp. 65 y ss.; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 535-536, quien afirma que la adquisición o aseguramiento de la información, debe realizarse *de forma indebida*, atendiendo a las circunstancias ilícitas en que tiene lugar.

<sup>816</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 300-301.

<sup>817</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>818</sup> *Ídem*, pp. 297 y ss.

<sup>819</sup> ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, p. 81.

<sup>820</sup> *Ibidem*, pp. 84 y ss.

*suficiente entidad* como para poder superar o eludir una de las barreras de protección que configuran la esfera de reserva del legítimo titular de la información<sup>821</sup>. Sin embargo, el problema de su tesis radica, a mi juicio, en qué y cómo considera el autor la idea de “suficiente entidad”, pues para determinar dichos términos recurre a los estándares de autoprotección de delitos patrimoniales con penas análogas<sup>822</sup>. Dicha postura le lleva a afirmar que sólo serán penalmente relevantes los supuestos de espionaje empresarial que se realicen “mediante fuerza en las cosas: escalamiento, fractura interna, externa, uso de llaves falsas, inutilización de sistemas específicos de alarma y guarda; los cometidos mediante uso de violencia o intimidación; los cometidos mediante engaño bastante; así como los cometidos mediante la superación de barreras de (auto) protección *funcional* y *valorativamente equivalentes*, como por ejemplo la vulneración de sistemas de seguridad informáticos”<sup>823</sup>. Por último, un aspecto relevante de la postura del autor para limitar el tipo mediante el recurso a las penas es la restricción que hace respecto al valor que debe tener el secreto, de la que ya me ocupé en el capítulo precedente<sup>824</sup>.

Pues bien, a mi juicio la primera concepción en cierta medida se acerca a la idea que guía este precepto, al fundarse en que tiene que producirse un “acceso ilícito” cometido por medios reprobables. Sin embargo, esta idea adolece todavía de falta de concreción, pues no determina de dónde deben derivar dichos medios. La segunda interpretación presenta una propuesta más elaborada en la búsqueda de una vía de restricción del tipo y correctamente acude a los delitos patrimoniales como punto de referencia. Sin embargo, en mi opinión, establecer la limitación típica a través de los delitos patrimoniales con penas análogas no ofrece una solución satisfactoria. Por un lado, es necesario advertir que el autor utiliza como referencia unos tipos cuyas conductas típicas y sus respectivas penas, vienen determinadas por el carácter material del objeto sobre el que recaen. Por otro lado, las penas del delito constituyen un criterio auxiliar para determinar la gravedad de los ataques. Sin embargo, la fijación de un límite a la tipicidad por las consecuencias de su infracción no parece un criterio suficiente por dos motivos sustancialmente.

---

<sup>821</sup> *Ídem*, p. 82. La cursiva es nuestra.

<sup>822</sup> *Ídem*, pp. 104-106.

<sup>823</sup> *Ídem*, p. 104.

<sup>824</sup> Cfr. *Supra*, capítulo II. III. 3.3.3.

En primer lugar, porque el legislador penal en no pocas ocasiones atribuye las consecuencias penológicas a un tipo delictivo de forma caprichosa, sin reflexión previa que atienda al bien jurídico protegido o a la lesividad del ataque al mismo. Es el caso precisamente del delito de espionaje empresarial, cuya tipificación supuso el traslado del planteamiento de los delitos relativos a la intimidad, pero con un ligero incremento del límite mínimo del marco penal respecto de aquéllos y sin prestar atención ni a los tipos delictivos patrimoniales ni a los relativos a la propiedad industrial.

En segundo lugar, y como el propio autor reconoce, con dicho criterio quedan fuera determinados comportamientos no expresamente contemplados en los tipos patrimoniales con penas análogas, pero con relevancia lesiva para el objeto de tutela. Así, por un lado, dicha interpretación no incluye ni los supuestos en que se emplean medios informáticos, ni los casos de obtención del secreto mediante el soborno de trabajadores o colaboradores del titular de la información, vulnerando así el deber de buena fe de dichas personas como medida de protección adoptada por el titular<sup>825</sup>. Para ambos supuestos, el autor acude a un juicio de equivalencia funcional y valorativa, entendiendo que en ambos casos las barreras vulneradas exigen una energía criminal análoga a las de los citados delitos patrimoniales<sup>826</sup>. En mi opinión, en el caso de los medios informáticos dicha equivalencia ya desatiende al criterio del que parte el autor y, por lo tanto, no resulta coherente con el mismo, siendo posible encontrar un fundamento que le imprima lógica al conjunto de la interpretación, como se verá a continuación, independientemente de las consecuencias penológicas del delito. En el caso de la obtención mediante soborno, a mi juicio, lo que se da es una inducción del tipo del artículo 279.1 CP, quedando excluida, por tanto, del delito de espionaje empresarial. Por otro lado, su interpretación deja fuera del ámbito típico los casos equivalentes al hurto, tanto en su tipo básico como agravado, por ser las penas inferiores a las que establece el espionaje empresarial. Sin embargo, el autor intenta subsanar dicha falencia aplicando en los supuestos de hurto agravado una pena disminuida por el menor contenido de injusto que a su juicio implican, para lo que recurre a la atenuación analógica (artículo 21.7 CP) cuando al desvalor de la sustracción le corresponda una pena de entre uno y dos años de prisión (mitad inferior del marco previsto por el subtipo agravado de hurto, cuya pena es de uno a tres años)<sup>827</sup>. A mi juicio,

---

<sup>825</sup> ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, p. 105.

<sup>826</sup> *Ibidem*.

<sup>827</sup> *Ídem*, p. 106.

sin embargo, esta solución constituye una interpretación forzada para intentar subsanar el problema al que lleva su punto de partida mediante el recurso a las penas y sigue dejando fuera de la aplicación del tipo supuestos penalmente relevantes. Piénsese en el caso en el que un sujeto entra en una empresa cuando está abierta al público y, aprovechando el despiste de un empleado, se lleva un disco duro con numerosa información empresarial reservada, con ánimo de descubrirla. Dicho supuesto, equivalente a un delito de hurto en su tipo básico, no sería punible según esta teoría, sin embargo, encajaría en el tipo de espionaje empresarial y merece reproche penal, atendiendo al bien jurídico protegido. De ahí que sea este último el principal criterio rector que debe guiar la restricción del tipo en el presente delito.

### **3.2. Toma de postura: el bien jurídico protegido y la propia redacción típica como elementos limitadores del tipo de espionaje empresarial**

Tras haber constatado la insuficiencia de las posturas doctrinales hasta ahora propuestas para limitar la interpretación del delito de espionaje empresarial, dada la amplitud a la que lleva la concepción inmaterial de su verbo típico, a continuación se expone cuál es, la vía más satisfactoria para conseguir este fin, a mi juicio. El proceso de identificación de dicho límite debe llevarse a cabo a través de una interpretación teleológica del precepto, necesaria en la medida en que los enunciados jurídico-penales adolecen de cierta indeterminación, por lo que exigen una reconstrucción racional<sup>828</sup>.

1. La principal vía de restricción es la derivada del **bien jurídico protegido**. El presente delito tiene naturaleza patrimonial y por ello resulta necesario acudir a los medios que ofrecen los delitos de esta índole para eludir accesos no autorizados de terceros a la propiedad. Ello no supone una traslación automática del esquema de los delitos patrimoniales, en general, y contra la propiedad, en particular, sino atender a la entidad del ataque que una conducta representa para el objeto de tutela, cifrado en este caso en la propiedad de bienes inmateriales, y que se refleja en el desvalor de acción y en el desvalor de resultado que dicho ataque genera<sup>829</sup>.

Lo anterior implica que la valoración de ambos elementos debe ponerse en relación con la relevancia del bien, de forma que aquellos más importantes gozarán

---

<sup>828</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Sobre la interpretación teleológica en Derecho Penal”, en *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 390 y 395.

<sup>829</sup> GÜNTHER; H. L.: “Die Genese eine Straftatbestandes”, en *JuS*, 1978, Heft 1., p. 13.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

legítimamente de un mayor ámbito de protección penal. Así se puede comprobar, por ejemplo, si comparamos la vida humana con la propiedad. Los ataques a la primera no exigen sólo comportamientos dolosos o en los que concurran elementos subjetivos adicionales, sino que comprenden también el castigo de conductas imprudentes; sin embargo, la segunda es protegida sólo frente a ataques especialmente nocivos, cometidos mediante dolo, engaño, violencia...<sup>830</sup>. Por tanto, el Derecho penal, atendiendo a su carácter fragmentario, no protege cualquier ataque a la propiedad, sino sólo aquellas conductas gravemente perjudiciales, lo cual se plasma en dos ideas, como afirma Díez Ripollés: “su especialización en la tutela de los presupuestos esenciales para la convivencia externa y la limitación de sus intervenciones a los ataques más intolerables a tales presupuestos imprescindibles”<sup>831</sup>. Por ello, ocupándose el Derecho penal de los casos más graves, éste deja a la intervención del Derecho civil los supuestos que no lo son, como por ejemplo, los meros incumplimientos contractuales, aunque causen un perjuicio patrimonial<sup>832</sup>.

Pues bien, dado que el legislador penal no castiga cualquier conducta que afecte a la propiedad material, tampoco puede hacerlo en los delitos contra la de carácter inmaterial. Este hecho obliga a valorar el medio por el que se ha causado el menoscabo para que los ataques contra la propiedad tengan relevancia penal.

En este contexto, la construcción del *concepto de secreto empresarial* en torno a la existencia de medidas para que aquél exista deviene también de suma importancia. El secreto empresarial es el bien inmaterial objeto del derecho de propiedad y la facultad de su aprovechamiento en exclusiva que de éste se deriva se sustenta en la adopción de medidas como instrumento de protección del secreto. De esta forma, sobre la información puede establecerse un derecho de propiedad que permite a su poseedor *excluire* cualquier uso sobre dicho bien por parte de los demás<sup>833</sup>. Es la idea de exclusión la que impera en

---

<sup>830</sup> *Ibidem*, pp. 13-14; PRIETO DEL PINO, A. M.: El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada. *Op. Cit.*, pp. 221-222.

<sup>831</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª edición ampliada, Editorial Trotta, Madrid, 2013, pp. 140-141.

<sup>832</sup> En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Tema 4. Límites al poder punitivo del Estado (I)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.): *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 94. Este autor pone el ejemplo del sujeto que compra una casa, de la que paga sólo una parte y se compromete a abonar el resto durante quince años en determinados plazos. Después de haber pagado algunos de ellos, dicho sujeto deja de hacerlo. Pues bien, no constituiría éste un comportamiento penalmente relevante por no ser típico el incumplimiento contractual.

<sup>833</sup> PRIETO DEL PINO, A. M.: El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada. *Op. Cit.*, p. 152.

este ámbito, pues, como veremos a continuación, los límites al tipo se encuentran en la idea de que el sujeto emplea medios ilícitos para superar las barreras impuestas por su titular y entrar así de forma no autorizada en su ámbito de propiedad. Por tanto, aquella información que carezca de la citada protección no podrá erigirse como secreto de empresa, por lo que si se produce una captación de la misma por cualquiera de estos medios no estaríamos ante un supuesto de espionaje por no existir objeto de ataque. No hay que olvidar, además, que existen determinadas vías por las que es lícito hacerse con un secreto de empresa, por lo que la exclusión también tiene sus límites en estos casos y es por ello por lo que los medios ilícitos adquieren aquí gran relevancia.

2. También es posible limitar la aplicación del precepto y, por tanto, restringir el castigo de determinados supuestos de captación intelectual de un secreto de empresa a partir de **la propia redacción típica**, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

Por un lado, desde el prisma objetivo, el artículo 278.1 CP establece que será típico el *apoderarse por cualquier medio* de determinados objetos, materiales e inmateriales, que alberguen el secreto de empresa. Si bien dicha cláusula confirma la amplitud en las formas comisivas de llevar a cabo el comportamiento típico<sup>834</sup>, la alusión a “cualquier medio” no puede entenderse de manera desvinculada al apoderamiento. La presencia del bien jurídico protegido resulta patente en esta referencia típica, pues el legislador no ha adoptado un verbo de carácter más neutro como pueden ser, por ejemplo, “obtener” o “hacerse con”, sino que ha querido dejar clara la relación con los delitos patrimoniales de apoderamiento, con particularidades propias derivadas del objeto sobre el que esta conducta recae en el presente delito.

En primer lugar, el apoderamiento en el espionaje no exige un desplazamiento físico, siendo lo relevante los medios comisivos empleados. En este sentido, como ha señalado Muñoz Conde, los delitos de apoderamiento requieren normalmente un desplazamiento físico de las cosas del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo<sup>835</sup>. Sin embargo, en algunos delitos patrimoniales clásicos como el delito de extorsión

---

<sup>834</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 232. También así el AAP La Rioja 148/2001, de 23 de octubre, al señalar que lo relevante es el apoderamiento y no el medio empleado; o la SAP Córdoba (Sección 1<sup>a</sup>), 426/2004, de 20 de octubre, donde se afirmó que es el elemento subjetivo del injusto el que restringe el apoderamiento, y no así los medios descritos en el tipo para llevarlo a cabo.

<sup>835</sup> MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 328.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

(artículo 243 CP) y en algunos supuestos de usurpación (artículos 245 y ss. CP), dicho desplazamiento puede entenderse en un sentido ideal, sin que quepa hablar de acción material de apoderamiento, siendo lo relevante que se realice un comportamiento físico activo, incluso con medios comisivos violentos o intimidatorios<sup>836</sup>.

En segundo lugar, la forma básica de protección jurídico-penal del derecho de propiedad es a través del castigo de los actos de apoderamiento, los cuales castigan la realización de acciones de desplazamiento posesorio, en el sentido ideal mencionado, sobre bienes ajenos que generan situaciones fácticas a partir de las cuales el sujeto puede ejercer un determinado dominio sobre ellas, como si fuera su propietario. Ello implica la *ampliación de forma no autorizada del espacio de libertad de un sujeto* a costa del legitimado<sup>837</sup>.

Esto último, y la idea de exclusión ya mencionada, permiten vincular los medios de los delitos patrimoniales de apoderamiento a los empleados para acceder a la información empresarial contenida en sistemas informáticos. En la doctrina italiana más autorizada, Picotti ha defendido la existencia de un bien jurídico propio y autónomo en los delitos informáticos, entendido como un *derecho de exclusión de terceros no autorizados del espacio informático, del que su titular debe poder disponer libremente, sin intrusiones indeseadas*<sup>838</sup>. Según el autor, tal derecho de exclusión no estaría suficientemente garantizado a través de los medios tradicionales de tutela de la propiedad y de la posesión de cosas materiales ni por la protección jurídico-penal del secreto<sup>839</sup>. En efecto, los delitos de apoderamiento ofrecen medios de acceso y ataque para la propiedad de bienes materiales. Sin embargo, si se pone la mirada sólo en estos últimos, quedarían ayunos de tutela los inmateriales. Muchos de estos últimos, como es el caso de la información, se contienen actualmente en sistemas informáticos, por lo que resulta necesario buscar también en las formas comisivas de captación que los involucran vías

---

<sup>836</sup> *Ibidem*.

<sup>837</sup> En este sentido, ROBLES PLANAS, R.: “Tema 10. Delitos contra el patrimonio (I)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2015, p. 226.

<sup>838</sup> PICOTTI, L.: “Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell’armonizzazione internazionale”, en *Diritto dell’internet*, n.2/2005, p. 193.

<sup>839</sup> PICOTTI, L.: “Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati”, en PICOTTI, L. (Dir.): *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di Internet*, CEDAM, Padova, 2004, p. 78.

análogas a las que prevén los delitos patrimoniales clásicos para sortear barreras impuestas con el fin de proteger dichos bienes.

Por ello, el punto en común entre los delitos patrimoniales de apoderamiento y los que se llevan a cabo mediante sistemas informáticos radica en que la captación tenga lugar no sólo a través de los *medios de apoderamiento penalmente relevantes*, sino también mediante los que suponen un *ingreso no autorizado en la esfera del titular del secreto, con una vulneración clara de su derecho de exclusión sobre la misma*. Así la cláusula “por cualquier medio” que acompaña al verbo típico de apoderarse se limitaría a estos dos supuestos en los que se entiende que *se superan de forma ilegítima barreras que protegen la propiedad*, dándose así un *acceso ilícito* por realizarlo una *persona no autorizada* para ello<sup>840</sup>. Este constituye el presupuesto típico del espionaje empresarial, el cual debe ir acompañado de la conducta de apoderamiento.

Por otro lado, desde el prisma subjetivo, un segundo aspecto típico que limita la aplicación del delito viene constituido por el *elemento subjetivo de lo injusto* que exige que el espionaje empresarial se cometa *para descubrir un secreto de empresa*. Este es uno de los elementos que conforman el desvalor de acción del tipo de lo injusto<sup>841</sup> y que, por tanto, acotan la exégesis de la conducta típica<sup>842</sup>. Como se verá, este elemento es objeto de diversas interpretaciones por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, pero de entrada excluye las captaciones de secretos de empresa que tengan lugar por azar, de modo fortuito o aquellas en las que se encuentra el secreto sin haber realizado ningún acto dirigido a ello y también delimita este tipo de otros con los que pueda plantear dudas, como ocurre con el delito de daños.

Tras identificar dónde se encuentran los límites que restringen la amplitud derivada de entender el comportamiento típico como la captación de información empresarial reservada pueden extraerse dos conclusiones. En primer lugar, que no puede

---

<sup>840</sup> Ello es coherente con el tercero de los requisitos negativos a los que se hacía referencia cuando aludimos al sujeto activo del delito, cifrado en que éste no debe conocer el secreto empresarial por voluntad de su titular, es decir, no debe haber accedido a él de forma lícita.

<sup>841</sup> Son elementos fundadores del desvalor de acción, entre otros, y junto al dolo u otros elementos subjetivos de lo injusto, el modo de comisión del comportamiento y su grado de realización y participación en él, los elementos personales del autor si existieren, la relación de causalidad entre la acción y el resultado en los delitos de resultado material. En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho Penal Español. Op. Cit.*, p. 203. También CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte General II*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 154, quien señala que además de dichos elementos subjetivos, el modo, forma o grado de realización de la acción, así como la peligrosidad de la misma, desde el punto de vista *ex ante*, también fundamentan el desvalor de acción.

<sup>842</sup> En el mismo sentido se pronuncia MORÓN LERMA, E.: *El secreto de empresa. Op. Cit.*, pp. 301-300.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

castigarse ninguna captación que se realice por un medio lícito, lo que nos permitirá excluir algunos supuestos que pueden plantear dudas. Y, en segundo lugar, que sólo son punibles aquellos casos donde esa captación vaya acompañada de una forma ilícita de acceso, radicando dicha ilicitud en su atención al bien jurídico protegido. Los citados límites, así configurados, constituirán el criterio rector para identificar las formas de captación de la información empresarial reservada que merecen reproche penal, frente a aquellas que quedan fuera de la tipicidad.

#### **4. El apoderamiento del secreto empresarial**

##### **4.1. El apoderamiento como elemento diferenciado del acceso ilícito**

Como se ha puesto de relieve, el acceso ilícito constituye el presupuesto típico del espionaje empresarial, sin embargo, no es suficiente con que éste concurra para entender que se ha consumado el delito, siendo necesario algo más<sup>843</sup>. La forma de acceso, por tanto, marca la diferencia respecto a los diversos tipos relativos a secretos de empresa establecidos en nuestro Código penal, pero no resulta punible *per se* cuando es ilícito, si no lleva consigo el mayor desvalor de acción y resultado que entraña la conducta de apoderamiento, esto es, que el sujeto efectivamente obtenga la información reservada. Esta interpretación se refuerza si miramos a otros tipos penales, donde el legislador ha querido castigar expresamente el mero acceso.

En primer lugar, ello ocurre especialmente en los delitos contra la intimidad, donde se contienen gran parte de los tipos que castigan los ataques a sistemas informáticos, por lo que su referencia en este punto resulta obligada. Por un lado, tal es el caso del *artículo 197.2 CP*, que tipifica el acceso por cualquier medio y sin autorización a ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Por otro lado, especial mención merece en la distinción entre acceso y apoderamiento el *artículo 197 bis CP*, donde se sanciona al que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o se lo facilite a otro, al conjunto o a una parte de un sistema de información o se mantenga en él contra la

---

<sup>843</sup> El verbo “apoderarse” ha sido definido por el Diccionario de la Real Academia Española como “poner algo en poder de alguien o darle la posesión de ello” o “hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder”. Así lo establece el DRAE en la segunda y tercera acepciones, respectivamente, del verbo “apoderar”. Si bien la segunda es considerada anticuada por la propia RAE, la tercera es la que adquiere pleno sentido en el caso que nos ocupa.

voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo. Este precepto castiga la llamada intrusión informática o “*hacking*”, modificado en la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y en él puede verse claramente cómo la vulneración de las medidas de seguridad que impiden el acceso a un sistema informático y la falta de autorización para acceder son los elementos que definen el tipo. Este precepto ya estaba previsto antes de la reforma en el artículo 197.3 CP, sólo que el legislador de 2015 quiso darle mayor autonomía por considerar que éste tenía un objeto de tutela distinto<sup>844</sup>. Ya antes de la modificación existían también resoluciones de nuestros tribunales que marcaban claramente la diferencia entre el mero acceso y la conducta de apoderamiento. Tal es el caso de la SAP Murcia (Sección 3ª), 88/2015, de 20 de febrero, en el que se condenó por un delito del artículo 197.3 CP a la empleada de una empresa que accedió intencionadamente de forma ilegítima a correos de diversas trabajadoras de la mercantil y, por tanto, a datos y programas contenidos en el sistema informático propio de aquella, pero sin que quedara acreditado el apoderamiento, interceptación, utilización o modificación de los mismos por parte de la acusada. En sentido similar se pronunció también la SAP Madrid (Sección 2ª), 329/2015, de 27 de abril, que expresamente afirmó que con el delito del artículo 197.3 CP, que introdujo el llamado “*hacking blanco*” o mero intrusismo, se castiga el acceso no consentido, es decir, el solo hecho de saltarse las barreras de seguridad informáticas, sin necesidad de realizar acción posterior alguna.

En segundo lugar, también el legislador penal ha querido castigar el simple acceso en el *artículo 415 CP*, tanto si lo efectúa el propio sujeto activo del delito, que es la autoridad o funcionario público, como si se permite el mismo, respecto a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, a sabiendas y sin la debida autorización.

En tercer lugar, asimismo el *artículo 603 CP* castiga, entre otras conductas, la de abrir sin autorización la correspondencia o documentación legalmente calificada como

---

<sup>844</sup> Así, el propio Preámbulo de la Ley, en su apartado XIII, puso de manifiesto que para transponer la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información, era necesario distinguir los supuestos de revelación de datos que afectaban directamente a la intimidad personal, del acceso a otros datos o informaciones que podían afectar más bien a la privacidad, pero que no estaban referidos directamente a la intimidad personal. También en este sentido, en el ordenamiento jurídico italiano, PICOTTI, L.: *Internet e diritto penale. Op. Cit.*, p. 193; el mismo: *Sistematica dei reati informatici. Op. Cit.*, pp. 80 y ss..

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

reservada o secreta, relacionada con la defensa nacional, por quien la tenga en su poder por razones de su cargo o destino.

Por tanto, como puede observarse, el legislador ha querido exigir algo más en el delito de espionaje respecto a estos preceptos, en los que el adelantamiento de las barreras de protección llega a castigar una mera entrada o introducción en los soportes donde se contiene la información. Hay autores que han equiparado dicho acceso, entrada o introducción con visualizar o escuchar la información<sup>845</sup>. Sin embargo, lo que ocurre es que dada la inmaterialidad del secreto, algunas formas comisivas dan lugar a que el acceso ya pueda llevar consigo el apoderamiento. Así ocurre si de dicha visualización o escucha, el sujeto llega a conocer el secreto o retenerlo mentalmente, de forma que pueda disponer de él con posterioridad, dándose ya un supuesto de apoderamiento de la información y no de un mero acceso. Lo relevante es que este último supone una vulneración de las medidas de protección adoptadas por el titular de la información para mantener su reserva, pero no basta con dicha vulneración, si finalmente el sujeto no la pone bajo su control.

En resumen, la distinción entre acceso y apoderamiento es necesaria dado que la técnica de tipificación del legislador español de los delitos relativos a secretos de empresa parte precisamente de la forma de llegar al secreto, ilícita en el caso del espionaje empresarial, pero sin que puedan equipararse ambas conductas, teniendo la segunda un mayor desvalor de acción y resultado que el mero acceso a la información.

#### **4.2. Formas de apoderamiento a la luz de los límites identificados**

Recapitulando lo dicho hasta ahora, hay que apuntar que la interpretación del tipo del artículo 278.1 CP de la que se parte en este trabajo identifica la conducta típica de apoderamiento en la que se funda el espionaje empresarial con la captación de secretos de empresa, abandonando el concepto clásico del término y ampliando dicho comportamiento a formas comisivas no necesariamente materiales o físicas. A mi juicio, esta constituye una exégesis del tipo que atiende al objeto de tutela y al concepto de secreto de empresa que se ha configurado. Dicha conclusión trae consigo una consecuencia ineludible y es la excesiva amplitud que adquiere la conducta típica, lo que obliga a una restricción de la misma mediante determinados límites que se encuentran ya

---

<sup>845</sup> CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 1001.

sea en el bien jurídico protegido, como en la propia redacción típica, tanto desde un prisma objetivo como subjetivo.

Pues bien, llegados a este punto es preciso abordar las diferentes formas de captación de la información empresarial reservada a la luz de los límites identificados, para así poner de relieve cuáles son los comportamientos cuya punición no plantea duda alguna, frente a aquellos otros en los que a la vista de las mencionadas restricciones hay que verificar si constituyen comportamientos penalmente relevantes y, por tanto, típicos o si, por el contrario, no merecen reproche penal alguno.

Dado que la redacción del tipo es bastante confusa, no resulta aconsejable efectuar una exposición de los comportamientos empleando el orden seguido por el precepto<sup>846</sup>. Buen ejemplo de ello puede verse en los supuestos de espionaje a través de medios técnicos, que se dividen entre la interceptación de las telecomunicaciones y el apoderamiento de datos y/o de documentos electrónicos. Por ello, se seguirá un orden distinto al del tipo para aludir a todas las formas de captación posibles, agrupando los distintos supuestos en atención al medio comisivo.

#### **4.2.1. El apoderamiento como traslación física del objeto que contiene el secreto**

El artículo 278.1 CP establece determinados objetos sobre los que puede recaer la acción típica de apoderamiento en un sentido material, esto es, desde el significado clásico que se le atribuía. En este sentido, el tipo establece que dicha conducta puede llevarse a cabo respecto de *documentos escritos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al secreto de empresa*<sup>847</sup>. De hecho, siendo éste un bien de carácter inmaterial, será frecuente que se encuentre incorporado en un soporte y que sea esta la modalidad comisiva más frecuente cuando no intervengan las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Estas últimas han ampliado considerablemente las posibilidades de almacenar información y permiten contenerla en dispositivos de diversa índole. De ahí que los soportes en los que el secreto puede materializarse hayan cambiado

---

<sup>846</sup> También en los delitos relativos a la intimidad, cuya estructura típica se adoptó por el legislador penal del '95 para regular el espionaje empresarial, ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M.: Delitos informáticos. *Op. Cit.*, p. 26, defienden la conveniencia de una simplificación de los comportamientos típicos, en busca de mayor taxatividad y seguridad jurídica.

<sup>847</sup> Ya ha sido apuntado que, junto a estos, el tipo establece otros de naturaleza inmaterial, como son los datos y los documentos electrónicos.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

considerablemente, abandonando en gran medida los clásicos archivadores o documentos de papel.

Por un lado, por *documento escrito* debe entenderse, acudiendo a la primera parte del concepto de documento que el artículo 26 del Código penal recoge, “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones...”. La segunda parte de dicha definición, que establece que éstos tengan “...eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”, constituye el concepto jurídico-penal de documento y el que el tipo recoge no exige tales facultades. Documento escrito puede ser cualquier tipo de papel, carpeta, dossier, libreta, libro u otros de esta naturaleza. Por otro lado, entre los *soportes informáticos* se encuentran tanto los equipos informáticos completos como las partes de los mismos donde se contenga información, como un disco duro externo, un *pen drive*, un CD, un viejo disquete, un teléfono móvil, un ordenador portátil, una tableta, un MP3 o MP4, o cualquier otro de estas características. Por último, la cláusula final que alude a “*otros objetos...*”, debe recibir una valoración muy positiva, pues dicha amplitud deja abierta la vía a la aparición de nuevas formas de almacenar información que puedan surgir<sup>848</sup>.

Estos soportes físicos no pueden ser confundidos con el propio secreto de empresa, distinguiéndose así el llamado *corpus mechanicum*, materializado en los primeros, como puente sensorial que permite la identificación, conocimiento y utilización del bien inmaterial y que lo exterioriza<sup>849</sup>; del *corpus mysticum*, bien inmaterial encarnado por el secreto empresarial<sup>850</sup>. Es importante tener presente esta distinción pues los soportes materiales constituyen elementos exclusivamente *instrumentales*<sup>851</sup>. Así, su presencia en el tipo posee un carácter, en mi opinión, meramente ejemplificativo pero no excluyente de otros, de ahí la citada cláusula de cierre<sup>852</sup>. Dicha instrumentalidad se

---

<sup>848</sup> De igual opinión, FARALDO CABANA, P.: Las Nuevas Tecnologías. *Op. Cit.*, p. 242.

<sup>849</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A.: El secreto industrial (Know-how). *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>850</sup> *Ibidem*.

<sup>851</sup> En este sentido también, ROMEO CASABONA, C. M.: Los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, p. 86, quien afirma, al aludir a la conducta de copiado o reproducción del objeto, que ello responde a “una exigencia derivada de una interpretación teleológica a partir del bien jurídico protegido y del hecho de que el acto de apoderamiento es instrumental (medio idóneo para poder acceder a una información (...), pero no para su mera apropiación material”; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 533, quien les reconoce un valor accesorio, afirmando que éstos no aportan a la información ningún valor intrínseco adicional; PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 228.

<sup>852</sup> Teniendo en cuenta esta redacción, MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, pp. 541-542, ha considerado que el tipo se arbitra aún sobre la tutela de secretos documentales o de soporte análogo, recordando así a la estructura que presentaba el del artículo 497 del Código penal de 1973, donde se castigaba al que “<<para descubrir los secretos de otro *se apoderase* de sus papeles o cartas>>”.

demuestra, por un lado, en el hecho de que el apoderamiento puede realizarse tanto de un documento original, como de una fotocopia del mismo<sup>853</sup>, o en que pueden encontrarse los datos en soporte físico o electrónico<sup>854</sup>, siendo lo relevante el contenido de éstos; por otro lado, en que constituyen casos de tentativa las aprehensiones de soportes que supuestamente contienen el secreto, pero que finalmente estaban vacíos.

Además de lo anterior, y a diferencia de lo que ocurre en la modalidad de apoderamiento prevista en el artículo 197.1 CP para los delitos contra la intimidad, el precepto relativo a los secretos de empresa obvia en dicha conducta cualquier pronombre posesivo alusivo a los objetos apenas citados, de forma que se evitan así los problemas a los que da lugar dicha referencia en el citado precepto<sup>855</sup>, y que restringían la aplicación del tipo únicamente a los supuestos en los que el soporte pertenezca al titular del secreto.

Sin embargo, a pesar del carácter instrumental de los soportes y siendo lo relevante el secreto de empresa en ellos contenido, como recuerda Portellano Díez, a veces aquellos han jugado un papel esencial en la jurisprudencia de cara a apreciar la conducta típica<sup>856</sup>. De esta forma, el apoderamiento como traslación física del objeto, entendido como soporte donde se halla la información empresarial reservada, supondría la plena realización de la acción típica, sin que sea precisa la captación intelectual de su contenido<sup>857</sup>.

Esta forma de llevar a cabo la conducta típica no plantea dudas si dicha traslación o desplazamiento entendidos en sentido físico, han tenido lugar mediando fuerza en las cosas, engaño bastante o violencia o intimidación. En estos casos, estaríamos ante supuestos que encuentran su equivalencia en los delitos patrimoniales clásicos de robo con fuerza en las cosas (artículos 237 y ss. CP), estafas (artículos 248 y ss.), robo con

---

<sup>853</sup> Así lo puso de manifiesto el APP Madrid (Sección 7ª), 138/2008, de 19 de junio, al señalar que lo relevante era que se dieran los requisitos inherentes al secreto empresarial en la información contenida.

<sup>854</sup> En este sentido, la SAP Granada (Sección 2ª), 561/2005, de 24 de octubre, (posteriormente declarada nula por defectos procedimentales por la SAP Granada 72/2007, de 2 de febrero, sin que afectara en nada a la resolución de la misma), que condenó al acusado quien, abrigando la idea de instalarse por su cuenta con otros dos acusados, recopiló datos comerciales de la anterior empresa para la que trabajaba, tanto en papel como en ficheros informáticos. También así, el AAP Madrid (Sección 1ª), 550/2007, de 18 de octubre, caso en que el acusado se llevó numerosa información en el maletín que portaba y comprimió un gran número de archivos informáticos de la empresa para su posterior almacenamiento en dispositivos externos.

<sup>855</sup> Al respecto, MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 412; ROMEO CASABONA, C. M.: Los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, pp. 76-77.

<sup>856</sup> PORTELLANO DÍEZ, P.: Artículo 13. Violación de secretos. *Op. Cit.*, p. 228. Cita las SSAP Madrid de 15 de abril de 2002, Santa Cruz de Tenerife de 21 de marzo de 2005 y Madrid de 18 de mayo de 2006.

<sup>857</sup> ROMEO CASABONA, C. M.: Los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, 84.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

violencia o intimidación (artículo 242 CP) o extorsión (artículo 243 CP), por lo que los medios comisivos son claramente ilícitos.

Cuando el desvalor de acción no tiene dicha entidad y estemos ante supuestos de hurto, en su tipo básico (artículo 234 CP) o agravado (artículo 235 CP), también cabe aplicar el tipo del artículo 278.1 CP si el objeto sustraído contiene información que puede ser catalogada como secreto empresarial, pues el criterio limitador que atiende al bien jurídico protegido lleva a dicha solución<sup>858</sup>. No tendría sentido interpretar de otro modo dichos supuestos pues no cabría duda del carácter típico de los mismos si, en lugar de aludir al secreto de empresa, estuviéramos ante la sustracción de bienes materiales, con su correspondiente elemento subjetivo de lo injusto. Por lo demás, habrá que ver cómo se resuelven dichos supuestos con las reglas concursales correspondientes<sup>859</sup>.

La conducta de apoderamiento puede consistir también en la retención de lo recibido por error<sup>860</sup>, pues ya no resulta accidental el hecho, pudiendo haber entregado la información a su titular sin hacerse con ella. En este caso el acceso no autorizado a una esfera de exclusividad ajena se produce si acudimos al límite que ofrece el elemento subjetivo del tipo, mientras que la puesta de dicha información en su ámbito de dominio o control, en el que puede disponer de ella, con la conciencia de que no era él el destinatario de la misma, es lo que determina la consumación de la conducta típica<sup>861</sup>.

Otros supuestos pueden plantear dudas si se piensa, por ejemplo, en los casos en los que se sustrae un *pen drive* de una papelera del jefe o determinados documentos del

---

<sup>858</sup> En sentido contrario, ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, pp. 92, 96 y 106.

<sup>859</sup> Cfr. *Infra*, capítulo V.

<sup>860</sup> También reconoce este supuesto, afirmando que la doctrina admite aquí la existencia de apoderamiento en relación con la intimidación, NIETO MARTÍN, A.: “Artículo 197”, en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J. C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. / TERRADILLOS BASOCO, J. M<sup>a</sup>. (Directores): *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 473. En sentido contrario respecto del espionaje empresarial, FARALDO CABANA, P.: Las Nuevas Tecnologías. *Op. Cit.*, pp. 243-244, por considerar que la palabra “apoderamiento” exige una acción positiva por quien recibe la cosa para que esta quede bajo su dominio.

<sup>861</sup> Este es el supuesto que se contempló en la SAP Cuenca (Sección 1<sup>a</sup>), 8/2015, de 13 de enero, caso en el que el acusado había recibido un paquete dirigido a una entidad de ITV distinta a aquella en la que él trabajaba con numerosa información sobre fichas técnicas, permisos de circulación y una carta dirigida a la entidad con las instrucciones para hacer el cambio de servicio de todos esos vehículos, examinando el acusado dicha información y fotocopiándola, motivo por el cual la entidad que tenía que recibirla finalizó la relación comercial anterior que tenía con la empresa del acusado. Sin embargo, la resolución en este caso fue absolutoria, aun cuando la Audiencia estimó que concurría el tipo al tener la información carácter empresarial, pues la acusación invocó la concurrencia de un delito contra la intimidad del artículo 200 CP, en lugar del artículo 278.1 CP.

cubo de la basura de la calle. Estos son los supuestos del llamado *dumpster diving* y no entrarían dentro del tipo si acudimos al primero de los límites establecidos. Así, atendiendo al bien jurídico protegido no existiría ya objeto alguno de propiedad pues, si bien puede imaginarse el caso en que la persona que ha desechado dicha información se arrepienta y vuelva a buscarla antes de que definitivamente salga de su esfera de control, el haberlo hecho supone la desprotección de la información como valor empresarial<sup>862</sup>, por lo que no existiendo ya bien inmaterial objeto de la propiedad, tampoco existiría ataque penalmente reprochable, es decir, no habría acceso ilícito. A mi juicio, estos comportamientos podrían dar lugar en todo caso a actos desleales contrarios a la buena fe comercial, sancionables por la vía del artículo 4.1 LCD<sup>863</sup>.

#### **4.2.2. El apoderamiento sin traslación física del objeto y sin que intervengan medios técnicos**

Junto a los supuestos anteriores, el apoderamiento de información empresarial reservada también puede consistir en la sola captación intelectual del contenido del soporte o en su reproducción de forma manual. Estos constituyen los supuestos más problemáticos. Por captación intelectual debe entenderse la sola memorización de la información tras su percepción visual o auditiva, sin traslación de objeto alguno y sin materialización o reproducción de la información en ningún tipo de soporte físico o virtual. Apriorísticamente, partiendo de la concepción inmaterial de apoderamiento aquí adoptada, dicha conducta quedaría subsumida en el tipo de espionaje empresarial al aludir éste al apoderamiento de datos. También se integrarían en él, partiendo de dicha concepción, los supuestos en los que tras producirse dicha percepción visual o auditiva, sin traslación de un objeto, sí se materializa la información pero de forma manual, esto es, sin que intervengan medios técnicos de reproducción. Tales son los casos, por ejemplo, en que un sujeto dibuja a carboncillo un diseño o anota en un cuaderno determinados datos<sup>864</sup>.

---

<sup>862</sup> Comparemos el secreto de empresa con un gas que se pretende conservar. Para ello, un sujeto debe ineludiblemente introducirlo en un bote de cristal, pues de lo contrario no tendrá nada que conservar, en la medida en que se esfumará en el aire. Si el sujeto llegara a romper el bote de cristal o a abrirlo, habrá perdido el gas. Lo mismo ocurre cuando se desechan los secretos a la basura, afectando así a su propia existencia.

<sup>863</sup> Respecto de esta práctica en el ámbito civil, ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, p. 59, señala que en la jurisprudencia jurídica privada estadounidense, la balanza se estaría decantando hacia el lado de la desaprobación.

<sup>864</sup> Esta cuestión no plantea dudas en Alemania, cuya regulación incluye en su artículo § 17 (2) 1.b UWG, la modalidad típica de elaborar una copia material o corporal del secreto. Sin embargo, nuestra regulación

Pues bien, en estos supuestos, como en los anteriores, es necesario atender a los límites del tipo. Sin embargo, en este contexto estos operan con mayor ahínco, por la necesidad de tener en cuenta los obstáculos que dicho sujeto tiene que sortear para hacerse con la información que capta mentalmente o sin el empleo de artificios técnicos. Así, caen fuera de la tipicidad la simple lectura o copia manual de lo que está sobre la mesa<sup>865</sup> o en la pantalla del ordenador abierta, a la vista de terceros, o en un folio que el propio titular de la información difunde; oír conversaciones desde fuera de un despacho o desde otro al que se accede de forma legítima; o la memorización o anotación en un papel de la información expuesta en las paredes de la propia empresa que realiza visitas guiadas por sus instalaciones. Estos casos se caracterizan porque la información se encuentra a la vista o al alcance de terceros, sin necesidad de contacto físico con ella o su soporte y, por tanto, la mera captación intelectual del contenido implica el haber accedido a él exclusivamente mediante la vista o el oído y utilizar la memoria para retenerlo o su reproducción manual. Acudiendo al límite que establece el bien jurídico protegido, así como al de la propia redacción típica, no estaríamos aquí ante un secreto de empresa. Por un lado, son inexistentes medidas suficientes de protección que permitan identificar la existencia de un acceso ilícito, no suponiendo el mismo una invasión ilegítima de la esfera de exclusividad del titular del secreto. Por otro lado, en algunos casos, dicha captación puede ser incluso casual, no dándose siquiera el elemento subjetivo del tipo, el cual opera también como límite que excluye los supuestos de apoderamiento fortuito. En otras palabras, los medios empleados no merecen el calificativo de ilícitos<sup>866</sup> y, por tanto, tampoco lo será una posible conducta de revelación o utilización posterior sobre dicha

---

no establece dicha modalidad de forma tan evidente por lo que la discusión doctrinal no es pacífica en este punto.

<sup>865</sup> Piénsese, por ejemplo, en el encargado de un taller mecánico, que acude como cliente al de la competencia, y aprovecha que el empleado de éste sale a pedir cambio a un negocio cercano para captar información empresarial relativa a futuras ofertas que va a introducir su competidor que tenía en el mostrador por estar revisándolas en ese instante, pero que generalmente guarda bajo llave. La captación en este supuesto tiene lugar sin acción previa, salvo la de asomarse al mostrador, encontrándose con dicha información, que memoriza y decide utilizar en su negocio.

<sup>866</sup> En este sentido también BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 534, quienes afirman, haciendo referencia a la STS de 3 de abril de 1957, que si el sujeto activo "...ni cogió, ni trasladó, ni pasó siquiera las hojas, sino que simplemente las leyó cuando se encontraban encima de una mesa, no puede hablarse de apoderamiento", pues aunque el artículo 278 cualifique el verbo apoderarse con la expresión <<por cualquier medio>>, defienden que no es posible llegar a estos extremos. También en este sentido, ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M.: Delitos informáticos. *Op. Cit.*, p. 26, quienes, refiriéndose a esta conducta en el ámbito de la intimidad, aluden al supuesto de que se olvide cerrar un *e-mail* contenedor de un mensaje privado, de forma que sea posible su lectura sin vulnerar la contraseña, o al dejar una carta personal abierta sobre la mesa, que es leída por alguien.

información<sup>867</sup>, por lo que no parece correcto imputar un delito de apoderamiento de secretos de empresa al sujeto que no ha empleado energía criminal alguna para hacerse con la información, que se encuentra, por descuido o no, al acceso de cualquiera. En estas hipótesis en las que la conducta es penalmente atípica, el titular de la información empresarial podría acudir en todo caso a la vía civil, alegando que se ha producido un comportamiento contrario a la buena fe comercial, del artículo 4.1 de la LCD.

Por tanto, para que la mera captación intelectual o la copia manual derivada de aquella puedan constituir supuestos de espionaje empresarial, es necesario, por un lado, valorar el grado de diligencia por parte del titular de la información para protegerla; y, por otro, atender a la conducta del sujeto para vencer las medidas de tutela del secreto empresarial. De este modo, en los supuestos precedentes la memorización o la reproducción manual de información darán lugar al delito de espionaje cuando se hubiere realizado un acceso ilícito. La concurrencia de este último no planteará dudas cuando tenga lugar por la realización de otro delito, como el allanamiento de morada (artículo 202 CP) o de domicilio de persona jurídica y establecimientos abiertos al público (artículo 203 CP). Sin embargo, aun cuando ninguna de estas circunstancias se dé, cabría la concurrencia de un delito de espionaje empresarial en casos en los que el sujeto no está autorizado para invadir determinados espacios. Así, por ejemplo, supondría también acceso ilícito en términos equivalentes a los anteriores, la búsqueda entre los papeles y carpetas que el empresario guarda en sus cajones o archivadores<sup>868</sup>, la extracción de documentos de sobres, el acceso al despacho sin autorización o esconderse en el armario de la sala de reuniones donde se iba a discutir información confidencial y a la que no debía acceder. En estas situaciones, sí puede estimarse que existe un acceso ilícito en los

---

<sup>867</sup> En este sentido también ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M.: *Ibidem*, p. 107, quienes afirman que cuando un sujeto descubre casualmente información, si la revela en perjuicio de las posibilidades competitivas de la empresa, la conducta será atípica.

<sup>868</sup> Un supuesto similar por realizar una copia no autorizada, citado por TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 796, tuvo lugar, en el ámbito de los delitos de revelación de datos reservados de las personas jurídicas del artículo 200 CP, en la SAP Alicante 74/1999, de 22 de marzo, confirmada por la STS (Sala de lo Penal) 446/2001, de 21 de marzo. En este caso, el acusado visitó a su yerno en la Caja de ahorros para la que trabajaba y, aprovechando que éste se ausentó de su mesa, cogió un documento que había encima de ésta referente a la situación de activo y pasivo o de riesgo, tanto de operaciones actuales como fallidas, de otra entidad, y lo fotocopió y guardó, para luego entregárselo a un periodista que lo publicaría en un diario de la provincia. En este supuesto, el sujeto pudo captar la información de forma exclusivamente intelectual, pero en la medida en que realizó acciones posteriores, fotocopiándolo y guardándolo, además de difundirlo en este caso, no hubo dificultad para probar dicho apoderamiento, dando lugar a la condena del sujeto.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

términos que impone el bien jurídico protegido en la esfera de exclusión del titular del secreto.

### 4.2.3. Supuestos de espionaje a través de medios técnicos

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ofrecen actualmente el escenario donde se llevan a cabo un inmenso número de comportamientos que antes tenían lugar en el mundo físico. Así, la comunicación interpersonal, la compra de cualquier objeto o servicio imaginable, la realización de actividades de ocio muy diversas o de índole laboral, tienen lugar en el espacio virtual. El Derecho penal no es ajeno a esta realidad y, por tanto, debe adaptar sus contenidos a nuevas conductas que se ejecutan íntegramente en el ciberespacio<sup>869</sup>. Por ello, es necesario tener en cuenta también en este contexto aquellos comportamientos de apoderamiento de secretos de empresa que tienen lugar vulnerando las barreras informáticas que su titular ha adoptado para impedir el acceso de personas no autorizadas a los datos que contienen<sup>870</sup>.

---

<sup>869</sup> En este sentido también, PICOTTI, L.: “Intercettazioni “illegali” tra nuove tecnologie e vecchi strumenti penali”, en *Diritto dell’Internet* n.2/2007, p. 113, quien señala que la evolución y la difusión de las tecnologías informáticas y telemáticas han acabado proyectando en una dimensión nueva toda la temática.

<sup>870</sup> Especial mención merecen actualmente en este contexto los llamados *metadatos*, pues la referencia a los datos los incluye también como posible objeto de apoderamiento. Los metadatos son definidos como “datos sobre los datos” o como “descripciones de los datos” (Instituto Geográfico Nacional del Ministerio de Fomento de España, siendo especialmente relevantes en relación con la información geográfica - <http://metadatos.ign.es/web/guest/introduccion>). Un ejemplo claro puede venir dado con el título que damos a un documento electrónico cualquiera, ya sea privado o en el contexto de una empresa, el cual sería un dato del texto, a la vez que un metadato, pues estaría entre la información que describe el documento. Junto al título, otros metadatos de un documento electrónico pueden ser, por ejemplo, la fecha de su creación, la cuenta de usuario desde la que fue realizado o la dirección IP del mismo, su tamaño, su última modificación, el tiempo de edición o el equipo desde el que lo creó, entre otros. Estos metadatos, o datos sobre el documento, pueden aportar una valiosa información sobre el contenido del mismo, aun cuando no se acceda a éste. Junto a este ejemplo, se pueden aportar otros, como los metadatos que se desprenden de una simple llamada telefónica o de un correo electrónico, pues si accedemos al registro de llamadas o a la bandeja de entrada podemos ver información como la hora, la fecha, el emisor o incluso la localización de una llamada o mensaje, y en este último caso también el asunto del mismo puede tener un importante valor. Piénsese en el supuesto en el que una empresa textil se encuentra buscando nuevos proveedores, y su competidor accede a la bandeja de entrada de un correo corporativo, donde ve un mensaje de un importante proveedor de ropa, recibido el día en el que tenía que decidirse su contratación, cuyo asunto fuera “Acuerdo”. No haría falta acceder al contenido de dicho mensaje para saber qué había ocurrido y qué decía, aun cuando posteriormente su contenido pudiera ser otro, se habría obtenido información valiosa para la empresa. Sin embargo, para que los metadatos puedan ser considerados secreto de empresa, y como ocurre con cualquier tipo de información, es necesario que su titular haya adoptado las medidas pertinentes para su protección, lo cual en el caso de este tipo de información es habitual que se descuide. Queda claro que en el supuesto de una cuenta de correo electrónico o de un teléfono, en la medida en que se establecen contraseñas de acceso y medidas de seguridad para proteger la información contenida en ellos, los metadatos reciben también dicha protección. Sin embargo, hay otros casos en los que se descuida por parte del titular la protección de esta información, como por ejemplo, cuando se publican ciertos documentos para su descarga en la web de la empresa, sin que se suprima previamente la información añadida sobre dicho documento. En esos casos, si un competidor extrae información de los metadatos de esos archivos

El acceso a un dispositivo donde se contiene información en formato electrónico, ya sea a un ordenador, un teléfono móvil, una tablet, un reloj inteligente, soportes informáticos de almacenamiento de información, etc., puede tener lugar de dos maneras: por un lado, directa o personalmente, esto es, sin que intervengan medios telemáticos y, por tanto, realizando dicho acceso de forma física al soporte informático en cuestión; y, por otro lado, de modo remoto o telemático, por lo que la entrada al sistema tiene lugar virtualmente. Ambas modalidades de acceso tienen presencia en el tipo del artículo 278.1 CP. La primera de ellas en la previsión del apoderamiento de datos y documentos electrónicos y la segunda en la conducta de interceptación de las telecomunicaciones.

#### **4.2.3.1. El espionaje mediante acceso físico, directo y personal: apoderamiento de datos y documentos electrónicos**

El legislador penal ha querido adecuar la regulación penal del espionaje empresarial a la realidad vigente en la que los delitos cometidos por medios informáticos son la regla y no la excepción. Por ello, junto a soportes eminentemente materiales, incluyó en el tipo los datos y los documentos electrónicos como objetos de la conducta de apoderamiento<sup>871</sup>. Ya ha sido señalado que la referencia típica a los *datos* alude a información<sup>872</sup>, mientras que por *documento electrónico* se entiende todo archivo de texto, imagen o sonido, carpeta, fotografía digital derivada de una captura de pantalla o incluso los mensajes de correo electrónico<sup>873</sup>.

Pues bien, la previsión de dichos elementos en el tipo permite incluir en el mismo los supuestos de reproducción o copia directa del sistema informático, sin previa interceptación, es decir, no necesariamente en línea o en el espacio virtual. Así, atendiendo a una interpretación teleológica del bien jurídico protegido, estos supuestos han de entenderse incluidos en la conducta de apoderamiento, dada la naturaleza inmaterial de los secretos y el aseguramiento de los mismos al que dicha conducta da

---

queda patente que su titular no puede ampararse en que dicha información constituye secreto de empresa, al haberla hecho pública él mismo.

<sup>871</sup> Como señala PICOTTI, L.: *Internet e diritto penale. Op. Cit.*, p. 191, esta es una de las formas en las que también el legislador penal italiano ha estructurado los delitos informáticos, esto es, recurriendo a meras cláusulas definitorias de nuevos objetos a los que se extienden comportamientos ya existentes, sin alteración alguna de la ubicación sistemática ni de su tratamiento sancionador.

<sup>872</sup> El concepto de “dato” ya ha sido abordado, al descartar su interpretación en un sentido material entendiéndolo como “documento”. Cfr. *Supra*, capítulo III. II. 2.1.

<sup>873</sup> En este sentido, FARALDO CABANA, P.: *Las Nuevas Tecnologías. Op. Cit.*, p. 241.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

lugar<sup>874</sup>. Estas hipótesis no plantean dudas en Alemania, cuya regulación, como se ha visto, se basa en la corporeidad del secreto e incluye en su artículo § 17 (2) 1.b UWG la modalidad típica de elaborar una copia material o corporal del secreto. Sin embargo, nuestra regulación no recoge expresamente dicha forma comisiva de modo tan evidente por lo que la discusión doctrinal no es pacífica en este punto. Hay un sector doctrinal que considera que revisten mayor complejidad e insidiosidad los supuestos en los que, además del acceso material y directo (no telemático) y la posible memorización de la información contenida en soporte electrónico, tiene lugar una posterior reproducción ilícita de aquella, llevada a cabo también manualmente, esto es, sin que intervenga una previa interceptación o red de comunicación, con el fin de procurarse de forma certera el contenido de la información<sup>875</sup>. Para valorar si la subsunción de esta conducta en el tipo del artículo 278.1 es posible, se afirma por este sector que será necesario ponderar criterios como la insidiosidad del medio empleado o el carácter más o menos restrictivo que se otorgue al ámbito típico de estas modalidades. Así, afirma Morón Lerma que existiría una posible laguna de punibilidad “cuando la grabación del documento registrado en cualquiera de las memorias electrónicas del ordenador al disquete se produzca directa y materialmente por el sujeto, esto es, no a distancia por medio de la conexión del ordenador vía módem a la red telefónica”, pues si ésta se produjera telemáticamente –dice-, “la conducta quedaría subsumida en la modalidad típica relativa a la interceptación o control ilícito de señales de comunicación”<sup>876</sup>.

La autora argumenta la necesidad de que la reproducción adquiera relevancia y autonomía penal en dos hechos: por un lado, en que la información económica generalmente resulta compleja, lo que se vincula a veces al mayor esfuerzo que su obtención requiere y, por tanto, si puede ser sólo memorizada no resultaría tan compleja;

---

<sup>874</sup> Emplea el término “aseguramiento” para referirse a la conducta del tipo básico, ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>875</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 593-595. Mantiene la misma postura en MORÓN LERMA, E.: “Quiebras de la privacidad en escenarios digitales: Espionaje industrial”, en *InDret*, núm. 21, 2007, pp. 137-138. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P.: Las Nuevas Tecnologías. *Op. Cit.*, p. 243, quien considera que no se incluyen en la modalidad típica de apoderamiento conductas como la interceptación, la reproducción o la grabación ilícita de datos o documentos, por encajar estas en el siguiente inciso, alusivo a “la interceptación de telecomunicaciones o la reproducción o grabación de señales de comunicación”. En sentido contrario, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, pp. 232-233, quien estima que debería considerarse también conducta típica de estos delitos “la copia que cualquier persona realice de informaciones que se encuentren en el disco duro del ordenador a un disquete de su propiedad con el fin de obtener el contenido de aquéllas”.

<sup>876</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 593.

y, por otro, que las modernas técnicas de copiado hacen posible la rápida reproducción de la misma, pasando inadvertida<sup>877</sup>.

En mi opinión, sin embargo, estos argumentos no parecen fundamentar la necesidad de un castigo autónomo de la reproducción, penológicamente diferenciado del apoderamiento, por los motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, son perfectamente imaginables supuestos en los que, accediendo un sujeto personalmente a un equipo informático ajeno, se disponga a realizar una copia de información en un disco externo, se la reenvíe o la imprima. En este sentido, señala Doval País, con razón, que aunque los comportamientos que se comprenden en la modalidad de apoderamiento “no requieren el empleo de medios informáticos en todos los casos, todos ellos resultan aptos para ser cometidos mediante instrumentos de esta naturaleza”<sup>878</sup>. Esta interpretación viene avalada por la propia redacción del tipo que, junto a los soportes de carácter físico ya citados, menciona otros elementos de naturaleza intangible<sup>879</sup>, como son los *datos* y los *documentos electrónicos*.

En segundo lugar, precisamente por la complejidad inherente a la información objeto del apoderamiento, como es el secreto de empresa en sus diversas formas de manifestación, no se estima que dicho comportamiento ostente menor insidiosidad que la conducta de reproducción. Esta última, en muchos casos, será la única forma posible de hacerse con la información, pues actualmente lo habitual será encontrarla en formato electrónico, y, en otros, constituirá un modo de asegurarse el apoderamiento, cuyo ámbito típico deberá entenderse en sentido amplio, para abarcar cualquier modalidad de adquisición ilegítima<sup>880</sup>. Una interpretación diversa limitaría el apoderamiento a formas de hacerse con el secreto que nunca supusieran llevarse consigo una copia de la información, algo que carece de todo sentido, y dejaría vacío de contenido el verbo típico,

---

<sup>877</sup> *Ibidem*, pp. 591-592.

<sup>878</sup> DOVAL PAÍS, A.: La intimidad y los secretos de empresa. *Op. Cit.*, p. 111.

<sup>879</sup> Su inclusión conjunta debe ser valorada positivamente, en la medida en que permite realizar una interpretación del verbo típico en el sentido inmaterial ya mencionado, abandonando el concepto clásico de apoderamiento. De la misma opinión, MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 301.

<sup>880</sup> Hay que apuntar también que el verbo típico “reproducir” es el único empleado en otros tipos del Código penal donde no se alude al apoderamiento, sino sólo a aquél, estando incluso castigado con una pena cuyo límite mínimo está muy por debajo del previsto para el tipo artículo 278.1 CP, como ocurre en el artículo 600 CP. Este precepto castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años la reproducción sin autorización de planos o documentos referentes a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente calificada como reservada o secreta, siendo conscientes en cualquier caso de que el bien jurídico protegido en este precepto difiere del que tutela el tipo del art. 278.1 CP.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

puesto que ninguna diferencia valorativa existe entre haber obtenido esa información mediante la apropiación de un soporte, la copia en otro, el envío de dicha información o la memorización de la misma tras su visualización o escucha<sup>881</sup>. La confusión de la autora parece venir dada por la identificación que ésta realiza entre el acceso y el apoderamiento<sup>882</sup>, obviando que este último implica en todo caso la entrada de la información en la esfera de dominio del sujeto activo, a diferencia del primero, que sólo exige una entrada en el continente de la información, sin que deba producirse su traslación.

En tercer lugar, considero que no resulta acertada la limitación de la conducta de reproducción a los supuestos en los que se dé una previa interceptación, bajo el argumento de que en esta modalidad típica la copia se prevé expresamente en el tipo, como arguye la autora, ya que esto no es así, pues dicha conducta se incluye en la utilización de artificios técnicos, y va referida exclusivamente a la reproducción de la imagen o del sonido, no así de datos ni de documentos de ningún tipo.

Por último, hay que insistir en la idea de que la reproducción constituye simplemente una forma de apoderamiento, no siendo necesaria su previsión específica al margen de éste. De hecho, como muestra del mismo valor de ambas conductas, la reciente Directiva (UE) 2016/943 ha establecido en su artículo 4.2 que una de las formas de llevar a cabo la obtención de un secreto empresarial de modo ilícito es mediante la copia no autorizada de cualquier documento, objeto, material, sustancia o fichero electrónico que se encuentre legítimamente bajo el control del poseedor del secreto y que contenga éste último, lo que pone de manifiesto que la copia es una forma de obtención o apoderamiento de secretos de empresa.

Para que el apoderamiento de datos o documentos electrónicos pueda entenderse incluido en el tipo de espionaje, el acceso físico, directo y personal a cualquier dispositivo donde aquéllos se contengan tiene que tener también carácter ilícito. Para ello, basta con

---

<sup>881</sup> En el mismo sentido, CASTRO MORENO, A.: Espionaje industrial y secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 50. Asimismo, este autor señala que “<<se apodera>> del secreto de empresa en el sentido típico, no sólo quien se lleva un documento escrito o un disquete informático que contiene los datos secretos, sino también quien, sin aprehender estos soportes materiales, *reproduce o copia en otros documentos o soportes* los datos contenidos en aquellos” (p. 49. La cursiva es nuestra).

<sup>882</sup> Ello se deduce, entre otras referencias, de lo que apunta la autora al afirmar que “desde una perspectiva valorativa y de afección al bien jurídico, se constata que no se trata sólo de un apoderamiento o acceso a los datos sino de un acceso inicial y una ulterior reproducción subrepticia” (MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 594).

que el apoderamiento o captación de la información tenga lugar como consecuencia de una entrada no autorizada en dichos dispositivos, lo que ocurrirá toda vez que el titular del mismo desconozca dicho acceso. No constituirá un supuesto de ciberespionaje, por no superar el límite impuesto por el bien jurídico protegido, la memorización de datos que se hallen en una pantalla de ordenador abierta, caso en el que se ha descuidado la protección de la información, pues, aunque pueda considerarse desleal dicho comportamiento, a efectos penales se exige un plus de energía criminal para que el acceso sea considerado ilícito, a menos que el sujeto tuviera un deber contractual o legal con la empresa, en cuyo caso podría estar cometiendo el delito del artículo 279 CP.

En definitiva, se exige una mínima actividad del sujeto activo, como encender la pantalla, abrir o cerrar documentos o carpetas, buscar en ellos, imprimirlos, conectar un disco duro externo para llevarse la información o descubrir la contraseña de forma ilegítima e introducirla. Este comportamiento puede tener lugar también, como se verá con más detalle en el epígrafe sucesivo, mediante la instalación de programas rastreadores (*sniffers*) o de programas o softwares maliciosos (*malwares*), perpetrada por piratas informáticos o “*hackers*”, para hacerse con la información empresarial reservada. Sin embargo, la forma habitual de ejecutar estas últimas modalidades comisivas, es telemáticamente, por lo que a ello se dedicará mayor atención a continuación.

#### 4.2.3.2. El ciberespionaje

El espionaje también puede tener lugar mediante un acceso remoto o telemático, esto es, en el escenario virtual y sin acción física o directa sobre el equipo atacado. La inclusión de esta modalidad comisiva en el tipo se encuentra en la interceptación de las telecomunicaciones, la cual, junto a la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, se prevé al remitirse aquél al 197.1 CP, procediendo ambos del mismo antecedente legislativo, esto es, la regulación de las llamadas “escuchas ilegales”. Éstas fueron incorporadas al anterior Código penal por la LO 7/1984, de 15 de octubre, mientras que fue la LO 18/1994, de 23 de diciembre, la que finalmente abrió el ámbito típico a la captación de la imagen y a la interceptación de comunicaciones en general<sup>883</sup>. De esta forma, pareciera que con la inclusión de ambas modalidades pretendía evitarse la captación ilícita de comunicaciones reservadas en el ámbito empresarial que tuvieran

---

<sup>883</sup> ANARTE BORRALLO, E.: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, p. 55.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

lugar, tanto a través de telecomunicaciones, como de forma presencial, con el elemento común de que para ello se empleaban medios técnicos.

En primer lugar, a pesar de que la introducción de esta conducta se realizó en un momento en el que la forma de comunicación telemática predominante era la telefónica, a principios de los años '90 la sociedad empezó a utilizar internet tal y como lo conocemos actualmente, esto es, como medio de comunicación a distancia. Ello obliga a interpretar este tipo de forma que no se dejen de lado comportamientos típicos que hoy están en auge, y que se relacionan fundamentalmente con el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

En segundo lugar, por lo que respecta al objeto sobre el que recae la conducta de interceptación, éste se cifra en las *telecomunicaciones*. Por “telecomunicación” puede entenderse actualmente un “sistema de transmisión y recepción a distancia de señales de diversa naturaleza por medios electromagnéticos”<sup>884</sup>. Esta definición ha cambiado recientemente en el DRAE, siendo definido por la precedente como todo “sistema de comunicación telegráfica, telefónica o radiotelegráfica y demás análogos”<sup>885</sup>. En estos casos resulta claro que el precepto alude a comunicaciones que están teniendo lugar exclusivamente a través de un medio de comunicación telemático, esto es, a distancia, y no entre personas que se encuentran en un mismo lugar y que están hablando directamente (por ejemplo, en una reunión). De la alusión a las telecomunicaciones, por tanto, se deduce que el escenario donde tiene lugar la acción típica de interceptar, desde el inicio de su ejecución hasta su consumación, es un espacio virtual. De este modo, la interceptación de las telecomunicaciones, como apunta Muñoz Conde, no incluiría supuestos en los que el sujeto escucha tras la puerta o escondido<sup>886</sup>, como formas alternativas de captación del sonido. Estos supuestos, como se ha apuntado, se encuadran en el apoderamiento de datos.

En tercer lugar, es necesario aclarar el sentido de la conducta a la que se refiere el tipo. El término *interceptación* alberga tres acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española<sup>887</sup> que lo definen, en primer lugar, como “apoderarse de algo antes

---

<sup>884</sup> Única acepción del término del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (<http://lema.rae.es/drae/?val=telecomunicaci%C3%B3n>).

<sup>885</sup> Se ha indagado en el momento y el motivo de su modificación, sin haber obtenido un resultado de ello.

<sup>886</sup> MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 236.

<sup>887</sup> <http://dle.rae.es/?id=LsigOEU>

de que llegue a su destino”; en segundo lugar, como “detener algo en su camino”; y, finalmente, como “interrumpir, obstruir una vía de comunicación”. La doctrina ha estimado que la referencia típica debe ser interpretada en el sentido de la primera definición, pues las otras dos no encajan en una concepción teleológica del precepto. Así entendida la interceptación, esta conllevaría un apoderamiento o captación previos a la llegada de cierta información a su destino, ya sea impidiendo que ésta finalmente lo haga o no y, por tanto, debiendo de tratarse de comunicaciones que se están llevando a cabo<sup>888</sup>. Dicha interpretación no es incompatible con la que Castro Moreno realiza del verbo típico, definiéndolo como “introducirse en la comunicación mediante el empleo de artificios técnicos, descubriendo su contenido”, sin rechazar por ello, como propugna, las definiciones gramaticales del término<sup>889</sup>.

En mi opinión, estas interpretaciones no captan la esencia del comportamiento que aquí debería castigarse, por lo que dejan fuera del tipo otras formas de hacerse con la información empleando internet como medio. Así, por un lado, deberían entenderse incluidas *de lege lata* en esta modalidad típica no sólo aquellos apoderamientos que se realicen sobre la información antes de que ésta llegue a su destino, como indica su definición, sino también aquellos que se llevan a cabo sobre la que está ya almacenada por un usuario en equipos informáticos, cuentas de correo electrónico, teléfonos móviles, relojes o tabletas electrónicas, discos duros externos o en servidores como la nube, entre otros. Esta exégesis de carácter amplio viene avalada por el artículo 3 del *Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001*, y publicado en el BOE con fecha de 17 de septiembre de 2010, que constituye el primer instrumento normativo en el ámbito europeo desde la perspectiva penal sustantiva<sup>890</sup> y en virtud del cual la interceptación ilícita por medios técnicos de datos informáticos se extiende no sólo a los comunicaciones entre un sistema informático y otro, sino también dentro del mismo<sup>891</sup>. Por otro lado, dicho comportamiento no supone

<sup>888</sup> De esta opinión son ANARTE BORRALLA, E.: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, p. 56; ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M.: Delitos informáticos. *Op. Cit.*, p. 25. En sentido contrario, MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 410.

<sup>889</sup> CASTRO MORENO, A.: Espionaje industrial y secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 50.

<sup>890</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Tecnocrimen”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / CUERDA ARNAU, M. L. (Dir.): *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 235.

<sup>891</sup> El contenido del artículo 3, sobre la *Interceptación* ilícita establece literalmente que “Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la interceptación deliberada e ilegítima, por medios técnicos, de datos informáticos comunicados en transmisiones no públicas efectuadas a un sistema informático, desde un sistema informático o dentro del mismo, incluidas las emisiones electromagnéticas procedentes de un sistema informático que contenga

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

exactamente, como afirma Castro Moreno, la introducción y descubrimiento de una comunicación, sino que, como se ha visto también respecto a la modalidad típica de apoderamiento, puede que no llegue a descubrirse o a conocerse la información contenida, siendo lo relevante a efectos de la consumación del tipo que se acceda a la información y ésta pase a la esfera de dominio del sujeto activo. Por estos motivos, *de lege lata*, hay que interpretar la interceptación en un sentido amplio, como toda obtención de información empresarial reservada que se encuentra almacenada digitalmente o que proviene de comunicaciones telemáticas, usando para ello medios ilícitos que funcionan a través de una red de telecomunicación. Dichos medios, que en la mayoría de ocasiones presentan un carácter subrepticio y engañoso, son ejemplos claros de accesos ilícitos a la esfera de exclusión del titular del secreto.

Las más frecuentes formas de comunicación telemática actualmente son el teléfono y las redes informáticas, ya sean internas (como intranet) o externas (como internet). Como medio de ataque a la primera de ellas hay que destacar el llamado “pinchazo”. En las segundas, la variedad de métodos aumenta vertiginosamente y constituyen la vía que mayor protagonismo ha adquirido, ofreciendo técnicas especialmente sofisticadas para almacenar información y acceder a ella de modo ilegítimo, dando lugar así a la forma más común de ciberespionaje<sup>892</sup>.

Actualmente toda empresa tiene presencia en internet y la mayoría de sus datos digitalizados, lo cual aumenta exponencialmente los riesgos de ataque. Las actuales tendencias como la migración de los datos a la nube y la salida de la red interna de la empresa hacia los aparatos móviles hacen que la tarea de proteger la propiedad intelectual

---

dichos datos informáticos. Cualquier Parte podrá exigir que el delito se haya cometido con intención delictiva o en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático”.

<sup>892</sup> El ciberespionaje puede tener lugar en muchos ámbitos, no sólo en el empresarial. Si hablamos de ciberespionaje económico, este tiene diferentes connotaciones en función del sujeto al que se dirige, que pueden ser individuos, organizaciones empresariales o Estados. Una definición global del mismo puede ser la propuesta por Larriba Hinojar, quien lo entiende como “la actividad sistemática de obtención clandestina de información protegida por su propietario (...) a través del empleo de sistemas o redes interconectadas y su infraestructura asociada, fundamentalmente Internet” (LARRIBA HINOJAR, B.: “Ciberespionaje económico: Una amenaza real para la Seguridad Nacional en el siglo XXI”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / CUERDA ARNAU, M. L. (Dir.): *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 329). Este tipo de actividad delictiva, encuadrada en el marco más amplio de la ciberdelincuencia, trae consigo problemas añadidos en la medida en que en las comunicaciones telemáticas, como afirma González Cussac, las fronteras se tornan inexistentes y los espacios pierden su materialidad, lo cual hace que se conviertan en cuestiones problemáticas, entre otras, la determinación del lugar de comisión de los delitos, el momento en el que se han cometido, la jurisdicción competente o los sujetos responsables de su comisión (GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Tecnocrimen. Op. Cit.*, pp. 224-225).

de una empresa sea mucho más difícil<sup>893</sup>, lo cual se agrava en el caso de la pequeña y mediana empresa, normalmente vinculada a una actividad concreta y menos tendente a prestar atención al desarrollo de un efectivo programa de ciberseguridad<sup>894</sup>. Hay que tener en cuenta, por lo demás, que la inmensa mayoría de las empresas de nuestro país responden a estas características<sup>895</sup>.

Entre las formas de comisión del ciberespionaje que pueden darse en la actualidad cabe destacar algunas como los programas rastreadores o analizadores de paquetes, más conocidos con el término anglosajón de “*sniffers*”, cuya instalación permite la captura de tramas que circulan por la red a través de un programa que se ejecuta en una máquina conectada a ella o bien a través de un dispositivo que se engancha directamente al cableado<sup>896</sup>; también la llamada minería de datos o “*data mining*”, que consiste en una tecnología empleada para descubrir información oculta y desconocida que resulta potencialmente útil, y que se obtiene a partir de fuentes de información de la propia empresa, a través de técnicas estadísticas de análisis de grandes bases de datos<sup>897</sup>; o algunas que se realizan a través de programas o softwares maliciosos (*malwares*), perpetradas por piratas informáticos o “*hackers*”, que permiten hacerse con información que se encuentra en el ciberespacio y que constituirían la interceptación de las telecomunicaciones cuando se realicen de forma remota. Ahora bien, estas conductas, como ya se ha comentado, no pueden consistir solamente en un acceso ilícito a la información, pues si así fuera estaríamos ante un delito de mero acceso o intrusismo informático (*hacking*), previsto en el artículo 197 bis CP. Es necesario, además, que de dicho acceso se derive la obtención de información que tenga las características de un secreto de empresa. Entre este tipo de comportamientos, los más destacados medios de ataque actualmente son los siguientes:

---

<sup>893</sup> BRADLEY, T.: “McAfee: Corporate Espionage is the Currency of Cybercrime”, *PcWorld*, 28 de marzo de 2011 ([http://www.pcworld.com/article/223483/mcafee\\_corporate\\_espionage\\_is\\_the\\_currency\\_of\\_cybercrime.html](http://www.pcworld.com/article/223483/mcafee_corporate_espionage_is_the_currency_of_cybercrime.html))

<sup>894</sup> COWPERTHWAIT, T. S.: *Businesses Must Protect*. *Op. Cit.*, p. 1.

<sup>895</sup> Así, según el Directorio Central de Empresas (DIRCE), en datos ofrecidos por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en febrero de 2016, casi la totalidad del conjunto empresarial español, el 99,88%, lo que equivale a 3.178.408 unidades productivas, está constituido por pequeñas y medianas empresas (PYME). Puede consultarse dicha información en el siguiente enlace: <http://www.ipyme.org/Publicaciones/ESTADISTICAS-PYME-2015.pdf>.

<sup>896</sup> FARALDO CABANA, P.: *Las Nuevas Tecnologías*. *Op. Cit.*, p. 246.

<sup>897</sup> *Ibidem*, p. 234.

### **a. Troyanos**

Son un tipo de software malicioso que se oculta en programas legítimos como pueden ser documentos de trabajo de una empresa o imágenes digitales, para así proporcionar un acceso no autorizado al sistema infectado. Este tipo de virus se ha especializado en el robo de credenciales bancarias y presenta varias tipologías a través de las cuales puede ejecutarse la interceptación. Así, en primer lugar, se encuentran los *backdoors*, que permiten un acceso remoto a la totalidad del equipo informático, pudiendo el sujeto activo realizar cualquier tarea en él; en segundo lugar, otra tipología son los *keyloggers*, un tipo de troyano que registra las pulsaciones realizadas con el teclado y que permite averiguar contraseñas u otro tipo de información que haya sido tecleada, siendo una variante de este tipo de troyano el *screenlogging*, técnica en la que la captura se realiza sobre imágenes de una pantalla que se remiten al atacante sin conocimiento del usuario del equipo<sup>898</sup>; una tercera modalidad es la de los *stealers*, que directamente acceden y roban información que se encuentre almacenada en el equipo y la envían a un atacante, pudiendo ser contraseñas, correos electrónicos o algún tipo de mensajería instantánea; en cuarto lugar, se hallan los *ransomware*, a través de los cuales se puede bloquear y secuestrar el acceso a un equipo o a la información que este contiene, cifrándola, para después pedir un rescate económico para desbloquearlo<sup>899</sup>; y, por último, un tipo de troyano especialmente empleado para el ciberespionaje es el *virus duqu*, actualizado en su versión *Duqu 2.0.*, que no sólo descarga archivos infectados en el ordenador, sino que además permite robar información del mismo, siendo su más destacada peculiaridad las sofisticadas técnicas de evasión que emplea, lo que hace especialmente difícil su detección<sup>900</sup>.

### **b. Phishing**

Esta modalidad de ciberataque constituía en un origen – como apunta González Cussac - una técnica de obtención de contraseñas para usurpar la identidad del legítimo titular de una cuenta y así apropiarse de su dinero en operaciones de banca electrónica.

---

<sup>898</sup> FARALDO CABANA, P.: Las Nuevas Tecnologías. *Op. Cit.*, p. 246.

<sup>899</sup> INCIBE (Instituto Nacional de Ciberseguridad de España): “Descubre los diferentes tipos de malware que pueden afectar a tu pyme”, publicado el 9 de mayo de 2016 (<https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/descubre-tipos-malware>).

<sup>900</sup> INFOSEC INSTITUTE: “Duqu 2.0.: The Most Sophisticated Malware Ever Seen”, June 17, 2015. En este artículo se señala que víctima de amenaza mediante este tipo de troyano ha sido recientemente la empresa de seguridad Kaspersky Lab.

Sin embargo, posteriormente la finalidad defraudatoria no era la única que podría perseguirse<sup>901</sup>. Así empezó a emplearse esta modalidad para otros fines, como el de obtener información ajena, ya fuera de carácter personal o empresarial, lo cual se lograba a través del envío de un correo electrónico con apariencia de tener carácter oficial, empleándolo como cebo para dirigir al usuario a páginas falsas en las que le pedían información confidencial<sup>902</sup>. Una modalidad de *phishing* que ha adquirido especial protagonismo como forma de ataque encuadrable en la interceptación de las telecomunicaciones es el llamado *spear phishing*, el cual opera del mismo modo que lo hace el *phishing* genérico, pero cuya peculiaridad reside en que, mientras este último se dirige indistintamente a multitud de usuarios al azar, el *spear phishing* escoge grupos selectos de personas con algo en común<sup>903</sup>, que en el caso del delito de espionaje, podría ser un grupo de empresas del mismo sector de mercado, empleados de una compañía concreta, o cualquier grupo de personas que compartan algún tipo de actividad profesional. El medio engañoso que emplea esta técnica es el envío de un correo electrónico procedente de una empresa familiar o alguien conocido, el cual contiene un enlace en el que presionan y donde se les solicita la provisión de información como contraseñas, números de cuenta, usuarios, códigos de acceso, etc.<sup>904</sup> Así, la finalidad que persigue esta modalidad de *phishing* es la de obtener ilícitamente propiedad intelectual, datos financieros, secretos comerciales u otra información reservada.

### c. *Rootkits*

Éstos constituyen otro tipo de *malware* que afecta especialmente a dispositivos móviles o a las *tablets*, y que permiten un acceso privilegiado de forma continuada a dicho dispositivo pero oculto a los administradores del mismo, lo cual lo hace especialmente difícil de descubrir. Este tipo de ataque, que no exige especiales conocimientos técnicos para ejecutarlo, pero que emplea métodos cada vez más sofisticados<sup>905</sup>, permite al sujeto activo controlar el dispositivo, lo que incluye “apropiarse de todos los datos personales; interceptar y redirigir llamadas; utilizar el micrófono para realizar escuchas; grabar

---

<sup>901</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Tecnocrimen. Op. Cit.*, p. 216.

<sup>902</sup> Así lo pone de manifiesto el *Federal Bureau of Investigation (FBI)* de los Estados Unidos, en una publicación del 4 de enero de 2009 que llevaba por título ‘Spear Phishers: Angling to Steal Your Financial Info - [https://archives.fbi.gov/archives/news/stories/2009/april/spearphishing\\_040109](https://archives.fbi.gov/archives/news/stories/2009/april/spearphishing_040109) -.

<sup>903</sup> *Ibidem*.

<sup>904</sup> *Ídem*; PATTERSON, T.: “Chinese cyber spies may be watching you, experts warn”, en *CNN*, de 28 de agosto de 2016 - <http://edition.cnn.com/2016/08/23/us/declassified-china-cyber-espionage/>.

<sup>905</sup> MORÓN LERMA, E.: *Quiebras de la privacidad. Op. Cit.*, p. 127.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

imágenes y vídeos desde la cámara; capturar las pulsaciones del teclado; localizar la ubicación de la víctima a través del GPS<sup>906</sup>, entre otras consecuencias. Cualquier videoconferencia que esté teniendo lugar o toda comunicación que se esté desarrollado en un chat privado puede ser objeto de ataque a través de esta vía.

#### *d. Spyware*

Este constituye el medio de interceptación por excelencia para realizar un ciberataque. Son programas cuyo fin es el de recolectar información sobre la actividad de un usuario, ya sea un individuo o una empresa, para después enviarla a una entidad externa, dependiendo la cantidad de información con la que pueden hacerse del tiempo que pase sin ser detectados<sup>907</sup>.

En definitiva, dadas las diversas formas de ataque que presenta el uso ilícito de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, se hace obligatoria una tipificación altamente especializada y precisa, que esté en constante transformación y evolución<sup>908</sup>. En este sentido, resulta necesaria una interpretación amplia *de lege lata* del término interceptación, que desatienda su sentido estrictamente gramatical, insuficiente por sí sólo para determinar los contornos de esta forma de apoderamiento.

#### **4.2.4. El empleo de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen**

La utilización de artificios técnicos está expresamente prevista en el párrafo 1 del artículo 278 CP, al remitir al 197.1. Como ya se ha dicho, tanto ésta como la precedente, constituyen formas de apoderamiento de secretos de empresa que proceden del mismo antecedente legislativo<sup>909</sup>, lo que demuestra la intención del legislador de hacer especial hincapié en las conductas que se llevan a cabo a través de medios técnicos. Su utilización supone un acceso ilícito en los términos ya mencionados, pues ello conlleva el empleo de medios subrepticios y, por tanto, la introducción ilegítima en la esfera de exclusión del titular del secreto. El carácter subrepticio de los medios radica en la ocultación de los

---

<sup>906</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Tecnocrimen. Op. Cit.*, p. 217.

<sup>907</sup> INCIBE: *Descubre los diferentes tipos de malware. Op. Cit.*

<sup>908</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Tecnocrimen. Op. Cit.*, p. 225.

<sup>909</sup> Vid. *Supra*.

mismos. De ahí que si existiera el consentimiento del titular para su uso, el hecho fuera atípico<sup>910</sup>.

Respecto al objeto sobre el que recae la acción típica aquí prevista, éste viene constituido por *artifícios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación*.

Empezando por el final, resulta claro que esta cláusula de cierre que alude a “*cualquier otra señal de comunicación*” pretende abarcar cualquier tipo de intervención sobre señales de comunicación que no queden cubiertas con las citadas anteriormente<sup>911</sup>, como puede ser el código morse, telégrafo, etc. Sin embargo, los elementos a los que alude esta conducta se refieren más bien a una captación de imagen y/o sonido cuya transmisión se está produciendo *in situ*, bien directamente entre personas reunidas en un mismo habitáculo, o bien a través de, por ejemplo, una videoconferencia, siendo lo destacable a estos efectos que los medios de escucha, transmisión, grabación o reproducción no actúan sobre un medio de telecomunicación, sino que, con carácter más estático, se ubican en el lugar donde se halle el sonido o la imagen. Así, en el caso en que dicha utilización se produzca cuando está teniendo lugar una reunión, estaremos ante supuestos en los que se produce la colocación de un micrófono o lo que ocurrió en un caso reportado por el periódico alemán *Zeit online*, en el que un cliente visitó una empresa de Bayern, mostrando gran interés por la confección de la cubierta del estadio del mundial que se celebró en Sudáfrica, sin que la empresa supiera que llevaba una pequeña cámara escondida en su cinturón<sup>912</sup>. En el caso en que esté teniendo lugar, por ejemplo, una videoconferencia, no se tratará de intervenciones sobre el medio telemático por el que ésta se produce, caso que quedaría comprendido en la interceptación, sino que, igualmente, el medio de escucha, grabación, transmisión o reproducción se ubicaría en el espacio físico donde uno de los interlocutores de la comunicación se halla, pues captando el sonido o la imagen, puede aprehender también el contenido de la información que

---

<sup>910</sup> MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte general. *Op. Cit.*, p. 522.

<sup>911</sup> En este sentido, ANARTE BORRALLLO, E.: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, p. 52 nota 26, quien señala que con dicha cláusula pretenden evitarse lagunas de punibilidad; MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 414, afirma que la cláusula abierta del artículo 197.1 <<*de cualquier otra señal de comunicación*>> parece “dar cabida en el tipo a las constantes innovaciones tecnológicas en materia de comunicaciones electrónicas (por ejemplo, la correspondencia informática, que posibilita la conexión de la red telefónica al ordenador”.

<sup>912</sup> ZACHARAKIS, Z.: “Vorsprung durch Spionage“, en *Zeit online*, 4 de Julio de 2013 (<http://www.zeit.de/wirtschaft/2013-07/wirtschaftsspionage-nsa-usa-deutschland>).

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

transmite el sujeto que se encuentra al otro lado o no, en función de si este sonido es susceptible de ser percibido por dicho artificio técnico.

Esta interpretación, que se estima la más adecuada para deslindar los dos supuestos a los que el legislador ha hecho referencia, choca, sin embargo, con la forma en la que está prevista la cláusula final del tipo. Ésta, si bien aparece incorporada tras la acción de utilización de artificios técnicos, genera cierta confusión<sup>913</sup>, en la medida en que pretende abrir el abanico de posibilidades a todas aquellas señales de comunicación no comprendidas entre los objetos de la acción de utilización de artificios técnicos. Sin embargo, estos objetos no son señales de comunicación, sino instrumentos para captar la imagen o el sonido, no siendo coherente su significación con la acción típica a la que acompaña y aludiendo más bien a los relacionados con la interceptación de las telecomunicaciones.

En estos casos es evidente que si no se han puesto las medidas idóneas para proteger una información no puede considerarse que estemos ante un acceso ilícito a la propiedad ajena del secreto empresarial. De ahí que planteen problemas los supuestos en los que se fotografían datos (procedimientos de fabricación, normas de seguridad, planes de marketing, etc.) expuestos en las paredes de cada sección de una empresa por personas que entran en las visitas guiadas que ésta organiza, pues a pesar de las extraordinarias medidas de seguridad que generalmente adopta, se permite la entrada de dichos dispositivos y nada se dice acerca de su utilización; se graba una charla didáctica para cualquier interesado; se fotocopian o escanean dossiers con información que la propia empresa entrega a dichos visitantes, etc. Ninguno de estos casos puede constituir un caso de espionaje empresarial penalmente relevante, al entrar en juego el límite del bien jurídico protegido, pues no puede darse un acceso ilícito, y por tanto, no autorizado, en la esfera de exclusión del titular del secreto cuando no existe objeto del derecho de propiedad por no existir medidas de protección que hayan mantenido la reserva de la información.

---

<sup>913</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 536. Estos autores consideran que este párrafo en sí, es un modelo de cómo no deben decirse las cosas.

### 4.3. Supuestos lícitos de captación de la información

La ilicitud de los medios de acceso a la información reservada de una empresa, como se viene diciendo, marca el punto de partida del delito de espionaje empresarial. Por ello, se ha hecho referencia hasta ahora a diferentes supuestos de apoderamiento de secretos empresariales, algunos de los cuales no plantean dudas respecto a la ilicitud que encierran sus medios frente a otros que se hallan en el límite de lo penalmente reprochable. Pues bien, por último, existen una serie de supuestos que de entrada se consideran lícitos y que se exponen a continuación.

#### 4.3.1. La ingeniería inversa, las investigaciones independientes y los descubrimientos por azar

Tradicionalmente del ámbito del espionaje empresarial quedan excluidos los supuestos en los que un sujeto accede a la información empresarial reservada por medio de determinadas vías. Éstas no son consideradas formas de intromisión ilegítima en la esfera de exclusividad del titular del secreto por los medios “leales” o lícitos de acceso empleados<sup>914</sup>, basados en el descubrimiento del secreto por medio de ingeniería inversa (*reverse engineering*)<sup>915</sup>, de investigaciones independientes o bien por azar.

La licitud de los descubrimientos que tienen lugar por puro azar no necesita de mayores aclaraciones, pues faltaría cualquier elemento subjetivo que dirija la acción a acceder de forma abusiva o reprochable a la propiedad de un tercero sobre sus secretos. Respecto al carácter lícito de los otros dos medios de obtención de secretos de empresa, éstos han sido expresamente recogidos en la Directiva (UE) 2016/943, cuyo considerando (16) y su artículo 3.1 los incluye junto a otros del mismo carácter. Así, la investigación independiente vendría reconocida como actividad lícita en la letra a) del citado artículo y la ingeniería inversa en la letra b), que la define como “la observación, el estudio, el desmontaje o el ensayo de un producto u objeto que se haya puesto a disposición del público o que esté lícitamente en posesión de quien obtiene la información, sin estar sujeto a ninguna obligación jurídicamente válida de limitar la obtención del secreto comercial”.

---

<sup>914</sup> SUÑOL LUCEA, A.: Actos de competencia desleal. *Op. Cit.*, p. 143.

<sup>915</sup> Esta actividad consiste en obtener la información a partir de un producto, ya público, resultado de la misma, es decir, siguiendo un orden contrario al del procedimiento habitual. Así, ejemplos de ello serían, obtener un diseño a partir de la máquina o la fórmula de una bebida a partir de ésta última, entre otros.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

La ingeniería inversa es la que podría plantear ciertas dudas pues, como la propia Directiva pone de relieve en su considerando (16), cuando se haya convenido por contrato, ésta puede ser considerada ilícita. No obstante, acto seguido añade que la libertad de adoptar este tipo de cláusulas contractuales puede limitarse por ley. Resulta especialmente interesante esta modalidad de obtener un posible secreto de empresa, dado que permite una forma de “copiar” información, pero usando medios que exigen habilidades en el desarrollo de la misma y cuya fuente es un objeto a disposición del público. Ello ha llevado a la doctrina estadounidense a considerar que su permisividad se funda en los incentivos que proporciona, al fomentar la actividad productiva y disuadir la que se dirige simplemente a obtener de manera ilegítima de los demás información empresarial valiosa<sup>916</sup>. La ingeniería inversa será considerada ilícita y, por tanto, podrá dar lugar a espionaje empresarial, por ejemplo, cuando en el equipo que la lleva a cabo hubiere un antiguo empleado del titular del secreto con conocimiento relevante sobre el mismo<sup>917</sup>.

#### 4.3.2. La inteligencia competitiva

Otro supuesto a priori lícito frente al espionaje empresarial es el de la llamada “inteligencia competitiva”. La inteligencia, basada en el concepto de estrategia<sup>918</sup>, consiste en encontrar y analizar información para actuar de forma estratégica, cualquiera que sea su ámbito y constituye el reverso de las distintas conductas de espionaje, surgiendo también para combatirlo ante las dificultades que su lucha presenta. Dichas dificultades se acrecientan ante la realidad actual en la que dos elementos marcan el rumbo de la actividad económica: la globalización de los mercados y el constante auge de las nuevas tecnologías. A los efectos que aquí interesan, aludiremos a tres tipos de inteligencia: la económica, la jurídica y la competitiva o empresarial.

En primer lugar, el concepto de *inteligencia económica*<sup>919</sup> puede entenderse como “el conjunto de acciones coordinadas de investigación, tratamiento y distribución de la

---

<sup>916</sup> MCJOHN, S. M.: Intellectual Property. *Op. Cit.*, p. 528.

<sup>917</sup> *Ibidem*.

<sup>918</sup> Una explicación de los distintos tipos de inteligencia puede encontrarse en OLIER ARENAS, E.: “Inteligencia estratégica y seguridad económica”, en *Cuadernos de Estrategia 162 – La inteligencia económica en un mundo globalizado*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2013, pp. 16-19.

<sup>919</sup> La inteligencia económica, que en España aún no ha tenido un fuerte anclaje a diferencia de lo que ocurre en otros países como Estados Unidos o Francia, se definió por la Ley francesa nº 2011-267, de orientación y programación para la actuación de la seguridad nacional, de 14 de marzo de 2011, en su

información para tomar decisiones en el orden económico”<sup>920</sup>. En esta actividad, en el ámbito español, el actor principal sería el Estado, con el fin de defender sus intereses económicos en el marco internacional<sup>921</sup>. El reverso de este tipo de actividad lícita sería el espionaje económico que tiene lugar entre Estados, del que serían buen ejemplo los casos de Rusia o China<sup>922</sup>. La alusión a este tipo de inteligencia resulta necesaria para no confundirla con la que aquí interesa, que es la empresarial o competitiva, y que podría englobarse dentro de la económica, cuando el actor de la misma fuera el Estado<sup>923</sup>.

En segundo lugar, la llamada *inteligencia jurídica* puede definirse como “el conjunto de técnicas y medios que permiten a un actor – privado o público – conocer el entorno jurídico en el que participa, para identificar y anticipar los riesgos y las oportunidades potenciales de actuación, (...) así como disponer de las informaciones y derechos necesarios para poder poner en práctica los instrumentos jurídicos aptos para realizar sus objetivos estratégicos”<sup>924</sup>. El conocimiento de este tipo de información permite a las empresas, como actores privados, garantizar la protección jurídica de sus bienes inmateriales, como son los secretos de empresa, desarrollando estrategias preventivas para ello.

En tercer lugar, crucial en el ámbito que estudiamos resulta la *inteligencia competitiva o empresarial*, para la cual los dos tipos de inteligencia apenas comentados resultan de especial relevancia. Este tipo de inteligencia consistiría en la búsqueda lícita

---

artículo 32, como la búsqueda y el tratamiento de informaciones sobre el entorno económico, social, comercial, industrial o financiero de una o más personas físicas o jurídicas, con el objetivo de permitir que se protejan de los riesgos que puedan amenazar su actividad económica, su patrimonio, sus activos inmateriales o su reputación, así como de favorecer su actividad. Sin embargo, esta disposición, entre otras, fue declarada inconstitucional por el Consejo Constitucional en Decisión nº 2011-625 DC, de 10 de marzo de 2011, por la indefinición tanto de las actividades susceptibles de ser consideradas inteligencia económica, como del objetivo de las mismas (WARUSFEL, B. : “L’intelligence juridique, complément nécessaire de l’intelligence économique”, en *Rue Saint Guillaume, N°162 (Dossier : À quoi sert l’intelligence économique ?)*, Mars-Avril, 2011, pp. 26-27). Puede ahondarse en la citada Ley, así como en la declaración de inconstitucionalidad en <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pj109-292.html>.

<sup>920</sup> OLIER ARENAS, E.: Inteligencia estratégica. *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>921</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>922</sup> Afirman expertos en tecnologías emergentes que China se ha cansado de ser la fábrica del mundo y que sus actividades de ciberespionaje son parte de un gran esfuerzo por reducir su dependencia de tecnología extranjera, aspirando a cambiar el “*made in*” por el “*innovated in*” (SEGAL, A.: “Curbing Chinese Cyber Espionage”, en *Council on Foreign Relations (CFR)*, de 9 mayo de 2011 - <http://www.cfr.org/cybersecurity/curbing-chinese-cyber-espionage/p24935>).

<sup>923</sup> Dentro de esta, se ha hecho también una distinción entre inteligencia microeconómica y macroeconómica, incluyendo en la primera, entre otros aspectos, la defensa del valor e integridad de activos inmateriales de las empresas nacionales frente a ataques como el ciberespionaje, el robo de patentes, la piratería intelectual y en el diseño (ESTEVE MORA, F.: “La inteligencia económica”, en *El País*, 25 de julio de 2013, p. 2).

<sup>924</sup> WARUSFEL, B. : L’intelligence juridique. *Op. Cit.*, p. 29.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

y el análisis de información útil en términos competitivos para sacar provecho de ella y mejorar así la posición en el mercado, pudiendo ésta ser realizada por el Estado o por las empresas<sup>925</sup>. La actividad de estas últimas, donde este tipo de inteligencia se ha desarrollado con mayor profundidad, es la que nos interesa, por lo que nos centraremos en ella.

Como puede observarse, cada tipo de inteligencia puede concernir a diversos actores, pero su contenido difiere. Sin embargo, la inteligencia jurídica, como complemento necesario de la inteligencia económica<sup>926</sup>, también lo es de la competitiva o empresarial, y ésta última encuentra su límite en el delito objeto de estudio, esto es, en el espionaje empresarial. En este sentido, resulta clave tener presente que un requisito fundamental de la inteligencia competitiva es la *licitud* de sus medios de búsqueda en fuentes de acceso público<sup>927</sup>, por lo que toda indagación de información empresarial de un competidor cuya obtención suponga vulnerar las barreras de lo legítimo, quedaría extramuros del concepto de inteligencia y pasaría a formar parte del espionaje empresarial. Así, y teniendo en cuenta que a través de los medios citados en el epígrafe precedente, esto es, ingeniería inversa, investigación propia o puro azar, cualquier sujeto puede hacerse con un secreto de empresa en la medida en que sobre éste no recae un derecho absoluto de propiedad industrial, esas tres serían vías lícitas de llegar a hacerse con un secreto de empresa en el contexto de la inteligencia competitiva. Otro supuesto interesante en este ámbito, por el carácter discutido que puede tener como conducta fronteriza entre la inteligencia competitiva y el espionaje empresarial, es el que plantea el llamado “*Dumpster diving*”, ya mencionado, que consiste en rebuscar información relevante en la basura que genera una empresa. Esto fue lo que ocurrió en el *caso Oracle vs. Microsoft*, en el que el primero contrató a una empresa de investigación para obtener información del segundo, utilizando para ello, entre otros medios, esta práctica. Como ya se apuntó, en el momento en el que se abandonan las medidas de protección del secreto, éste pierde su existencia misma, por lo que no resultaría ésta una práctica reprochable y, por tanto, podría constituir un medio de inteligencia competitiva.

---

<sup>925</sup> OLIER ARENAS, E.: Inteligencia estratégica. *Op. Cit.*, pp. 17-18.

<sup>926</sup> WARUSFEL, B.: L'intelligence juridique. *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>927</sup> PALOP MARRO, F.: “La inteligencia para competir: nuevo paradigma en la dirección estratégica de las organizaciones en un mundo globalizado”, en *Cuadernos de Estrategia 162 – La inteligencia económica en un mundo globalizado*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2013, p. 144. Este autor afirma que, mientras que la inteligencia competitiva es ética, legal y legítima, el espionaje comercial es ilegal e innecesario.

Teniendo esto en cuenta, autores estadounidenses han afirmado que la propia Ley contra secretos de empresa (la “*Economic Espionage Act*”) mejora la práctica de la inteligencia competitiva y sus técnicas, al poner de relieve la ilegitimidad de los medios reprobables que el espionaje empresarial emplea<sup>928</sup>. En el caso de la regulación penal española dichos medios se obtienen de los límites analizados, y por tanto, se rebasarán cuando el acceso que se produzca a la información sea ilícito en el sentido ya visto.

Lo anterior pone el acento una vez más en la importancia de la protección de los secretos por parte del titular de la información de su empresa, no sólo por ser clave para distinguir la inteligencia competitiva del espionaje empresarial, sino para que el propio empresario evite exponer al público su información relevante en un contexto en el que tiende a imperar la cultura de la inteligencia competitiva<sup>929</sup>, y en el que los riesgos para la seguridad de la información son cada vez mayores ante la presencia de las sofisticadas técnicas de ataque que ofrecen las nuevas tecnologías.

Sin embargo, la importancia de la protección de los secretos ante los crecientes peligros que les acechan no puede hacernos perder de vista que dichas amenazas constituyen apriorísticamente un riesgo para la propiedad de los bienes inmateriales de su legítimo titular, encarnados por el secreto de una empresa, pero no un peligro de índole estatal, que pone en jaque la seguridad nacional, a menos que se den circunstancias que repercutan de forma importante en infraestructuras críticas o que detrás de los ataques se encuentren otros Estados, haciendo de la cuestión un problema nacional. Esta última aclaración responde a la reciente posición de un sector doctrinal que, abogando por la creación de una suerte de macro-concepto de seguridad que se identifique con la de carácter nacional, comprenda dentro del mismo cualquier tipo de seguridad, donde se incluye la del comercio y, como ataque a la misma, el espionaje o los ataques cibernéticos<sup>930</sup>. Hasta qué punto debe intervenir el Estado para defender los intereses de

---

<sup>928</sup> HOROWITZ, R.: “Competitive Intelligence, Law, and Ethics: The Economic Espionage Act Revisited Again (and Hopefully for the Last Time)”, en *Strategic and Competitive Intelligence Professionals (SCIP)*, volume 14 – number 3, July-September, 2011, p. 43.

<sup>929</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Tecnocrimen. Op. Cit.*, p. 238, ha señalado que el crecimiento de la cibercriminalidad no obedece sólo a insuficiencias legales al definir los ilícitos, al establecer los procedimientos procesales o al regular la cooperación de las agencias de seguridad, sino que en gran medida dicho crecimiento es también imputable a la negligencia de las personas.

<sup>930</sup> En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Inteligencia jurídica: el valor estratégico del derecho en la seguridad económica”, en *Cuadernos de Estrategia 162 – La inteligencia económica en un mundo globalizado*, pp. 103-133, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2013, pp. 114-115; LARRIBA HINOJAR, B.: *Ciberespionaje económico. Op. Cit.*, pp. 333-334, quien señala que desde el año 2011 los Estados toman más conciencia de la amenaza real que supone el ciberespionaje económico



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

las empresas es una cuestión polémica<sup>931</sup>, sin embargo, no es este el lugar para ahondar sobre la misma, lo que precisaría una mayor reflexión.

## 5. La incorporación del secreto empresarial a la esfera de dominio del sujeto activo y las formas imperfectas

Una vez vistos todos los elementos objetivos del delito de espionaje empresarial hay que concluir este apartado aclarando que no basta con la acción de apoderamiento sin más para la consumación del tipo, dado que estamos ante un **delito de resultado**<sup>932</sup>. Así, en el tipo del artículo 278.1 CP puede distinguirse la acción de captación de la información, por un lado, y el resultado de la misma, entendido como efecto separable de la acción respecto a la estructura del tipo pero como perturbación del bien jurídico protegido en cuanto a su relación con el desvalor de resultado<sup>933</sup>, que consiste en la incorporación del secreto empresarial a la esfera de dominio o control del sujeto activo del apoderamiento. Así, será atípico y, por lo tanto, impune, por ejemplo, el supuesto en el que el sujeto guarda en un disco duro externo la información empresarial secreta, no habiendo llegado a copiarse en ningún momento por un virus que lo impedía<sup>934</sup>.

Esta interpretación parte de la asunción de la llamada teoría de la disponibilidad, creada inicialmente como respuesta de la jurisprudencia para los problemas que la conducta de apoderamiento suscitaba en el delito de hurto, y hoy ampliamente dominante

---

para la seguridad nacional, al provocar éste, no sólo pérdidas económicas inmediatas, sino la destrucción de la ventaja competitiva de un país. Desde esta perspectiva, según la autora, la seguridad nacional ya no sería considerada sólo desde una perspectiva exclusivamente militar y asociada a la defensa, sino también respecto de la seguridad en el ámbito económico.

<sup>931</sup> Los medios de comunicación, como no podía ser de otra forma, se han hecho eco de esta cuestión, entrevistando a expertos en la materia que han afirmado que el desarrollo de la inteligencia depende de las empresas, pero que éstas cuentan con apoyo del gobierno. De esta forma, competencia de las primeras sería, mediante el análisis de inteligencia, descubrir canales de comercialización, conocer las fortalezas y debilidades de sus competidores, las necesidades de sus clientes, entre otras cuestiones estrictamente comerciales; mientras que el gobierno se ocuparía más bien de otros aspectos relacionados con los negocios, pero que tengan que ver con la injerencia política, la inseguridad jurídica o la corrupción (GUALDONI, F.: “La hora de la inteligencia económica”, en *El País*, 26 de octubre de 2014).

<sup>932</sup> En sentido contrario, MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 553 y 580, quien considera que estamos ante delitos de mera actividad.

<sup>933</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *El Resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 167-168. Entiende también el desvalor de resultado como la lesión del bien jurídico protegido, CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español. *Op. Cit.*, p. 154.

<sup>934</sup> En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 535; así también, respecto a los delitos contra la intimidad, ANARTE BORRALLA, E.: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento, *Op. Cit.*, p. 53; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 795. En sentido contrario, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L.: Delincuencia económica e informática. *Op. Cit.*, p. 289, quien defiende que al constituirse el tipo como un delito de peligro –dice-, éste “se consuma con el mero apoderamiento de los soportes, documentos, etc., que se refieran al secreto, es decir, ni se precisa que contengan el secreto”.

en la doctrina. Según esta tesis, la consumación del delito contra la propiedad se sitúa “...en el momento en que *hipotéticamente* el sujeto activo pudo *haber dispuesto* de la cosa”, siendo el momento de la consumación aquél en el que “...el producto del delito es *ya susceptible* de poder de dominio por parte del sujeto activo”<sup>935</sup>.

En términos semejantes hay que entender el momento consumativo del espionaje empresarial. Sin embargo, hay que tener presente que este delito presenta ciertas peculiaridades respecto de los clásicos ilícitos penales contra la propiedad, en lo que respecta al resultado típico. Así, el delito de hurto contiene dos elementos: por un lado, la *apropiación* por la cual el *sujeto activo* se hace con la cosa como si fuera su dueño; por otro lado, la *expropiación o privación al propietario* de la cosa de su posesión<sup>936</sup>. Sin embargo, el resultado del apoderamiento en el espionaje empresarial no conlleva necesariamente la desposesión o expropiación al titular de su información, aunque ésta pueda producirse<sup>937</sup>. Si así fuera, ello sólo contribuiría a la determinación de la indemnización por daños y perjuicios a la que la empresa tendría derecho, sin perjuicio del posible concurso de delitos que pudiera tener lugar en caso de desposeer al titular también, por ejemplo, de sus soportes informáticos, lo cual se prevé expresamente en la cláusula concursal recogida en el párrafo tercero del artículo 278 CP, como se verá más adelante. Además, si se produjera tal desposesión, ésta podría tener una duración limitada, algo que especialmente en la actualidad es comprensible, en la medida en que pueden bastar segundos para hacerse con gran cantidad de información (fotocopia, reproducción en disco duro externo, etc.). De ahí que la doctrina, erróneamente en los términos, haya

---

<sup>935</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición revisada y actualizada, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2010, pp. 418-419; VIVES ANTÓN, T. S. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: DP. PE. *Op. Cit.*, pp. 345-346. También sobre esta teoría MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 332.

<sup>936</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo código penal (consideraciones generales sobre el Título XIII del N.C.P.)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº59, Edersa, Madrid, 1996, pp. 423-424. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G.: “Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2011, p. 616, quien considera el delito de hurto una “infracción de apoderamiento y correlativa desposesión”, debiendo interpretarse el verbo <<tomar>> de forma que posibilite tanto la “<<adquisición de poder>> sobre la cosa por parte del autor”, como la “pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera”.

<sup>937</sup> CASTIÑEIRA PALOU, Mª T.: Tema 7. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 144. Como apunta CASTRO MORENO, A.: Espionaje industrial y secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 49, este sí sería el significado del verbo típico <<apoderarse>> en los delitos patrimoniales generales, donde se exige necesariamente la incorporación al propio patrimonio del sujeto del objeto en cuestión. Igualmente, el AAP La Rioja 148/2001, de 23 de octubre, señala que un posible apoderamiento de datos no necesita desplazar el soporte del mismo, o como mínimo no exige sacarlo de la esfera de dominio del titular.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

afirmado que “el apoderamiento puede ser simplemente temporal”<sup>938</sup>, pues esta conducta se comete respecto de la información y con carácter definitivo, siendo lo realmente temporal la desposesión. Así, en el momento en que se devuelve al titular dicha información y el tercero la ha memorizado o copiado, dicho apoderamiento es, en cambio, permanente. Esta peculiaridad obedece a la naturaleza inmaterial que caracteriza al secreto empresarial, y que permite que pueda ser poseído simultáneamente por varias personas, a diferencia del carácter material que ostenta la cosa mueble ajena, cuyo disfrute sólo puede llevarse a cabo por una sola. Sin embargo, la ausencia de dicho elemento no se da sólo en el delito objeto de estudio, pues también en otros delitos patrimoniales falta alguno de ellos, como es el caso del delito de daños, donde se produce la expropiación pero el sujeto activo no se apodera de la cosa ajena<sup>939</sup>, sino que la destruye.

Hay que apuntar, además, que la exigencia del control sobre la información no implica que el sujeto haya tenido que conocerla<sup>940</sup>, sino sólo que la ponga bajo su esfera de dominio. Dicha incorporación a partir de la cual el sujeto activo tiene bajo su poder el secreto, le permitiría una potencial disposición sobre el mismo<sup>941</sup>, no siendo necesario que el titular lo haya explotado, ni siquiera que aquél sea susceptible de ello<sup>942</sup>.

---

<sup>938</sup> NIETO MARTÍN, A.: Artículo 197. *Op. Cit.*, p. 473. Este autor pone el acento en el soporte material donde se encuentra la información, como objeto de la conducta, en lugar de hacerlo en ésta última, siendo lo relevante, a efectos del tipo objeto de estudio, el apoderamiento de dicha información. Ello se demuestra con el ejemplo al que alude, afirmando que “existe delito cuando el sujeto por un breve espacio de tiempo se apodera de una carta con el fin de leer su contenido, o cuando toma los documentos con el fin de fotocopiarlos devolviendo inmediatamente los originales a su titular”.

<sup>939</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: Los delitos contra la propiedad. *Op. Cit.*, p. 424.

<sup>940</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 536; MORENO CANOVÉS, A. / RUÍZ MARCO, F.: Delitos socioeconómicos. *Op. Cit.*, p. 126. En igual sentido y respecto a la consumación del tipo del artículo 197.1 CP, relativo a los delitos contra la intimidad, se posicionan CASTIÑEIRA PALOU, M<sup>a</sup> T.: Tema 7. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 144; CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S.: “Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dir.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 465, autores que apuntan que la doctrina minoritaria exige tanto el apoderamiento como el conocimiento efectivo del secreto o la información íntima, argumentando que dicha interpretación es más acorde con el principio de intervención mínima; MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 412; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, pp. 799-800.

<sup>941</sup> A modo de ejemplo, podemos imaginar el supuesto en el que un sujeto intercepta los mensajes de correo electrónico de otro, que se encuentran en un idioma que no entiende. En estos casos, si bien no conoce el contenido exacto del mensaje, sabiendo sólo que se trata de un secreto, el hecho de intervenirlos y hacerse con él hace que dicha información se encuentre bajo su control, de forma que en cualquier momento pueda transmitirla o aprovecharse de ella. Es con la efectiva interceptación, por tanto, cuando se entiende consumado el delito.

<sup>942</sup> Como ya vimos al tratar el concepto y alcance de secreto empresarial, objeto de éste también puede serlo la información negativa, la cual tiene valor económico.

De la concepción del tipo del artículo 278.1 CP como un delito de resultado se deriva, además, y en contra de la opinión de un sector de la jurisprudencia<sup>943</sup>, que pueden tener lugar **formas imperfectas de ejecución** cuando se producen intentos de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, estando referidas a estas conductas y no así a la de conocer la información en cuestión<sup>944</sup>. Así, en primer lugar, un supuesto en que se daría el delito en grado de tentativa, sería el caso en el que un ex empleado de la empresa entra en ella y sustrae una carpeta de la mesa de un ex compañero, siendo detectado antes de que salga de ella y no llegando, por tanto, a tener bajo su dominio o disposición la importante información confidencial que contenía, a pesar de haberse producido la acción de apoderamiento temporal del mismo. En segundo lugar, respecto a la interceptación de las telecomunicaciones, se discute por la doctrina si para la consumación del delito, es necesaria la interceptación efectiva o si basta simplemente con la colocación de los medios de escucha, estimando Nieto Martín que resulta suficiente la colocación del dispositivo “destinado a la captación de las telecomunicaciones, las imágenes o cualesquiera otras señales de comunicación”<sup>945</sup>. A mi juicio, se estima inadecuada esta solución, siendo la más idónea, en estos casos, considerar que estamos ante formas imperfectas de ejecución<sup>946</sup>, pues la colocación del dispositivo constituye un mero acto ejecutivo, si el sujeto no ha llegado a obtenerla. Así, por ejemplo, la sola instalación de un programa rastreador, la alteración del cableado telefónico para

---

<sup>943</sup> Existe un grupo de sentencias en las que se afirma que, configurándose el tipo del artículo 278.1 CP como un tipo de peligro que se perfecciona con la realización de la conducta típica de apoderamiento con intención de descubrir el secreto empresarial, estamos ante un supuesto de adelantamiento de las barreras punitivas que comporta la exclusión de las formas imperfectas de realización del delito. En este sentido se pronuncian la SAP Córdoba (Sección 1ª), 426/2004, de 20 de octubre, la SAP Córdoba (Sección 3ª), 48/2007, de 12 de marzo, la SAP Barcelona (Sección 7ª), 1037/2007, de 28 de noviembre, y el AAP Barcelona (Sección 6ª), 523/2008, de 8 de octubre.

<sup>944</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 57; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 571 y 582, quien admite que caben formas imperfectas de ejecución, pero sólo la tentativa inacabada pues, al considerar esta autora que estamos ante un delito de mera actividad, la acabada –dice-, supondría ya la consumación del delito. En relación con esta conducta en los delitos contra la intimidad, CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 996; JORGE BARREIRO, A.: Capítulo I. Del descubrimiento y revelación. *Op. Cit.*, p. 569. En sentido contrario, ANARTE BORRALLA, E.: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, pp. 54-55 y 56, quien defiende que las diversas acciones punibles comportan el efectivo descubrimiento, en este caso, de la intimidad, dando lugar a tentativa los casos de apoderamiento sin descubrimiento.

<sup>945</sup> NIETO MARTÍN, A.: Artículo 197. *Op. Cit.*, p. 473.

<sup>946</sup> De esta opinión es también ANARTE BORRALLA, E.: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, p. 56, quien afirma que para que se dé la consumación se necesita, “además de la instalación y puesta en marcha del artificio, que se capte el sonido o la imagen”. También en este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 536; MUÑOZ CONDE, F.: DP.PE. *Op. Cit.*, p. 236, quien afirma que “para la consumación no es suficiente con la instalación de los aparatos de interceptación o grabación, sino que es preciso, además, que se capte el sonido o la imagen”.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

interceptar una llamada que no llega a producirse o la puesta en marcha de alguno de los citados programas maliciosos, sin que lleguen a ejecutarse, no podrían dar lugar a la consumación del delito, pues en ningún momento habría llegado el sujeto a tener el control sobre la información. Por último, en relación con la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, también la mera colocación de éstos, sin que llegue a captarse información alguna, constituyen formas imperfectas de ejecución. Así, son sólo actos ejecutivos la colocación de un micrófono en una sala sin que la reunión haya tenido lugar o el llevar una cámara oculta en la chaqueta, cuando no se ha accedido aún al lugar donde se encuentra la información protegida.

Por otro lado, el bien jurídico protegido ha sido identificado con la propiedad de bienes inmateriales, en este caso, de los secretos de empresa, la cual está definida por la facultad de aprovechamiento en exclusiva que de aquella se deriva. Pues bien, siendo este el objeto de tutela, **la lesión del mismo viene constituida por el propio acto de apoderamiento** de secretos de empresa<sup>947</sup>. Es este último el que ya lesiona la exclusividad que se protege con la tipificación de los delitos relativos a secretos de empresa o de la facultad de aprovechamiento que la propiedad le confiere, pues ésta, como un aspecto potencial derivado de aquella, es arrogada por el sujeto activo del espionaje.

De esta forma, el legislador no está protegiendo *de lege lata*, como sin embargo defiende la mayor parte de la doctrina<sup>948</sup>, un peligro a la capacidad competitiva de la empresa o a la competencia. Así, este sector doctrinal afirma que dicha conducta típica constituye, contemplada en su globalidad, una ejecución imperfecta elevada a la categoría

---

<sup>947</sup> En sentido contrario, CASTRO MORENO, A.: Espionaje industrial y secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 53, quien apunta que "...lo relevante a los efectos de su protección penal por estos delitos, no es el descubrimiento (en el sentido de conocimiento o acceso) de una información que no se pretende revelar ni usar con posibles perjuicios para el titular de la misma (...), sino precisamente el daño potencial que su uso por parte del posible beneficiario de la revelación puede ocasionar a la empresa titular"; ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, pp. 273-274.

<sup>948</sup> Defienden que estamos ante un delito de peligro, entre otros, ESTRADA I CUADRAS, A.: *Ibidem*, p. 269; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, pp. 236-237, quien afirma que, desde que se realiza la conducta típica, la capacidad competitiva de la empresa en el mercado va a estar en peligro, al estar fuera del círculo de personas legitimadas para conocer la información confidencial y puesto que la conducta tiene una carga económica importante, lo cual genera el riesgo de que la persona que comete la conducta explote el secreto de algún modo (pp. 241-242); MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 57; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 555, 565, 569 y 581, quien defiende que estamos ante delitos de peligro hipotético.

de delito independiente<sup>949</sup>. Partiendo de un concepto de peligro como noción referencial respecto a la lesión<sup>950</sup>, si se estimara que con el apoderamiento se da dicho peligro respecto a la competencia, éste se entendería, en palabras de Hirsch como una “situación peligrosa permanente” para la misma<sup>951</sup>, por el estado de inseguridad o incertidumbre que crea en el titular del secreto empresarial para su actividad competitiva<sup>952</sup>.

Sin embargo, son varias las razones que nos llevan a afirmar que no concurre tal peligro, sino una efectiva lesión del bien jurídico con la conducta de apoderamiento de un secreto de empresa. En primer lugar, en consonancia con los tipos previstos en los artículos 279 y 280 CP, el motivo incriminador del legislador ha sido precisamente evitar accesos, directos o indirectos, de terceros no autorizados. De ahí que reciba la misma pena, prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, un sujeto que se ha apoderado de manera ilegítima del secreto (artículo 278.1 CP) que el que la conoce lícitamente pero la revela a un tercero (artículo 279.1 CP). En este último caso, el sujeto no lesiona de manera personal la exclusividad que la propiedad sobre el secreto otorga a su titular, sino que lo hace de forma indirecta, al transmitírselo a un tercero.

En segundo lugar, muestra de que no es la competencia el bien jurídico protegido es el papel secundario o adicional que el legislador otorga a la utilización del secreto, castigada con menor pena únicamente cuando el propio sujeto que legítimamente conoce la información la realiza y sólo en provecho propio (artículo 279.2 CP). De esta forma, lo que pretende castigarse son las intromisiones ilegítimas en la esfera de exclusión del

---

<sup>949</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ibidem*, p. 57. Siguiendo a este autor también, FARALDO CABANA, P.: Las Nuevas Tecnologías. *Op. Cit.*, p. 235.

<sup>950</sup> ESCRIVÁ GREGORI, J. M.: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 17. Defiende también que el peligro es un concepto relativo, siendo éste la posibilidad de lesión, por lo que si ésta no se pudiera identificar, tampoco cabría afirmar respecto a la acción que ha supuesto un peligro GARCÍA PÉREZ, O.: El encubrimiento. *Op. Cit.*, p. 55; también así, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, p. 160, quien afirma que “...el peligro es un concepto de referencia en relación al bien jurídico y un concepto de relación: existen estados peligrosos porque éstos pueden desembocar en la lesión”; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 134.

<sup>951</sup> HIRSCH, H. J.: “Sistemática y límites de los delitos de peligro”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año V, núm. 9-10, enero-diciembre 2008, p. 161.

<sup>952</sup> Dicha inseguridad o incertidumbre que generaría la “situación peligrosa permanente” sobre la capacidad competitiva radicaría en que el titular de la información empresarial reservada *ya no puede confiar* en que vaya a seguir manteniendo la facultad de aprovechamiento en exclusiva, derivada de su propiedad sobre el secreto (entendiéndolo el peligro concreto en términos de confianza en la no producción de una lesión SCHÜNEMANN, B.: *Moderne Tendenzen*. *Op. Cit.*, pp. 796 y ss. También este sentido respecto del delito de encubrimiento del artículo 451 CP, GARCÍA PÉREZ, O.: El encubrimiento. *Op. Cit.*, p. 57). De esta forma, se estaría produciendo una crisis o deterioro de la situación del bien, poniendo en tela de juicio su existencia o integridad (GALLAS, W.: “Abstrakte und konkrete Gefährdung”, en *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*, W de G, 1972, p. 176).

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

titular de los secretos empresariales, por constituir éstos bienes inmateriales que le pertenecen.

En tercer lugar, afirmar que existe tal peligro supondría valorar la lesión como el daño económico efectivo derivado de la explotación misma y la repercusión que ello puede tener en la actividad económica que desempeña la empresa y su competitividad en el mercado, lo cual supone retrasar demasiado la lesión del bien jurídico, cifrado en la propiedad.

Por último, esta interpretación viene reforzada por la regulación extrapenal del delito y el contexto en el que éste se ubica, identificado con el ámbito de la competencia económica. Por un lado, la protección que se le confiere en el marco extrapenal tiene carácter amplio al no exigir para que se considere violado un secreto de empresa que tenga lugar en el mercado o con fines concurrenciales (art. 13.3 LCD). Por otro lado, como instrumento competitivo, el secreto de empresa tendrá valor mientras la facultad de aprovechamiento en exclusiva por su titular se lo confiera, lo cual aproxima nuevamente el secreto a los derechos de propiedad industrial<sup>953</sup>. Por ello, el que otros sujetos posean dicha información por apoderarse de ella de forma ilegítima lesiona el bien jurídico por no poder su titular disponer de ella ya de forma exclusiva, sino compartida con aquellos. Teniendo en cuenta, además, el carácter especialmente sensible del secreto, el apoderamiento supondrá que éste pierda toda su razón de ser, impidiendo el restablecimiento de la situación precedente con total seguridad<sup>954</sup>.

### III. EL TIPO SUBJETIVO

El tipo subjetivo se extiende a todas las formas de apoderamiento previstas en el artículo 278.1 CP y contiene un elemento subjetivo de lo injusto que debe acompañar al dolo.

---

<sup>953</sup> En el mismo sentido, DOVAL PAÍS, A.: La intimidad y los secretos de empresa. *Op. Cit.*, p. 115, quien afirma que “lo principal es que la información sea valiosa, pero no sólo por ser secreta, sino por ser exclusiva, por ser propia de la empresa por haber sido obtenida, tratada de una determinada manera o, incluso, recopilada o elaborada según un procedimiento que la hace importante en términos empresariales y que ha requerido la aplicación de una inversión de dinero y de tiempo. Es ésta pues, una idea más próxima a la propiedad industrial cuyas posibilidades puede ser interesante explorar a la vista de las limitaciones que se ponen de manifiesto cuando se observa el *Derecho real* que rige en esa materia”.

<sup>954</sup> Podrán adoptarse medidas para evitar que una información ilegítimamente sustraída se difunda a terceros o se emplee de alguna manera, sin embargo lo cierto es que el titular de la misma ya no puede asegurar que no se haya hecho una copia de la misma antes de su posible devolución o destrucción.

## 1. El dolo

Entendiendo el dolo como la conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo<sup>955</sup>, en el delito de espionaje empresarial previsto en el artículo 278.1 CP, el dolo ha de cifrarse en la conciencia y voluntad del sujeto activo de que se dan varias circunstancias: i) que está sustrayendo información empresarial reservada, poniéndola bajo su dominio o control, ya sea mediante apoderamiento material o intelectual, ya sea empleando medios tecnológicos; ii) que dicha información es ajena, esto es, que no le pertenece; iii) que la sustracción o puesta bajo su dominio o control de la información la realiza tras haber accedido a una esfera de reserva ajena sin autorización para ello, pues si creyera que puede entrar estaríamos ante un supuesto de error de tipo<sup>956</sup>.

El dolo del presente tipo no abarca la conciencia y voluntad de aumentar el número de conocedores del secreto, como apunta Bajo Fernández<sup>957</sup>, salvo el aumento que supone que dicho conocimiento tenga lugar por el propio sujeto activo que de él se apodera. Dicho contenido del dolo, cifrado en ampliar el número de conocedores, pertenecería, sin embargo, al segundo tipo del artículo 278 CP, constituido por la conducta de revelar.

Estamos, por tanto, en este supuesto, ante un delito doloso, lo cual se deduce, además, de la presencia en el tipo de un elemento subjetivo de lo injusto<sup>958</sup>. De ahí que, aun siendo imaginables descubrimientos negligentes, no se prevea el castigo de la imprudencia<sup>959</sup>, cuya punición respecto del tipo del artículo 279 CP se ha planteado por algún autor<sup>960</sup>.

---

<sup>955</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Derecho Penal Español. *Op. Cit.*, p. 188; MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 267.

<sup>956</sup> Ello es así, en la medida en que se entiende que la creencia en la posibilidad legítima de hacerse con la información reservada supone el desconocimiento de uno de los elementos del tipo de injusto que encarna el error de tipo (MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general. Op. Cit.*, p. 278).

<sup>957</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico. Op. Cit.*, p. 543.

<sup>958</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho Penal Español. Op. Cit.*, p. 186, quien afirma que la existencia de elementos subjetivos de lo injusto en algunos delitos presupone la existencia del dolo, pues no se puede dar una intención trascendente o una tendencia a realizar un comportamiento, si la realización de éste no es conocida y querida. En el mismo sentido, ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M.: *Delitos informáticos y delitos comunes. Op. Cit.*, p. 106, quienes afirman que “[m]ediante este elemento subjetivo se impide la posibilidad de castigar la actuación culposa (o con dolo eventual), al propio tiempo que se adelanta la consumación al momento de la apropiación de los datos o documentos, o la utilización de los instrumentos señalados, sin precisarse que efectivamente llegue a desvelarse la información reservada”.

<sup>959</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico. Op. Cit.*, p. 543. Respecto a los delitos relativos a la intimidad, CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Título X. Delitos contra la intimidad. Op. Cit.*, p. 997, respecto del delito del artículo 197.1 CP.

<sup>960</sup> MOLINA GIMENO, F. J.: “Conveniencia político criminal de introducir la modalidad imprudente para complementar la protección penal de los secretos de empresa”, en *Diario La Ley*, nº 7123, 2009.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

## 2. El elemento subjetivo del injusto “*para descubrir un secreto de empresa*”

El apartado primero del artículo 278 CP prevé un elemento subjetivo de lo injusto<sup>961</sup>, adicional al dolo, cifrado en la finalidad de realizar la conducta típica de espionaje, en cualquiera de sus formas, “*para descubrir un secreto de empresa*”<sup>962</sup>.

Siendo la motivación por la que actúa el sujeto un elemento distinto e independiente del dolo<sup>963</sup>, no se estima, como sin embargo afirma Anarte Borralló respecto de dicho elemento en los delitos relativos a la intimidad, que éste suponga un

---

<sup>961</sup> Lo considera elemento subjetivo del tipo la mayor parte de la doctrina. Así, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 534; MORENO CANOVÉS, A. / RUÍZ MARCO, F.: Delitos socioeconómicos. *Op. Cit.*, p. 130; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 52; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 542 y ss.; MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 236, quien apunta, respecto al tipo subjetivo del artículo 197.1 CP, que “[a]demás del dolo, es decir, de la voluntad de apoderamiento de los documentos o efectos que puedan contener secretos, es necesario que el sujeto activo tenga la intención de descubrirlos, lo que constituye un especial elemento subjetivo del injusto, evidenciado en el art. 197 por el uso de la preposición <<para>>”.

<sup>962</sup> La previsión de este elemento subjetivo de lo injusto ha llevado a la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia a defender que el tipo del artículo 278.1 CP es un *delito de intención trascendente*, caracterizado porque pertenece a él un determinado fin perseguido por el autor, en este caso, el de descubrir el secreto de empresa. Y dentro de dicha categoría se sostiene que éste constituye un *delito mutilado de dos actos*, caracterizado porque dicho fin se exterioriza en un ulterior acto que el sujeto tiene intención de realizar, aunque no se lleve a cabo. De esta opinión en la doctrina, entre otros, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 246; GÓMEZ RIVERO, M. C. (Coord.): Nociones fundamentales. *Op. Cit.*, p. 473; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ibidem*, p. 52; MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, pp. 554-555, respecto al apoderamiento y p. 581, respecto a la interceptación telecomunicaciones y la utilización artificios técnicos. En la jurisprudencia defienden esta posición la STS (Sala de lo Penal), 1607/2000, de 16 de febrero, que afirma que no en balde, la norma emplea la preposición <<para>> en el sentido de <<tener intención>> de revelar secretos, de tal manera que si no se prueba esa intencionalidad la acción deviene atípica; la SAP Córdoba (Sección 1<sup>a</sup>), 426/2004, de 20 de octubre, estimando que el apoderamiento constituye el momento consumativo del tipo básico, y que el conocimiento efectivo constituye sólo un engarce lógico con la conducta del párrafo segundo (aunque esta sentencia es incoherente, pues se posiciona también a favor de la opinión contraria); o también el AAP Vizcaya (Sección 6<sup>a</sup>), 235/2005, de 27 de abril, el AAP Barcelona (Sección 9<sup>a</sup>), 441/2006, de 18 de abril, el AAP Castellón (Sección 1<sup>a</sup>), 270/2006, de 15 de mayo, la SAP Barcelona (Sección 7<sup>a</sup>), 1037/2007, de 28 de noviembre o, por último, la SAP Badajoz (Sección 1<sup>a</sup>), 4/2016, de 1 de febrero, que lo define como delito tendencial. En sentido contrario, otro grupo de resoluciones lo considera un delito de tendencia interna intensificada, parafraseando en su definición a PRATS, J. M.: Descubrimiento y revelación de secretos. *Op. Cit.*, p. 192, quien afirma que “[l]a caracterización finalista del art. 278.1 “*para descubrir un secreto de empresa*” otorga al presente precepto la caracterización de un delito de tendencia interna intensificada, en donde la acción debe de estar presidida por la voluntad de descubrimiento, lo cual exige que el ánimo sea previo o coetáneo a la realización del comportamiento típico. Ello obliga a concluir que el apoderamiento desprovisto de la voluntad de descubrimiento es atípico. Por tanto, los descubrimientos fortuitos no son subsumibles en el tipo penal, desplegando así dicho elemento subjetivo del injusto la función selectiva y restrictiva a la cual hacíamos antes mención”. Esta opinión es seguida por el AAP La Rioja 148/2001, de 23 de octubre, la SAP Córdoba (Sección 1<sup>a</sup>), 426/2004, de 20 de octubre (que también defiende la postura precedente), la SAP Córdoba (Sección 3<sup>a</sup>), 48/2007, de 12 de marzo, la SAP Barcelona (Sección 7<sup>a</sup>), 1037/2007, de 28 de noviembre, así como el AAP Barcelona (Sección 6<sup>a</sup>), 523/2008, de 8 de octubre. Curiosamente, este grupo de resoluciones, con la salvedad de la primera de ellas, es el mismo que defiende que este tipo constituye un delito de peligro que adelanta las barreras punitivas, excluyendo las formas imperfectas de realización del delito.

<sup>963</sup> PRIETO DEL PINO, A. M.: El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada. *Op. Cit.*, p. 385.

dolo *reduplicado*<sup>964</sup>, pues la carga subjetiva de dicho elemento constituye precisamente la motivación o finalidad con que el sujeto se apodera del secreto empresarial, que va más allá de la intención de apoderarse sin más.

El elemento subjetivo de lo injusto cumple diversas funciones en el tipo, como la de ayudar a describir el injusto específico ante la imposibilidad de hacerlo sólo a través de elementos objetivos<sup>965</sup>, la función delimitadora respecto de otras figuras afines, facilitando la resolución de problemas concursales<sup>966</sup> o la de ejercer una función restrictiva<sup>967</sup>. Esta última, como vimos al tratar los límites a la inmaterialidad del apoderamiento, es una de las funciones que cumple el elemento subjetivo de lo injusto en el presente delito, restringiendo su aplicación. De esta forma, es necesario que este elemento cumpla su función correctamente, resultando así útil para la interpretación de los tipos y su aplicación en el proceso penal.

Sin embargo, la interpretación que se hace del término “descubrir” no es pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia, existiendo varias posturas relacionadas con el mismo que hacen que este elemento tenga carácter perturbador. Las posiciones mantenidas hasta ahora por la jurisprudencia son fundamentalmente dos: por un lado, que el elemento subjetivo “*para descubrir un secreto de empresa*” se interpreta como “ánimo de conocer”; y, por otro lado, que aquél se entiende como “ánimo de revelar” dicho secreto. A estas dos posturas, también mantenidas por la doctrina, un sector de ésta añade una tercera, cifrada en el “ánimo de revelar y utilizar” la información revelada.

---

<sup>964</sup> ANARTE BORRALLO, E.: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, p. 57, quien apunta que el precepto aparece configurado con cierta carga subjetiva, pero no tanta –añade–, como para imponer un dolo *reduplicado*. Finaliza afirmando que “[c]on todo, el elemento subjetivo incuestionado, la intención descubridora o vulneradora, es demostrativo, en ambos casos, de un exclusivo dolo directo e incompatible con el eventual. Su presencia es, en cualquier caso, un requisito típico imprescindible, que de no darse haría atípicos los hechos. Esta conclusión se puede obtener aunque no se convierta al tal elemento subjetivo en centro de gravedad del precepto”. La cursiva es de la autora.

<sup>965</sup> Ver la cuestión relativa al surgimiento del tipo subjetivo en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Derecho Penal Español. *Op. Cit.*, p. 185.

<sup>966</sup> GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L.: Delincuencia económica e informática. *Op. Cit.*, p. 275; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 56; MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, pp. 411-412; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 853; PRATS, J. M.: Descubrimiento y revelación de secretos. *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>967</sup> MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, p. 543, siguiendo la opinión de MORALES PRATS, F.: *Ibidem*. Asimismo, esta función restrictiva es puesta de manifiesto por alguna resolución, como la SAP Córdoba (Sección 1ª), 426/2004, de 20 de octubre, que establece que, si bien no existe restricción objetiva alguna en relación con los medios descritos en el tipo para el apoderamiento, el elemento subjetivo sí que restringe tal concepto, en atención a la intencionalidad que preside la acción. También así, PRATS, J. M.: Descubrimiento y revelación de secretos. *Op. Cit.*, p. 190.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Empezaremos por las que más problemas plantean, para acabar con la que se asume en este trabajo.

## 2.1. Finalidad de descubrir como ánimo de revelar

Una de las concepciones de la finalidad de descubrir, mayoritaria entre la jurisprudencia<sup>968</sup> y con poco protagonismo entre la doctrina<sup>969</sup>, es la que la equipara al ánimo de revelar el secreto de empresa.

Esta interpretación parece proceder de la anterior regulación del presente delito, recogida en el artículo 499 del Código penal de 1973, cuyo texto castigaba a “*El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño **descubriere** los secretos de su industria...*”. Aquí “descubrir” era interpretado como “revelar”, siendo de hecho ésta la única conducta castigada entonces.

Sin embargo, los antecedentes legislativos no son los únicos responsables de esta exégesis del elemento subjetivo. La misma se confirmó con la primera resolución sobre delitos relativos a secretos de empresa tras la reforma de los tipos que tuvo lugar con el Código penal de 1995, la SAP Alicante (Sección 1ª) 891/1998, de 19 de diciembre. Esta sentencia fue la que abrió esta línea jurisprudencial, pero hay que considerar que en este caso dicha interpretación vino condicionada por un error judicial, pues se pretendía aplicar el tipo del artículo 278.1 CP, y no el del 279 CP, a un sujeto que ya conocía de

---

<sup>968</sup> En este sentido se pronuncian resoluciones como la SAP Alicante (Sección 1ª) 891/1998, de 19 de diciembre; la STS (Sala de lo Penal) 1607/2000, de 16 de febrero; la SAP Barcelona (Sección 7ª), 104/2000, de 11 de febrero; la SAP Córdoba (Sección 1ª), 426/2004, de 20 de octubre; el AAP Vizcaya (Sección 6ª), 235/2005, de 27 de abril; la SJP n. 1 Terrassa 20/2006, de 1 de febrero, que erróneamente afirma que se trata de un delito de resultado cortado, confundiendo éste con el mutilado de dos actos; el AAP Barcelona (Sección 9ª), 441/2006, de 18 de abril; el AAP Castellón (Sección 1ª), 270/2006, de 15 de mayo; la SAP Córdoba (Sección 3ª), 48/2007, de 12 de marzo; la SAP Barcelona (Sección 7ª), 1037/2007, de 28 de noviembre; el AAP Murcia (Sección 5ª), 195/2007, de 18 de septiembre; la SAP Zaragoza (Sección 3ª), 564/2008, de 16 de octubre; la SAP Sevilla (Sección 7ª), 516/2011, de 30 de diciembre.

<sup>969</sup> Pocos autores, respecto a la postura anterior, parecen adherirse a esta concepción. Uno de ellos parece ser Castro Moreno, como apunta MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 54. Sin embargo, en mi opinión, dicho autor se posiciona a favor de la tercera de las interpretaciones, que el propio Martínez-Buján mantiene, y que se verá a continuación. En cualquier caso, en efecto resulta ambigua su opinión, pues defiende que “el conocimiento o el acceso al secreto de empresa, si no fuera acompañado de la intención de emplearlo (revelarlo) en perjuicio de la misma, carecería de relevancia en cuanto a la lesión del bien jurídico protegido en estos delitos. Por ello, se debe entender que el verbo <<descubrir>> empleado por el precepto (<<para “descubrir” un secreto de empresa>>), debe interpretarse en el sentido de poner al descubierto o de revelar” (CASTRO MORENO, A.: Espionaje industrial y secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 53).

forma lícita la información comercial reservada, por lo que el elemento subjetivo en ningún caso podía identificarse con el ánimo de conocer.

Además de lo anterior, el propio precepto, en su configuración actual, abona en cierta medida dicha interpretación. Así, el artículo 278 CP sólo castiga junto al tipo básico de apoderamiento de secretos de empresa, el agravado de revelación, por lo que la jurisprudencia da por sentado que quien se apodera tiene que pretender realizar la segunda conducta penada en dicho precepto. A mi juicio, esto constituye un lastre que arrastran los tipos relativos a los secretos de empresa dada su equiparación a los delitos contra la intimidad, donde la conducta de revelación constituye la mayor lesión del bien jurídico protegido, y el apoderamiento de información tiene, por ello, que ir destinado a su revelación o conocimiento por un tercero, a diferencia de los presentes tipos donde, además, la conducta de utilización tiene un papel sumamente relevante, que el legislador no ha reconocido.

Pues bien, una interpretación literal permite sostener esta concepción<sup>970</sup>. Sin embargo, a mi juicio hay razones para descartarla. En primer lugar, la citada redacción del precepto cambió sustancialmente con el Código penal de 1995, siendo la actual contraria a la concepción de la finalidad de descubrir como ánimo de revelar por dos motivos fundamentalmente. Por un lado, porque la previsión expresa de tipos delictivos de revelación de secretos de empresa (artículos 278.2 y 279.1 CP), que eluden ya el empleo del término “descubrir”, muestra una mayor precisión en la redacción de los tipos. Y, por otro lado, porque el texto del artículo 284 del Proyecto de 1992, a diferencia de lo que finalmente se aprobó, castigaba a “*El que, para descubrir o revelar un secreto de empresa evaluable económicamente y que comporte ventajas competitivas, se apodere de documentos, soporte informático u otros objetos, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el artículo 198...*”<sup>971</sup>. De ahí se deduce que el legislador decidió finalmente omitir la referencia a “revelar” en el elemento subjetivo del tipo, lo cual lleva a pensar que su alusión resultaba inapropiada, pudiendo interpretarse el término

---

<sup>970</sup> La definición de “descubrir” en el Diccionario de la Real Academia Española puede identificarse con “revelar” en su acepción primera, que define dicho término como “*Manifiestar, hacer patente*” (<http://dle.rae.es/?w=descubrir&o=>), así como en la propia definición de “revelar”, cuyo significado primero la define como “*Descubrir o manifiestar lo ignorado o secreto*” (<http://dle.rae.es/?w=revelar&o=h>).

<sup>971</sup> Este es el actual artículo 197 CP, remisión que se mantiene en la redacción actual. En la redacción del entonces artículo 198 PCP 1992, el elemento subjetivo del tipo venía constituido por la fórmula “...*para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro...*”, mientras que, como he dicho, el artículo 284 PCP 1992 (actual art. 278 CP), aludía a “...*para descubrir o revelar...*”, quedando finalmente reducida dicha referencia a “*descubrir*” y omitiendo “*revelar*”, como ocurría en el tipo relativo a la intimidad.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

“descubrir” de forma amplia, de manera que no sólo incluya la conducta de conocer, sino también la de revelar.

En segundo lugar, esta interpretación pone de relieve que el tipo del art. 278.1 está configurado de forma que queda predispuesto siempre a una futura revelación. En otras palabras, se estaría presumiendo que siempre que un sujeto se apodera de un secreto de empresa sólo tendrá la intención de revelarlo, debiendo ser impune, por ende, los casos en que se constate, por ejemplo, un ánimo de explotarlo por sí mismo. En este sentido se pronuncia también Martínez-Buján Pérez quien, aun compartiendo parcialmente la concepción de la finalidad de descubrir como ánimo de revelar, la considera escasa, estimando que queda todavía una indeseable laguna de punibilidad, no apuntada por la doctrina, que es el “caso en que el autor lleve a cabo el apoderamiento del secreto con ánimo de utilizarlo él mismo”<sup>972</sup>. De ahí que su interpretación amplíe los contornos de dicho elemento.

## 2.2. Finalidad de descubrir como ánimo de revelar y/o utilizar

La finalidad de descubrir entendida como el ánimo de revelar y utilizar el secreto de empresa ha sido la propuesta formulada por Martínez-Buján Pérez<sup>973</sup>, si bien pareciera, aunque con ciertas dudas, que ya mantenía esta postura Castro Moreno<sup>974</sup>. Estos autores fundan su interpretación en la equiparación de las conductas de revelar y utilizar el secreto empresarial como igualmente gravosas para el bien jurídico protegido, por lo que, según su opinión, el apoderamiento de la información debería perseguir la finalidad de realizar alguna de ellas.

De esta forma, a mi juicio, esta exégesis del elemento subjetivo estaría defendiendo algo así como que el sujeto que se apodera de un secreto de empresa lo que

---

<sup>972</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, pp. 54-55.

<sup>973</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>974</sup> CASTRO MORENO, A.: Espionaje industrial y secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 51 y 53, interpretando esta finalidad como la “intención del sujeto que realiza el apoderamiento o la interceptación, de difundir a terceros o utilizar económicamente la información descubierta o sustraída”, lo que le lleva a estimar atípica la conducta del *hacker* que por afición entra en las redes de importantes empresas, sin que le mueva ningún fin determinado de perjudicar a esa empresa descubriendo sus secretos, o la de quien por simple curiosidad descubre los secretos de la empresa”. En el mismo sentido, opinión que sigue Castro Moreno, MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E.: “Artículo 278”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi – Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 853.

pretende sería comportarse como su legítimo propietario, pudiendo realizar actos de disposición sobre él que pudieran repercutir en provecho propio o de un tercero<sup>975</sup>.

La bondad de esta propuesta reside en la consideración del valor de la conducta de utilización para los secretos de empresa, en general, y el espionaje empresarial, en particular. Así, es cierto que lo que más temen las empresas es el aprovechamiento de sus secretos por personas no autorizadas para ello y que esta puede ser sin duda una de las finalidades que persiga el sujeto que comete el tipo<sup>976</sup>. Además, evitar el aprovechamiento ilegítimo del secreto de empresa por terceras personas, principalmente competidores del titular del mismo, es el motivo (*ratio legis*) que lleva a crear los tipos de apoderamiento y revelación de secretos de empresa.

Sin embargo, el reflejo de esta conducta en el elemento subjetivo de lo injusto no parece satisfactorio por varios motivos. En primer lugar, atendiendo al principio de legalidad, de la referencia típica al verbo “descubrir” no se desprende en ninguna de sus acepciones la idea de utilización, por lo que difícilmente puede interpretarse el elemento subjetivo en dicho sentido. En segundo lugar, desde un sentido práctico, hay que tener en cuenta que la efectiva realización de actos de disposición sobre el secreto queda fuera del tipo del artículo 278.1 CP<sup>977</sup>, por lo que difícilmente podrá acreditarse dicho ánimo, haciendo de este un tipo impracticable, retrasando demasiado la consumación o imposibilitándola. Así, nadie reconocería que se está llevando un soporte físico, virtual o que se ha apoderado de cualquier otro modo de información empresarial reservada para explotarla.

---

<sup>975</sup> Podría interpretarse como una suerte de “animus rem sibi habendi”, similar al que prevé el delito de apropiación indebida, a pesar de que en el que es objeto de estudio ello no conlleva necesariamente desapoderar al titular del bien.

<sup>976</sup> Así, a título de ejemplo, puede pensarse el supuesto en el que el comercial de una empresa, espionando a la de la competencia mediante la intervención de sus telecomunicaciones, utiliza la información relativa a su futura campaña de marketing para adelantar la suya, a partir de las ideas obtenidas a través del espionaje; o en el que el pintor que ha conseguido apoderarse de un disco duro externo de la fábrica para la que estaba trabajando, logrando dar con una fórmula que vende y explota otra dedicada a la misma actividad industrial; o en el que el jefe de recursos humanos de la empresa X instala un micrófono en la oficina de su homólogo en la empresa Y, tras una visita a éste, y consigue descubrir quiénes son los futuros empleados a los que esta última entrevista y las condiciones que les ofrece, para aprovechar dicha información y contratarlos a mejores condiciones a partir del conocimiento ilegítimo de ésta.

<sup>977</sup> Puede ser que el apoderamiento se materialice finalmente en diferentes comportamientos, dando lugar a otros tipos penales, o no. Así, puede ser que el sujeto activo decida simplemente mantener el secreto bajo su poder por si en un futuro puede sacarle partido, quedándose sólo en la conducta del artículo 278.1 CP o bien que realice futuros comportamientos como la revelación del secreto empresarial, a través de una donación del mismo o su venta, supuesto castigado en el artículo 278.2 CP, o su aprovechamiento o explotación, conducta penalmente impune, quedando la vía civil a través del artículo 13 LCD.

### 2.3. Finalidad de descubrir como ánimo de conocer

La mayoría de la doctrina considera que la finalidad de descubrir un secreto de empresa que prevé el tipo del artículo 278.1 CP debe interpretarse como el ánimo de conocer dicho secreto por parte del sujeto activo<sup>978</sup>. Sin embargo, esta interpretación no ha calado tanto en la jurisprudencia, donde al parecer sólo dos resoluciones la defienden, que son la SAP Barcelona (Sección 2ª), 253/2006, de 9 de marzo<sup>979</sup> y la SAP Sevilla (Sección 1ª), 593/2007, de 19 de octubre<sup>980</sup>.

---

<sup>978</sup> ANARTE BORRALLA, E.: “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al derecho penal en la sociedad de la información”, en Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento, nº1, 2001, p. 243; FARALDO CABANA, P.: Las Nuevas Tecnologías. *Op. Cit.* pp. 247-248; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mª T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 246; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 544-545, si bien considera esta autora que dicha interpretación da lugar a lagunas indeseables y que, por tanto, el elemento subjetivo precisa una reforma. Asimismo apunta la citada autora que el elemento subjetivo “descubrir” cobraba sentido en la anterior regulación, no ahora. Respecto al delito de apoderamiento en el ámbito de la intimidad (art. 197.1), mantienen también esta opinión CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 996, quienes defienden, que “el sujeto activo ha de apoderarse del secreto <<para>> descubrirlo, esto es, con la finalidad de conocer algo reservado” y que en el caso en que alcanzara a la intención de revelar el secreto, estaríamos ante el tipo agravado; JORGE BARREIRO, A.: Capítulo I. Del descubrimiento y revelación. *Op. Cit.*, p. 569; MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 410. También así, jurisprudencia minoritaria como, por ejemplo, la SAP Alicante de 19 de diciembre de 1998, casada por la STS de 16 de febrero, la cual absolvió al condenado por ausencia del elemento subjetivo de intención de revelar secretos. <sup>979</sup> Esta sentencia condena a la acusada por un delito del art. 278.1 CP, por realizar una copia de los archivos relativos a ofertas estudiadas para nuevos concursos públicos, de interés para la competencia, destruyendo además la existente en la empresa. En este supuesto, el elemento subjetivo que alude a “descubrir” es interpretado como “conocer”. Así, afirma la sentencia que la finalidad de “descubrir” los secretos de empresa viene determinada por el hecho de que la acusada no se limita a causar un daño mediante la destrucción del archivo, sino que hace una copia del mismo en un diskette llegando al *conocimiento* de unos datos para lo que no tenía derecho alguno al no pertenecer ya a la empresa ni constando que tuviera relación directa con el trabajo que había venido efectuando en la misma, siendo dicha intención suficiente para integrar el tipo penal, pues en caso de una efectiva *comunicación* a terceros nos encontraríamos ante el subtipo agravado recogido en el apartado 2 del mismo art. 278. Distinguiendo conocimiento de comunicación, se infiere que aquí “descubrir” es entendido como “conocer”.

<sup>980</sup> Esta sentencia condena por un delito del artículo 278.1 CP al acusado, quien habiendo firmado un contrato de obra o trabajo determinado con la empresa querellante, una clínica dedicada a tratamientos de estética y adelgazamiento, para la actualización de la base de datos de sus pacientes, se apoderó del listado de clientes en soporte informático, logotipo y fotografías de algunos empleados, para publicarlo posteriormente en una página web que el propio acusado creó. La sentencia en este caso consideró que la finalidad típica de este precepto, cifrada en “descubrir un secreto de empresa”, debía identificarse con la finalidad de entrar en conocimiento de ello. Dice además esta última, que “lo que ha de quedar acreditado es la voluntariedad de que la acción de apoderamiento de los datos tiene precisamente como finalidad la de entrar en conocimiento de ello, sin que el motivo de esta actuación o *la finalidad de segundo grado que se pretenda tras el descubrimiento* se configure ya como requisito del tipo”. En mi opinión, resulta paradójico este posicionamiento de la sentencia, cuando ésta finalmente adopta una calificación jurídica errónea de los hechos, los cuales, constitutivos de un delito de revelación de secretos de empresa, tipificado en el artículo 278.2 por haber sido los datos de los pacientes de la clínica publicados en una página web, aplica al autor de dicha publicación la pena del delito del párrafo primero, que castiga el apoderamiento de datos para descubrir un secreto de empresa.

Resulta llamativa la opinión de Morales Prats en relación a los delitos relativos a la intimidad, donde se prevé también un elemento subjetivo de contornos parecidos en el tipo del artículo 197.1 CP, que castiga a quien se apodere de determinados documentos o efectos personales, intercepte telecomunicaciones o utilice artificios técnicos “...*para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro...*”. Este autor defiende que “[e]l efectivo descubrimiento de la intimidad documental de otro, tan sólo juega un papel de engarce de este tipo básico con el tipo agravado de difusión o revelación tipificado en el núm. 3 del artículo 197”, siendo el efectivo conocimiento “un elemento que se sitúa extramuros de la perfección del tipo básico expresado en el artículo 197.1”<sup>981</sup>. Así, el autor acaba afirmando que el papel de hiato o elemento de engarce con el tipo agravado de difusión, revelación o cesión de datos o hechos de otro se interpreta de tal forma, porque “no se puede revelar o difundir lo que previamente no se ha descubierto o conocido de forma efectiva”<sup>982</sup>. Siguiendo esta postura en relación al artículo 278.1 CP, dice Morón Lerma que el descubrimiento del secreto de empresa actuaría a modo de elemento de engarce con el tipo agravado de difusión, revelación o cesión del secreto descubierto del artículo 278.2 CP<sup>983</sup>.

En mi opinión, dicho papel de engarce al que aluden estos autores tiene un carácter meramente instrumental, y ni siquiera necesario, en el delito de espionaje empresarial del artículo 278.1 CP. Dicho papel lo tendría, en todo caso, la referencia del párrafo 2 del artículo 278 CP a los “*secretos descubiertos*” y lo único que demuestra es que el sujeto que se hace con el secreto de empresa, en virtud del párrafo 1 del artículo 278 CP es el mismo que puede cometer la conducta de revelación, prevista en el párrafo 2. Respecto a la exigencia de conocimiento para su posible difusión, estos términos sólo operan, como se verá, en la medida en que se hace necesario tener la información en su poder para poder transmitirla, pero no necesariamente conocerla *de facto*, pues pueden imaginarse casos en los que se transmite información cuyo contenido se desconoce<sup>984</sup>. Es más, el sujeto que sustrae la información reservada puede ser conocedor del valor empresarial de ésta, pero

---

<sup>981</sup> MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 410. En este sentido también, ANARTE BORRALLO, E.: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, p. 56, quien considera dicha función que se le atribuye como muy sugestiva. Entiende también el conocimiento como un engarce lógico la SAP Córdoba (Sección 1ª), 426/2004, de 20 de octubre.

<sup>982</sup> MORALES PRATS, F.: *Ibidem*, p. 411.

<sup>983</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 554-555.

<sup>984</sup> Tal puede ser el caso de información que se encuentra escrita en otro idioma o que, por su complejidad técnica, no puede ser comprendida por un sujeto concreto, quien sin embargo sí puede ser consciente del valor de la misma para transmitirla.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

no así de su contenido, teniendo así los datos necesarios para negociar con ella, por ejemplo, y no siendo imprescindible que llegue a saber de qué trata la misma. Del mismo modo, puede darse la situación contraria, esto es, que conozca su contenido, sin que ello signifique, sin embargo, que conoce sus cualidades<sup>985</sup>.

Martínez-Buján Pérez critica esta concepción de la finalidad de descubrir entendida como ánimo de conocer<sup>986</sup>, citando precisamente dos casos que la propia Morón Lerma, defensora de esta interpretación, menciona como muestra de las posibles lagunas a las que la misma da lugar. El primero sería el del “sujeto que se apodera de un archivo <<sin intención de conocerlo>>, para poder negociar con él al cabo de un tiempo o, simplemente, para destruirlo y así perjudicar a la empresa”<sup>987</sup>. El segundo vendría dado por el supuesto del artículo 279 CP, en el que los sujetos acceden a la información de forma lícita y se apoderan de ésta de forma “abusiva” – en términos de la autora – cuando ya no debían acceder a dicha información, para su posterior divulgación o utilización ilícitas<sup>988</sup>. Pues bien, existen varias objeciones a realizar a dichos supuestos, que en realidad no generarían lagunas de punibilidad.

En el primer caso, cabe responder, con un sector de la doctrina, que la finalidad de descubrir debe interpretarse, no sólo como un *ánimo de conocer*, sino también como *poner en conocimiento de otro*<sup>989</sup>. El sentido literal del término avala también esta interpretación<sup>990</sup>, sin embargo, debe exigirse algo más que una simple actividad curiosa<sup>991</sup>. Así, el conocimiento al que se refiere el término “descubrir” del elemento

---

<sup>985</sup> En este sentido, en relación con la información privilegiada en el mercado de valores, PRIETO DEL PINO, A. M.: El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada. *Op. Cit.*, p. 384.

<sup>986</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>987</sup> MORÓN LERMA, E.: El Secreto de Empresa. *Op. Cit.*, p. 307, nota 27.

<sup>988</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 544-545, 576 y 597 y ss.

<sup>989</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 534, quien afirma que “[o]bra con **ánimo de descubrir** (*animus scienci*) aquel que persigue introducir en el ámbito de conocimiento del secreto a alguna persona, lo que se consigue tanto si es el autor quien trata de conocer el secreto como si entrega el objeto –el soporte informático, por ejemplo– a un tercero sin abrirlo” (la negrita es de los autores). En relación con los delitos relativos a la intimidad mantiene esta posición también MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 236, quien afirma que “[l]a intención de descubrir puede entenderse tanto como intención de revelar a otros como de saber para sí, por lo que el delito se comete también cuando el que se apodera de la carta se la entrega a un tercero sin leerla personalmente”.

<sup>990</sup> La definición de “descubrir” en el Diccionario de la Real Academia Española puede identificarse con “conocer” en su quinta acepción, donde se define como “*Venir en conocimiento de algo que se ignoraba*”, sin atribuir ningún sentido personal al mismo (<http://dle.rae.es/?w=descubrir&o=>).

<sup>991</sup> Como apunta la SAP Valencia (Sección 5ª), 151/2002, de 19 de junio, el tipo del artículo 278.1 CP “no castiga una simple actividad curiosa de quien logra saber de los secretos de la empresa ajena”, sino que esta actividad ha de realizarse con una finalidad, que debe quedar adecuadamente reflejada en el tipo. Esta resolución continua diciendo, que quien realiza tal actividad, lo hace para incidir en perjuicio de la víctima,

subjetivo debe distinguirse del que puede tener lugar con la propia conducta típica en los supuestos de captación intelectual o en algunos en los que se emplean medios técnicos. Este último sería un *conocimiento en sentido formal*, cifrado en la aprehensión de los significantes del secreto, de sus soportes lingüísticos o numéricos, pero no necesariamente de su sentido. Dicho conocimiento formal, es distinto del que prevé el elemento subjetivo, que debe ser entendido *en un sentido material*, como la comprensión de su sentido o el desentrañar su contenido, algo que no exige el tipo para su consumación. Un ejemplo puede ayudar a entender esta diferencia. Un sujeto capta determinada información en otro idioma que no conoce o memoriza una fórmula química sin tener conocimientos en la materia. Con dicha captación el sujeto habría cometido el tipo de espionaje, pero ello no significa que haya conseguido la finalidad que perseguía con su conducta. Su mero conocimiento formal podrá dar lugar a una transmisión del mismo, pero es el material o la comprensión del mismo en todos sus aspectos el que permitiría una potencial explotación del secreto, bien por el sujeto que se apodera de él, bien por un tercero. Esta interpretación del significado de “descubrir” supone una afección a la confidencialidad de la información empresarial que puede repercutir en su exclusividad e incluye los supuestos en los que el sujeto se apodera del secreto para revelarlo a un tercero o para que éste o el propio sujeto activo lo comprendan y puedan eventualmente explotarlo. Respecto a la finalidad de destruir el secreto que menciona la autora, como se verá más adelante, ésta no daría lugar a un delito de espionaje empresarial, sino de daños<sup>992</sup>, por lo que el apoderamiento de un secreto empresarial para destruirlo no es un supuesto abarcado en ningún caso por el artículo 278.1 CP<sup>993</sup>, siempre que quien lo destruya no haya previamente desentrañado su contenido para revelarlo o explotarlo posteriormente.

---

en los intereses del mercado de la empresa investigada o, en todo caso, que los secretos descubiertos puedan servir para dicho fin.

<sup>992</sup> Si bien la finalidad de alterar o destruir la información empresarial de la que se ha apoderado un sujeto podrá lesionar también la propiedad del titular del secreto, ésta no queda abarcada por el elemento subjetivo, constituyendo un delito de daños genérico (si la modalidad de ataque se enmarca en el tipo del artículo 263.1 CP, porque se trate de documentos escritos o soportes materiales) o de sabotaje informático (por la vía de los artículos 264 o 264 bis CP, si son datos o programas informáticos o documentos electrónicos, o sistemas informáticos, respectivamente).

<sup>993</sup> Propugna, sin embargo, la introducción de un elemento subjetivo de lo injusto *de lege ferenda*, que abarque el ánimo de destruir, explotar o revelar el secreto de empresa, ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, p. 65. En el mismo sentido MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 548, quien defiende la necesidad de introducir un elemento subjetivo de contornos similares al que establece la LCD.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

En el segundo supuesto, en mi opinión, y aun a falta de un análisis más profundo que excede las pretensiones de este trabajo, la discusión gira en torno a la aplicación del tipo del artículo 279 CP. Así, en primer lugar, quien ha accedido de forma lícita a la información no puede ser sujeto activo del delito de apoderamiento de secretos de empresa del artículo 278 CP; y, en segundo lugar, los citados hechos, representados por el aprovechamiento de dicha información, darían lugar más bien a un delito de utilización en provecho propio del artículo 279.2 CP, consumado o en grado de tentativa<sup>994</sup>.

Por todo ello, en mi opinión, esta interpretación que cifra la finalidad de descubrir un secreto de empresa como ánimo de conocerlo resulta la más convincente de todas si se entiende en los términos ya aludidos y no como un simple ánimo de conocer sólo por el sujeto que se apodera de la información. De esta forma constituiría un elemento útil en su papel limitador de la inmaterialidad a la que lleva la interpretación de la conducta típica.

### 3. La prueba del tipo subjetivo

La prueba del dolo en el delito de apoderamiento de secretos de empresa previsto en el artículo 278.1 CP, así como la del elemento subjetivo del injusto, resultan cuestiones especialmente problemáticas. Una revisión de la jurisprudencia permite encontrar numerosos supuestos en los que se da una resolución absolutoria por resultar los hechos huérfanos de prueba de cargo bastante<sup>995</sup>.

---

<sup>994</sup> Este caso fue el que se contempló en la SAP Alicante (Sección 1ª) 891/1998, de 19 de diciembre, que condenó a una pena de dos años de prisión y multa de doce meses, por un delito del artículo 278.1 a Julián, empleado contratado por la empresa denunciante, <<Sotienabier, S. L.>>, para realizar un sistema informático de gestión y control de las distintas tiendas de la mercantil, que albergara datos comerciales de la empresa, unos de carácter secreto y otros no. Una vez resuelto su contrato, Julián se llevó la información que ingresó en la base de datos de <<Sotienabier, S. L.>>, incorporando la de carácter general y público conocimiento al sistema informático que instaló en un comercio, vinculado a él y creado tras el cese de su actividad en <<Sotienabier, S. L.>> y que era igual, aunque ligeramente mejorado, al que instaló en las tiendas de su anterior empresa. Sin embargo, esta resolución fue casada por la STS (Sala de lo Penal) 1607/2000, de 16 de febrero, en la que se aduce que la aplicación del referido delito es improcedente, por faltar la intención de revelar secretos, al ser aquél un delito de carácter <<tendencial>>. De ahí que finalmente la sentencia absolviera a Julián del delito de apoderamiento de secretos de empresa, pues la interpretación del elemento subjetivo como ánimo de conocer en un supuesto como el presente no es coherente, condicionando el entendimiento de la finalidad de “descubrir” como intención de revelar, toda vez que el sujeto activo ya conoce el secreto de empresa. En mi opinión, aun cuando la discusión jurisprudencial girara en torno a la aplicación del tipo del art. 278.1 CP, hubiera sido preferible centrarla en el del art. 279.2 CP por los motivos ya expuestos.

<sup>995</sup> En este sentido, entre otras, la SAP Barcelona (Sección 7ª), 104/2000, de 11 de febrero, el AAP Madrid (Sección 7ª) 215/2002, de 7 de mayo, la SAP Valencia 154/2002, de 17 de junio, la SAP Valencia (Sección 5ª), 151/2002, de 19 de junio, el AAP Castellón (Sección 1ª), 270/2006, de 15 de mayo, la SAP Barcelona

Puesto que la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora, a menudo se argumenta en dichos pronunciamientos que la empresa denunciante acredita poco o nada de lo que consta en su declaración, no aportando información detallada o no ofreciendo datos concretos<sup>996</sup>. Sin embargo, no hay que olvidar que la dificultad probatoria de la conducta de apoderamiento de secretos de empresa reside en la naturaleza inmaterial del bien apoderado, lo que da lugar a que en numerosas ocasiones dicho comportamiento apenas deje rastro, ya que, entre otros motivos, no siempre conlleva la desposesión al titular. Ello hace especialmente difícil que la parte acusadora pueda aportar pruebas directas de tal comportamiento ilícito.

La presencia de elementos subjetivos del injusto en el tipo debería contribuir a la resolución de los casos que llegan a los tribunales y no, muy al contrario, a entorpecer el funcionamiento de la maquinaria procesal<sup>997</sup> o llegar rápidamente a absoluciones y sobreseimientos, por no poder acreditarse dicho elemento<sup>998</sup>. Sin embargo, la dificultad probatoria de estos elementos típicos ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, como se ha mencionado ya, por resultar más difusa al reflejar una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar<sup>999</sup>. Por ello, será necesario comprobar la existencia de determinados indicadores objetivos de donde sea posible inferir la decisión de actuar contra un bien jurídico<sup>1000</sup>. Tales indicadores objetivos constituyen la llamada *prueba indiciaria*, donde se parte del pensamiento de que si son ciertos los indicios, también ha de serlo el hecho determinante de la culpabilidad del sujeto<sup>1001</sup>. Este

---

(Sección 8ª), 178/2011, de 28 de febrero, la SAP Vizcaya (Sección 6ª), 821/2011, de 4 de noviembre o la SAP Ciudad Real (Sección 1ª), 19/2012, de 17 de septiembre.

<sup>996</sup> Así ocurría en el AAP Madrid (Sección 7ª) 215/2002, de 7 de mayo, el AAP Castellón (Sección 1ª), 270/2006, de 15 de mayo, la SAP Barcelona (Sección 8ª), 178/2011, de 28 de febrero, la SAP Vizcaya (Sección 6ª), 821/2011, de 4 de noviembre o la SAP Ciudad Real (Sección 1ª), 19/2012, de 17 de septiembre, entre otras.

<sup>997</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, editorial IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, p. 10.

<sup>998</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Los elementos subjetivos del tipo de acción”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº13, 2013, p. 234.

<sup>999</sup> MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. PG. Op. Cit.*, p. 266.

<sup>1000</sup> *Ibidem*, p. 273. Estos autores apuntan, además, que “[e]ntre estos indicadores se cuenta, en primer lugar, el riesgo o peligro para el bien jurídico implícito en la propia acción y, en segundo lugar, la capacidad de evitación del resultado que el sujeto puede tener cuando actúa”; VIVES ANTÓN, T. S. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *DP. PE. Op. Cit.*, p. 355, quienes afirman que en los llamados elementos “internos” la prueba ha de inferirse “de la constelación de circunstancias de toda índole que rodean la realización del hecho”.

<sup>1001</sup> LEAL MEDINA, J.: “La prueba indiciaria o circunstancial en el Derecho Penal. Una prueba esencial para la Jurisdicción criminal. Concepto, requisitos y una clasificación de los indicios más relevantes que manifiestan los diferentes tipos delictivos”, en *Diario La Ley*, Nº 7888, Sección Doctrina, 26 de junio de 2012, Año XXXIII, Ref. D-256, Editorial La Ley, p. 2.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

tipo de prueba juega un papel fundamental en numerosos delitos<sup>1002</sup> y también en el presente, como pone de manifiesto el AAP Madrid (Sección 30<sup>a</sup>), 439/2011, de 18 de julio, al afirmar que la propia naturaleza de estos hechos determina que habrá de acudirse a la prueba indiciaria, cuya valoración conjunta ha de realizarse tras la vista oral.

Existen supuestos en los que resulta claro que no existió dolo de apoderamiento ni intención alguna de desentrañar el contenido de la información empresarial, como ocurrió en el AAP Islas Baleares (Sección 2<sup>a</sup>), 113/2005, de 8 de junio, el cual desestimó el recurso interpuesto contra la previa resolución absolutoria del delito del artículo 278.1 CP, confirmándola, al considerar que se produjo un error en el desvío de un número de fax de una empresa a otra, que ambas habían compartido durante casi diez años. Tras la ruptura comercial, y durante tres días, se desvió el fax, sin que constara acreditado dolo alguno de apoderarse de información, pues dicha situación fue prontamente subsanada y los faxes recibidos en ese periodo, destruidos. En este caso, ambos factores mostraban que el desvío había sido fruto de un error y que en el sujeto no concurría el dolo de apoderarse de secreto de empresa alguno. En otros supuestos, sin embargo, la existencia del mismo no deja lugar a dudas, como el caso sobre el que se pronunció la SAP Asturias (Sección 2<sup>a</sup>), 523/2014, de 18 de noviembre, en el que el Tribunal de instancia llevó a cabo una importante actividad probatoria, basada en el visionado del soporte documental, numerosas manifestaciones de diferente personal de la entidad querellante, así como los razonamientos del perito, que dieron lugar a la condena del acusado. Así, existen supuestos en los que es fácil constatar la presencia de dicho elemento a través de las diligencias realizadas en fase de instrucción, como también apunta el AAP Guipúzcoa (Sección 3<sup>a</sup>), de 30 de septiembre de 2004, según el cual éstas deberían ser, en primer lugar, la **inspección de la empresa** del acusado para acreditar: 1. Si ésta dispone de información propia o de aquella perteneciente a la anterior empresa, que es objeto de secreto empresarial; 2. Los trabajos realizados y sus respectivas fechas por la empresa del acusado, desde su constitución hasta la actualidad, para determinar si se usó la citada

---

<sup>1002</sup> Así lo afirma *Ibidem*, pp. 4-6, quien señala que pueden apreciarse pruebas indiciarias en delitos como el tráfico de drogas del art. 368 CP, el blanqueo de capitales, el robo con fuerza en las cosas, el delito de apropiación indebida, el de receptación, el de incendio, los delitos contra el medio ambiente, el homicidio, el asesinato o las lesiones; otro ejemplo donde juega un papel importante es en el delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, como señala PRIETO DEL PINO, A. M.: El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada. *Op. Cit.*, p. 386.

información. En segundo lugar, debería también realizarse una **pericial judicial complementaria** para verificar dichos extremos.

Sin embargo, no siempre dicha actividad instructora ofrece una prueba tan clara, generando especiales dificultades la referida a los elementos subjetivos del injusto. Es en estos supuestos donde la prueba indiciaria juega un papel importante. No obstante, para que ésta pueda ser considerada prueba suficiente para incriminar al sujeto activo de un delito, uno de los requisitos que debe darse es que los indicios base sean varios y plurales, no sirviendo un único dato básico para fundamentar una condena penal, salvo de forma excepcional, cuando se dé uno que posea una potencia singular o se manifieste con una intensidad demostrada sobre los hechos<sup>1003</sup>.

Entre otros muchos indicios, que seguramente pueden concurrir y que dependerán en gran medida de la extensa casuística que suele darse en los delitos relativos a secretos de empresa, algunos de los que pueden fundamentar la existencia de un delito de apoderamiento del artículo 278.1 CP son los siguientes: i) los comportamientos previos al presunto apoderamiento, como ingresos en la empresa de la parte acusadora o en sus sistemas informáticos; ii) en caso de darse los ingresos previos, debe atenderse a los motivos que ofrece el acusado de los mismos; iii) la detección de ciertas contradicciones en las declaraciones del acusado; iv) que el sujeto tenga una empresa o relación con alguna que opere en el mismo sector; v) posibles indicios relacionados con la información presuntamente sustraída, como por ejemplo, si el secreto radica en una lista de clientes, tratar de saber si un número importante de la cartera de la empresa acusadora ha decidido acudir a otra empresa de la competencia, dejando la anterior<sup>1004</sup> o si se trata de una fórmula o información de carácter industrial, ver si sale al mercado algún producto que la incorpore<sup>1005</sup>; etc.

En definitiva, estos y otros hechos circunstanciales pueden constituir una prueba suficiente de la existencia del dolo y del elemento subjetivo del injusto del delito de

---

<sup>1003</sup> En este sentido, LEAL MEDINA, J.: *Ídem*, p. 3.

<sup>1004</sup> Así ocurrió en la SAP Badajoz (Sección 1ª), 4/2016, de 1 de febrero, en la que la denunciante ofreció un listado de clientes que dejaron de acudir a su empresa, inmediatamente después de que las acusadas establecieran su negocio, en el que aprovecharon aquél. Esto, como venimos diciendo, constituye un indicio, aunque no siempre va a responder a una sustracción ilegítima pues, como ya fue puesto de manifiesto al aludir a este tipo de secretos de empresa, la relación personal existente entre un empleado y la clientela puede motivar a esta última a seguir a aquél y no a la empresa en cuestión.

<sup>1005</sup> Estos indicios pueden responder, por supuesto, a otros factores y no sólo al apoderamiento ilícito de un secreto empresarial. De ahí la importancia de no valorar uno sólo, sino los máximos posibles.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

apoderamiento de un secreto de empresa, siendo necesario atender al caso concreto para identificar qué elementos de los hechos en cuestión constituyen una prueba indiciaria de los mismos.

#### IV. UNA PROPUESTA DE MEJORA DEL TIPO BÁSICO DE ESPIONAJE EMPRESARIAL

##### 1. Posible reformulación del tipo objetivo

El elemento objetivo del tipo que ofrece límites a la excesiva amplitud que presenta la conducta típica viene dado, como se ha visto, por la relación de la cláusula alusiva a “cualquier medio” con el apoderamiento. Sin embargo, no se nos oculta que a dicha conclusión se llega tratando de interpretar teleológicamente el tipo acudiendo a una reconstrucción racional del mismo que atiende al bien jurídico protegido, pero que de la lectura de su tenor literal no se desprende de modo evidente.

Como señala Díez Ripollés, es la fase de creación del Derecho la que ofrece al bien jurídico las mejores condiciones para el desenvolvimiento de todas sus potencialidades, a pesar de que este concepto surgiera en el ámbito de la aplicación del Derecho<sup>1006</sup>. Ello lleva a pensar si es necesario plantearse una posible reformulación de los elementos típicos *de lege ferenda*, que logren una más clara consecución de los objetivos político-criminales del delito.

El propio ilícito civil ya contiene un concepto restrictivo de lo que constituye adquisición desleal en la LCD, como apunta Suñol Lucea<sup>1007</sup>, quien considera que dentro de la noción genérica de acceso ilegítimo, habiendo tenido el legislador como propósito el formular tipificaciones muy restrictivas, se encuentran las especies a las que alude el precepto, esto es, “espionaje o procedimiento análogo”. Así, la autora define el espionaje como “...cualquier procedimiento deliberado y activo de obtención de secretos empresariales ajenos *a través de medios reprobables*, distintos de su adquisición mediante la revelación de un tercero que al comunicarlo incumple su deber contractual de confidencialidad o, en su caso de lealtad”<sup>1008</sup>.

---

<sup>1006</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 29.

<sup>1007</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 301.

<sup>1008</sup> *Ibidem*, p. 308. La cursiva es nuestra.

En el tipo penal dichos medios ilícitos o reprobables vienen dados por el recurso al bien jurídico protegido y acudiendo al concepto jurídico-penal de apoderamiento y las vías ilegítimas de adquisición que esta conducta conlleva. Sin embargo, puesto que dicho verbo típico no es común a todos los delitos contra la propiedad y que supone un anclaje demasiado fuerte a los que tienen por objeto bienes materiales, quizás sería deseable, dada la especial naturaleza de esta propiedad y para un mejor entendimiento del tipo, la previsión de otro de carácter más neutro<sup>1009</sup> acompañado de un elemento objetivo que lo acote.

Así, en aras de buscar la inclusión *de lege ferenda* de un posible elemento de carácter objetivo que fundamente la ilicitud de la conducta de apoderamiento, acotando así la amplitud del tipo penal, de una manera más clara que la actualmente prevista, podría pensarse en el que recoge la UWG alemana, cuyo § 17 determina que el apoderamiento o aseguramiento de la información se realice *sin autorización (unbefugt)*. Este elemento o el mismo con adjetivos como “debida” o “expresa” en algunos casos, es también exigido por numerosos delitos en el Código penal español, como los relativos a la intimidad (artículos 197.2, 197.4.b, 197.7, 197 bis o 197 ter CP), el hurto de uso (artículo 244.1 CP), la usurpación (artículo 245 CP), el sabotaje informático (artículos 264.1, 264 bis y 264 ter CP), el delito contra la propiedad industrial en el caso de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas representativas de una calidad determinada legalmente protegidas (artículo 275 CP), uno de los relativos a la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (artículo 415 CP) u otros relativos al descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional (artículos 600.1 y 603 CP), entre otros.

En otros tipos, en cambio, el legislador ha estimado preferible introducir un elemento que aluda a la realización de la conducta *sin consentimiento* del titular de un derecho, como ocurre en el delito contra la intimidad del artículo 197.1 CP o en los relativos a la propiedad industrial, cuando se trata de patentes o modelos de utilidad (artículo 273.1 CP) o de marcas, signos distintivos u obtenciones vegetales (artículo 274.1, 2 y 4 CP, respectivamente). Y, por último, existen delitos donde se hace referencia a la voluntad, bien exigiendo que la conducta tenga lugar *contra la voluntad* del morador,

---

<sup>1009</sup> Ya se aludió a otros posibles verbos típicos de carácter más neutro. Cfr. *Supra*, capítulo III. II. 3.2.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

en el caso del allanamiento de morada (artículo 202.1 CP), o *sin la voluntad* del dueño de cosas muebles en el delito de hurto (artículo 234.1 CP).

En todos estos delitos se establece un elemento adicional que dota de fundamentación a la conducta típica, por actuar el sujeto activo en sentido contrario a la voluntad del titular del objeto de tutela o bien por rebasar aquél los límites de las competencias para las que está autorizado en el ejercicio de sus funciones. Dicho elemento objetivo adicional no existe en el tipo del artículo 278.1 CP, más que por vía interpretativa. A pesar de ello, un sector doctrinal afirma que la falta de autorización del titular del secreto posee un carácter superfluo, pues éste tiene que ser forzosamente un elemento implícito del art. 278.1<sup>1010</sup>. Bajo este argumento, lo mismo podría decirse de dicho elemento respecto de muchos de los tipos en los que está presente. Sin embargo, en mi opinión, la referencia típica a la ausencia de autorización o de consentimiento es, en realidad, necesaria pues plasma la esencia del espionaje empresarial, por diferentes motivos.

En primer lugar, resulta claro que este delito exige que la conducta de apoderamiento tenga lugar mediando algún tipo de ardid por parte del sujeto activo que funde la ilicitud del mismo, en la medida en que debería distinguirse de otros tipos de apoderamiento, que no son punibles a través del que es objeto de estudio<sup>1011</sup>. Dicho ardid puede venir dado, por ejemplo, mediando engaño para obtener la información, como ocurrió en la SAP Zaragoza (Sección 3ª), 124/2009, de 11 de febrero<sup>1012</sup>; o puede acaecer a través de un posible delito de robo de un equipo informático, dando lugar a un concurso de delitos con éste último, si procede; o bien puede producirse violando medidas de

---

<sup>1010</sup> En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 46 nota 67, refiriéndose concretamente al que prevé la regulación alemana.

<sup>1011</sup> Así ocurre en otros delitos, como es el caso, por ejemplo, del tipo básico de robo del artículo 237 CP, donde el apoderamiento de cosas muebles, para que sea ilícito, no sólo ha de realizarse con ánimo de lucro, sino empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas; o en los nuevos tipos agravados introducidos con la reforma de 2015 en el delito de sabotaje informático (artículos 264.3 y 264 bis 3 CP), cuando establecen que la conducta de utilización de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso a un sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero, debe ser ilícita. También ocurre lo mismo en el propio ilícito civil del artículo 13 LCD, donde adquirir por sí sólo no constituye acto desleal, si no se realiza mediante espionaje o procedimiento análogo.

<sup>1012</sup> En este caso los acusados remitieron un correo electrónico a uno de los empleados de la empresa de la competencia, para la que habían estado trabajando, haciéndose pasar por su anterior jefe y, usando expresiones del mismo que conocían por haber trabajado con él (“como siempre lo quiero para hace 5 minutos”), le solicitaron el envío del catálogo de productos y precios, así como las novedades que iban a presentarse en la campaña de Navidad. La sentencia desestimó el recurso de apelación formulado por los acusados, confirmando así la resolución previa que los condenaba por un delito de apoderamiento de secretos de empresa del artículo 278.1 CP.

seguridad físicas o accediendo ilegítimamente a un sistema informático e interrumpiendo su funcionamiento, lo que también puede dar lugar a un delito de sabotaje informático del artículo 264 bis CP en concurso con el presente delito, entre otros supuestos. Sin embargo, lo cierto es que todos ellos tienen en común la ilicitud o, según Suñol Lucea, los medios reprobables que el sujeto emplea para hacerse con la información, característica inherente al espionaje, presente sólo en el tipo del art. 278.1 CP mediante la interpretación teleológica de la cláusula “por cualquier medio” en relación con la conducta de apoderamiento.

En segundo lugar, la exigencia de que el apoderamiento tenga lugar sin el consentimiento del titular del secreto empresarial hace presente en el tipo un elemento con un papel fundamental en estos delitos, como son las medidas de protección de la información, adoptadas por aquél<sup>1013</sup>. En este sentido, la importancia de estas últimas para definir el secreto de empresa ya ha sido puesta de manifiesto al tratar el concepto y alcance del mismo. Sin embargo, éstas también tienen gran relevancia para poder determinar la ilicitud de la conducta típica, pues una vulneración de las mismas no sólo acreditará la existencia de un secreto, sino permitirá verificar la comisión de un ataque a éste. Así, una posible autorización o el consentimiento del titular de la información para acceder a la misma, que vendrían dados por cláusulas de confidencialidad que éste ha previsto para comunicarla a terceros (en un contrato de trabajo en el caso de los empleados, o en contratos de licencia o cesión en los supuestos de revelación voluntaria o explotación del secreto), excluyen la tipicidad de cualquier obtención de aquélla. En todo caso, y en los mismos términos que afirma Quintero Olivares respecto al delito de hurto<sup>1014</sup>, es indispensable que el autor capte (en términos de dolo) la falta de voluntad del titular del secreto, lo cual viene establecido generalmente por la presencia de dichas medidas de diversa índole para su protección<sup>1015</sup>.

---

<sup>1013</sup> También así en el delito de allanamiento de morada del artículo 202 CP, donde la doctrina ha puesto de manifiesto en relación con el requisito de que la conducta tenga lugar contra la voluntad del morador, que dicha voluntad puede ser tanto expresa, como tácita, lo que se infiere, por ejemplo, de la existencia de barreras de protección del espacio que constituye la morada (NIETO MARTÍN, A.: “Artículo 202”, en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J. C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. / TERRADILLOS BASOCO, J. M.<sup>a</sup> (Directores): *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 480).

<sup>1014</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: Título XIII. Delitos contra el patrimonio. *Op. Cit.*, p. 620.

<sup>1015</sup> Plantea un caso problemático en este sentido la SAP Ciudad Real (Sección 1ª), 151/2015, de 2 de diciembre, en la que un sujeto es condenado por un delito del artículo 278.1 CP, por apoderarse del listado de clientes de un centro de estética, que se encontraba en un equipo informático de su propiedad, y que posteriormente aprovechó para crear un negocio propio. En este supuesto faltaba cualquier medida de

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

En tercer lugar, resulta necesario considerar que la reciente Directiva (UE) 2016/943 establece en su artículo 4.2.a) que la obtención de un secreto comercial *sin el consentimiento de su poseedor* se considerará ilícita cuando se lleve a cabo mediante el acceso *no autorizado* a, así como la apropiación o la copia *no autorizadas* de cualquier documento, objeto, material, sustancia o fichero electrónico, que se encuentre legítimamente bajo el control del poseedor del secreto comercial y que contenga dicho secreto o a partir del cual éste se pueda deducir. De esta forma, la propia Directiva prevé dos requisitos, que podrían considerarse incluso reiterativos, para establecer la ilicitud de la obtención: uno general, la ausencia de consentimiento, y otro específico, la falta de autorización para la realización de conductas concretas. Este es un argumento más que demuestra la necesidad de incluir un elemento de estas características en el tipo penal de apoderamiento de secretos empresariales, siendo previsible que en sede civil el contenido de la Directiva se trasponga en los próximos años.

Por último, otros elementos susceptibles de incluirse *de lege ferenda* podrían ser adjetivos que definieran cómo ha de ser el apoderamiento como, por ejemplo, los términos “*subrepticio*” o “*clandestino*”<sup>1016</sup>, “*ilícito*”, “*ilegítimo*”, “*oculto*”, etc. Sin embargo, estos adjetivos se estiman más ambiguos que el que aquí se propone, no pudiendo ser tasados de forma rígida pues serán innumerables los supuestos que puedan darse, dependiendo siempre del tipo de información y de su afectación al bien jurídico protegido, que deberán valorarse en atención a las circunstancias del caso concreto. En cambio, la ausencia de consentimiento o autorización, que atiende a la existencia de medidas y su posible

---

seguridad sobre la información, exigencia para la protección de la misma y su consideración como secreto de empresa, por lo que dichos hechos, todo lo más, podrían constituir comportamientos contrarios a la buena fe comercial, pero no así dar lugar a un castigo penal. Ello es así, en mi opinión, puesto que, si bien el tipo no exige en su literalidad que se sorteen medidas de seguridad adoptadas por el titular de la información, de una interpretación teleológica de éste, y acudiendo al principio de *ultima ratio* que rige en Derecho penal, se desprende que el sujeto activo de la conducta de espionaje empresarial debe actuar contra la voluntad del titular del secreto, lo cual no queda tan claro en el presente caso. Así, siendo el sujeto, que presuntamente se apodera de la información, propietario del soporte material donde se hallaba dicha lista de clientes, no habiendo adoptado la titular de la misma medidas de protección de su confidencialidad y, por tanto, no habiendo tenido el sujeto que acceder a dicha lista de forma ilegítima o violando dichas medidas, inexistentes, no parece que la condena por un delito de espionaje empresarial sea tan evidente, por no poder percibir el sujeto activo del apoderamiento la voluntad contraria del titular de la información.

<sup>1016</sup> ANARTE BORRALLA, E.: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, p. 57. El autor afirma, respecto a los delitos contra la intimidad, que con frecuencia se insiste en que la acción típica comporta una actuación subrepticia o clandestina, elementos que considera muy plásticos y que especifican de modo muy concluyente ciertas características criminológicas de la delincuencia que se persigue con el artículo 197.1 CP, pero considera que tales elementos típicos definidores no son suficientemente precisos.

vulneración, constituye un elemento claro y clave en el que se materializa realmente la ilicitud del comportamiento, dando lugar su presencia a la atipicidad del hecho.

## 2. Posible reformulación del tipo subjetivo

Como se ha expuesto, el tipo subjetivo del delito de espionaje empresarial está constituido, no sólo por el dolo típico, sino también por un elemento subjetivo de lo injusto. Este último es objeto de diferentes interpretaciones por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Por ello, cabe plantearse también en este ámbito si procedería realizar una reformulación del mismo *de lege ferenda*.

La doctrina más autorizada en el estudio del presente delito ya se ha pronunciado a favor de una ampliación del elemento subjetivo del tipo de espionaje empresarial más acorde con el que prevé la regulación civil, donde se establece que “*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 13.3 LCD)<sup>1017</sup>. Esta triple alternativa y no excluyente intención preside, sin embargo, en el ámbito mercantil, todas las conductas ilícitas contra secretos de empresa y no sólo aquellas que consisten en apoderarse de ellos. Lo mismo ocurre, añadiendo además la finalidad competitiva<sup>1018</sup>, en la regulación penal prevista en el ordenamiento jurídico alemán, donde la UWG, de naturaleza penal, castiga en su artículo § 17 (2) a quien se apropia de forma ilegítima de un secreto de empresa “*con fines competenciales, en su beneficio o el de un tercero o con la intención de perjudicar al titular de la empresa*”<sup>1019</sup>.

Observando el abanico de elementos indicativos de intención que prevé la regulación alemana, así como la regulación mercantil española del delito objeto de estudio, se plantea la siguiente pregunta: ¿sería necesaria dicha ampliación del elemento subjetivo en el tipo del artículo 278.1 CP? La respuesta a este interrogante no constituye una cuestión baladí, siendo precisa una reflexión cuidadosa. Ello se debe a que, como pone de manifiesto Díez Ripollés, existen riesgos procedentes de una “progresiva

<sup>1017</sup> En este sentido, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 55; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 548. También ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, p. 65, quien ha planteado una posible corrección del elemento subjetivo del tipo en este delito, cifrada en sustituir el presente por el ánimo de destruir, explotar o revelar el secreto de empresa.

<sup>1018</sup> Según Morón Lerma, esta alusión en la Ley alemana resulta superflua e innecesaria (*Ibidem*, p. 548).

<sup>1019</sup> El precepto dice, literalmente, para aludir a las citadas intenciones “*zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen*”.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

subjetivización<sup>1020</sup> de los tipos. Por ello, resultaría más adecuada la utilización comedida de los elementos subjetivos, valorando más bien la posibilidad de suprimirlos o su potencial conversión en elementos objetivos<sup>1021</sup>. Esto último puede resultar preferible, en la medida en que para constatar la prueba del elemento subjetivo que, como apunta Muñoz Conde, y como hemos visto, resulta mucho más difusa y difícil por reflejar una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar<sup>1022</sup>, será necesario comprobar, en cualquier caso, la existencia de determinados indicadores objetivos de donde sea posible confirmar la decisión de actuar contra un bien jurídico<sup>1023</sup>.

Sin embargo, aun cuando pudiera ser lo óptimo prescindir de elementos subjetivos del injusto a favor de los de carácter objetivo, como se ha señalado, aquellos ayudan en la interpretación de los tipos, diferenciándolos de otros y restringiendo su aplicación. Partiendo de esta idea, veamos si es adecuada la inclusión de los más relevantes en este ámbito.

1. Se podría plantear la posibilidad de introducir un elemento de contornos parecidos al previsto en los delitos relativos a la propiedad industrial, que alude a la exigencia de actuar con *finés industriales o comerciales*, cuyo sentido ha sido objeto de opiniones doctrinales discrepantes. Así, en primer lugar, hay autores que han vinculado la citada finalidad con el ánimo de lucro. En este sentido, Gómez Rivero considera dicha finalidad equiparable a la exigencia de un ánimo lucrativo<sup>1024</sup>; o autores como Paredes

---

<sup>1020</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Los elementos subjetivos del delito. *Op. Cit.*, p. 10. Entre ellos menciona “la posibilidad de lograr cotas menores de justicia en función de las diferenciadas capacidades de verbalización de los procesados o de elecciones sesgadas y arbitrarias de peritos, o a la deshumanización del individuo y al escaso respeto de su esfera íntima a que pueden dar lugar actuaciones periciales excesivas y continuadas”. Asimismo afirma que también “la existencia de elementos subjetivos innecesarios entorpece el funcionamiento de la maquinaria procesal dando lugar a resultados disfuncionales o desproporcionados, como son el alargamiento del proceso y el aumento de costes”. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Los elementos subjetivos del tipo de acción. *Op. Cit.*, p. 235, quien considera que “su utilización no debería proliferar en la medida en que otorga una discrecionalidad al juzgador que compromete el criterio de taxatividad que inspira el principio de legalidad en materia penal”.

<sup>1021</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ibidem*.

<sup>1022</sup> MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: Derecho penal. PG. *Op. Cit.*, p. 266.

<sup>1023</sup> *Ibidem*, p. 273, quienes apuntan, además, que “[e]ntre estos indicadores se cuenta, en primer lugar, el riesgo o peligro para el bien jurídico implícito en la propia acción y, en segundo lugar, la capacidad de evitación del resultado que el sujeto puede tener cuando actúa”; VIVES ANTÓN, T. S. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 355, quienes afirman que en los llamados elementos “internos” la prueba ha de inferirse “de la constelación de circunstancias de toda índole que rodean la realización del hecho”.

<sup>1024</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C.: Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. *Op. Cit.*, pp. 378-379 y 412. La autora estima que la exigencia de un ánimo económico se desprende de la relativa a que la actuación tenga lugar con fines comerciales, ya que, la entrada de los objetos en un circuito comercial presupone ya la finalidad lucrativa de quien así actúa.

Castañón o Martínez-Buján Pérez, quienes, sin equiparar ambos elementos, estiman que el ánimo de lucro ha de exigirse, aun cuando éste no esté expresamente previsto en los tipos relativos a la propiedad industrial<sup>1025</sup>.

En segundo lugar, se desvincula de la posición precedente Guinate Cabada, quien aprecia que la finalidad comercial o industrial, guía necesaria de la acción para la aptitud de ésta para perjudicar los derechos o intereses del legítimo titular del derecho de propiedad industrial<sup>1026</sup>, no se equipara al ánimo de lucro, y considera también incluida en ella supuestos en que la única finalidad pretendida por el sujeto activo es perjudicar derechos ajenos<sup>1027</sup>. De esta forma, el citado autor apunta que esta interpretación conlleva que con dicha finalidad puede actuar cualquiera que acceda al secreto empresarial, sin que se limiten estos comportamientos a sujetos que actúan en el mercado<sup>1028</sup>. En términos así de amplios, e incluso más, se pronuncia en los Estados Unidos de América la *Economic Espionage Act* de 1996, ley federal de carácter penal que pretendía la elaboración de un régimen jurídico uniforme destinado a la protección del secreto<sup>1029</sup>.

En tercer lugar, Segura García estima que la finalidad de perjudicar derechos ajenos ya no puede exigirse en los delitos contra los derechos de propiedad industrial, pues supondría limitar –dice–, la tutela penal de éstos<sup>1030</sup>. La autora considera, por lo demás, que la finalidad comercial o industrial ha de ser interpretada, no como un elemento subjetivo de lo injusto, sino objetivo, pero en un sentido diferente al que aludía Paredes Castañón, defendiendo que dicha referencia típica acota el contexto objetivo dentro del cual la conducta es penalmente relevante, pues el atentado a los derechos del legítimo

---

<sup>1025</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa. *Op. Cit.*, p. 172, quien considera que su exigencia debe considerarse implícita en la formulación típica; PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: La protección penal de las patentes. *Op. Cit.*, pp. 267-271, quien, considerando la finalidad comercial industrial como elemento objetivo, estima que la exigencia de que concurra ánimo de lucro responde a la necesidad de justificar la atribución de responsabilidad penal, y no civil, atendiendo al principio de fragmentariedad.

<sup>1026</sup> GUINARTE CABADA, G.: La tutela penal de los derechos. *Op. Cit.*, p. 221.

<sup>1027</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>1028</sup> *Ídem*, p. 224 nota 165.

<sup>1029</sup> En este sentido, SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 43. Esta ley prevé en su 18 U.S. Code § 1832, párrafo (a) el robo de secretos de empresa, estableciendo que dicho comportamiento recibirá castigo penal cuando el mismo tenga lugar para el beneficio económico de cualquiera que no sea su titular, y pretendiendo o sabiendo que dicha conducta causará un perjuicio a cualquier titular del secreto (“...to the economic benefit of anyone other than the owner thereof, and intending or knowing that the offense will, injure any owner of that trade secret...”).

<sup>1030</sup> SEGURA GARCÍA, M. J.: Los delitos contra la propiedad industrial. *Op. Cit.*, pp. 140-141, aludiendo en concreto a los signos distintivos.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

titular, afirma, “sólo se produciría en la medida en que la conducta típica se realice *dentro del ámbito del comercio*”<sup>1031</sup>.

Es opinión común, además, que la realización de alguna de las conductas contra los derechos de propiedad industrial para fines privados o no comerciales, como pueden ser fines científicos, hace atípico el comportamiento, pues así se deduce de la legislación civil, donde se prevé expresamente<sup>1032</sup>, lo cual lleva a algunos autores a estimar que la exigencia de dicha finalidad es en todo caso innecesaria<sup>1033</sup>.

Pues bien, aunque pudiera pensarse que la finalidad comercial o competitiva resulta clave para entender la esencia del precepto, como así ocurre respecto a la intimidad en los delitos relativos a la misma y su finalidad de vulnerarla<sup>1034</sup>, existen tres motivos por los que parece que este elemento no resulta el más adecuado para su inclusión *de lege ferenda* en el tipo del artículo 278.1 CP. En primer lugar, dada la multitud de interpretaciones doctrinales que se han realizado de este elemento subjetivo del tipo en los delitos relativos a la propiedad industrial, resulta un tanto confuso entender el contenido del mismo, por lo que quizás su introducción traería consigo también aplicaciones dispares, atendiendo a la interpretación adoptada. En segundo lugar, a lo anterior se suma el hecho de que, en sede civil, dicho elemento tampoco se exige, previendo expresamente el artículo 13.3 LCD que la persecución de las violaciones de secretos de empresa no precisa que dichos comportamientos cumplan los requisitos previstos en el artículo 2 de dicha Ley, que exige que los actos desleales tengan lugar en el mercado y con fines concurrenciales, por lo que sería incoherente exigirlo en sede penal, cuando no integra la esencia del ilícito. Y, en tercer lugar, el carácter más flexible del secreto, frente a la rigidez de los requisitos que exige la inscripción registral de los derechos de propiedad industrial, hace que la previsión de esta finalidad en el primer caso no parezca adecuada, pues puede ser objeto de un apoderamiento ilícito información que

---

<sup>1031</sup> *Ibidem*, pp. 83-84 y 139.

<sup>1032</sup> Los artículos 52 a) y b) de la Ley de Patentes, así como el 31.1 de la Ley de Marcas.

<sup>1033</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, pp. 507-508; MORENO Y BRAVO, E.: *Delitos contra la Propiedad Industrial*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 55; PORTELLANO DÍEZ, P.: Los nuevos delitos contra la propiedad industrial (CPC). *Op. Cit.*, pp. 658 y 667-668. En sentido contrario, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 172.

<sup>1034</sup> ANARTE BORRALLO, E.: Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento. *Op. Cit.*, p. 52. Este autor afirma que “[e]l significado de la intimidad constituye un elemento clave en la determinación del ámbito típico del artículo 197.1, en la medida en que éste presupone un ataque a dicho bien jurídico, que, por lo menos, se plasma *abiertamente* en la exigencia de un elemento subjetivo, y en la necesidad de que los objetos sobre los que recaen las diversas acciones sean relevantes para la intimidad”.

el titular haya desechado para competir por constituir vías fallidas de actuación (información negativa).

2. Respecto a los elementos de intención que recoge la LCD, tampoco parece plausible su inclusión en el tipo de espionaje empresarial *de lege ferenda*.

Así, por un lado, exigir que la conducta se realice *para obtener un provecho, propio o ajeno* de los secretos ilegítimamente sustraídos, se entendería como un ánimo de lucro en el que, atendiendo a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el mismo, el sujeto tiene la intención de “tomar la cosa como propia” en su patrimonio, pudiendo respecto a ella, ejercitar las facultades que son características del propietario y obtener así una ventaja patrimonial de ello<sup>1035</sup>, pudiendo ser el lucro propio o de cooperación culpable en el lucro ajeno, beneficiando así a un tercero<sup>1036</sup>.

Pues bien, aun cuando la inclusión de dicho elemento subjetivo del injusto sería coherente con la legislación mercantil vigente, requerir su concurrencia para la producción del tipo no parece aportar mucho al entendimiento del mismo, pues el acceso ilícito a la información y la obtención de la misma para desentrañar su contenido, es decir, para descubrirla, ya supone una ofensa a la facultad de aprovechamiento en exclusiva que se deriva de la propiedad sobre la misma. Por ello, la intención de obtener provecho, propio o ajeno, podría servir como indicio de que se da un ánimo de acabar con dicha exclusividad, pero ésta se ve afectada sin que el citado ánimo concurra necesariamente.

Por otro lado, en relación con la *finalidad de perjudicar al titular del secreto*, cuando ésta no conlleve también la finalidad de descubrirlos para así comprender el sentido de los mismos, resulta irrelevante a efectos del delito de espionaje empresarial. La razón de ello es que su inclusión daría lugar a un posible solapamiento entre este delito y el de daños en propiedad ajena y/o sabotaje informático, donde el tipo está guiado por la intención de causar un daño o perjuicio al propietario, mediante la destrucción,

---

<sup>1035</sup> En este sentido se pronunció la STS (Sala de lo Penal) 297/2000, de 22 de febrero.

<sup>1036</sup> Así lo determinó la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 416/2000, de 23 de mayo, añadiendo, además, que el ánimo de lucro descrito en la jurisprudencia de dicha Sala se entiende como “cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta”, citando las SSTs 722/99, de 6 de mayo y 523/98, de 24 de marzo.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

menoscabo, inutilización o deterioro de la cosa ajena (artículo 263 CP) o de los elementos informáticos a los que aluden dichos tipos (artículos 264 y 264 bis CP)<sup>1037</sup>.

Por ello, una vez valorada la posible inclusión de otros elementos subjetivos de lo injusto para la mejora de la redacción típica, es posible concluir que ninguno de los aludidos brinda una vía de solución satisfactoria. De ahí que el que actualmente se exige, esto es, la finalidad de descubrir el secreto empresarial, en el sentido expuesto, sea el que, a mi juicio, ofrece mejores prestaciones para la interpretación del tipo.

---

<sup>1037</sup> Comportamientos destinados a la destrucción de información empresarial valiosa para perjudicar al titular de la misma conllevan la pérdida de funcionalidad a la que el titular de un patrimonio lo destina. De ahí que, la pérdida de información con valor comercial a causa de su destrucción por terceras personas ajenas a ella para perjudicar al titular de la misma, lesionando el bien jurídico propiedad, queda abarcada por otro de los tipos delictivos que la tutelan.

## CAPÍTULO IV

# EL TIPO CUALIFICADO DEL ESPIONAJE EMPRESARIAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: LA REVELACIÓN DE LOS SECRETOS DE EMPRESA



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



## CAPÍTULO IV

### **EL TIPO CUALIFICADO DEL ESPIONAJE EMPRESARIAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: LA REVELACIÓN DE SECRETOS DE EMPRESA**

#### **I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

La conducta de revelación es la única presente en los tres tipos relativos a secretos de empresa previstos en el Código penal. Así, en primer lugar, ésta se recoge en el artículo 278.2, que agrava la pena del tipo básico *si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos*. En segundo lugar, *la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva*, se castiga en el artículo 279.1. Y, en tercer y último lugar, el artículo 280 sanciona al 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*, lo que sin duda comprende la conducta de revelación.

En otras palabras, cualquier sujeto puede cometer la conducta de revelación de secretos de empresa, independientemente del modo en que haya accedido a éstos: de forma ilícita, de forma lícita pero con deber de guardar reserva, o sin participar en su descubrimiento, pero conociendo su origen ilícito. De esta forma, el legislador habría establecido una gradación punitiva diversa, atendiendo a cómo el sujeto se hace con la información que va a revelar. La idoneidad político-criminal de esta decisión legislativa puede ser cuestionable por la regulación un tanto farragosa a la que da lugar. De hecho,

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

no es infrecuente encontrar en las resoluciones jurisprudenciales confusiones de los tipos aplicables, intercambiándolos sin atender al sujeto activo del mismo<sup>1038</sup>.

En cualquier caso, siendo la revelación la conducta transversal de estos tipos, se estima que su importancia para el legislador posee unas connotaciones de las que carecen otras conductas típicas. Así, para castigar el espionaje empresarial, aquél ha optado por tipificar el binomio apoderamiento y revelación ilícitos de secretos de empresa. Estamos así ante un *tipo penal compuesto o de estructura típica doble*<sup>1039</sup>, casi idéntico al que establece el artículo 197.3 apartado primero CP, relativo a la intimidad, que también exige la previa comisión de uno de los tipos básicos previstos en los apartados 1 y 2 del mismo precepto.

De esta forma, y atendiendo a las consideraciones hechas respecto del tipo básico, sobre todo en relación al elemento subjetivo de lo injusto, el legislador ha dibujado penalmente al espía de empresa, como aquél sujeto que busca hacerse de forma ilegítima con información empresarial ajena de carácter reservado, para entregarla a un tercero o a varios. Esto se deduce de que, más allá de la conducta de revelar, cuya tipificación se estima adecuada por suponer un ataque al carácter reservado de la información, no se prevén en el tipo del artículo 278 CP otras conductas típicas sobre la información obtenida ilegítimamente, lo cual se estima criticable. Por ello, se trata a continuación el tipo agravado del presente delito, pretendiendo realizar una interpretación restrictiva del mismo y detectar posibles falencias que exijan una modificación *de lege ferenda*.

---

<sup>1038</sup> Suele producirse respecto de los sujetos con deber de guardar reserva del artículo 279 CP, a los que se les aplica el tipo del artículo 278 CP. Ejemplo de ello son, entre otras, la SAP Alicante (Sección 1ª), 891/1998, de 19 de diciembre; la SAP Tarragona (Sección 2ª), 127/2003, de 4 de abril; la SAP Córdoba 426/2004, de 20 de octubre; el AAP Vizcaya (Sección 6ª), 235/2005, de 27 de abril; el AAP Murcia (Sección 5ª), 195/2007, de 18 de septiembre; la SAP Zaragoza (Sección 3ª), 259/2008, de 18 de abril; el AAP Barcelona (Sección 6ª), 523/2008, de 8 de octubre o la SAP Toledo (Sección 1ª), 93/2015, de 30 de julio. Otras veces se hace alusión a los tres preceptos, como ocurre por ejemplo en el AAP Madrid (Sección 17ª), 645/2004, de 28 de junio. O bien se mezclan los elementos de unos y otros en la argumentación, como hace la SAP Barcelona 1037/2007, de 28 de noviembre.

<sup>1039</sup> En este sentido también FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mª T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 271; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, 62, quien afirma que estamos ante un tipo penal compuesto de varios actos; MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, pp. 456-457, así este autor apunta en relación con los delitos relativos a la intimidad, que debido a dicho carácter, éstos no operan como tipos penales de indiscreción pues requieren que, previamente, se haya llevado a cabo el acto de intromisión ilícita en la intimidad ajena (tipo básico); MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E.: Artículo 278. *Op. Cit.*, p. 856.

## II. EL TIPO OBJETIVO

### 1. El sujeto activo del delito

En lo relativo al sujeto activo del delito de difusión, revelación o cesión de secretos de empresa, en la medida en que el párrafo segundo del art. 278 dispone que “*se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos*”, está claro que la conducta típica la ha de realizar el mismo que se ha apoderado de los secretos empresariales, esto es, el que ha cometido espionaje empresarial. Si no lo fuera no podría darse el tipo del artículo 278.2, sino, en todo caso, el del artículo 280 CP<sup>1040</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, aun cuando resulta claro que se trata del mismo sujeto activo, habría sido más adecuado hacer referencia al verbo típico del párrafo primero, esto es, a los *secretos de los que ilegítimamente se hubiere apoderado* o, si quiere evitarse la alusión al apoderamiento, a los *secretos ilegítimamente obtenidos*, en lugar de acudir al verbo empleado para configurar el elemento subjetivo del tipo básico. El contenido de éste, como se vio, se identificaba con el ánimo de desentrañar el sentido del secreto, lo cual no se exige al sujeto activo de la revelación. Tampoco se le exigía que llegara a conocerlo en un sentido formal, aunque ello pudiera darse en algunas formas de apoderamiento<sup>1041</sup>.

En mi opinión, si es que quiere interpretarse aquí “descubierto” como “conocido”, dicho conocimiento iría referido en todo caso a la *cualidad* de la información de ser un secreto de empresa y no así de su contenido. De entenderlo en este último sentido, se retrasaría la intervención penal y llevaría a la impunidad de cuantas revelaciones se produjeran hasta que el sujeto activo de la misma llegara a conocer el contenido exacto del secreto, en sentido formal o material. Además, el mero conocimiento de dicha

<sup>1040</sup> En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ibidem*, p. 64; RANDO CASERMEIRO, P.: “Lección 10ª. Delitos contra el mercado y los consumidores”, en POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, p. 166.

<sup>1041</sup> Así es interpretada esta referencia típica por algunos autores, que identifican el término “descubierto”, no como sinónimo de entendido o comprendido, sino únicamente, de “conocidos”. En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Derecho penal económico. Op. Cit.*, p. 544; CASTRO MORENO, A.: *Espionaje industrial y secreto de empresa. Op. Cit.*, p. 54, pero defendiendo la necesidad de que, bien el sujeto que revela el secreto, bien quien lo recibe, tenga dicha capacidad para poder lesionar el bien jurídico; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ídem*, p. 63 nota 115, afirma que no existe inconveniente para afirmar que “secreto descubierto” podría ser equivalente a “secreto conocido”, siempre y cuando se advierta que ello no implica necesariamente que el sujeto que lo divulga a terceros tenga que haber “comprendido” el contenido del secreto.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

cualidad de la información es lo único exigible al sujeto activo como contenido del dolo de revelar, pues si ni siquiera eso supiera, faltaría dicho elemento, dándose un error de tipo.

## 2. Modalidades típicas: difusión, revelación o cesión

El párrafo segundo del artículo 278 CP establece un *tipo mixto alternativo*<sup>1042</sup>, consistente en varias acciones naturales no homogéneas acumulables e intercambiables, que integran un solo tipo<sup>1043</sup>, y que incluyen las de difundir, revelar y ceder un secreto de empresa. Ello también ocurre, con los mismos verbos típicos, no sólo en el artículo 279.1 CP, sino también en algunos delitos contra la intimidad, como los previstos en los artículos 197.3, 197.4 último párrafo o 197.7 CP, que recogen como conductas la difusión, la revelación o la cesión; o en otros muchos delitos como, por ejemplo, el de trata de personas del artículo 177 bis 1 CP, con diferentes verbos típicos, que prevé en un mismo precepto de forma intercambiable las conductas de captar, transportar, trasladar, acoger o recibir, respecto de personas víctimas de trata.

Esta constituye una técnica frecuente en la tipificación de conductas ilícitas que el legislador estima adecuado castigar con la misma pena por contener un mismo desvalor de acción. Sin embargo, en el tipo objeto de estudio, a diferencia de lo que ocurre en el delito de trata, donde las conductas típicas son claramente diversas, no parece que exista una gran diferencia entre los comportamientos que se prevén de forma alternativa. De esta forma, como trataré de demostrar, los términos son sinónimos y, por tanto, innecesarios.

En el debate doctrinal que suscita este tema se suelen tratar, por un lado, los términos “difundir” y “revelar”, por su mayor necesidad de deslinde y, por otro, la referencia a la conducta de “ceder”, que presenta connotaciones propias y diversas respecto de las anteriores. Esta sistemática es la que vamos a seguir para su análisis.

---

<sup>1042</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Ibidem*, p. 543; CASTRO MORENO, A.: *Ibidem*, p. 53; CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 203; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ídem*, pp. 61-62; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 615.

<sup>1043</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Derecho Penal Español. *Op. Cit.*, p. 569.

### 2.1. Las conductas típicas de difundir y revelar

Por un lado, el término “difundir”, en el sentido que aquí interesa, encuentra acomodo en la cuarta acepción del Diccionario de la Real Academia Española, que lo define como “propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc.”<sup>1044</sup>. Los dos verbos presentes en esta definición son concebidos con la idea de *extender un conocimiento*<sup>1045</sup>, infiriéndose así dos notas características de dicho término: en primer lugar, que la información se transmite fuera del círculo de conocedores originarios de la misma; y, en segundo lugar, que dicha transmisión se produce con cierta amplitud o extensión. En estos mismos términos parece pronunciarse la doctrina, que ha reconocido el alcance general o la mayor publicidad que conlleva el significado del término “difundir”<sup>1046</sup>.

Por otro lado, el término “revelar”, referido a información, se entiende como “descubrir o manifestar lo ignorado o secreto”, en su primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española<sup>1047</sup>. Nuevamente de esta definición, se deduce la primera nota apenas comentada, pues se exige que el receptor de lo revelado lo ignore<sup>1048</sup>. Sin embargo, de esta noción no se desprende que tenga que hacerse necesariamente a una generalidad de personas, lo que no obsta, en mi opinión, a que la “revelación” se produzca igualmente a un número amplio de destinatarios.

En el intento de encontrar argumentos que justifiquen el recurso a tres términos distintos y que permita delimitar la difusión respecto de la revelación, la doctrina se ha detenido en otros tipos delictivos que prevén alguna de estas conductas. Así, no sólo se

<sup>1044</sup> Diccionario de la Real Academia Española (<http://lema.rae.es/drae/?val=difundir>).

<sup>1045</sup> El DRAE define “propagar” como “hacer que algo se extienda o llegue a sitios distintos de aquel en que se produce”, en su segunda acepción, o como “extender el conocimiento de algo o la afición a ello”, en su acepción cuarta (<http://lema.rae.es/drae/?val=propagar>); mientras que, por “divulgar”, se entiende “publicar, extender, poner al alcance del público algo” (<http://lema.rae.es/drae/?val=divulgar>).

<sup>1046</sup> Entre otros muchos autores, CARRASCO ANDRINO, M.M.: *La Protección Penal del Secreto. Op. Cit.*, p. 206; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: *Protección penal del secreto. Op. Cit.*, p. 271, quien destaca el carácter indeterminado e ilimitado de la conducta de difundir; Colex, Madrid 2000; 2002, p. 616. Respecto de los mismos verbos típicos en el artículo 197 CP, MORALES PRATS, F.: *Título X. Delitos contra la intimidad. Op. Cit.*, p. 457; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: *Título X. Delitos contra la intimidad. Op. Cit.*, p. 804, quien considera que la difusión implica comunicar información a un círculo indeterminado de personas.

<sup>1047</sup> Diccionario de la Real Academia Española (<http://lema.rae.es/drae/?val=revelar>).

<sup>1048</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: *La Protección Penal del Secreto. Op. Cit.*, p. 204, quien afirma que ambos “implican la transmisión del secreto a tercero, sin que baste con la simple captación del secreto por el sujeto activo”.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

ha hecho referencia al artículo 197.3 CP<sup>1049</sup>, con el que el objeto de estudio comparte gran similitud en su estructura típica, sino también al del artículo 199 CP<sup>1050</sup>, que recoge los ilícitos por vulneración del secreto profesional, aludiendo a la *revelación* de secretos ajenos en el primer párrafo y a la *divulgación* de los secretos de otra persona en el segundo. En este contexto la doctrina estima que no parece coherente dotar al término “divulgar” de un sentido distinto al de “revelar”, sino que son términos equivalentes<sup>1051</sup>. Así lo confirma además el art. 13 de la Ley de Competencia Desleal cuando entre las violaciones de los secretos de empresa sólo incluye el término “divulgar” para aludir a la comunicación a un tercero. En este sentido, la doctrina ha señalado que la mera comunicación del secreto de empresa a un tercero, ajeno al mismo, constituye una divulgación a los efectos del artículo 13.1 LCD, siendo irrelevante el número de personas a las que lo revela<sup>1052</sup>. La reciente Directiva (UE) 2016/943 sobre secretos de empresa emplea en su versión española el término “revelar”. Sin embargo, en los diversos proyectos se había empleado el término “divulgar” en la traducción al castellano, siendo en ambos casos el vocablo empleado en el texto original “*disclosure*”. Que indistintamente se haya traducido dicho término como “revelación” o como “divulgación” justifica una vez más su equivalencia.

Por tanto, partiendo de la equivalencia entre “revelación” y “divulgación”, procede seguidamente valorar si ocurre lo mismo con la conducta de “difusión”, que establece el artículo 278.2 CP.

Pues bien, en el contexto del art. 278.2 CP, un sector de la doctrina ha considerado la difusión como una acción comunicativa con alcance *a priori* más general respecto de

---

<sup>1049</sup> El tipo del artículo 197.3 CP establece que “Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”.

<sup>1050</sup> El artículo 199 CP prevé que “**1.** El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. **2.** El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

<sup>1051</sup> CARRASCO ANDRINO, M. M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, pp. 205-206; JORGE BARREIRO, A.: Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos. *Op. Cit.*, p. 582, quien además afirma que ambas acciones han de entenderse “en el sentido de comunicar algo – un hecho o dato, de carácter personal -, a una o más personas no poseedoras del secreto, sin requerirse que se trate de una comunicación extensiva a un amplio número de personas” (p. 589); MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, pp. 485-486 y 493; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 618; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 807.

<sup>1052</sup> En este sentido, SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 285.

la revelación, por lo que esta modalidad trae consigo una mayor carga de desvalor que la revelación<sup>1053</sup>. Así, Carrasco Andrino, defensora de la equivalencia entre los términos “revelar” y “divulgar”, la niega en el caso del término “difundir”, por su carácter más general, apoyándose para ello en el tipo del artículo 599.2º CP, que se encuentra entre los delitos relativos a la defensa nacional, y que agrava la pena cuando “la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión”<sup>1054</sup>. Sin embargo, Morón Lerma estima que esta diferenciación no parece trasladable al resto de delitos a la vista de su diferente bien jurídico y de su distinta configuración<sup>1055</sup>. A pesar de ello, esta última autora acaba afirmando que, *de lege lata*, la inclusión de ambas modalidades típicas, esto es, de la revelación y la difusión, permite reprimir tanto la comunicación de secretos de empresa a sujetos concretos y determinados, como una divulgación generalizada de éstos<sup>1056</sup>.

En mi opinión, si bien difundir implica siempre una comunicación o transmisión de la información de alcance general, el término revelar también puede tener este sentido, por lo que este segundo ya abarca al primero. Por ello sería preferible que el tipo mencionara sólo la “revelación”, dado su carácter omnicompreensivo de cualquier tipo de comunicación, ya sea a un solo sujeto o a una multitud de ellos. Muestra de ello es, como se ha señalado, que tanto la Ley de Competencia Desleal como la Directiva (UE) 2016/943 mencionan sólo dicho verbo en este último caso, y uno equivalente en el primero, para referirse a dicha conducta. Por lo demás, una distinta punición de la revelación en función del número de personas a las que se comunica el secreto, como acontece en el art. 599.2º CP, no parece adecuada en el tipo delictivo de espionaje empresarial pues no sólo nos encontramos ante bienes jurídicos de distinta naturaleza, sino que, además, si dicha agravación punitiva no está presente en los delitos relativos a la intimidad, donde la amenaza al bien jurídico se incrementa cuanto mayor es el número de conocedores del secreto, menos aún deberá preverse en el delito de espionaje

---

<sup>1053</sup> CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 206; También MORENO CANOVÉS, A. / RUÍZ MARCO, F.: Delitos socioeconómicos. *Op. Cit.*, p. 131; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 620.

<sup>1054</sup> CARRASCO ANDRINO, M. M.: *Ibidem*, p. 206. Así, la autora señala que “...difundir consistirá en comunicar a un número indeterminado de sujetos, lo que produce la eliminación del bien económico, que se apoya en el mantenimiento de la propia situación de secreto, mientras que la revelación, por el contrario, no tendrá un alcance tan general ni supondrá, en principio, la destrucción del secreto en cuanto tal, aunque sí la afección, al menos como idoneidad para lesionar, del interés económico en el mantenimiento del secreto” (p. 217).

<sup>1055</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 619.

<sup>1056</sup> *Ibidem*, p. 620.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

empresarial, tipo en el que la revelación a un único sujeto puede dar lugar a la lesión al bien jurídico.

## 2.2. La acción típica de ceder

Junto a la difusión y la revelación, el legislador ha introducido la conducta de cesión en el tipo mixto alternativo previsto en el artículo 278.2 CP. El sentido gramatical de este término, como establece la primera acepción del mismo en el Diccionario de la RAE, es el de “dar, transferir, traspasar a alguien una cosa, acción o derecho”<sup>1057</sup>. Sin embargo, apartándose este significado de la esencia del tipo, la doctrina lo ha identificado con todo acto de comunicación del secreto empresarial a uno o varios sujetos no autorizados para su conocimiento<sup>1058</sup>.

La idea de comunicar a otro, que constituye el fundamento de la agravación del tipo cualificado, excluye los casos de “autocesión” de secretos de empresa. Estos supuestos, que se han planteado con cierta frecuencia ante nuestros tribunales<sup>1059</sup>, se han dado sobre todo en relación al delito especial del artículo 279.1 CP cuando el sujeto que los conoce por razón de su cargo y que tiene un deber de guardar reserva, se los envía a sí mismo por correo electrónico o los almacena. Algún autor ha denominado estos casos de apoderamiento “abusivo”<sup>1060</sup>, y su comisión constituiría, a mi juicio, una tentativa del delito de utilización en provecho propio (artículo 279.2 CP)<sup>1061</sup>. En el tipo del artículo 278 CP, una “autocesión” no sería otra cosa que un apoderamiento, punible por la vía del párrafo primero.

Pues bien, la cesión entendida en los términos que apunta la doctrina tendría un sentido equivalente al de los otros dos verbos típicos. No obstante, antes de dar por buena

---

<sup>1057</sup> Diccionario de la Real Academia Española (<http://lema.rae.es/drae/?val=ceder>).

<sup>1058</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 626.

<sup>1059</sup> Así, la SAP Zaragoza (Sección 3ª), 259/2008, de 18 de abril, señalando que una empresa creada por el mismo sujeto que se apodera de los secretos no es un “tercero”, sino que forma parte de su entorno; o también la STS 12 de mayo de 2008, diciendo que “el recurrente incurrió en la conducta típica de cesión (dentro de la que, sin duda hay que incluir la autocesión de un secreto de empresa...”, condenándolo por un delito consumado de utilización en provecho propio del artículo 279.2 CP. Siguiendo la tesis del Tribunal Supremo, la SAP Córdoba (Sección 3ª) 532/2014, de 12 de diciembre o la SAP Valencia (Sección 3ª) 17/2014, de 7 de enero, que también condenó por un delito de utilización en provecho propio, en grado de tentativa.

<sup>1060</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 597 y ss.

<sup>1061</sup> De lo contrario, la pena para el sujeto obligado a guardar reserva que se lleva secretos de su empresa, como se vio al hablar del apoderamiento por los sujetos del artículo 279 CP, sería de 2 a 4 años, a diferencia de la menor pena que se impondría a éstos sujetos con la solución de aplicar la tentativa del artículo 279 en su párrafo segundo CP.

esta tesis cabría indagar si con el verbo ceder se ha pretendido aportar un contenido diverso al de los anteriores. Así, por ejemplo, podría pensarse que la inclusión de las tres conductas persigue recoger una progresión cuantitativa de los destinatarios a los que se da a conocer el secreto de empresa, siendo la cesión una transmisión a un solo sujeto, la revelación a varios y la difusión a una multitud de ellos. Sin embargo, no parece que esta haya sido la intención del legislador, por lo que es necesario explorar otras posibilidades, para lo cual habrá que valorar si estamos ante un elemento normativo del tipo o si constituye sólo un elemento descriptivo, por lo que acudiremos a los dos ámbitos en los que dicho verbo típico tiene interés jurídico en relación con el delito objeto de estudio.

### 2.2.1. Cesión de *know-how*

En primer lugar, podemos acudir al contrato de cesión de *know-how* en la medida en que estamos ante un acto que tiene el mismo objeto que el del delito de espionaje empresarial. Estamos ante un contrato atípico que podría considerarse equivalente al de compraventa, sólo que el objeto del mismo no lo constituye una cosa, sino la información empresarial de carácter reservado. Esto quiere decir que el cedente, titular del secreto de empresa, lo transfiere al cesionario, que se convierte en nuevo titular del mismo<sup>1062</sup>. En el contrato de licencia, por el contrario, el licenciante, titular del *know-how*, autoriza al licenciario a explotarlo durante un tiempo determinado, para lo cual lo pone en su conocimiento, recibiendo a cambio por el mismo un precio cierto<sup>1063</sup>. De esta forma, la diferencia básica entre ambos tipos de contratos radica en la posición que ocupa su titular, licenciante o cedente según el caso. En efecto, en el de licencia no pierde su titularidad, ni la posibilidad de explotarlo aun cuando sufra ciertas restricciones. En cambio, en el de cesión, se desprende definitivamente de él, no pudiendo tampoco explotarlo mientras mantenga su carácter secreto<sup>1064</sup>.

Pues bien, teniendo presente lo que acabamos de ver, no puede admitirse que la conducta típica, prevista en el tipo del artículo 278.2 CP, sea entendida en los mismos términos que lo es en el contrato mercantil por varios motivos<sup>1065</sup>.

---

<sup>1062</sup> CARRASCO ANDRINO, M. M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 215.

<sup>1063</sup> MASSAGUER FUENTES, J.: El contrato de licencia. *Op. Cit.*, p. 69.

<sup>1064</sup> *Ibidem*, pp. 69-70. En el mismo sentido, CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M. C.: “Aspectos Jurídicos de los Contratos de Cesión y Licencia de Know-How en Derecho Español”, en *Revista e-Mercatoria*, nº1, 2011, p. 4.

<sup>1065</sup> En el mismo sentido, CARRASCO ANDRINO, M. M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 215.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

En primer lugar, como es lógico, la ilicitud del comportamiento típico lo distancia de las características configuradores de la acción que tiene por objeto el *know-how* en el contrato de cesión. Siendo el cedente el titular de este último, el contrato constituye un acto jurídico legítimo, lo que evidentemente choca frontalmente con el carácter ilegítimo de la conducta de cesión de un secreto de empresa obtenido mediante delito.

En segundo lugar, la cesión sólo puede realizarla el titular del secreto<sup>1066</sup>, en la medida en que transfiere su completa titularidad, absteniéndose de explotarlo o divulgarlo, pues ya no le pertenece<sup>1067</sup>. Ello no ocurre en el delito objeto de estudio, en el que en ningún caso el sujeto que revela la información es el titular del secreto cedido, pues en dicho caso estaríamos ante un comportamiento atípico.

En tercer lugar, además, la cesión objeto del contrato implica un compromiso por parte del cedente de no explotar ni divulgar el *know-how* cedido, lo cual no tiene por qué ocurrir en el presente delito, donde nada obsta a que el sujeto que revela la información empresarial secreta, lo haga nuevamente a destinatarios distintos o la explote él mismo.

En conclusión, no parece que el legislador penal haya pensado en la normativa mercantil relacionada con el *know-how* a la hora de prever en el tipo esta conducta, por lo que habrá que ver a qué responde su presencia en el mismo.

### 2.2.2. Cesión de datos

Descartado lo anterior, todavía cabe acudir a otro ámbito del Derecho donde el término “cesión” tiene un especial protagonismo, como es el de la protección de datos personales en el ámbito de la intimidad.

La razón por la que se explora esta vía deriva de la manifiesta voluntad del legislador de recurrir a la estructura típica de los delitos relativos a la intimidad para tipificar el de espionaje empresarial, siendo los tipos del artículo 278.1 y 2 CP equivalentes a los del artículo 197.1 y 3 CP, respectivamente.

Pues bien, la doctrina más autorizada ha apuntado en relación a las figuras contra la intimidad, que la inclusión del término “cesión” resulta más aplicable técnicamente al

---

<sup>1066</sup> Lo mismo ocurre respecto de la cesión de bienes y de créditos, como apunta *Ibidem*.

<sup>1067</sup> Las concretas obligaciones y restricciones que se imponen al cedente en el contrato de cesión pueden verse en un ejemplo de dicho contrato en CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M. C.: Aspectos Jurídicos de los Contratos de Cesión y Licencia. *Op. Cit.*, pp. 21-23.

abuso informático contra el “habeas data” de la persona<sup>1068</sup>. Para dilucidar su sentido es necesario acudir a la regulación extrapenal, establecida en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD, en adelante), cuyo artículo 3 letra i) define la “cesión o comunicación de datos” como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”. Los datos, como aclaran los artículos 1 y 2 de dicha ley, son los de carácter personal, entendiendo por tales, según la letra a) del artículo 3, “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. Ciertamente no coinciden los objetos del delito de espionaje con el de las infracciones contempladas en la LOPD. Éstas recaen sobre datos que, como indica el artículo 1 de la Ley, están relacionados especialmente con el honor y la intimidad personal y familiar, mientras que el secreto de empresa viene constituido por información de carácter empresarial, que nada tiene que ver con la intimidad. En efecto, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, establece en su artículo 2 un ámbito objetivo de aplicación, donde prevé dos supuestos en los que dicho reglamento no será aplicable y que conciernen en cierta medida a la información constitutiva de secreto empresarial. Así, por un lado, el apartado segundo del artículo 2 establece que no será de aplicación “a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”. Y, por otro lado, su apartado tercero dispone que tampoco lo será a “los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros”. De este modo queda claro que los datos a los que se refiere la Ley 15/1999 son los afectantes a la intimidad y honor, dejando fuera de su ámbito de aplicación la información empresarial que es la susceptible de integrar el secreto de empresa.

Sin embargo, y aunque no exista una equivalencia entre los objetos de la cesión, lo cierto es que esta conducta en el delito de espionaje debe ser entendida *de lege lata*

---

<sup>1068</sup> MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 457. Siguiendo a este autor se pronuncia MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 616, quien afirma que esta noción está “estrechamente vinculada a la generalización de las nuevas tecnologías y, en concreto, de la informática”.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

como un concepto normativo, más que descriptivo<sup>1069</sup>, en los términos en los que la define el artículo 3 letra i) de la LOPD, esto es, como una *revelación* de los mismos<sup>1070</sup>. Esta interpretación es coherente con la lógica del tipo y con la que el legislador ha querido atribuirle.

### 2.3. Recapitulación: suficiencia de un único verbo típico

A la vista de la interpretación de los verbos típicos elegidos por el legislador penal para configurar el tipo agravado de espionaje industrial, cabría quizás apuntar que la diferencia entre ellos radicaría en que la difusión exige que la comunicación se dirija a un gran número de destinatarios, lo cual no tiene por qué ser así en la revelación y la cesión<sup>1071</sup>. De este modo, cabría concluir que en realidad mientras toda difusión es una revelación o cesión, no se podría decir lo mismo al revés. Es decir, la difusión no es más que una revelación o cesión realizada a un gran número de destinatarios. Con ello queda claro, a mi juicio, que el empleo de los tres verbos es reiterativo y hubiera bastado con emplear uno solo, pues en todo caso es obvio que el número de personas a las que se comunique el secreto empresarial resulta irrelevante a efectos de entender cometido el delito del artículo 278.2 CP, por lo que se opta por la interpretación que los considera como términos equivalentes<sup>1072</sup>.

---

<sup>1069</sup> De esta opinión, sin embargo, CARRASCO ANDRINO, M. M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, pp. 216-217, quien considera que, interpretando la cesión como transmisión de algo por medios informáticos, obliga a inferir que la única posibilidad de diferenciarla de la revelación sería entender que, mientras que esta última supone el conocimiento por el receptor de haber recibido un secreto por serle entregado el soporte material del mismo, la primera conllevaría el desconocimiento de la recepción por el destinatario del secreto. Esta interpretación, a mi juicio, no es convincente, como finalmente la propia autora reconoce, pues la revelación no tiene por qué conllevar necesariamente la transmisión a través de un soporte físico. Estiman, sin embargo, que al aludir al término “cesión”, el legislador ha querido referirse al soporte material donde se contiene el secreto, SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3ª. *Op. Cit.*, p. 615; SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 511.

<sup>1070</sup> En el mismo sentido, MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 622-623.

<sup>1071</sup> En este sentido respecto de dichos verbos típicos en los delitos relativos a la intimidad, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 804, quien afirma que “Difundir supone extender la información a un círculo indeterminado de personas, mientras que revelar y ceder parecen indicar una transmisión más acotada”.

<sup>1072</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 543, quienes afirman que “por difundir, revelar o ceder debemos entender lo mismo que divulgar, lo que equivale a la comunicación a una o más personas no poseedoras del secreto, siendo indiferente que se comunique a una o más personas, por lo que la divulgación no exige que los secretos se conviertan por ello en notorio”; CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, pp. 1002 y 1007, quien equipara dichos términos al de “divulgación”; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 629, quien señala que, *de lege lata*, todos los términos son equivalente, pero que *de lege ferenda*, debería emplearse un único término.

Esta hermenéutica casa, además, con el concepto de secreto de empresa que hemos adoptado, pues, al hablar del número de sujetos que eran necesarios para entender que se había revelado, concluimos que se aplicaba un criterio preponderantemente cualitativo, y no puramente cuantitativo o mixto, debiendo atenderse fundamentalmente a la calidad de competidores que tienen o pueden tener quienes entran en conocimiento de la información reservada. El desvalor de resultado de todas las conductas incluidas en el art. 278.2 radica en hacer que una o varias personas ajenas a la información empresarial reservada la tengan bajo su dominio, pudiendo disponer de ella. De este modo el núcleo de lo injusto reside en la pérdida de control sobre la información y una potencial explotación o nueva divulgación de la misma, pues con ello el titular pierde su exclusividad.

Pese al empleo de tres verbos diferentes, el legislador no ha estimado necesario atribuir una penalidad diferente a alguno de ellos, a pesar de que, como señala Carrasco Andrino, una vez que la información secreta se convierte en notoria, “desaparece el interés económico ligado a esta situación, al pasar a ser de libre disposición el conocimiento antes reservado”<sup>1073</sup>, por lo que añadía que podría haberse castigado con mayor pena al que realiza una difusión generalizada de la información empresarial reservada. De esta forma, podría decirse que son dos los *efectos formales* que pueden tener lugar en virtud de la conducta realizada: por un lado, si la comunicación se produce a una pluralidad de personas, la información pasaría a ser notoria, perdiendo así su carácter secreto; por otro lado, si se hace a una sola persona o varias, quizás no se convierta en notoria, pero puede igualmente ser susceptible de perder el valor que ostentaba por tener carácter reservado, acabando así con su exclusividad. Con ello, dada la naturaleza vulnerable de la información y el valor relativo para la empresa que la posee, derivado de su carácter reservado, su mera comunicación a un sujeto concreto, aun cuando no la convierta en notoria, produce una pérdida potencial de su valor. Por tanto, no es preciso que la información se convierta en notoria para que se dé el *efecto material* que pretende evitarse con el presente delito y que radica en una pérdida del valor de la información a que da lugar su carácter secreto, bastando sólo con la comunicación a una única persona para que ello se produzca.

---

<sup>1073</sup> CARRASCO ANDRINO, M. M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 206. Así, señala la autora que la revelación, siendo un supuesto de comunicación del secreto a un tercero, no implica necesariamente la destrucción de la situación de reserva (p. 204).



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Por ello, siendo esta la esencia del tipo, en lugar de trasladar acriticamente la estructura típica de los delitos contra la intimidad<sup>1074</sup>, habría bastado con prever sólo un verbo típico, como ya apuntara Morón Lerma y como hacían el Proyecto de Código penal de 1992 (artículos 284 y 285) y el de 1994 (artículos 273 y 274), que sólo contemplaban la acción de “revelar”<sup>1075</sup>. Este término parece ser el más adecuado por varios motivos. En primer lugar, resulta el más idóneo para abarcar, no sólo posibles comunicaciones de un secreto empresarial de forma generalizada a una multitud de personas, sino también a una sola. En segundo lugar, la adopción de dicho término es totalmente compatible con la normativa extrapenal, pues como se ha visto, “revelar” y “divulgar” constituyen términos equivalentes. En tercer lugar, es el que además adoptan otros ordenamientos jurídicos, como el italiano en el artículo 623 del Código penal o la normativa estadounidense, que recurre al término de “*disclosure*”. En cuarto lugar, este último término anglosajón ha sido el elegido por la Directiva (UE) 2016/943, que en su versión en castellano se ha traducido como “revelar”. Y, por último, también por él ha optado el legislador en otros tipos penales, no planteando problema interpretativo alguno, como ocurre en los artículos 598 o 602, en materia de delitos relativos a los secretos e informaciones relativas a la defensa nacional.

### 3. El medio comisivo

Aunque el artículo 278.2 CP no hace referencia a los medios comisivos, la doctrina ha estimado, con razón, que la comunicación de la información puede ejecutarse también por cualquier medio<sup>1076</sup>, siendo indiferente la forma en que ésta se lleve a cabo. A la misma conclusión ha llegado la doctrina respecto del ilícito civil previsto en el artículo 13 LCD, afirmando que el medio que se emplee para transmitir el secreto resulta indiferente<sup>1077</sup>, pudiendo tener éste carácter *personal* (como, por ejemplo, a través de una

---

<sup>1074</sup> Critica también dicho traslado automático MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 624.

<sup>1075</sup> *Ibidem*, p. 628, quien señala que, junto a otros términos posibles *de lege ferenda*, podrían proponerse otros como el previsto en el artículo 13.1 de la Ley de Competencia Desleal o en el artículo 39.2 del Acuerdo ADPIC, que aluden a “divulgar” o el que prevé la normativa alemana, cuyo §17 UWG se refiere a la “comunicación”.

<sup>1076</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 62 nota 108; MORÓN LERMA, E.: *Ídem*, p. 626; PÉREZ DEL VALLE, C.: “La revelación de secretos de empresa por persona obligada a reserva (art. 279 CP)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº14, 1997, pp. 112-113, quien afirma que “...es irrelevante que el autor haya transmitido los datos con la entrega de papeles, documentos, informes, planos o cálculos escritos o de soportes de sonido (cintas de cassette o magnetofónicas) e informáticos (diskettes, CD’s) que contienen esos datos; o lo haya hecho a través de la comunicación verbal directa o a través de medios de comunicación telefónica o electrónica (correo electrónico)”.

<sup>1077</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 286.

carta o correo electrónico<sup>1078</sup>) o *general o masivo* (como puede ser su difusión a través de internet<sup>1079</sup> o de cualquier otro tipo de publicación, como revistas o periódicos, tanto en formato papel como electrónico). También resulta irrelevante la forma de realizar la comunicación, pudiendo ser *por escrito, oralmente, mediante su utilización o a través de una acción positiva o activa*, que implique una comunicación directa, o *pasiva u omisiva*, consintiendo o tolerando que terceros no autorizados para conocer el secreto accedan a él<sup>1080</sup>. Asimismo, nuestros tribunales han considerado como forma de transmitir el secreto la distribución o venta del objeto donde aquél se incorporaba<sup>1081</sup>.

Ahora bien, a pesar de la amplitud de medios comisivos no debe considerarse punible cualquier revelación, debiendo quedar fuera del tipo aquellos supuestos que, como apunta con razón Carrasco Andrino, constituyen hechos insignificantes por no conllevar una peligrosidad material ni ser idóneos para afectar el bien jurídico protegido<sup>1082</sup>. Dentro de este grupo se encontrarían aquellas revelaciones respecto de las que no se tema una ulterior comunicación o empleo de la información reservada. Así, por ejemplo, aquellos casos en que la conducta de revelación tiene lugar en un contexto de convivencia familiar, en el que resulta difícil que trascienda al ámbito competitivo.

Estos supuestos, quizás más imaginables en el tipo del artículo 279 CP por partir el conocimiento de lo revelado de una relación lícita con el secreto, no deberían dar lugar al tipo agravado de revelación en el del artículo 278 CP, a menos que el sujeto activo del espionaje sea consciente de que una futura revelación o explotación de la información ilegítimamente obtenida se fragua en dicho contexto. Si así fuera, la barrera mínima establecida por el criterio de insignificancia objetiva se rebasaría.

Esto quiere decir que dicho límite se traspasará siempre en aquellas revelaciones que, como afirma Morón Lerma, tengan trascendencia en el marco competitivo en el que

---

<sup>1078</sup> Esta constituye la modalidad comisiva habitual del presente tipo, como se deduce de la SAP Barcelona (Sección 7ª), 104/2000, de 11 de febrero; el AAP Salamanca (Sección 1ª), 42/2004, de 14 de junio o el AAP Barcelona (Sección 10ª), 81/2010, de 18 de enero, entre otras. Una entrega personal también tuvo lugar en el caso que juzgó la SAP Toledo (Sección 1ª), 93/2015, de 30 julio, sin determinar cómo se produjo ésta.

<sup>1079</sup> La publicación en una página web de datos de pacientes de una clínica fue el supuesto juzgado por la SAP Sevilla (Sección 1ª), 593/2007, de 19 de octubre, la cual, a pesar de que claramente dicha conducta daría lugar a la aplicación del tipo de revelación del artículo 278.2 CP, condenó al autor del hecho por un delito de apoderamiento del párrafo primero.

<sup>1080</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 286.

<sup>1081</sup> En este sentido se pronunciaron la SAP Barcelona (Sección 8ª), 1036/2002, de 4 de noviembre y la SJP núm. 1 León 32/2004, de 9 de febrero, en las que los códigos descriptores que eran objeto del secreto empresarial se encontraban en unas tarjetas que permitían emitir imágenes televisivas.

<sup>1082</sup> CARRASCO ANDRINO, M. M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, pp. 208 y 214.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

se inserta la prohibición penal<sup>1083</sup>. Sin embargo, ello no quiere decir que el destinatario de la revelación tenga que ser un sujeto capaz de entender el secreto o de aprovechar su conocimiento, pero sí que pueda tener interés en volver a revelarlo y, sobre todo, que el sujeto activo de la revelación se represente dicha posibilidad.

En suma, pese a la ausencia de cualquier referencia a los medios comisivos en el art. 278.2 CP, lo cierto es la comunicación del secreto puede tener lugar por cualquier medio, lo cual no debe llevar a castigar revelaciones que no superen cierto nivel de significancia objetiva.

#### **4. La incorporación del secreto empresarial a la esfera de dominio del receptor**

Partiendo de la concepción de resultado ya apuntada<sup>1084</sup>, el tipo cualificado de espionaje empresarial, cuya conducta típica consiste en la difusión, revelación o cesión de secretos de empresa, constituye también un **delito de resultado**<sup>1085</sup>.

De la misma manera que en el tipo básico del artículo 278.1 CP, el apoderamiento de secretos de empresa exigía que se produjera efectivamente la entrada de la información empresarial reservada en la esfera de dominio o control del sujeto activo, en el tipo agravado, dicha entrada también debe producirse respecto del tercero a quien se revela dicha información. En este sentido, no basta en el presente tipo la simple acción de comunicar el secreto para la realización del hecho delictivo<sup>1086</sup>, sino que se hace necesaria la producción de un **resultado típico**, constituido por la incorporación del secreto

---

<sup>1083</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 627.

<sup>1084</sup> Vid. *Supra*.

<sup>1085</sup> En el mismo sentido, CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 207, respecto del tipo del artículo 279.1 CP, que presenta los mismos verbos típicos que el delito objeto de estudio; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 640. En sentido contrario, considerando que estamos ante un delito de mera actividad, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 281. Existe también un sector de la jurisprudencia que ha considerado éste como un delito de mera actividad en relación al tipo del artículo 279.1 CP, que prevé las mismas conductas. Así, entre otras, AAP Guipúzcoa (Sección 3<sup>a</sup>), de 30 de septiembre de 2004, SAP Granada 664/2006, de 24 de octubre, el AAP Guipúzcoa (Sección 3<sup>a</sup>), 22/2007, de 19 de febrero.

<sup>1086</sup> La doctrina señala que de lo contrario estaríamos ante un puro delito formal (CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: *Ibidem*).

empresarial a la esfera de dominio del receptor, teniendo éste ya la posibilidad de disponer de aquél<sup>1087</sup>.

Sin embargo, el que el receptor del secreto disponga de él o realice alguna acción respecto de la información empresarial reservada no es requisito para la consumación del delito, es decir, no es exigible que éste llegue a comprenderlo o descifrarlo<sup>1088</sup> ni que realice acto adicional alguno. Tampoco es necesario que se produzca un perjuicio o daño de carácter económico o de otra índole al titular del secreto<sup>1089</sup>, siendo éste, en caso de producirse, el agotamiento del delito y sirviendo para cuantificar la responsabilidad civil <<ex delicto>><sup>1090</sup>. No obstante, deberá acreditarse la relación de causalidad e imputación objetiva entre el perjuicio producido que da lugar a esta última y la revelación, no pudiendo atribuir a título de responsabilidad civil perjuicios derivados de otros factores distintos a la realización de la conducta típica, lo que no siempre resultará tarea fácil.

Por lo que respecta a si estamos en el tipo cualificado ante un delito de peligro o de lesión, la totalidad de la doctrina se inclina por lo primero<sup>1091</sup>. Sin embargo, a mi juicio,

---

<sup>1087</sup> *Ídem*, p. 207; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 639-640.

<sup>1088</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, pp. 545-546, quienes plantean el supuesto de la difusión de unos planos de compleja interpretación cuyo entendimiento requiere varios días de trabajo por técnicos especialistas, otros en clave, información en idioma extranjero o de tal complejidad que no pueda ser entendida directamente. En estos casos, estos autores esgrimen que bastaría con poner en conocimiento del otro el secreto, realizándose ya tanto el desvalor de acción como el de resultado, sin que se exija su comprensión o intelección, pero siempre que se esté en condiciones de lograrla a consecuencia del comportamiento realizado por el sujeto activo; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 65, quien afirma que es irrelevante que la persona receptora del secreto posea capacidad para descifrar su contenido o no, concurriendo la lesividad propia de este delito independientemente de ello, “dado que siempre existirá el riesgo de que a la postre el secreto pueda ser comunicado a otras personas que sí tengan esa capacidad”. En sentido contrario, CASTRO MORENO, A.: Espionaje industrial y secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 54, quien ha defendido la necesidad de que uno de los dos sujetos tenga dicha capacidad para poder lesionar el bien jurídico protegido.

<sup>1089</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: *Ibidem*, p. 545, quien afirma que no es exigible para la consumación del delito que concurra un daño económicamente valorable; CASTRO MORENO, A.: *Ibidem*, p. 54, quien afirma que este tipo no exige la efectiva constatación de un perjuicio efectivo para la empresa cuyo secreto se desvela, ni tampoco es necesario para apreciar la agravación que el tercero destinatario llegue a emplearlo, por ejemplo, en la fabricación de productos; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ibidem*, p. 91; MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E.: Artículo 278. *Op. Cit.*, p. 854; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 641; SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3ª. *Op. Cit.*, p. 615; SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 511.

<sup>1090</sup> MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*.

<sup>1091</sup> Así, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 545; RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: Capítulo XI. *Op. Cit.*, p. 622; SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3ª. *Op. Cit.*, p. 617; SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 511. Defiende que estamos ante un delito de peligro *in re ipsa* o de peligrosidad abstracta inherente al tipo, CARRASCO ANDRINO, Mª M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 209, quien estima que la abstracta potencialidad de daño que implica la revelación, teniendo en cuenta la importancia de la información reservada, “no constituye un resultado de peligro concreto para el interés económico a

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

y como he sostenido respecto del tipo básico de apoderamiento, estamos ante un **delito de lesión**, suponiendo la revelación una intensificación o profundización de aquélla por la pérdida de control que conlleva para el sujeto activo del apoderamiento la comunicación del secreto.

Resulta paradójico que, si hablamos de un bien de naturaleza material cuya sustracción da lugar a un delito contra la propiedad, no quepa duda del carácter directamente lesivo de dicha conducta, mientras que en estos supuestos cueste ver dicho carácter. Ya se ha apuntado que no existe diferencia valorativa en términos penales entre las conductas de difusión, revelación o cesión, realizándose el tipo tanto si la información se da a conocer a un solo sujeto como si se da respecto de una multitud de ellos<sup>1092</sup>. En cualquiera de estos casos el resultado típico y la lesión del bien jurídico tienen lugar aquí con la entrada ilegítima de la información empresarial reservada en una esfera de dominio ajena, ya sea de un sujeto, ya sea de más, sin el consentimiento de su titular.

De esta forma, el sujeto que revela un secreto de empresa del que previamente se ha apoderado de forma ilegítima no lo mantiene para sí, perdiendo el control sobre el destino que el mismo adquiera y creando así nuevos peligros para el bien jurídico. Sin embargo, la pena de la revelación no es más grave que la del apoderamiento, sino que se suma a ésta, pues quien revela el secreto obtenido ilegítimamente no va a responder también por el párrafo primero del artículo 278 CP<sup>1093</sup>. De ahí que el **fundamento de la**

---

mantener la reserva, pues el perjuicio que constituiría su lesión no se presenta necesariamente tan inmediatamente vinculado a la acción típica de revelar” (p. 212). Consideran que en este tipo se da, sin embargo, un delito de peligro hipotético, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, pp. 62 y 88; MORÓN LERMA, E. La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 642, quien afirma que lo es puesto que sus componentes poseen “una aptitud para producir la conculcación del bien jurídico, esto es, una idoneidad lesiva”, debiendo ser verificada en el caso concreto por el juez la capacidad potencial ex ante para producir un peligro sobre el bien jurídico. Por último, estiman que se trata de un delito de peligro concreto, entre otros, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, pp. 272-273 y 299; MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E.: Artículo 278. *Op. Cit.*, p. 856; PRATS, J. M.: Descubrimiento y revelación de secretos. *Op. Cit.*, p. 195, quien señala que “son delitos de peligro concreto en la medida que existe una peligrosidad *ex ante* idónea que comporta una peligrosidad concreta *ex post* para el bien jurídico protegido”.

<sup>1092</sup> Aunque el secreto empresarial se revele a un solo sujeto, desinteresado en él, éste puede revelarlo a su vez a otro que sí lo esté. En este sentido también, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 546.

<sup>1093</sup> Este hecho se justifica, además, si observamos la pena del artículo 279.1 CP, el cual, no exigiendo un apoderamiento ilegítimo previo, sino la vulneración de un deber legal o contractual de guardar reserva, castiga la revelación de secretos de empresa con una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Es más, incluso si dirigimos la mirada hacia el ordenamiento jurídico alemán, éste prevé con idéntica lógica la misma pena tanto para quien adquiere o se asegura sin autorización un secreto de empresa - § 17 (2) 1 UWG -, como para quien comunica a otro el secreto así adquirido - § 17 (2) 2 UWG -. En el mismo sentido, SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3<sup>a</sup>. *Op. Cit.*, p. 615, quienes afirman que el incremento de pena se debe a que el sujeto activo es el mismo que ha descubierto el secreto.

**agravación** reside, como afirma la mayoría de la doctrina, en un **incremento del desvalor de resultado**<sup>1094</sup> respecto al mero apoderamiento al existir un mayor número de potenciales sujetos que lesionen el bien jurídico protegido. Ello se materializa, como se ha dicho, en la intensificación de la lesión del bien jurídico protegido, pues surgen nuevos sujetos con los que el titular del secreto de empresa comparte su exclusividad sobre el mismo<sup>1095</sup>.

### III. EL TIPO SUBJETIVO

El tipo subjetivo del delito de revelación de secretos de empresa exige exclusivamente el dolo, entendiéndose incluido el dolo eventual<sup>1096</sup>, pero no así la imprudencia, cuyo castigo no está contemplado<sup>1097</sup>.

El dolo en el tipo agravado supone la conciencia y voluntad de comunicar el secreto de empresa ilegítimamente sustraído a un tercero que lo desconoce<sup>1098</sup>, y que eventualmente podría aprovecharlo o volver a revelarlo. Así se desprende de la referencia típica relativa a que los secretos descubiertos se difundieren, revelaren o cedieren *a terceros*, debiendo ser los destinatarios personas ajenas a la información. De no quedar abrazado por el dolo alguno de estos elementos, podríamos estar ante un supuesto de error de tipo, como cuando, por ejemplo, el sujeto cree que el receptor del mensaje que revela, ya lo conocía<sup>1099</sup>. En cambio, cabría apreciar el dolo eventual cuando, por ejemplo, el sujeto no sabe con certeza si a quien comunica el secreto lo conoce ya o no o, como afirma

---

<sup>1094</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 62; MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E.: Artículo 278. *Op. Cit.*, p. 856. De la misma opinión, en el ámbito de los delitos relativos a la intimidad, en relación al artículo 197.3 CP, NIETO MARTÍN, A.: Artículo 197. *Op. Cit.*, p. 475, quien defiende que la divulgación supone una intensificación de la lesión de la intimidad; MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 456, quien señala que se da un incremento del menoscabo a la intimidad.

<sup>1095</sup> Como señala TROLLER, K.: Manuel du droit suisse. *Op. Cit.*, p. 362, se crean riesgos suplementarios de perder la exclusividad que resulta del secreto.

<sup>1096</sup> En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 64. En sentido contrario, excluyéndolo, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, pp. 276-277. Respecto al tipo del artículo 279 CP, CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.* p. 300.

<sup>1097</sup> Respecto del delito especial del artículo 279.1 CP, hay quien ha planteado *de lege ferenda* la punición de las revelaciones imprudentes, como es el caso de MOLINA GIMENO, F. J.: Conveniencia político criminal de introducir la modalidad imprudente. *Op. Cit.* La ausencia de castigo de la imprudencia, en relación con el artículo 279 CP, es valorada de forma positiva por nuestra doctrina en virtud del principio de intervención mínima ya que ésta quedaría suficientemente cubierta por la legislación civil (en este sentido, CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: *Ibidem*, p. 301).

<sup>1098</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 545, quienes afirman que el dolo exige el conocimiento de que, con la divulgación, aumente el número de conocedores del secreto.

<sup>1099</sup> *Ibidem*.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

Martínez-Buján, cuando la falta de certeza en el conocimiento del sujeto activo se dé sobre el carácter reservado de la información para la empresa<sup>1100</sup>. Así, como se apuntó al hablar del sujeto activo del tipo agravado, lo anterior implica que la referencia al término “descubierto” en relación al secreto, que la doctrina interpreta como secreto “conocido”<sup>1101</sup>, debe dirigirse en todo caso al conocimiento de la cualidad de la información para ser un secreto de empresa, y no así de su contenido.

Lo que sí es exigible en el plano de la imputación subjetiva, es que el sujeto se represente que, además de estar revelando un secreto de empresa a un tercero, sea posible la lesión del bien jurídico con su conducta, es decir, el riesgo que aquella entraña, concurriendo la lesividad propia de este delito, independientemente de la capacidad del receptor para descifrarlo, pues siempre podrá comunicarlo a otras personas que sí la tengan<sup>1102</sup>.

#### IV. *ITER CRIMINIS*

Considerando que estamos ante un delito de resultado, a diferencia de lo que estima un sector de la jurisprudencia<sup>1103</sup> y de la doctrina<sup>1104</sup>, son imaginables **formas imperfectas** de llevar a cabo la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa<sup>1105</sup>.

Para que exista tentativa, el artículo 16 CP exige que *se dé principio a la ejecución del delito por hechos exteriores*, dando lugar a su modalidad acabada si se practican todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, e inacabada si se realizan sólo parte de ellos, pero ambas tienen en común que dicho resultado no se produce por causas

---

<sup>1100</sup> En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>1101</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 544; CASTRO MORENO, A.: Espionaje industrial y secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 54; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 63 nota 115, afirma que no existe inconveniente para afirmar que “secreto descubierto” podría ser equivalente a “secreto conocido”, siempre y cuando se advierta que ello no implica necesariamente que el sujeto que lo divulga a terceros tenga que haber “comprendido” el contenido del secreto.

<sup>1102</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Ibidem*, p. 65.

<sup>1103</sup> Algunas resoluciones consideran que estamos ante un delito de mera actividad, por lo que no reconocen que pueda cometerse en grado de tentativa, ya que con la mera conducta de revelación entienden que éste se consuma. Tal fue el caso de la SAP Granada 664/2006, de 24 de octubre, AAP Guipúzcoa (Sección 3ª), de 30 de septiembre de 2004 o el AAP Guipúzcoa (Sección 3ª), 22/2007, de 19 de febrero.

<sup>1104</sup> No admiten formas imperfectas de ejecución, entre otros, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Mª T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, pp. 280-281; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 65. Sí las admiten, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 510; SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 504.

<sup>1105</sup> La Ley de Competencia Desleal alemana (UWG), establece en su artículo § 17 apartado (3) que castiga la violación de secretos de empresa en cualquiera de sus modalidades, siendo la tentativa punible.

que no dependen de la voluntad del autor. Así, si el sujeto activo inicia la ejecución de la acción típica, es decir, de la comunicación del secreto de empresa a un tercero, sin que aquél entre finalmente en la esfera de dominio ajena<sup>1106</sup>, se dará un supuesto de tentativa.

Pues bien, en el presente delito, estaríamos ante una **tentativa acabada** cuando, por ejemplo, el sujeto envía un correo electrónico que le es devuelto por un error del servidor, cuando éste es interceptado por la policía judicial<sup>1107</sup> o bien cuando es rechazado por la cuenta de correo del receptor, por algún motivo relacionado con ésta. Aquí el sujeto habría realizado todos los actos necesarios para que el secreto de empresa entrara en la esfera de dominio de un tercero, pero ello no tiene lugar pese a que no lo ha impedido<sup>1108</sup>. Si llegara a recibirlo el destinatario del mismo, aun cuando éste no lo abriera por desconfiar del remitente y decida borrarlo, estaríamos ante un delito consumado de revelación pues, si bien no ha entrado en conocimiento de la información, sí ha podido disponer de ella de alguna manera, pudiendo haberla reenviado a otro sujeto. La consideración de que este constituiría un delito consumado confirma que el receptor del secreto no debe llevar a cabo acto alguno de disposición para que se dé el tipo. Por otro lado, y siguiendo con el supuesto de la revelación mediante correo electrónico, un caso de **tentativa inacabada** tendría lugar cuando el sujeto se equivoca de dirección y se lo reenvía a sí mismo o a alguien que ya conocía el secreto, por ejemplo, o cuando, disponiéndose a introducir el sobre en el buzón del destinatario, le es sustraído por un tercero antes de hacerlo. Aquí el sujeto ha iniciado la ejecución del delito pero la ha interrumpido de forma involuntaria. En relación con este último tipo de tentativa, que rara

---

<sup>1106</sup> No parece adecuada la postura de BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 546, quienes defienden que las formas imperfectas de ejecución se dan cuando, “realizando el autor actos ejecutivos de difusión, revelación o cesión, no consigue aumentar el conocimiento de poseedores del secreto por causas ajenas a su propio desistimiento o arrepentimiento activo”. En realidad el resultado no consiste en aumentar el conocimiento de otros poseedores del secreto, bastando sólo que los secretos entren en la esfera de dominio de un tercero que pueda disponer de ellos.

<sup>1107</sup> Ejemplo citado por MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 643.

<sup>1108</sup> Un caso claro en este sentido, aunque referido al tipo del artículo 279.1 CP, se dio en la SAP Granada 664/2006, de 24 de octubre. En este supuesto un empleado llevó a una tienda de fotocopias numerosa documentación confidencial de la empresa para la que trabajaba, dejando el encargo de que las copias fueran entregadas a otro empleado de la competencia que iría a recogerlas. Esto último nunca ocurrió, porque un representante de la empresa a la que pertenecía la documentación, ante la sospecha de lo que ocurría, la retiró antes de que llegara el empleado de la competencia. A pesar de que aquí se dio un claro caso de tentativa, ésta no se apreció por considerar que éste es un delito de mera actividad, cuya consumación se produce con la mera revelación, sin necesidad de que tenga lugar un resultado. No obstante, la resolución fue absolutoria por estimar que no constaba en dicho caso la obligación del empleado de guardar reserva que el tipo del artículo 279 CP exige. Consideran también que en este caso se da una clara tentativa del tipo del artículo 279.1 CP, CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, pp. 305 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 91 nota 175.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

vez se dará en realidad, no me parece acertado el ejemplo que cita Morón Lerma, al admitir que podrá serlo el reunir la información en un archivo que posteriormente enviará o su introducción en un sobre al que dará el mismo destino<sup>1109</sup>. Estos casos, en mi opinión, no tienen la suficiente entidad como para dar lugar sin más una tentativa, ni siquiera inacabada, constituyendo más bien meros actos preparatorios de la conducta de revelación. Hay que decir que la tentativa resultará más factible y frecuente en los casos en los que la comunicación no se realiza en persona, sino a través de medios telemáticos, pues estos permiten con más facilidad una parcial ejecución del hecho.

Así entendida la tentativa, cabe advertir que la razón por la que la información secreta no entra en la esfera de dominio del tercero no puede ser que el propio emisor del mensaje haya realizado un acto voluntario para evitarlo, pues estaríamos ante supuestos de **desistimiento**. Son los casos en los que, por ejemplo, estando un sujeto a punto de enviar el correo, se arrepiente y no presiona el botón de enviar o, una vez que llama por teléfono y le atiende el receptor del mensaje, cuelga, habiendo desistido el sujeto en un supuesto de tentativa inacabada; o si, por ejemplo, llega a enviar el correo pero accede ilegítimamente a su cuenta y lo borra antes de que el receptor se percate, estaríamos ante un desistimiento en un caso de tentativa acabada, sin perjuicio de que dicho acceso ilegítimo pudiera dar lugar a otro delito consumado.

Por otro lado, tampoco habría tentativa en los supuestos de **inidoneidad absoluta**, esto es, en aquellos en los que resulta totalmente imposible que se ponga en riesgo de lesión el bien jurídico, siendo, por tanto, impunes. Tal sería el caso, por ejemplo, en el que el secreto se comunica a un bebé o a un niño de escasa de edad, debiendo tener el sujeto, al menos, la capacidad natural de entender que está recibiendo información. Sin embargo, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, sí resulta punible la **tentativa relativamente inidónea**, es decir, aquella en la que “los medios utilizados <<objetivamente>> valorados <<ex ante>> y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico”<sup>1110</sup>. Así, el supuesto en el que un sujeto grita en una oficina la fórmula secreta o envía una carta con la lista de

---

<sup>1109</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 643. Un supuesto similar se dio en el AAP Salamanca (Sección 1ª), 42/2004, de 14 de junio, en el que se absolvió de un delito del artículo 278.2 CP al sujeto que confeccionó el correo electrónico con la base de datos de los clientes de la empresa para la que trabajaba, pero no lo envió.

<sup>1110</sup> Resoluciones donde se determina el carácter punible de la tentativa relativamente inidónea, entre otras, son las SSTS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 822/2008, de 4 de diciembre y 294/2012, de 26 de abril.

clientes ilegítimamente obtenida, serían casos perfectamente susceptibles de ser castigados como tentativa, aunque finalmente en la oficina no hubiera nadie en ese momento o el destinatario de la carta se hubiera mudado y nunca la recibiera.

Por otro lado, la doctrina ha puesto de manifiesto los problemas penológicos a los que da lugar la aplicación de las reglas de determinación de la pena en el caso de la tentativa de revelación de secretos de empresa.

Así, por un lado, Martínez-Buján, quien estima que no caben formas imperfectas de ejecución por considerar el párrafo primero del artículo 278 CP un tipo de consumación anticipada, defiende que la tentativa del tipo cualificado daría lugar siempre a una sanción menor que la que correspondería en el tipo básico. Por ello, el autor aboga por la solución, *de lege lata*, toda vez que se dé un caso de tentativa acabada de revelación, de aplicar el tipo del artículo 278.1 CP y, dentro del marco penal asignado, imponer la pena en su mitad superior<sup>1111</sup>. Esta es la postura mantenida también por la doctrina clásica italiana, pues dada la ausencia de un tipo de apoderamiento, se ha llegado incluso a identificar con éste la tentativa de revelación<sup>1112</sup>.

Por otro lado, Morón Lerma señala que esta solución supondría no llevar a cabo una *desvaloración íntegra* del hecho, por lo que propone la posibilidad de apreciar un concurso medial de delitos, entre el tipo consumado de apoderamiento y la tentativa de revelación, llegando así en realidad a la misma solución que propugnaba la postura precedente, pero por la vía de apreciar el plus de intención (de revelar) y de desvalor – como afirma la autora –, que supone el intento de revelación frente al apoderamiento consumado<sup>1113</sup>.

A mi juicio, ninguna de estas dos soluciones resulta satisfactoria por varios motivos. En primer lugar, la primera postura, como bien apunta Morón Lerma, supone obviar totalmente la tentativa de revelación, en la medida en que la aplicación del tipo básico no contempla en ningún momento dicho comportamiento, incluso aun cuando la

---

<sup>1111</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, pp. 66-67. En el mismo sentido en relación con el artículo 197.1 CP, CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 1003, quien defiende que en la práctica, dado que el tipo agravado siempre presupone la conducta de apoderamiento, si no hay divulgación se aplicará este último en todo caso, por lo que la tentativa resultaría prácticamente inaplicable.

<sup>1112</sup> SINISCALCO, M.: “Rivelazione di segreti scientifici o industriali: limiti della fattispecie consumata e tentativo”, en *Il Diritto dell’Economia*, anno X, 1ª nuova serie, Morano editore, Torino, 1964, p. 162.

<sup>1113</sup> MORÓN LERMA, E.: El secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 370-371.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

intención que pueda presidir la conducta de apoderamiento fuera la de realizar una posterior revelación del secreto. Ello, además, podría resultar también contrario al principio de legalidad por dos motivos. Por un lado, si bien la revelación exige como presupuesto básico un apoderamiento previo, el tipo intentado por parte del sujeto activo no sería exactamente ese, sino el de revelación. Por otro lado, si concurriera, por ejemplo, una circunstancia atenuante, el artículo 66.1.1ª CP establece que hay que imponer la pena en su mitad inferior, por lo que dicha teoría es incompatible con este precepto y, por tanto, con el principio de legalidad. En segundo lugar, de acuerdo con Martínez-Buján, la segunda tesis constituiría una infracción parcial del principio “*non bis in idem*”. Así, de un análisis penológico y típico de ambas figuras resulta evidente que el legislador, con el tipo cualificado del artículo 278 CP castiga, no sólo la revelación, sino también el previo apoderamiento, no pudiendo aplicarse un concurso de delitos si concurren ambas conductas, ya que la agravación de pena en el párrafo segundo responde precisamente a la acumulación de ambas, y debiendo resolverse por un concurso de leyes por consunción, en favor del apartado segundo<sup>1114</sup>.

Pues bien, siendo cierto que si recurrimos a las reglas de aplicación de las penas de la tentativa, la pena que tendría lugar queda por debajo del límite máximo del marco penal del tipo básico de apoderamiento, ello no tiene por qué resultar una solución inaceptable. El artículo 62 CP establece expresamente que a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados respecto la del delito consumado, en *la extensión que se estime adecuada*, para lo que se atenderá al *peligro inherente al intento* y al *grado de ejecución alcanzado*. Este precepto, como se ve, deja un margen considerable al juzgador para que discrecionalmente aplique una u otra disminución de pena, por lo que nada obsta a que en estos supuestos se aplique la pena inferior sólo en un grado, que daría lugar a un marco penal de un año y seis meses a tres años menos un día de prisión. Si bien el límite mínimo de esta pena queda por debajo del mismo en el apoderamiento (dos años), el juez puede optar por aplicar su límite máximo, para salvar así la incoherencia penológica a la que daría lugar otra solución.

Esta vía permite contemplar tanto el apoderamiento como la tentativa de revelación. Así, por un lado, generalmente cuando se produce un apoderamiento

---

<sup>1114</sup> SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3ª. *Op. Cit.*, p. 616.

consumado suele aplicarse la pena en su límite mínimo de dos años<sup>1115</sup>. Por otro lado, la pena de tres años menos un día supondría una agravación de ese límite mínimo donde radicaría el plus de desvalor que conlleva el intento de revelación. Por lo demás, los casos de tentativa inacabada, que resultan complicados e inusuales en la práctica, podrán dar lugar a la misma solución, si se quiere, en la medida en que la reducción de la pena en dos grados no resulta preceptiva en estos casos.

Esta solución, si bien puede tener carácter insatisfactorio si no se acude a los citados límites, es la única que *de lege lata* se ajusta a los principios penales, atiende a la íntegra valoración del hecho en sus distintas conductas típicas y sus respectivos grados de ejecución y da lugar a la solución penológica más satisfactoria. No obstante, a mi juicio, el problema se encuentra en la elevada pena del tipo básico de apoderamiento que, como ya se apuntó en su momento, requeriría *de lege ferenda* una disminución considerable. Ésta, por lo demás se solapa con la prevista para el tipo agravado, por lo que no se halla mejor solución que la citada.

## V. CUESTIONES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La aplicabilidad de las reglas generales u otras específicas relativas a la participación plantea dudas doctrinales en el presente tipo en la figura del receptor del secreto cuando éste colabora de alguna manera con el sujeto activo de la revelación.

El punto de partida es que la necesaria presencia de un tercero para la consumación del tipo, al exigirse como resultado típico la entrada de la información en una esfera de dominio ajena a la del titular y a la del sujeto activo, ha llevado a un sector doctrinal a afirmar que estamos ante un delito de participación necesaria, plurisubjetivo o pluripersonal<sup>1116</sup>.

---

<sup>1115</sup> Algunas resoluciones en este sentido son, entre otras, la SAP Alicante (Sección 1ª), 891/1998, de 19 de diciembre; la SAP Tarragona (Sección 2ª), 127/2003, de 4 de abril, que impuso una pena de tres años porque concurría la agravante de abuso de confianza; la SJP 1 Terrassa, 20/2006, de 1 de febrero; SJP 5 Barcelona, de 7 de junio de 2015; o la SAP Barcelona (Sección 8ª), 271/2016, de 2 de junio.

<sup>1116</sup> CARRASCO ANDRINO, Mª M.: La protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, pp. 321-325; La misma: *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Editorial Comares, Granada, 2002, p. 53; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 630. Sobre el problema de la terminología en estos delitos, ABANTO VÁSQUEZ, M.: “Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, nº34, 2003, pp. 13 y ss.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

En nuestro país esta *particularidad del hecho* que presentan algunos tipos delictivos ha sido estudiada en profundidad por Carrasco Andrino<sup>1117</sup>, quien señala que en muchos casos la pluripersonalidad determina la perfección o consumación del delito, dando lugar la actuación de un solo sujeto a una tentativa punible, sin que la del otro sea necesaria<sup>1118</sup>, lo cual parece darse en el tipo objeto de estudio. Además de ello, Morón Lerma estima que la caracterización típica del delito de revelación de secretos de empresa como pluripersonal o de participación necesaria radica en que se dan las características de este tipo de delitos, que se reducen a tres: en primer lugar, necesitan la inevitable contribución de dos o más personas; en segundo lugar, que las diversas conductas de los distintos sujetos forman parte del total acontecer lesivo descrito por la ley; y, en tercer lugar, que dichas intervenciones o contribuciones, que en este caso se prevén en el artículo 278.2 CP, contienen una única figura de delito y protegen un mismo bien jurídico que sólo es lesionado una única vez<sup>1119</sup>. Atendiendo a esta caracterización, el legislador habría decidido que el sujeto activo que revela información empresarial secreta es merecedor de reproche penal, frente al que la recibe, cuya intervención en el hecho punible con la mera recepción conlleva la impunidad.

En principio, pareciera que el delito objeto de estudio responde a esta caracterización típica, si atendemos a los aspectos mencionados hasta ahora. Sin embargo, no puede considerarse que la revelación de secretos de empresa sea un delito pluripersonal, por dos motivos fundamentalmente.

En primer lugar, y de acuerdo con la opinión de Martínez-Buján Pérez, resultaría más adecuada una caracterización de los delitos de participación necesaria más estricta que la aludida, que exija una intervención o *contribución en el hecho típico de carácter más activo* que la mera recepción del secreto, pues, como señala el autor, no siendo necesario ni siquiera que el destinatario de la información la comprenda, pudiendo ser su intervención “pasiva”, la única opción posible era que permaneciera conceptualmente impune<sup>1120</sup>. La caracterización en sentido estricto por la que aboga el autor, parece

---

<sup>1117</sup> La cursiva es de la propia autora y responde a la naturaleza jurídica que ésta considera que tienen los delitos pluripersonales (CARRASCO ANDRINO, M. M.: Los delitos plurisubjetivos. *Op. Cit.*, p. 75).

<sup>1118</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>1119</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 631-633.

<sup>1120</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, pp. 60-61.

desprenderse de la configuración de este tipo de delitos que requiere de una cooperación o colaboración entre dos sujetos<sup>1121</sup>, términos que parecen exigir una intervención activa.

En segundo lugar, los delitos pluripersonales o de participación necesaria también se caracterizan por que las conductas pertenecientes a los distintos sujetos intervinientes se realizan, según Carrasco Andrino, *con conciencia* del alcance lesivo de su actuación<sup>1122</sup> o, según Díez Ripollés, mediando un *acuerdo de voluntades* para dicha cooperación<sup>1123</sup>. Atendiendo a estos aspectos hay que negar también que el delito de revelación de secretos de empresa sea considerado pluripersonal, pues aun cuando pueden darse supuestos en los que el receptor de la información haya cooperado o colaborado para que tenga lugar la revelación de forma consciente o con previo acuerdo, también existen otros en los que ninguno de ambos casos tenga lugar. Un ejemplo de lo anterior sería la acción de difundir una lista de clientes por internet, llegando a multitud de receptores entre los que puede existir alguno que haya colaborado en dicho envío, otros que lo desconocieran o incluso el propio titular de la información; o también el del empresario que recibe de forma anónima datos empresariales relevantes a través de una carta o de un correo electrónico, entrando en conocimiento de éstos y pudiendo disponer de ellos, sólo en el momento de acceder a los mismos, no siendo consciente hasta entonces de ser receptor de un secreto empresarial.

De esta forma, en el delito previsto en el artículo 278.2 CP, el receptor del secreto de empresa se erige como una suerte de instrumento o elemento cuya existencia resulta necesaria para la consumación del delito, pues de aquél se sirve el sujeto activo para que su conducta no quede en un mero intento, en la medida en que todo acto comunicativo precisa de un emisor y de un receptor del mensaje, pero sin que la intervención de este último pueda constituir una participación necesaria a efectos penales. En este sentido, puede observarse cómo el precepto objeto de estudio se diferencia de otros tipos de participación necesaria donde efectivamente existe una contribución activa del partícipe necesario al hecho delictivo que lleva a cabo el autor, así como la conciencia de realizar

---

<sup>1121</sup> Así, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Derecho Penal Español. *Op. Cit.*, p. 397, afirma que este tipo de delitos no pueden ser cometidos sin la **cooperación** de otra persona; mientras que MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, p. 237, que los delitos de encuentro (grupo que se encuentra dentro de los delitos de participación necesaria junto a los de convergencia y al que pertenecería el delito objeto de estudio) se caracterizan por la necesidad de que el sujeto pasivo **colabore** con el sujeto activo, cuando el partícipe necesario es, a su vez, sujeto pasivo del delito.

<sup>1122</sup> CARRASCO ANDRINO, M. M.: Los delitos plurisubjetivos. *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>1123</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Derecho Penal Español. *Op. Cit.*, p. 398, quien afirma que dicho acuerdo de voluntades faltará “si el partícipe necesario no está al tanto de la conducta delictiva en la que participa”.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

dicha contribución, como ocurre, por ejemplo, y entre otros, en el delito de bigamia (artículo 217 CP), en el tráfico de drogas (artículo 368 CP) o en el delito de cohecho (artículo 419 CP).

Puesto que no estamos ante delitos de participación necesaria, por los motivos expuestos, son aplicables al receptor del secreto de empresa las **reglas generales de participación**<sup>1124</sup>, por lo que si éste ha instigado al sujeto activo a revelar dicha información, no habrá inconveniente alguno para que responda como inductor, o si conocía de sus intenciones y ha realizado actos necesarios, además de recibirlo, para que se lleve a cabo el hecho típico, responderá como cómplice o como cooperador necesario. Esta interpretación lleva a soluciones más adecuadas respecto de las que presenta su valoración como delito de participación necesaria, que da lugar a consecuencias insatisfactorias<sup>1125</sup>. Y ello porque parten, como apunta Carrasco Andrino, de que “la conducta que realiza cada partícipe necesario es esencial para la producción del delito, frente al carácter accesorio o secundario de la conducta de inducción o complicidad”<sup>1126</sup>. Ello ha llevado a la doctrina a considerar que este carácter esencial convierte al partícipe necesario en un autor o coautor necesario<sup>1127</sup>, lo cual a mi parecer no resulta convincente, pues a pesar de que su presencia e intervención pasiva sean necesarias para la consumación del tipo, ni siquiera conceptualmente puede ser considerado autor, en la medida en que la conducta típica es revelar un secreto, no recibirlo. Por ello, no hay obstáculo alguno para castigar como inductor al que recibe el secreto, si su comportamiento se ajusta a los términos de la inducción, pues de lo contrario quedarían

---

<sup>1124</sup> De la misma opinión, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 58. En sentido contrario, CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: La protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 325; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 636, quien, partidaria de que este tipo constituye un delito pluripersonal, señala que estas estructuras típicas “persiguen excepcionar dicho régimen general, en la medida en que se excluye, si así lo ha establecido el código penal, la sanción de uno de los sujetos que intervienen en el delito”.

<sup>1125</sup> A estas soluciones llega la doctrina que defiende la caracterización de este delito como de participación necesaria, reconociendo dicha falencia. Así, CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup> M.: *Ibidem*, p. 325, quien afirma respecto del tipo del artículo 279.1 CP, que castiga la difusión, revelación o cesión de secretos de empresa cuando el sujeto tuviere obligación legal o contractual de guardar reserva, que en dichos supuestos habrá que recurrir al artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal para el castigo del sujeto que induce a revelar un secreto de empresa, cuando este último estuviera obligado a guardar reserva y tenga que incumplir para ello su obligación. También defiende la impunidad del inductor MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, p. 637, afirmando que en esos casos “sancionar la conducta menos grave de inducción resulta, en cierta forma, contradictorio con la impunidad que se predica de la conducta más grave de autoría en el delito, que, sin embargo, permanece impune”.

<sup>1126</sup> CARRASCO ANDRINO, M. M.: Los delitos plurisubjetivos. *Op. Cit.*, p. 88.

<sup>1127</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M.: Participación necesaria. *Op. Cit.*; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 637, que lo denomina directamente “autoría del delito”.

igualmente impunes tanto el sujeto que recibe por error o azar un secreto de empresa sin saberlo, como el que realmente ha participado activamente en la comisión del delito, determinando a otro a que le revele un secreto de empresa.

Por lo demás, si el sujeto receptor de la información llevara a cabo algún comportamiento adicional como una sucesiva revelación de la información o su utilización en provecho propio, cometería el tipo del artículo 280 CP, que castiga la realización de dichas conductas sobre secretos de empresa, cuando el sujeto activo de las mismas, conociendo su origen ilícito, no hubiera tomado parte en su descubrimiento<sup>1128</sup>.

## VI. LA UTILIZACIÓN DEL SECRETO DE EMPRESA COMO MODALIDAD DELICTIVA EXTRAMUROS DEL ARTÍCULO 278 CP

### 1. Consideraciones previas

Definido ya el ámbito típico de la revelación como toda puesta bajo el dominio o control de un tercero de información empresarial reservada que no debería conocer, queda claro que el desvalor de acción de este comportamiento difiere del de la conducta de utilización de secretos de empresa. Esta última debe ser entendida como sinónimo de explotación o de aprovechamiento, como se verá seguidamente.

La previsión de ambas conductas, revelación y utilización, en los textos legales suele aparecer diferenciada pero en un mismo precepto, acogiendo así las dos finalidades que puede tener el apoderamiento de secretos empresariales. En primer lugar, la normativa extrapenal vigente, plasmada en el artículo 13.1 de la Ley de Competencia Desleal los prevé aludiendo a la “divulgación” y “explotación”<sup>1129</sup>, afirmando sin embargo la doctrina mercantil que el hecho de que el destinatario receptor del secreto empresarial no llegue a explotarlo o que no pueda obtener ningún provecho de él, no son circunstancias que se exijan para que la divulgación se produzca<sup>1130</sup>. En segundo lugar,

<sup>1128</sup> En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 61; MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, p. 633.

<sup>1129</sup> Dicho precepto establece que “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”.

<sup>1130</sup> SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 287. También afirma esta autora que tampoco son circunstancias que se exigen para que la divulgación tenga lugar que el destinatario sea incapaz de comprenderla o que ya la conociera. Sin embargo, a efectos penales, si el destinatario de la misma ya la



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

la Directiva (UE) 2016/943 también los recoge conjuntamente en su artículo 4.3, refiriéndose a la “utilización” y a la “revelación”<sup>1131</sup>. En tercer lugar, también otros ordenamientos aluden a ellas de manera conjunta, como es el caso del artículo 623 del Código penal italiano<sup>1132</sup> o del § 17.2 UWG en el ordenamiento jurídico alemán<sup>1133</sup>. Sin embargo, el legislador penal español ha tipificado la utilización de secretos de empresa sólo en dos supuestos: en el delito especial del artículo 279.2 CP, es decir, para el sujeto con un deber legal o contractual de guardar reserva; y en el artículo 280, para quien realiza alguna de las conductas de los artículos anteriores y, por tanto, entre otras, la apenas citada, pero sin participar en su descubrimiento. Por el contrario, en el caso del espía de empresa el legislador penal no ha previsto dicha conducta que, constituyendo el agotamiento del presente delito, intensifica aún más la lesión del bien jurídico protegido.

Por ello, no parece acertado concluir el presente capítulo sin hacer referencia a esta laguna. Para ello, en primer lugar, se aludirá a la concepción del término utilización en relación con los secretos de empresa, sobre todo desde lo que ha considerado como tal la doctrina mercantil y desde un análisis que atiende al bien jurídico protegido en el presente delito. Y, en segundo lugar, se indagará en las posibles causas de dicha ausencia en la regulación penal del espionaje empresarial.

---

conocía, la conducta de revelación sería atípica, pues un requisito del sujeto receptor de la información es que fuera ajeno a ella. Así, aunque dicho elemento no sea expresamente exigido por el tipo, la alusión a que los secretos descubiertos se difundieren, revelaren o cedieren *a terceros*, da a entender que éstos han de ser personas ajenas a la información.

<sup>1131</sup> Así, la Directiva establece que “la **utilización o revelación** de un secreto comercial se considerarán ilícitas cuando las lleve a cabo, sin el consentimiento de su poseedor, una persona respecto de la que conste que concurre alguna de las condiciones siguientes:

- a) Haber obtenido el secreto comercial de forma ilícita;
- b) Incumplir un acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto comercial;

Incumplir una obligación contractual o de cualquier otra índole de limitar la utilización del secreto comercial”.

<sup>1132</sup> El precepto italiano dice reza literalmente como sigue <<Chiunque, venuto a cognizione per ragione del suo stato o ufficio, o della sua professione o arte, di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni scientifiche o applicazioni industriali, *le rivela o le impiega* a proprio o altrui profitto, è punito con la reclusione fino a due anni>>. La previsión conjunta aquí lleva a la doctrina a preguntarse si estamos ante un tipo mixto alternativo o acumulativo (así, GIAVAZZI, S.: La tutela penale del segreto. *Op. Cit.*, pp. 351 y ss.).

<sup>1133</sup> El precepto alemán prevé incluso el apoderamiento en el mismo precepto, estableciendo lo siguiente <<Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, (...) ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das er durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Mitteilungen oder durch eine eigene oder fremde Handlung nach Nummer 1 erlangt oder sich sonst unbefugt verschafft oder *gesichert hat, unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt*>>.

## 2. Concepto de “utilización” de los secretos de empresa y su relación con la revelación

La previsión conjunta de la revelación y la utilización en las diferentes regulaciones puede llevar a pensar que estamos ante dos conductas unidas por una relación de especie a género, por considerar que la revelación constituye en todo caso una forma de utilización del secreto de empresa. Sin embargo, este sentido del término no resulta plausible, siendo necesario adoptar una noción más acotada del mismo<sup>1134</sup>, que atienda al bien jurídico protegido. Así, en una interpretación teleológica de la conducta de “utilización” referida a secretos de empresa, por tal debe entenderse *toda actuación guiada por el contenido de dicha información*<sup>1135</sup>, independientemente de que ésta llegue o no al conocimiento de terceros.

Dicha concepción del término abarcaría cualquier explotación del secreto de empresa derivada de su ejecución o puesta en práctica en un ámbito de negocio (*supuestos de aprovechamiento activo*)<sup>1136</sup> o bien del aprovechamiento de su conocimiento para conseguir una ventaja omitiendo una actuación en un determinado sentido, si se trata de una información negativa que permite dar a conocer vías de actuación fallidas (*supuestos de aprovechamiento omisivo*)<sup>1137</sup>. La aceptación de estos últimos casos puede plantear mayores dificultades, si pretende entenderse la utilización como una conducta exclusivamente activa. Sin embargo, su admisión es perfectamente posible, pudiendo apreciarse que se da un comportamiento activo u omisivo de aprovechamiento del secreto

---

<sup>1134</sup> De la misma opinión, MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 653, quien señala que con arreglo a una interpretación estrictamente gramatical del término “utilizar”, este comportamiento presenta una extraordinaria amplitud que fagocita la previsión de las modalidades de revelación, conduciendo a su solapamiento valorativo-material y jurídico.

<sup>1135</sup> En este sentido, PRIETO DEL PINO, A. M.: El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada. *Op. Cit.*, p. 346, respecto del delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores.

<sup>1136</sup> Así, éste puede tener lugar, entre otras formas posibles, según el tipo de información en cuestión, mediante su aplicación a la producción de la empresa (si se trata generalmente, de un secreto industrial, por ejemplo, de una fórmula o una idea sobre sus productos) o mediante el recurso a la misma para actuar en el ámbito de los negocios (si se trata de secretos comerciales, por ejemplo, comercialización de determinados productos, información sobre sus proveedores o sobre sus clientes: productos adquiridos, franjas horarias de mayor número de ventas, etc.).

<sup>1137</sup> ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, p. 116; SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, pp. 289-290, quien afirma que el más claro ejemplo es el de la información negativa, y que su indirecto aprovechamiento en forma de ahorro de costes constituye una utilización a los efectos del artículo 13 LCD.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

empresarial, cuando existe un *nexo intelectual* entre el conocimiento del contenido de éste y la conducta del sujeto activo<sup>1138</sup>.

Le utilización o aprovechamiento de un secreto de empresa tiene una especial incidencia en el ámbito de las invenciones aún no patentadas. En el sentido positivo del término dicha incidencia radica en que el conocimiento de aquéllas por un competidor le permitiría patentarlas él mismo u obtener un aprovechamiento si también las explota en secreto. En el sentido negativo, un posible conocimiento sobre aquellos aspectos donde la invención no ha funcionado, daría lugar a que el mismo competidor avanzara en sus investigaciones buscando alternativas a los aspectos fallidos. En ambos casos es claro el perjuicio que ello puede causar a la posición que ostenta el legítimo titular del secreto.

De todo esto se desprende, como apunta, con razón, un sector doctrinal, que una interpretación teleológica de la modalidad típica del uso del secreto, obliga a vincularlo al ámbito de la *competencia económica*<sup>1139</sup>, como fin al que se dirige la existencia de los secretos de empresa y la disposición sobre los mismos. Dicho aprovechamiento económico del secreto, en el citado contexto, atentaría contra la capacidad que una empresa posee para competir en el mercado. Sin embargo, como ya se ha dicho, este no constituye el bien jurídico protegido en el presente delito, sino la propiedad sobre el secreto como bien inmaterial y la facultad de aprovechamiento en exclusiva derivada de aquella.

Siendo este el objeto de tutela, el efectivo aprovechamiento del secreto empresarial por un tercero constituye el agotamiento del delito, pues el bien jurídico ya se ha lesionado sin que ello sea necesario. No obstante, en la medida en que dicha conducta intensificaría la citada lesión, ya que la funcionalidad del secreto radica en su utilización para competir en el mercado, resulta importante su consideración.

---

<sup>1138</sup> PRIETO DEL PINO, A. M.: El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada. *Op. Cit.*, p. 355, quien pone de manifiesto en relación con el delito de iniciados, que existirá “un *nexo intelectual* entre la información privilegiada y la operación realizada cuando la orden de negociación que hace posible la adquisición o cesión de valores haya sido elaborada mientras el sujeto estaba en posesión de dicha información”.

<sup>1139</sup> Así, MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 655. En el mismo sentido, pero en relación con los delitos relativos a la propiedad industrial, se pronuncia MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa. *Op. Cit.*, p. 249, quien señala respecto del tipo del artículo 275 CP, que la acción típica consiste en “utilizar en el tráfico económico”, entendiendo dicha conducta equivalente a “aprovecharse de una cosa” y vinculándola a las modalidades típicas de acción que al efecto enumera *ad exemplum* la Ley de Marcas.

De lo visto hasta aquí puede decirse, que la relación entre revelación y utilización no tiene un carácter intercambiable y que estamos ante dos conductas claramente diferenciadas. Esto quiere decir que, si bien la explotación puede dar lugar a que el secreto sea conocido por personas ajenas al mismo, o su revelación puede conllevar, a su vez, una explotación posterior del secreto si aquella se realiza con esta finalidad, ambas conductas no están necesariamente ligadas y son totalmente independientes la una de la otra<sup>1140</sup>.

Sin embargo, lo que ocurre en estos supuestos, como con razón señala Morón Lerma, es que en la actualidad, la propia idiosincrasia de la actividad empresarial, cuya estructura ya no suele ser unipersonal, exige una revelación previa para poder explotar un secreto empresarial (generalmente en sistemas o procesos de producción, o en el sector comercial de la empresa), siendo por tanto frecuente que la comunicación de éste sea consustancial a su utilización<sup>1141</sup>. A mi juicio, en ello radica el motivo por el cual la regulación de estas conductas suele aparecer de forma conjunta, no dejando así lagunas de punibilidad.

En suma, dada la importancia de la conducta de explotación en relación con los secretos de empresa, su especial relación con la revelación y la ausencia de su tipificación

---

<sup>1140</sup> En este sentido también, SUÑOL LUCEA, A.: El Secreto Empresarial. *Op. Cit.*, p. 289, poniendo de manifiesto la autora que, aunque serán poco frecuentes los casos en que así ocurra, puede producirse la divulgación de información sin que llegue a explotarse, y a la inversa. Sin embargo, también existen casos en los que se citan ambas conductas, incluso a veces, existe dificultad para distinguirlas, lo que la lleva a realizar el estudio conjunto de ambas figuras, respecto a las circunstancias específicas determinantes de la deslealtad de éstas; MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, p. 653, afirmando que resulta concebible, por ejemplo, que la revelación de cierta información se produzca sin que ésta se explote o aproveche y viceversa. Esta última autora también ha considerado que revelación y utilización son conductas con un desvalor material distinto, pero que pueden revestir análoga gravedad, afirmando que no puede arbitrarse a priori una gradación lesiva entre ambas, afirmando que pueden existir revelaciones que acaben convirtiendo a la información constitutiva de secreto de empresa en notoria, mientras que ciertos aprovechamientos pueden no tener tal repercusión (pp. 654 y 669). La autora afirma que de otra opinión son TERRADILLOS BASOCO, J.: Derecho penal de la empresa. *Op. Cit.*, p. 173 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 85, obviando que la postura de estos autores, que postulan que presenta menor gravedad la conducta de utilización, va referida al análisis del tipo que castiga la utilización en provecho propio por parte del empleado. Este matiz resulta importante en este contexto, pues la utilización del artículo 279.2, supuesto especialmente frecuente y con una atenuación de la pena respecto al tipo básico de revelación, prevé la utilización en provecho propio del secreto empresarial por parte del sujeto que ha accedido a él de forma lícita; mientras que su posible inclusión en el artículo 278 CP, constituiría la explotación de aquél obtenido de forma ilegítima, por medio de espionaje. De esta forma, uno de ellos intenta prevenir los casos de deslealtad competencial entre empleado y empleador, donde juega un delicado papel la experiencia del primero en su anterior empresa; mientras que el otro daría lugar a una deslealtad competencial basada en una intromisión ajena ilegítima a la información.

<sup>1141</sup> MORÓN LERMA, E.: *Ídem*, p. 657.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

expresa en el Código penal español, resulta necesario encontrar las causas de ésta y descartar posibles vías de inclusión *de lege lata*.

### **3. La ausencia de tipificación de la explotación de secretos en el espionaje empresarial y sus causas**

El claro deslinde entre revelación y utilización, y su previsión conjunta en la regulación extrapenal, en la de ámbito europeo o en la que establecen otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, no ha llevado al legislador penal español a considerar su inclusión en el artículo 278 CP. Este precepto, como se ha dicho, contiene un delito de estructura doble formado por el tipo básico de apoderamiento y el agravado de revelación, sin hacer mención alguna a la conducta de utilización de un secreto de empresa.

Esta ausencia da lugar a soluciones penológica y político-criminalmente cuestionables, pues a quien personalmente se apodera de forma ilegítima de un secreto de empresa, que posteriormente revela a un competidor, le es aplicable una pena de prisión de tres a cinco años; mientras que, si en lugar de revelarlo, él mismo es competidor directo del titular del secreto y lo explota, aprovechándolo para obtener una ventaja ilegítima frente a aquél, sólo sería castigado por el delito de apoderamiento, cuya pena es de dos a cuatro años de prisión<sup>1142</sup>. Si obviamos la solución del primer supuesto, la elevada pena del delito de apoderamiento podría salvar el segundo, pues ésta ya prevé un reproche suficientemente alto si se compara con las que establecen otros delitos de naturaleza patrimonial<sup>1143</sup>. Sin embargo, si atendemos a la mayor pena del primer caso, la regulación vigente supone aceptar que la revelación del secreto empresarial merece un reproche mayor que su explotación. En efecto, esto constituye una muestra de que lo que el legislador ha querido proteger es que no existan sujetos no autorizados que conozcan secretos de empresa ajenos. No obstante, una posible explotación y, por tanto, intensificación de la lesión del bien jurídico, no debería quedar impune.

---

<sup>1142</sup> Así ocurrió, por ejemplo, en la SAP Zaragoza (Sección 3ª), 259/2008, de 18 de abril, en la que un sujeto se apoderó de numerosa información de la anterior empresa para la que trabajaba, con accesos continuados mediante un uso ilegítimo de las claves que poseía entonces. A partir de la información obtenida, creó su propia empresa sin que llegara a revelar ninguna información.

<sup>1143</sup> En este sentido, ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, pp. 70-71.

Sin embargo, esta **laguna legal** no resulta subsanable *de lege lata* por ninguna de las otras dos vías donde dicha conducta se castiga de forma expresa en el Código, en aras del respeto al principio de legalidad.

Así, en primer lugar, la utilización es punible cuando se realiza *en provecho propio por el sujeto con deber legal o contractual de guardar reserva*, como establece el artículo 279.2 CP<sup>1144</sup>. Como defiende con razón la mayoría de la doctrina, la naturaleza jurídica de este precepto es la de un subtipo atenuado del tipo básico previsto en el párrafo primero<sup>1145</sup>, lo que se deduce de varias remisiones a este último, como la relativa al sujeto activo, al que no se alude nuevamente, o a la pena, la cual toma referencialmente del tipo básico<sup>1146</sup>. De esta forma, el sujeto activo de dicho subtipo no puede ser otro que el del tipo básico, no constituyendo un tipo autónomo el previsto en el artículo 279.2 CP, como sin embargo opina un sector doctrinal<sup>1147</sup>, y no siendo éste aplicable a sujetos en los que no concurren los requisitos exigidos para dicho delito especial.

En segundo lugar, la punición de la conducta de utilización de secretos de empresa también está prevista en el artículo 280 CP<sup>1148</sup>, el cual remite para ello a las conductas

---

<sup>1144</sup> El artículo 279.2 CP establece expresamente que “Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior”.

<sup>1145</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, pp. 544-545; DOVAL PAÍS, A.: La intimidad y los secretos de empresa. *Op. Cit.*, p. 113; MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E.: Artículo 278. *Op. Cit.*, pp. 861-862; MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 436; SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 513; RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.: Capítulo XI. *Op. Cit.*, pp. 622-623; SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3ª. *Op. Cit.*, p. 622. Así también se ha pronunciado la doctrina del Tribunal Supremo, con las SSTS 864/2008, de 16 de diciembre y 285/2008, de 12 de mayo, seguida por jurisprudencia menor, como la SAP Valencia (Sección 3ª) núm. 17/2014, de 7 de enero, entre otras, donde se determina que “el artículo 279 del Código penal no contempla dos figuras delictivas distintas y heterogéneas, sino, como se ha dicho, un tipo básico y un subtipo atenuado del mismo delito”.

<sup>1146</sup> Recurriendo el legislador a aplicar en el párrafo segundo del artículo 279 la pena en su mitad inferior respecto a la del párrafo primero, queda patente su voluntad de hacerlo depender de éste último, pues dicho recurso penológico se distancia del que emplea en el tipo del artículo 278.1 y 2 CP.

<sup>1147</sup> CARRASCO ANDRINO, Mª M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, pp. 263-264; CASTRO MORENO, A.: Espionaje industrial y secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 60; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 103. Este autor puntualiza que no se trata de un tipo autónomo sin más, sino de un tipo “relativamente autónomo” porque dice que si bien es cierto que contiene una remisión al tipo del párrafo 1º, se trata de dos tipos únicamente diferenciados por el diverso resultado material, de ahí que resulte preferible hablar de dos subtipos básicos. De ahí que el autor afirme que “es incuestionable que gramaticalmente el tipo del párrafo 2º del art. 279 está redactado tomando exclusivamente como punto de partida el tipo del párrafo 1º...” (p. 106); MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 658 y 671, defendiendo que las limitaciones que presenta el artículo 279.1 y que condicionan el párrafo segundo, como son el sujeto activo y la fijación de la pena a partir de la modalidad del tipo básico de revelación, no son insoslayables por ser, la primera de ellas implícita y no expresa, y la segunda una defectuosa técnica de tipificación (p. 673).

<sup>1148</sup> La literalidad del artículo 280 CP prevé que “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”.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

previstas en los dos artículos anteriores, siempre que concurren dos requisitos: *que el sujeto activo no haya participado en el descubrimiento del secreto y que conozca su origen ilícito*. De esta manera, se entiende que el sujeto activo de este tipo también accede ilícitamente al secreto, pero no personalmente, por lo que no sería propiamente el del artículo 278. Un ejemplo de estos casos se daría, cuando el destinatario al que se revela un secreto de empresa por parte del sujeto activo del tipo del artículo 278.2 o del 279.1 CP, lo utiliza o lo vuelve a revelar.

En suma, ninguna de estas previsiones hace posible el castigo de la utilización de un secreto de empresa ilegítimamente obtenido, siendo necesario indagar en el origen de dicha decisión. Como una posible causa de esta ausencia podría pensarse que, dado que estamos ante un delito patrimonial, el legislador ha obviado el uso del secreto, como hace respecto del resto de delitos de esta naturaleza, con la salvedad del hurto de uso de vehículos. No obstante, la razón político-criminal por la que estas conductas suelen ser atípicas se fundamenta en la devolución de la cosa en un periodo de tiempo determinado, ya que la naturaleza material de la misma lo hace posible. Ello no puede predicarse, en cambio, del bien sobre el que recae la conducta en el delito de espionaje, pues su carácter inmaterial, una vez sustraído de forma ilegítima por un sujeto ajeno al mismo, deja siempre la duda de si éste sigue teniendo copias del mismo, a pesar de que asegure su devolución o destrucción. Esta es una razón más que fundamenta la necesidad del castigo de dicha conducta en el presente delito.

Sin embargo, a mi juicio, la citada ausencia no responde a este motivo, sino más bien a la cuestionable técnica legislativa empleada en el Código penal de 1995, según la cual los tipos de referencia a partir de los cuales se tipificó el espionaje empresarial fueron los delitos contra la intimidad, lo cual explica el paralelismo entre ambos grupos de delitos, ya puesto de manifiesto por la doctrina<sup>1149</sup>. Este puede verse no sólo en la reproducción prácticamente idéntica de las estructuras típicas, sino también en la remisión directa del artículo 278 CP al 197.1, en la redacción de las mismas conductas típicas, aun cuando no siempre tengan sentido en este contexto, en relación al elemento subjetivo del tipo o incluso en las penas a imponer, siempre superiores en el caso del espionaje

---

<sup>1149</sup> CARRASCO ANDRINO, M. M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, p. 205; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 617-618.

empresarial<sup>1150</sup>. De la evidente similitud de penas entre unos y otros tipos, surgen las incoherencias en el plano penológico cuando intenta encontrarse cierta lógica con las previstas para los delitos de naturaleza patrimonial<sup>1151</sup>.

La opción que siguió el legislador en la configuración del delito de espionaje empresarial resulta a todas luces insuficiente. El cambio de ubicación sistemática que tuvo lugar en 1995 no llevó consigo en realidad una modificación de fondo, pues dada la mayor relevancia que los delitos contra la intimidad otorgan a la conducta de revelar, pareciera que el espionaje empresarial sigue anclado en la idea de “secreto” sin adjetivo añadido alguno. Es cierto que en ambos casos el carácter reservado de la información juega un papel decisivo en el tipo. Sin embargo, resulta necesario *vincular el tipo de secreto en cuestión al bien jurídico protegido*<sup>1152</sup> y ello lleva a que la protección conferida a un secreto relativo a la intimidad, no pueda ser la misma que la que se prevé para el de empresa.

Así, por un lado, el objeto de tutela en los *delitos relativos a la intimidad*, viene constituido por dicho derecho fundamental, previsto en el artículo 18 CE, que posee en la actualidad dos vertientes: el derecho a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada y el derecho de control sobre los datos personales conocidos por terceras personas, que sólo pueden utilizarse conforme a la voluntad del titular<sup>1153</sup>. Estos tipos, en los que el objeto de la conducta radica en información perteneciente al ámbito

---

<sup>1150</sup> En relación a las penas de prisión, el legislador simplemente aumentó los límites mínimos de los marcos penales del espionaje empresarial respecto a los de la intimidad. Así, el artículo 197.1 prevé una pena de prisión de uno a cuatro años, mientras que el 278.1 la establece de dos a cuatro años y el artículo 197.3 impone una pena de prisión de dos a cinco años, mientras que el 278.2 recoge una de tres a cinco años. En cuanto a las penas de multa, el artículo 278.1 mantiene inalterada la prevista en el 197.1 de doce a veinticuatro meses, mientras que el artículo 197.3 CP no prevé multa alguna, que sin embargo el legislador ha decidido imponer en el 278.2 CP, reproduciendo la misma que establece el párrafo primero.

<sup>1151</sup> Busca dicha lógica, ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, pp. 70-71.

<sup>1152</sup> En sentido similar, CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 997, quien afirma en relación a los delitos relativos a la intimidad, que el concepto vulgar de secreto no ha de confundirse con la relevancia jurídico-penal del mismo en relación a su bien jurídico protegido, cifrado en la intimidad; MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, pp. 440-441, quien defiende incluso la supresión del término “secreto”, por constituir un elemento o técnica jurídica instrumental, en sí mismo vacío de contenido y que puede estar al servicio de numerosos intereses o bienes jurídicos. De esta forma, según el autor, debería haberse abogado por incluir sólo como elemento tendencial subjetivo el objetivo de “vulnerar la intimidad de otro”.

<sup>1153</sup> NIETO MARTÍN, A.: Artículo 197. *Op. Cit.*, p. 471; MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, pp. 434 y 446, quien afirma que estamos ante una nueva configuración del “right to privacy”, ya no sólo configurado en sentido negativo, como rechazo de intromisiones de extraños en la vida privada, sino también positivo, como “*afirmación de la propia libertad y dignidad de la persona, de limitación impuesta por el individuo sobre el poder informático*”, esto es, un derecho de control (la cursiva es del autor); TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 794.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

privado de un individuo referido a su intimidad, basan su existencia en la *confidencialidad* que dicho derecho les confiere.

Por otro lado, en el *delito de espionaje empresarial* el bien jurídico protegido es la propiedad sobre un bien inmaterial, el secreto empresarial. Aquí, la información reservada, como se vio, debe ostentar un valor de uso para la empresa que la posee, que intenta preservarse manteniendo su confidencialidad. Sin embargo, el elemento clave aquí no es sólo esta última sino también, y sobre todo, la *exclusividad en la facultad de su aprovechamiento económico*. Es la persecución de dicho propósito lo que motiva a su titular a mantener en secreto la información y ello debe ser tenido en cuenta en la tipificación de las conductas.

De una lectura de los tipos relativos a la intimidad se desprende el papel preponderante de las conductas de difusión, revelación y cesión de datos, presentes en la mayor parte de ellos, frente a la de utilización, prevista sólo en el del artículo 197 en sus apartados 2 y 4.b) CP<sup>1154</sup>. El primero de ellos, como ha señalado Morales Prats<sup>1155</sup>, contempla la tutela de un bien jurídico distinto respecto a los demás tipos, cifrado en la privacidad informática, pues objeto de la conducta de utilización (y de otras que prevé el tipo) son los datos personales informatizados que se encuentran automatizados en ficheros o registros. El apartado 4.b) de dicho precepto, introducido con la reforma de 2015, aumenta la pena cuando los hechos cometidos en los apartados 1 y 2 se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima.

En estos tipos la utilización no radica necesariamente en un aprovechamiento económico, como sí ocurre en relación al secreto de empresa, sino más bien en un uso indebido de la identidad o de los datos personales de otro, que seguramente en un gran número de casos constituirá un medio para realizar otros comportamientos. De esta forma, puede verse cómo la interpretación de una misma conducta típica difiere de un caso a

---

<sup>1154</sup> El artículo 197.2 CP impone las penas de prisión de uno a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses "...al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero". Por otro lado, el apartado 4.b) establece los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de dicho precepto "...serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando (...) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima".

<sup>1155</sup> MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, pp. 448 y ss.

otro, estando caracterizada por particularidades respecto de los datos sobre los que recae, en un caso, y siendo su inclusión tardía, en el otro.

Por ello, parece necesario otorgar a esta conducta una mayor relevancia en el ámbito del espionaje empresarial respecto de la que posee en los tipos de referencia a los que acudió el legislador para su tipificación, siendo precisa su introducción *de lege ferenda*.



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



# CAPÍTULO V

## PENALIDAD Y CONCURSOS





UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



## CAPÍTULO V

### PENALIDAD Y CONCURSOS

#### I. INTRODUCCIÓN

Una vez estudiados los tipos previstos en nuestro Código penal para castigar el espionaje empresarial, es necesario aludir a las consecuencias penológicas de éstos y a las relaciones concursales que pueden tener lugar.

En este sentido, en primer lugar, haremos una referencia crítica a las penas de este delito, que se estiman desproporcionadas si se pone la mirada en otras con un bien jurídico semejante. En segundo lugar, es necesario advertir que la comisión del delito de espionaje empresarial y sus posibles conductas posteriores, que puedan consistir en revelaciones o explotaciones de los secretos de empresa, no plantea normalmente especiales problemas concursales. Sin embargo, en la medida en que el propio tipo recoge una cláusula que pretende resolver problemas de esta naturaleza y que alguno de ellos merece una atención especial, las siguientes líneas se orientan al estudio de dicha cuestión.

Para ello, por un lado, se aludirá a dicha cláusula concursal, prevista en el párrafo 3 del artículo 278 CP, poniendo atención sobre todo en su carácter perturbador. Y, por otro lado, se abordará con especial ahínco la problemática que suscitan los daños genéricos e informáticos en relación con el delito de espionaje, siendo los segundos particularmente frecuentes en la actualidad, dada la fuerte y cada vez mayor presencia de las nuevas tecnologías en la actividad empresarial.

#### II. CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS DEL ARTÍCULO 278 CP

El espionaje empresarial, en sus diversas modalidades, es castigado en el **artículo 278.1** del Código penal con una pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

veinticuatro meses. No cabe duda de la importancia de este delito y la necesidad de su punición para preservar de forma adecuada la propiedad sobre bienes inmateriales. Sin embargo, la pena que el legislador ha decidido imponer a su comisión, siendo este, además, el tipo de referencia penológica en los relativos a secretos de empresa, parece excesiva si atendemos al principio de proporcionalidad de las penas<sup>1156</sup>.

En primer lugar, atendiendo al límite mínimo (dos años), éste resulta excesivo si lo comparamos con otros posibles delitos donde se tutelen bienes jurídicos similares al del artículo 278 CP. Así, en numerosos delitos contra el patrimonio el límite mínimo del tipo básico se establece en seis meses, como ocurre, entre otros, en el hurto (artículo 234.1 CP), en los daños (artículo 263.1 CP), en el sabotaje informático (artículos 264.1 y 264 bis.1 CP) e incluso en algunos delitos contra la propiedad intelectual (artículos 270 y 271 CP) e industrial (artículos 273 y 274.2 y 3 CP). Esta incoherencia penológica trae como consecuencia, además, que sólo la imposición de su límite mínimo podría dar lugar a la suspensión de la pena privativa de libertad si se comete el delito de forma consumada (artículo 80.1 CP).

En segundo lugar, su límite máximo también llama la atención, si dirigimos la mirada a determinados delitos que atentan contra bienes eminentemente personales<sup>1157</sup>, como es el caso del artículo 157, que castiga con una pena privativa de libertad de uno a cuatro años las lesiones al feto o el del propio tipo básico contra la intimidad, del artículo 197.1, cuyo límite máximo también es de cuatro años.

La incoherencia que presentan las consecuencias penológicas del delito de espionaje empresarial obedece, a mi juicio, al mismo error de técnica legislativa que presenta el precepto en relación con otros elementos. Y es que, de la misma manera que el legislador ha trasladado la estructura típica de los delitos contra la intimidad, también ha partido de la pena del artículo 197.1 CP, agravando sólo su límite mínimo en un año

---

<sup>1156</sup> Como se ha señalado en el capítulo precedente, dicha desproporción da lugar a soluciones insatisfactorias cuando el tipo agravado de espionaje se comete en grado de tentativa. Cfr. *Supra*, capítulo IV. IV.

<sup>1157</sup> PAREDES CASTAÑÓN, J. M.: “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 11 (2003), p. 150, afirma que la fijación del límite máximo de las penas imponibles a delitos económicos dependerá de dos factores: en primer lugar, la posición del bien jurídico protegido en la escala axiológica del ordenamiento jurídico; y, en segundo lugar, los principios de necesidad y eficacia, defendiendo que en principio, nunca los límites penológicos correspondientes a un delito económico deberían ser iguales a los establecidos para un delito que ataque a un bien jurídico eminentemente personal.

más. Ello hace que quizás sea conveniente plantear *de lege ferenda* una rebaja punitiva de la pena prevista en este delito.

Por otro lado, ha sido criticada por algunos autores la equiparación penológica entre las diversas formas de apoderamiento previstas en el artículo 278.1 CP<sup>1158</sup>. Así, Morón Lerma ha defendido que dichas modalidades de ataque poseen distinta insidiosidad, considerando la interceptación de las telecomunicaciones y la utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, más graves respecto a la conducta de apoderamiento, siendo actualmente los secretos empresariales –dice la autora– almacenados, casi en su totalidad, en equipos informáticos<sup>1159</sup>. A su argumentación añade, además, que la integración de las nuevas tecnologías tuvo un gran impacto socio-jurídico especialmente en Alemania, y que el legislador alemán, con la reforma acometida por la 2. WiKG, de 15 de mayo de 1986, “decidió robustecer la protección penal y tipificar el espionaje empresarial y, en concreto, el espionaje informático o electrónico, en el segundo párrafo del § 17 UWG”<sup>1160</sup>, atendiendo así –concluye– a la diferente insidiosidad de los mismos<sup>1161</sup>.

Respecto de esta última cuestión, hay que decir que la redacción alemana, por un lado, sólo contempla las tres formas posibles de apropiarse o asegurarse (*verschafft oder sichert*) la información comercial reservada: medios técnicos, reproducción material y sustracción o apoderamiento de la cosa donde el secreto se contenga, sin establecerse una distinta penalidad para unos supuestos u otros<sup>1162</sup>; y, por otro lado, hay que aclarar que

<sup>1158</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, pp. 582 y ss. En el ámbito de los delitos contra la intimidad, es también de esta opinión MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 409 (también habla de ello en pp. 416 y 429 de la misma obra), quien afirma que dicha equiparación “desatiende a la *diversa insidiosidad* que para el bien jurídico intimidad suscita el empleo de un mero *apoderamiento físico* de documentos o efectos personales frente a la *utilización de sofisticados aparatos de control auditivo o visual clandestino*”, los cuales –continúa diciendo–, “proporcionan un control certero y sistemático, más penetrante que pasa inadvertido para la víctima, lo que debería haberse visto reflejado en un distinto trato punitivo más grave para estos últimos casos”, atendiendo –concluye–, al principio de proporcionalidad. Siguen esta teoría también JORGE BARREIRO, A.: Capítulo I. Del descubrimiento y revelación. *Op. Cit.*, p. 571; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, p. 794.

<sup>1159</sup> MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, p. 583.

<sup>1160</sup> *Ídem*, pp. 583-584.

<sup>1161</sup> *Ídem*, p. 585.

<sup>1162</sup> Así, la redacción del § 17 UWG establece que: <<Será castigado con la misma pena, a quien con fines de competencia, con motivos de uso propio, o a favor de un tercero o con la intención de perjudicar al propietario de una empresa

1. Se apropia o se asegura de forma no autorizada un secreto de empresa, mediante:

a) La aplicación de medios técnicos,  
b) La reproducción material de un secreto,



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

dicha regulación data de 1986, momento en el que el empleo de medios tecnológicos constituía la excepción, pues éstos se encontraban en un momento de incipiente desarrollo, a diferencia de lo que ocurre actualmente, que son la regla.

En mi opinión, precisamente la realidad social actual nos lleva a la conclusión contraria a la que propugna Morón Lerma, esto es, a no establecer distinción penológica entre la obtención de secretos de forma física o a través de medios telemáticos. No cabe duda del mayor riesgo que para la información constituyen las nuevas tecnologías como forma de comisión de este comportamiento, dado el carácter más inmediato, certero, imprevisible e incontrolable de los ataques. Sin embargo, hay que tener presente que vivimos en la era de la digitalización, donde ya no es frecuente encontrar la información de una empresa almacenada en soporte físico o papel, siendo lo habitual que la comisión de esta conducta se perpetre mediante el uso de aparatos técnicos para hacerse con aquella, pudiendo ser ésta incluso la única vía posible. Sin embargo, el desvalor de resultado de la conducta de apoderamiento llevado a cabo de una forma u otra será el mismo. Así, cabría equiparar penológicamente, por ejemplo, el apoderamiento de un CD-ROM (soporte informático) donde se encuentra la información a la grabación de dicha información, contenida en dicho soporte, en un USB, propiedad del sujeto activo. O también sería equiparable la sustracción de documentos escritos con información comercial reservada de la mesa de un directivo, a la obtención de dicha información mediante un artefacto técnico de escucha situado bajo el escritorio de su despacho. Carecería de sentido, invirtiendo el razonamiento propuesto por la autora, reducir la pena cuando el apoderamiento sea exclusivamente físico, esto es, en los primeros supuestos de ambos ejemplos, en la medida en que, en los dos casos, la afección al bien jurídico sería la misma que si fueran cometidos a través de medios telemáticos. De ahí que se estime adecuado el establecimiento de una pena única para todas las formas de cometer espionaje empresarial.

Por lo que respecta al tipo agravado de revelación de secretos de empresa del **artículo 278.2 CP**, como se vio, esta conducta constituye una intensificación de la lesión producida por el apoderamiento por la pérdida de control sobre la información empresarial reservada al comunicarla a un tercero. Sin embargo, hay que aclarar que, no teniendo todas las revelaciones la misma entidad, lo relevante a estos efectos es aclarar

---

c) *La sustracción de una cosa en la que se incorpora el secreto*>>.

dos cuestiones: en primer lugar, que toda revelación a un tercero constituye una lesión para el bien jurídico cuya intensidad dependerá del receptor de la información, que podrá explotarlo por sí mismo o revelarlo a quien lo haga; en segundo lugar, atendiendo a dicha entidad, el juez podrá adecuar la pena dentro del marco penal establecido, que es de tres a cinco años de prisión y de doce a veinticuatro meses de multa, teniendo así en cuenta los destinatarios del secreto.

Así, dada la imprevisibilidad de estas circunstancias, sólo en el caso concreto podrá valorarse la mayor o menor intensidad de la lesión que genera la revelación, pudiendo darse dos situaciones de cara a concretar la pena a imponer: por un lado, las revelaciones que generan un *nivel elevado de lesión* del bien jurídico, cuando el sujeto destinatario de la información la comprende y está en una posición idónea para aprovecharse de ella, por ejemplo, por ser un competidor directo del titular del secreto empresarial o bien cuando la revelación es de tal amplitud que la información se convierte en notoria, perdiendo así su carácter secreto; y por otro lado, aquellas revelaciones que generan un *nivel moderado de lesión*, que son las realizadas a sujetos que no pueden comprender la información ni están en posición de aprovecharse directamente de ella, pero que, teniéndola en su poder, pueden volver a revelarla y, así, ponerla a disposición de sujetos que sí lo hicieran.

Por último, hay que señalar que la pena prevista para este tipo también se considera excesiva, lo cual es consecuencia de su determinación a partir de la del párrafo primero.

### III. LA CLÁUSULA CONCURSAL DEL ARTÍCULO 278.3 CP

El precepto que castiga el espionaje empresarial en el Código penal recoge en su apartado tercero una cláusula de cierre de carácter concursal, que establece que lo que aquél dispone “...se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos”.

Fueron razones político-criminales, que primaban en las dos últimas décadas del siglo XX, las que dieron lugar a la inclusión de esta cláusula, dada la especial sensibilidad por la adaptación de la ley penal a la sociedad moderna, donde toda la actividad a nivel

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

socioeconómico y, sobre todo, en el seno de la empresa, se realizaba ya a través de los medios informáticos<sup>1163</sup>.

Sin embargo, el carácter innecesario de esta cláusula es reconocido de forma unánime por la doctrina, bajo la crítica de que limitarla a los soportes informáticos no sólo resulta inexplicable, sino además perturbador<sup>1164</sup> y que nada aporta en relación con los criterios generales de resolución de concursos<sup>1165</sup>.

Por un lado, como afirma, con razón, Doval País, la débil función preventivo-general o de otro tipo que pueden cumplir este tipo de previsiones, que no contribuyen a la economía legislativa y que no son extrañas en algunos tipos penales, se produce siempre a riesgo de comportar algún coste que - como afirma el autor, con gran parte de la doctrina -, viene constituido por la duda que plantea su falta de referencia a que dichas conductas recaigan sobre soportes no informáticos de los secretos<sup>1166</sup>. Otra deficiencia de dicha cláusula, señalada también por la doctrina, radica en no aludir a los supuestos en que la conducta de destrucción recaiga sobre los datos contenidos en los soportes, esto es, en los elementos lógicos de los mismos y no así en los físicos, pues la de apoderamiento sí viene recogida expresamente en el artículo 278.1 CP<sup>1167</sup>. De estas dos ausencias

---

<sup>1163</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 286.

<sup>1164</sup> Entre otros, ANARTE BORRALLA, E.: Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. *Op. Cit.*, p. 245; BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, p. 533; DOVAL PAÍS, A.: La intimidad y los secretos de empresa. *Op. Cit.*, p. 114; FARALDO CABANA, P.: Las Nuevas Tecnologías. *Op. Cit.*, pp. 248-249; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: *Ibidem*; GONZÁLEZ RUS, J. J.: "Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos", *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 01-14 (1999), II.2.A, quien califica esta cláusula de sorprendente; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 68; MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E.: Artículo 278. *Op. Cit.*, p. 857.

<sup>1165</sup> PRATS, J. M.: Descubrimiento y revelación de secretos. *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>1166</sup> En este sentido, DOVAL PAÍS, A.: La intimidad y los secretos de empresa. *Op. Cit.*, p. 114; FARALDO CABANA, P.: Las Nuevas Tecnologías. *Op. Cit.*, pp. 248-249; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 286, quien afirma que en tanto que el legislador ha observado esta situación excepcional respecto de los soportes informáticos, no podrá producirse un concurso real en los supuestos en los que el apoderamiento sea de un soporte material distinto; GONZÁLEZ RUS, J. J.: Protección penal de sistemas. *Op. Cit.*, II.2.A, quien señala que dicha cláusula dice literalmente que no se apreciará concurso de delitos cuando se trate, por ejemplo, de papeles, documentos escritos o medios audiovisuales; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 68, quien señala que interpretando esta cláusula en su pura literalidad, dicha referencia imposibilitaría apreciar el concurso de delitos cuando la acción recaiga sobre otros soportes como, por ejemplo, cintas de vídeo que contengan información sobre un proceso productivo; MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E.: Artículo 278. *Op. Cit.*, p. 857.

<sup>1167</sup> FARALDO CABANA, P.: *Ibidem*, pp. 248-249; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: *Derecho penal e internet*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 221; GONZÁLEZ RUS, J. J.: Protección penal de sistemas. *Op. Cit.*, II.2.A, quien señala como ejemplos, el borrado del fichero o la eliminación de los datos en memoria volátil.

precisamente se deriva la problemática a la que se aludirá seguidamente respecto a los delitos de daños.

Por otro lado, Fernández Sánchez ha señalado, sin embargo, la bondad de incluir en dicha cláusula la posibilidad de concurso con el apoderamiento de soportes informáticos, pues previendo el tipo básico del espionaje empresarial dicha conducta exactamente en los mismos términos, para abarcar la sustracción de secretos de empresa, el legislador ha querido atender a la lesión que la propiedad de dichos soportes sufre al mismo tiempo, remitiendo a los correspondientes delitos, como serían el hurto o los robos<sup>1168</sup>. Sin embargo, a mi juicio, la previsión expresa del apoderamiento de soportes informáticos resulta ciertamente cuestionable, pues cabría apreciar un concurso de leyes si se produce un apoderamiento de secretos de empresa y de su soporte informático para que no se incurra en un non bis in ídem. La razón de ello es que, mientras que el delito de hurto del artículo 234.1 CP prevé una pena máxima de dieciocho meses de prisión, la establecida para el artículo 278.1 CP recoge una de hasta cuatro años, siendo, como se ha dicho, desproporcionadamente elevada. Si se optara por la solución de aplicar un concurso ideal en estos casos, ello daría lugar a una pena mínima de tres años de prisión, haciéndola todavía más desproporcionada. Por ello, a pesar de la previsión expresa en la cláusula concursal del apoderamiento de soportes informáticos, si dicha conducta tuviera lugar para la obtención de secretos de empresa debería aplicarse sólo la pena del artículo 278.1 CP.

A pesar de este tercer apartado que prevé el artículo 278 CP, no cabe duda de que tanto los supuestos expresamente mencionados por el legislador, como aquellos que ha omitido, reciben una respuesta penal en otros preceptos del Código y, por tanto, pueden dar lugar a concursos<sup>1169</sup>. Uno de los casos donde con mayor frecuencia éstos se plantean es en el ámbito de los delitos relativos a la intimidad. Así, podría darse el caso, por ejemplo, de que se cuestione si la información sustraída de forma ilegítima, además de constituir el objeto de un secreto de empresa, lo es también de datos personales de un

<sup>1168</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, pp. 285-286.

<sup>1169</sup> De la misma opinión, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: Derecho penal e internet. *Op. Cit.*, p. 221; GONZÁLEZ RUS, J. J.: Protección penal de sistemas. *Op. Cit.*, II.2.A; SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: Sección 3<sup>a</sup>. *Op. Cit.*, p. 616, quien estima que entre los delitos que prevé la cláusula del párrafo tercero y los delitos del artículo 278.1 y 2 CP se da un concurso ideal (medial) de delito. En el mismo sentido, pero considerando que estamos ante bienes jurídicos distintos en los delitos del artículo 278 CP y los de apoderamiento o daños informáticos, careciendo de dificultad, por ello, la aplicación de las reglas concursales genéricas, MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E.: Artículo 278. *Op. Cit.*, p. 857.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

sujeto, afectando así a su intimidad. Existen algunas resoluciones en las que se ha acusado por ambos delitos, sobre todo, cuando el objeto de la conducta de apoderamiento o revelación lo constituyen las listas de clientes, apreciándose finalmente en algunos casos un concurso de normas y en otros un concurso ideal de delitos<sup>1170</sup>. En estos supuestos, el elemento subjetivo de lo injusto juega un papel protagonista para determinar el ánimo que guía la conducta, permitiendo resolver si estamos ante un delito contra la intimidad, uno relativo al secreto de empresa o ninguno de ellos<sup>1171</sup>. Sin embargo, lo más frecuente será que esta cuestión se plantee en el ámbito del delito especial del artículo 279 CP, el cual queda extramuros del presente estudio, respecto del tipo relativo al secreto profesional del artículo 199<sup>1172</sup>, o también a veces en relación al artículo 200 CP, cuya aplicación resulta especialmente controvertida<sup>1173</sup>.

Otros delitos con los que se ha podido dar o no un posible concurso con el espionaje empresarial son, entre otros, la apropiación indebida<sup>1174</sup>, los relativos a la propiedad intelectual y defraudaciones de fluido eléctrico<sup>1175</sup>, estafa<sup>1176</sup> o delitos societarios<sup>1177</sup>, entre otros. En ellos, se aplicarán las reglas generales de determinación de la pena de los concursos.

Por todas las razones expuestas parece que sería adecuada la supresión de esta cláusula concursal *de lege ferenda*. Ésta genera una de sus peores consecuencias en la ausencia de mención expresa a la destrucción de los datos, frente a la inclusión de otros objetos, como son los soportes informáticos. Por ello, se hace necesario profundizar sobre

---

<sup>1170</sup> Ejemplo del primer caso es el AAP Madrid (Sección 23ª), 215/1999, de 28 de abril, y del segundo, la SAP Barcelona (Sección 7ª), 47/2001, de 18 de enero. De la opinión de que estos casos darán lugar, especialmente, a un concurso ideal de delitos, es CASTRO MORENO, A.: Espionaje industrial y secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 5; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 51. Considera que también se da aquí un concurso de delitos por la heterogeneidad entre ambos, SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.: *Ibidem*.

<sup>1171</sup> En un sentido similar se pronuncian las SSAP Córdoba (Sección 3ª), 532/2014, de 12 de diciembre; AP Madrid (Sección 2ª), 329/2015, de 27 de abril; y AP Toledo (Sección 1ª), 93/2015, de 30 de julio.

<sup>1172</sup> Así, entre otras resoluciones, el AAP Madrid (Sección 23ª), 215/1999, de 28 de abril; el AAP Barcelona (Sección 8ª), 393/2005, de 14 de septiembre; el AAP Barcelona (Sección 6ª), 523/2008, de 8 de octubre; el AAP Valladolid (Sección 2ª), 77/2012, de 10 de febrero; y la SAP Toledo (Sección 1ª), 93/2015, de 30 de julio.

<sup>1173</sup> Un estudio de la relación entre estos delitos contra la intimidad y el artículo 279 CP, puede verse en CARRASCO ANDRINO, M.M.: La Protección Penal del Secreto. *Op. Cit.*, pp. 326-328.

<sup>1174</sup> Como ocurrió en la SAP Valencia (Sección 5ª), 151/2002, de 19 de junio, el AAP Madrid (Sección 17ª), 645/2004, de 28 de junio o el AAP Vizcaya (Sección 6ª), 235/2005, de 27 de abril.

<sup>1175</sup> Así, la SAP Barcelona (Sección 8ª), 1036/2002, de 4 de noviembre o la SJP núm. 1 León 32/2004, de 9 de febrero.

<sup>1176</sup> Un ejemplo de ello es la SAP Zaragoza (Sección 3ª), 512/1999, de 3 de diciembre.

<sup>1177</sup> Entre otros supuestos, el que tuvo lugar en la SAP Barcelona 178/2011, de 28 de febrero.

todo en los supuestos de daños, que son los que mayores dudas plantean en relación con el espionaje empresarial.

#### IV. EL ESPIONAJE EMPRESARIAL Y EL DELITO DE DAÑOS

##### 1. Consideraciones previas

Los ataques a la propiedad de un individuo pueden perpetrarse de muy diversas maneras. Para ello el Código penal establece diferentes delitos que atentan contra la misma. Ya ha sido puesta de manifiesto la forma en que el espionaje lesiona el citado bien jurídico. Sin embargo, dado el carácter inmaterial y, por tanto, ubicuo, del bien en que se encarna la propiedad, en la práctica dicha conducta puede ser compatible e incluso confundible con ataques encuadrables en los tipos de daños, sobre todo en relación con el llamado sabotaje informático.

La seguridad de la información, como elemento de valor económico que es parte de la propiedad de una empresa, puede ser afectada en relación con tres aspectos: su integridad, su disponibilidad y su confidencialidad<sup>1178</sup>. Estas tres vertientes de la información pueden ponerse en riesgo de diferentes maneras, ante las que el Código penal responde diversamente. Así, por un lado, el delito de daños castigaría aquellas conductas que atentan contra la integridad y la disponibilidad de la información, y que podrían darse con una alteración de la misma, con su borrado, su destrucción o al hacerla inaccesible<sup>1179</sup>; por otro lado, con el delito de espionaje se preserva especialmente la confidencialidad de la información, que es la que le otorga su carácter exclusivo. Sin embargo, puede producirse un ataque a sus tres elementos, dándose así un posible concurso de delitos. Así, de manera gráfica podría representarse dicha relación con la siguiente figura.

<sup>1178</sup> INCIBE (Instituto Nacional de Ciberseguridad de España): “Guía de almacenamiento seguro de la información”, 2016, p. 5. En este sentido también, MORÓN LERMA, E.: *Quiebras de la privacidad. Op. Cit.*, p. 130; RIBAGORDA GARNACHO, A.: “Seguridad de las tecnologías de la información”, en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, CDJ, CGPJ, 1996, p. 312-313, quien estima que un sistema es fiable cuando se satisfacen dichos elementos en los recursos que lo integran.

<sup>1179</sup> De hecho, el bien jurídico del delito de daños ha sido identificado por la doctrina con la propiedad de la cosa, pero referida a la preservación de su integridad, incolumidad e incluso su existencia (HERRERA MORENO, M.: “Lección 8ª. Daños”, en POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 133).



Fuente: Guía de almacenamiento seguro de la información, 2016  
Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE)

Así, un ataque a las zonas celeste y naranja de la figura constituiría un delito de daños exclusivamente (borrado, dañado, alteración, destrucción, bloqueo o inutilización de la información), mientras que si éste tuviera lugar en la zona rosa, sólo se daría espionaje (apoderamiento ilegítimo o revelación). Sin embargo, podrían darse ambos delitos si la conducta tiene lugar en la zona azul oscuro, donde confluyen los tres elementos, afectando a todos ellos (apoderamiento o revelación de la información y posterior borrado, dañado, alteración, destrucción, bloqueo o inutilización de ésta).

Por ello, en el presente epígrafe, en primer lugar, aludiremos brevemente a las diversas modalidades que presentan los delitos de daños a los efectos que aquí interesan, haciendo especial hincapié en aquellos elementos típicos que plantean dudas cuando un posible secreto de empresa sea objeto de éstos; en segundo lugar, se analizarán las diversas constelaciones de casos que pueden producirse en relación con el espionaje empresarial y sus posibles soluciones jurídico-penales, que deben partir en todo caso de un posible acceso o apoderamiento del objeto de los mismos como presupuesto previo, ya que de lo contrario no plantearía dudas con el espionaje<sup>1180</sup>. Estos últimos casos llevarán a una solución u otra, dependiendo en gran medida de la finalidad que guíe la conducta de apoderamiento o acceso, para delimitar unos casos de otros, por lo que el elemento subjetivo del injusto va a jugar aquí un papel crucial.

## 2. El delito de daños en el Código penal

---

<sup>1180</sup> Así, no cabría duda de que existe sólo un delito de daños si lo que se produce es un supuesto en el que un empresario, conocedor de los buenos resultados de su competidor, decide quemarle su oficina, a la que no entra para ello, o contrata un hacker para que le envíe un virus exclusivamente destructivo, que elimine toda su información, sin acceso a la misma.

Antes de aludir a los distintos tipos delictivos relativos a los daños hay que aclarar cómo se entienden éstos, teniendo en cuenta que no existe un concepto legal de los mismos<sup>1181</sup>. Así, por daños en sentido penal puede entenderse toda destrucción o menoscabo de una cosa<sup>1182</sup>, incluyendo también su inutilización o deterioro. Dicho concepto es independiente del perjuicio patrimonial que el daño pueda ocasionar<sup>1183</sup>, que sólo tendrá relevancia para determinar la responsabilidad civil derivada del delito<sup>1184</sup>, como ocurre también en el delito de espionaje empresarial.

De esta forma, se parte aquí de un concepto amplio de daños que debe atender también a la utilidad que el bien tiene para su titular, de acuerdo con la concepción funcional de patrimonio de la que se parte, y que tiene importantes implicaciones relacionadas con el secreto de empresa en los daños genéricos, pero sobre todo en los delitos de daños informáticos.

### 2.1. Los daños genéricos

El artículo 263 CP establece en su párrafo primero un tipo básico de daños en propiedad ajena, que no estén comprendidos en otros títulos del Código penal<sup>1185</sup>, y que prevé distinta penalidad en función de la cuantía del daño. Así, si ésta excede de 400 € se contempla una pena de multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño; mientras que, si es inferior a dicha cantidad, la pena de multa a imponer será de uno a tres meses, sustituyendo así a la anterior falta de daños del artículo 625, que establecía una pena de localización permanente de dos a doce días o multa de diez a veinte días<sup>1186</sup>. Junto a este primer apartado, el párrafo segundo

<sup>1181</sup> CORCOY BIDASOLO, M.: “Capítulo IX. De los daños”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dir.): *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 585.

<sup>1182</sup> MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 409.

<sup>1183</sup> *Ibidem*; ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N.: “Tema 12. Delitos contra el patrimonio (III)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 293.

<sup>1184</sup> CORCOY BIDASOLO, M.: De los daños. *Op. Cit.*, p. 586; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: Derecho penal e internet. *Op. Cit.*, p. 100; MUÑOZ CONDE, F.: *Ídem*, pp. 409-410, quien afirma que con dicho entendimiento puramente descriptivo del daño patrimonial podría existir un delito de daños aunque éste produzca un enriquecimiento del titular de la cosa dañada.

<sup>1185</sup> De ahí que la doctrina lo considere un tipo residual frente a los específicamente tipificados en otros lugares del Código. Así, entre otros, CORCOY BIDASOLO, M.: *Ibidem*, p. 586; HERRERA MORENO, M.: Daños. *Op. Cit.*, p. 135.

<sup>1186</sup> CASTRO CORREDOIRA, M. / VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: “La reforma de los delitos de daños: arts. 263, 264, 264 bis, 264 ter, 264 quáter, 265, 266.1 y 266.2 CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 829, afirman que el cambio de falta a delito trasciende a lo meramente nominal, comportando un endurecimiento de la respuesta punitiva.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

recoge un tipo agravado de dicho delito en determinados supuestos, en los que no cabe ahondar en estos momentos.

Pues bien, son dos las cuestiones a destacar en este tipo delictivo que plantean problemas a los efectos que aquí interesan. En primer lugar, la naturaleza corporal del objeto material del delito, que puede ser una cosa mueble o inmueble<sup>1187</sup>. Y, en segundo lugar, el carácter económicamente valorable de dicha cosa<sup>1188</sup>.

Resulta claro que la información empresarial de carácter reservado se contiene en objetos corporales, como por ejemplo carpetas, archivadores, cuadernos, libros u objetos que la contengan<sup>1189</sup>. Respecto a los discos duros externos, equipos informáticos o parte de los mismos, de acuerdo con De la Mata Barranco, la destrucción o menoscabo de estos objetos quedarían subsumidos exclusivamente en el delito de daños genéricos, siempre que no se afecte a los datos o programas contenidos en el sistema ni a su accesibilidad (por ejemplo, la destrucción de un altavoz, del micrófono o del ratón), pues de lo contrario cabría hablar también de un delito de daños informáticos<sup>1190</sup>, bien en relación a datos o programas informáticos o documentos electrónicos (artículo 264 CP)<sup>1191</sup> o al funcionamiento de sistemas informáticos (artículo 264 bis CP).

De esta forma, todo secreto de empresa contenido en soportes no informáticos es susceptible de ser destruido y su castigo iría sólo por la vía del artículo 263 CP, en la medida en que no se trata de datos informáticos. Sin embargo, el problema que plantean

---

<sup>1187</sup> GÓMEZ INIESTA, D.: “Artículo 263”, en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J. C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. / TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Dir.): *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 591; HERRERA MORENO, M.: Daños. *Op. Cit.*, p. 135; MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 411.

<sup>1188</sup> HERRERA MORENO, M.: *Ibidem*, p. 135; ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N.: Delitos contra el patrimonio. *Op. Cit.*, p. 293.

<sup>1189</sup> Un ejemplo de objetos que incorporan la información constitutivas de secreto de empresa se da por ejemplo en las SAP Barcelona (Sección 8ª), 1036/2002, de 4 de noviembre y SJP núm. 1 León 32/2004, de 9 de febrero, en las que los códigos descriptores que eran objeto de aquél se encontraban en unas tarjetas que permitían emitir imágenes televisivas.

<sup>1190</sup> En este sentido, DE LA MATA BARRANCO, N. J. / HERNÁNDEZ DÍAZ, L.: “El delito de daños informáticos: una tipificación defectuosa”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009), pp. 318-319 y 339-340, quienes afirman que la subsunción del ataque al *hardware*, que se refiere a todos los componentes físicos del sistema informático, no plantea mayores problemas de tipificación, pudiendo subsumirse en la modalidad del artículo 263 CP cuando la de los daños informáticos resultaba defectuosa; HERRERA MORENO, M.: Daños. *Op. Cit.*, p. 139, quien afirma que en los casos en que se dieran daños físicos en el *hardware*, se daría un concurso medial de delitos entre los daños genéricos del artículo 263 CP y el de daños informáticos.

<sup>1191</sup> La modalidad típica prevista en el artículo 264.1 CP, en virtud de la cual es considerado sabotaje informático dañar o deteriorar, por cualquier medio, datos o programas informáticos o documentos electrónicos, ampara la inclusión de estos supuestos en dicho tipo.

estos supuestos es que, dado que el objeto sobre el que recae la conducta es una cosa material, el valor económico al que hace alusión el tipo iría en principio referido a ésta, no considerándose en dicha cuantificación el de la información que contiene. Pongamos por caso que un empresario, temiendo los cada vez más sofisticados y frecuentes ataques a las telecomunicaciones, decide guardar una valiosa fórmula o información muy concreta en varias copias contenidas en diversas carpetas que a su vez guarda en distintas cajas fuerte. Si alguien se apodera de todas las carpetas y las destruye, atender exclusivamente al valor de los soportes no parecería una solución satisfactoria.

Teniendo en cuenta estos casos que, si bien poco frecuentes, podrían darse en la práctica, así como la concepción funcional de patrimonio de la que partimos en sede de bien jurídico, que deriva en un valor de uso del secreto que atiende a su utilidad o funcionalidad para una empresa concreta, hay que concluir que, en estos supuestos habrá que tener en cuenta el valor de la información contenida en el soporte material<sup>1192</sup>. Lo contrario llevaría a soluciones absurdas y a una tutela insuficiente de la información si no se encuentra en documentos o soportes electrónicos, dando siempre lugar a la aplicación del delito leve y, por tanto, a una pena de multa de uno a tres meses, al no tener el soporte un valor que exceda de 400 euros<sup>1193</sup>. Sin embargo, la exigencia de una cuantía económica que delimite los supuestos más graves del resto plantea un problema añadido que ya ha

---

<sup>1192</sup> De la misma opinión, en relación a los menoscabos que podían sufrir los elementos lógicos del sistema mediante ataques al *hardware* cuando la tipificación de los daños informáticos era deficiente, DE LA MATA BARRANCO, N. J. / HERNÁNDEZ DÍAZ, L.: El delito de daños informáticos. *Op. Cit.*, pp. 319-320. Así, estos autores afirman que esta interpretación supone la asunción de un concepto funcional de propiedad, que atienda más que a la incolumidad de la sustancia de una cosa a la de su valor de uso real; MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 410, estima al respecto que resulta excesivo calificar automáticamente de *daño* de una cosa toda alteración del valor de uso de la misma, pero que respecto a determinados objetos, en los que la inutilización de su posibilidad de uso equivale al daño del mismo sí cabría hablar de daño del objeto, como ocurre por ejemplo al hacer inaccesible la utilización de un programa de ordenador. Así, el autor estima que en el caso del sabotaje informático en el concepto de daños sí se incluye la afectación de la posibilidad de uso de los datos, programas informáticos o documentos electrónicos, pues aquí el imposibilitar el uso del objeto material equivale al daño del mismo, debiendo hablar mejor de “sabotaje” (p. 414); ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N.: Delitos contra el patrimonio. *Op. Cit.*, p. 293, quienes reconocen que, aunque discutido en la doctrina, es necesario tener en cuenta el valor de uso de la cosa, y no sólo la lesión de su sustancia. En el mismo sentido, pero sin desatender a la afectación de la sustancia, que determine un menoscabo de la cosa que tenga incidencia en su propia existencia, suponiendo una pérdida de su valor real, independiente de los perjuicios derivados de la imposibilidad de uso, GONZÁLEZ RUS, J. J.: Protección penal de sistemas. *Op. Cit.*, II.1.

<sup>1193</sup> Muestra de ello es, por ejemplo, la solución a la que se llegó en la SAP Madrid (Sección 5ª) 87/2015, de 23 de octubre, en relación con el delito de apropiación indebida. En este supuesto se negó la concurrencia del delito por la inhabilidad de la información contenida en un disco duro para ser objeto del mismo pues, aun cuando la información pudiera ser susceptible de su consideración como activo patrimonial, su expresa referencia en dicho tipo había sido suprimida en la reforma de 2015, por lo que sólo se condenó al sujeto por una falta de apropiación indebida del artículo 624.4 CP en redacción anterior a la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por tener en cuenta el valor del disco duro retenido por el acusado, de valor inferior a 400 euros.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

sido mencionado y que radica, no sólo en la dificultad de evaluar económicamente un secreto de empresa, sino también en la poca importancia que se da a dicha tarea por parte de los empresarios<sup>1194</sup>.

Por último, difícilmente imaginables son los supuestos de alteración de la información en estos casos, que den lugar a la inutilización del secreto sin ser perceptibles por su titular. Sin embargo, también se estima que dichos casos pueden castigarse por la vía del artículo 263 CP, los cuales, generalmente no irán más allá del delito leve.

## **2.2. Los daños informáticos o sabotaje informático**

Cada vez son más los riesgos que presentan las nuevas tecnologías para la seguridad de la información. De ahí que la adopción de medidas por parte de los Estados miembros para prevenir y reprimir conductas que atenten contra ella, constituya una cuestión de primer orden en el ámbito internacional. Por este motivo, el delito de daños informáticos ha sufrido numerosas modificaciones desde 1995, pretendiendo con ello dar respuesta a obligaciones de ámbito europeo que han ido sucediéndose, como el Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001, la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información o la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo. Sin embargo, los cambios en este ámbito no finalizan con estos textos, como ha demostrado la nueva Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, siendo este un asunto en constante cambio, que precisa la adaptación al mismo de la normativa en cuestión.

La idoneidad acerca de la ubicación sistemática entre los daños de estos delitos ha sido cuestionada por la doctrina, que defiende la necesidad de que se sitúen en un capítulo

---

<sup>1194</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: Derecho penal e internet. *Op. Cit.*, p. 101, apunta en este sentido que se derivan dos problemas de la peculiar naturaleza del objeto material en la determinación del valor del daño o resultado producido. Por un lado, la gran dosis de indeterminación respecto al valor de los datos en un ámbito de tan escasa tangibilidad. Y, por otro lado, que dicha prueba depende con frecuencia en exceso de la información que debe suministrar el titular de la información dañada. Ambos factores, afirma el autor, llevan a afirmar que el juez debe operar con criterios restrictivos de prudencia valorativa.

o sección independiente<sup>1195</sup>. En cualquier caso, a los efectos que aquí interesan, partiremos de la regulación *de lege lata*, sin entrar a valorar dicha cuestión y aludiremos a los dos tipos de daños que deben ser destacados en esta sede y que atentan contra datos o programas informáticos o documentos electrónicos, por un lado, y contra el funcionamiento de sistemas informáticos, por otro.

### 2.2.1. Daños o sabotaje de datos informáticos

El artículo 264.1 CP establece un tipo básico de daños informáticos cuyo objeto son los datos o programas informáticos o los documentos electrónicos ajenos, que se aplica cuando el resultado producido fuera grave. La conducta en este tipo consiste en borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles los citados elementos, ello sin autorización, por cualquier medio y de manera grave, siendo la pena prevista la prisión de seis meses a tres años. Con esta tipificación, introducida con la LO 5/2010, de 22 de junio y modificada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se despeja a mi juicio la duda que cernía sobre este tipo de daños antes del año 2010, e incluso después, a pesar de la nueva redacción, que lo consideraba como un tipo agravado del previsto en el artículo 263 CP<sup>1196</sup>. Junto a este párrafo primero, el segundo prevé un tipo agravado en determinadas circunstancias, entre las que cabe destacar aquí la de especial gravedad o afección a un número elevado de sistemas informáticos (apartado 2º) o el que se cometa utilizando los medios del artículo 264 ter CP (apartado 5º), novedad esta última de la reforma de 2015 y que castiga una serie de conductas que constituyen actos preparatorios de un delito informático<sup>1197</sup>. Asimismo, el párrafo tercero del artículo 264 CP recoge una agravación

<sup>1195</sup> Así, entre otros, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C.: “XXXI. Reformas en daños”, en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 549; DE LA MATA BARRANCO, N. J. / HERNÁNDEZ DÍAZ, L.: El delito de daños informáticos. *Op. Cit.*, p. 321; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 609.

<sup>1196</sup> De la misma opinión, CORCOY BIDASOLO, M.: De los daños. *Op. Cit.*, p. 589; MORÓN LERMA, E.: *Ibidem*, pp. 605 y 609, quien afirma que no debiera serlo en realidad pues constituye una figura autónoma con caracteres propios pero que su inclusión en dicho capítulo lleva a esa conclusión. Esta consideración a mi juicio es equivocada, pues en cualquier caso estamos ante un tipo de daños, sin que ello suponga que estamos ante un subtipo agravado del previsto en el artículo 263 CP, ubicándose por ello en un precepto distinto. Asimismo, PICOTTI, L.: “La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d’Europa. Profili di diritto penale sostanziale”, en *Diritto penale e processo*, n. 6/2008, p. 712, ha señalado que los datos, la información y los programas pueden hacerse inservibles con intervenciones como la alteración y la manipulación sólo del *software*, sin afectar a la integridad del *hardware*. Ya lo pondría de manifiesto también dicho autor en uno de sus primeros trabajos sobre este tema (PICOTTI, L.: “La rilevanza penale degli atti di <<sabotaggio>> ad impianti di elaborazione dati”, en *Dir. Inf.*, 1986, p. 969).

<sup>1197</sup> En el mismo sentido se pronuncia MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, p. 416. Así, el artículo 264 ter CP establece literalmente: “Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores:

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

de la pena cuando los hechos se hubieren cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otro para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero.

Pues bien, en el tipo del artículo 264.1 CP se incluiría todo ataque a los datos informáticos, que constituyen supuestos frecuentes en la actualidad. Aquí, el elemento típico que plantea una mayor problemática es la exigencia de que el resultado producido fuera grave<sup>1198</sup>, pues el legislador no ha establecido a qué ha de atender dicha valoración, existiendo tres posturas doctrinales al respecto. En primer lugar, según un grupo de autores, una interpretación sistemática obliga a atender al requisito previsto en el artículo 263 CP relativo a que la cuantía del daño exceda de 400€ para determinar la gravedad del resultado<sup>1199</sup>. En segundo lugar, otro sector doctrinal estima que no es indispensable atender a dicha cuantía, más aún cuando resulta complicado valorar monetariamente el perjuicio que causa la destrucción, alteración o inutilización de los datos<sup>1200</sup>. Y, por último, hay quien defiende también que debe referirse al valor patrimonial del objeto material dañado o sabotado, sin aludir a una cuantía concreta, pero excluyendo daños morales, espirituales o intelectuales, aun cuando pudieran éstos evaluarse en términos económicos, pero que servirán a los efectos de distinguir el daño patrimonial y el perjuicio patrimonial que ello cause<sup>1201</sup>.

En mi opinión, la exigencia de que supere los 400 € no debe ser aplicada necesariamente a los daños informáticos. Partiendo del valor de uso como interés objetivo del secreto y de un concepto funcional de patrimonio, la gravedad nunca vendrá determinada por una cantidad estándar, la cual puede resultar grave en unos casos y no

---

*a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores; o*

*b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”.*

<sup>1198</sup> La doctrina critica la doble exigencia de gravedad que prevé este tipo al requerirla no sólo respecto del resultado, sino también respecto de las conductas. CASTRO CORREDOIRA, M. / VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F.: La reforma de los delitos de daños. *Op. Cit.*, p. 831, considerándola redundante e innecesaria. Dicha exigencia, que viene impuesta por los textos internacionales, no se ha introducido, sin embargo, en otros ordenamientos, como es el caso del italiano, donde el legislador ha optado para acotar el tipo por dejar fuera ciertas conductas, en lugar de incluir esta cláusula. Hace esta crítica PICOTTI, L.: La ratifica della Convenzione Cybercrime. *Op. Cit.*, p. 712.

<sup>1199</sup> CORCOY BIDASOLO, M.: De los daños. *Op. Cit.*, p. 590, quien defiende una interpretación sistemática con el artículo 263.

<sup>1200</sup> MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 608.

<sup>1201</sup> MUÑOZ CONDE, F.: DP. PE. *Op. Cit.*, pp. 414-415, quien considera que para valorar la gravedad del resultado deberá también considerarse la existencia o no de copias de seguridad de los datos, programas o documentos, o si la alteración producida, por ejemplo, mediante un virus, puede ser solucionada sin destruir o alterar dichos objetos.

en otros. Más bien habrá que atender al valor que tiene la información objeto de un secreto empresarial que ha sido borrada, dañada, deteriorada, alterada, suprimida o que se ha hecho inaccesible, en relación a una empresa, y en términos de utilidad, lo cual no obsta a considerar el valor económico de la misma, pero también su valor funcional<sup>1202</sup>. Así, será en el caso concreto cuando pueda definirse dicha gravedad, no constituyendo un delito de daños si no tiene dicho carácter.

No obstante, en la determinación de la gravedad del resultado y atendiendo al valor de uso o funcional, cabe plantearse el papel que juega la irrecuperabilidad del estado original de los datos o programas informáticos o documentos electrónicos, es decir, si éstos se ven dañados con carácter definitivo o no, así como si la inutilización u obstaculización de sistemas informáticos tuviera dicho carácter. Pues bien, a mi juicio, no parece discutible que, si de esas acciones se derivara un efecto sobre los citados objetos que hace irrecuperable el estado original de los mismos en su integridad y disponibilidad, estaríamos ante un delito de daños informáticos, dada la gravedad del resultado producido. Ahora bien, todavía queda pendiente el interrogante de si quedarían fuera de estos tipos aquellos supuestos en los que dichos objetos fueran recuperables.

Esta cuestión tiene sentido en el presente juego entre el delito de daños y el de espionaje por la naturaleza inmaterial y el carácter ubicuo del objeto de los mismos, a diferencia de lo que ocurre en los daños genéricos, donde la destrucción de la cosa tiene un carácter irreversible, a menos que se trate de un bien fungible. En este sentido, cabría decir que aquellos supuestos en los que el estado original de los datos o programas informáticos o documentos electrónicos, así como el normal y correcto funcionamiento de los sistemas informáticos, fuera recuperable, esto es, no tuviera carácter definitivo, también cabría hablar de un delito de daños informáticos, siempre que ello tuviera lugar de forma duradera o por el tiempo suficiente para generar una perturbación sustancial en la utilidad que dichos objetos reportan<sup>1203</sup>. En esta valoración habrá que tener en cuenta,

<sup>1202</sup> La consideración del valor funcional junto al económico, salva la crítica que vierte un sector de la doctrina, como FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: Derecho penal e internet. *Op. Cit.*, p. 100, quien afirma que el criterio del valor funcional aproxima demasiado el concepto de daño al de perjuicio, o GONZÁLEZ RUS, J. J.: Protección penal de sistemas. *Op. Cit.*, II.1, que critica la solución de apelar exclusivamente al valor de uso para determinar si concurre el delito o no, en la medida en que ello – advierte –, “supone confundir el daño a la cosa con el perjuicio, cuya presencia no resulta determinante para la configuración del delito”.

<sup>1203</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J. / HERNÁNDEZ DÍAZ, L.: El delito de daños informáticos. *Op. Cit.*, p. 320, estiman también que la imposibilidad de utilización a la que puede dar lugar un delito de daños, puede ser tanto definitiva como temporal. Así también, respecto del delito de apropiación indebida en relación con la expropiación, que constituye la privación al sujeto pasivo de las facultades que se derivan

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

entre otros aspectos, los costes de recuperación de la información suprimida o alterada<sup>1204</sup>, la relevancia que ésta posee para la actividad empresarial (tanto si juegan un papel importante como si se trata de información de un valor tan irrisorio que pudo seguir funcionando como siempre, prescindiendo absolutamente de ellos), si la inutilización se produjo por un periodo de tiempo en el que la empresa estaba cerrada (por ejemplo, domingos o festivos), etc. Todo ello deberá tenerse en cuenta, independientemente, de la cuantía a la que finalmente ascienda la responsabilidad civil.

En todo caso, la gravedad del resultado que exige el tipo del artículo 264.1 CP no podrá ser tal que dé lugar a la obstaculización o inutilización del funcionamiento del sistema informático, ya que ello formaría parte del delito previsto en el artículo 264 bis.1.a) CP.

Por último, hay que apuntar que la reforma de 2015 ha aumentado el límite máximo del marco penal previsto para este delito en un año, estableciendo así una pena de seis meses a tres años y equiparándola a la de daños en el funcionamiento de sistemas informáticos, cuya gravedad parece mayor, como hasta ahora estaba previsto.

### **2.2.2. Daños o sabotaje de sistemas informáticos**

Por último, hay que aludir al artículo 264 bis, el cual establece el delito de sabotaje a sistemas informáticos castigando con la misma pena del precepto anterior al que, sin estar autorizado y de manera grave, obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno, lo cual puede tener lugar de alguna de las siguientes formas: a) realizando alguna de las conductas a las que se refiere el artículo 264 CP; b) introduciendo o transmitiendo datos; o c) destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica.

Este precepto, además, establece la aplicación de la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la superior en grado, cuando los hechos hubieran perjudicado de

---

de su condición de propietario, DE LA MATA BARRANCO, N. J.: Tutela penal de la propiedad. *Op. Cit.*, p. 148. También estima que la inutilización puede ser parcial o total, temporal o definitiva, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: *Ibidem*, p. 93.

<sup>1204</sup> En el mismo sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: *Ídem*, p. 100, quien señala que “los datos afectados por los ataques que tienen lugar en el ámbito de Internet son, con frecuencia, elementos que no están en el mercado (v. gr. lista de clientes)”, de ahí que defiende el recurso en este ámbito al criterio del coste de recuperación o restablecimiento de la información o del sistema.

forma relevante la actividad normal de una empresa, negocio o de una Administración pública. Como ocurría respecto del carácter grave del resultado en el precepto anterior, aquí tampoco ha previsto el legislador indicación alguna sobre los criterios a tener en cuenta para apreciar la relevancia del perjuicio en la actividad empresarial<sup>1205</sup>, por lo que deberá determinarse en el caso concreto, atendiendo a los aspectos ya mencionados, entre otros.

### 3. La casuística posible entre daños y espionaje

#### 3.1. Punto de partida: acceso previo y dimensión subjetiva compatible

Vistas las características de los tipos de daños, así como las cuestiones problemáticas a las que se enfrentan, que repercuten en el objeto de la conducta, esto es, el secreto de empresa, vamos a ver a continuación la posible casuística que puede darse entre aquellos tipos y el delito de espionaje empresarial.

El punto de partida radica en un acto de apoderamiento o acceso previo que tiene que tener lugar sobre el secreto de empresa como presupuesto necesario del delito de espionaje. Sin embargo, el hecho de que dicho acto haya tenido lugar, no significa que estemos ante este último delito. Para deslindar las constelaciones de casos que pueden producirse juega un papel crucial el elemento subjetivo del injusto del espionaje frente al dolo exigido en el delito de daños. La dimensión subjetiva cumple así una doble función: por un lado, una *restrictiva* que atiende al bien jurídico protegido; y, por otra, una *delimitadora* respecto de otras figuras afines, facilitando la resolución de problemas concursales, lo cual resulta clave en este contexto<sup>1206</sup>. Por ello, dado que el Código penal

<sup>1205</sup> CASTRO CORREDOIRA, M. / VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.: La reforma de los delitos de daños. *Op. Cit.*, p. 832, quien afirma que ello deja la puerta abierta al arbitrio judicial.

<sup>1206</sup> En el mismo sentido, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L.: Delincuencia económica e informática. *Op. Cit.*, p. 275, quien señala que las fronteras entre estas grandes categorías no son siempre nítidas, ya que la dinámica comisiva propicia situaciones concursales. Así, -continúa diciendo el autor- “no será infrecuente que un comportamiento de espionaje empresarial vaya acompañado de una modificación o destrucción de datos, subsumible en la categoría de sabotaje informático; o que la intrusión subrepticia de un “hacker” en un sistema de procesamiento automático de datos desemboque en una modificación o supresión de datos, de extraordinarias consecuencias económicas para la víctima, lo cual nos trasladaría desde el intrusismo informático a los terrenos del sabotaje (...). En consecuencia, será la dimensión subjetiva de la conducta la que, con frecuencia, nos aporte el criterio delimitador en cada caso”; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Delitos relativos al secreto. *Op. Cit.*, p. 56; MORALES PRATS, F.: Título X. Delitos contra la intimidad. *Op. Cit.*, pp. 411-412; MORÓN LERMA, E.: La tutela penal del secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 853; PRATS, J. M.: Descubrimiento y revelación de secretos. *Op. Cit.*, p. 193.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

protege la propiedad de un individuo de diversas maneras, habrá que atender a las formas de ataque a la misma y a la intención del autor al llevarlas a cabo.

Así, la sustracción de un secreto de empresa con ánimo de desentrañar su contenido, descubriéndolo y quedándose con él para poder disponer del mismo en un futuro, dará lugar a la conducta de espionaje empresarial; mientras que dicha sustracción, cometida con la intención de acabar con la propiedad del titular sobre el secreto mediante su destrucción, inutilización o menoscabo deliberado, por el mero placer de perjudicarlo y sin perseguir utilidad alguna, constituirá un delito de daños<sup>1207</sup>. De dicha destrucción puede resultar una posible ventaja competitiva si ésta es cometida, por ejemplo, por un competidor que deja a su rival en la quiebra. Sin embargo, ello pertenecería ya al agotamiento del delito de daños, si dicha ventaja no parte de un aprovechamiento de dicha información<sup>1208</sup>. Lo que ocurre aquí, y donde radica la especial problemática, es que **ambas intenciones son compatibles en el presente caso, dado el carácter inmaterial del bien en que se encarna la propiedad**. Dicho carácter hace que el espionaje, en general, o el apoderamiento de secretos de empresa, en particular, no impliquen siempre una desposesión y, por tanto, la pérdida definitiva de aquéllos por parte de su titular. Así, será habitual que el secreto se sustraiga sin levantar sospechas y conviva bajo el dominio de ambos sujetos, activo y pasivo. Por ello, habrá que prestar especial atención a los supuestos en los que dicha desposesión pueda producirse, exponiéndose seguidamente las distintas constelaciones de casos que pueden tener lugar y las soluciones jurídico-penales a las que puede llegarse.

---

<sup>1207</sup> En este sentido también, CORCOY BIDASOLO, M.: De los daños. *Op. Cit.*, p. 586. Un sector doctrinal, incluye, sin embargo, como posible intención del espionaje la destrucción del secreto. En este sentido se pronuncian, ESTRADA I CUADRAS, A.: Violaciones de secreto empresarial. *Op. Cit.*, p. 65; MORÓN LERMA, E.: El Secreto de Empresa. *Op. Cit.*, p. 307, nota 27.

<sup>1208</sup> La doctrina ha puesto de manifiesto que los delitos de daños constituyen infracciones contra el patrimonio cuyo rasgo común es que no se orientan a un enriquecimiento ilícito. En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: Derecho penal e internet. *Op. Cit.*, p. 93; HERRERA MORENO, M.: Daños. *Op. Cit.*, p. 133, quien afirma que se trata de conductas eminentemente destructivas, aunque compatibles con diversas motivaciones criminales, ajenas a la tipicidad, que pueden integrarse en una fase de agotamiento no delictivo o que, en todo caso, pueden dar lugar a que concurran los elementos típicos de otro delito, lo que se produce en el tercer grupo de casos que a continuación veremos. En sentido similar, ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N.: Delitos contra el patrimonio. *Op. Cit.*, p. 292, quienes estiman que en los daños no tiene lugar una apropiación en sentido estricto, sino exclusivamente una expropiación de la cosa.

### 3.2. Supuestos que se agotan en un delito de daños

En primer lugar, hay que aludir a los casos que se agotan exclusivamente en un delito de daños cuando, de haber concurrido determinadas circunstancias, podrían haber dado lugar también a espionaje.

En primer lugar, en este grupo se encontrarían aquellos supuestos en los que un sujeto *se apodera del soporte donde se contiene la información, pero, en lugar de quedarse con ella, simplemente la destruye*. Esto ocurrió en el caso juzgado por la SAP Madrid (Sección 6ª) 345/2013, de 3 de junio, en el que el empleado de un estudio de arquitectura se llevó un ordenador, devolviéndolo finalmente bloqueado para impedir el acceso al mismo a su titular, y habiendo borrado siete archivos de los que dos se perdieron definitivamente y cinco pudieron recuperarse gracias a las copias que su titular había hecho de los mismos. Aquí sólo se aplicó un delito de daños al funcionamiento de sistemas informáticos por haberlos obstaculizado, sin constatarse que se apoderara de información alguna. La gravedad del resultado en este caso no resultó valorada, pronunciándose el tribunal sólo en contra de la aplicabilidad a este delito del requisito del artículo 263 CP respecto al límite de 400 €.

En segundo lugar, otro supuesto que se enmarcaría en este grupo es el caso en el que un sujeto *accede de forma ilegítima al sistema informático de una empresa mediante un determinado tipo de virus y, pudiendo realizar un copiado de toda o parte de su información para aprovecharse de ella, lo que hace es borrarla o alterarla exclusivamente*. Tal fue el caso en el que se pronunció la SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 17/2015, de 11 de junio, en el que los tres acusados fueron infectando ordenadores con un programa malicioso, creando así una red zombie (*botnet*) de éstos, que los convertía en robots controlados remotamente por el sistema responsable (*bot-master*). Las finalidades de estas redes zombis pueden ser diversas y entre ellas se incluye la del apoderamiento de datos o documentos que constituyan secreto empresarial. Sin embargo, en este caso la finalidad con la que se creó fue la de realizar ataques de denegación de servicios en páginas webs, lo cual afectó a más de cien empresas. Por este delito se les impuso una pena de un año de prisión por un delito continuado de daños del actual artículo 264 bis CP, si bien en la actualidad este caso podría subsumirse en el apartado segundo de dicho tipo, aumentando considerablemente la pena por la concurrencia de la

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

circunstancia agravante prevista en el artículo 264.2.2ª CP, por afectar a un número elevado de sistemas informáticos.

En ambos supuestos, aunque el sujeto que realiza la conducta de daños llegara a leer la información, si su finalidad es destruirla y no aprovecharse de ella, estaríamos exclusivamente ante un delito de daños.

Distinto sería el caso en que el responsable de dicha red, como apunta la propia sentencia como posibilidad de éstos ataques, que se da con frecuencia, la alquilara a un tercero. En esos supuestos, aun cuando el sujeto a quien se la alquilara tuviera también intención de destruir la información o de producir una obstrucción de los sistemas, estaríamos ante un supuesto que entraría en el tercer grupo de casos que veremos más adelante. Así, por un lado se daría el delito de daños del artículo 264 bis CP en los ataques de denegación de servicios y, por otro, la revelación de secretos de empresa ilegítimamente obtenidos del artículo 278.2 CP.

Los dos supuestos mencionados que constituirían delitos de daños informáticos, lindan con el espionaje por producirse un apoderamiento previo del soporte donde se contiene la información (primera hipótesis) o un acceso informático a la misma (segunda hipótesis), pero en nada difieren estos casos en la práctica de aquellos en los que lo que se produce es la destrucción física del soporte o del local donde se encuentran éstos, constituyendo un daño a propiedad ajena como cuando el objeto del mismo lo constituya, por ejemplo, maquinaria o material de producción de la empresa.

### **3.3. Supuestos que se agotan en un delito de espionaje**

Un segundo grupo de supuestos son aquellos en los que sólo se produce un delito de espionaje empresarial. Éstos han sido objeto de comentario a lo largo de todo el trabajo. Sin embargo, en su relación con los daños hay que hacer algunas puntualizaciones.

A mi juicio, constituyen exclusivamente espionaje empresarial los casos en los que un sujeto se apodera de soportes informáticos o documentos escritos donde se contiene la información confidencial, que copia, destruyendo dichos soportes y documentos posteriormente, sabiendo que existen más copias de los mismos (por ejemplo, si sustrae una fotocopia de otro original o un CD que se entrega a determinados empleados con información confidencial). Sin embargo, si se apodera de la única copia

existente para aprovecharla, sacándola a su vez del ámbito de dominio de su titular, habrá que valorar si dicha conducta constituye un delito de daños, excediendo así el desvalor del espionaje empresarial o si, por el contrario, entra dentro de éste.

Pues bien, en estos casos generalmente el sujeto no tiene por qué saber que se apodera de la única copia existente, en la medida en que, tratándose la información de un bien de carácter inmaterial, lo más lógico será que el titular haya sido diligente y realizado copias del mismo. Además, no puede esperarse que el sujeto que ha cometido dicha conducta devuelva el soporte del que se apodera, siendo lo más probable que lo destruya para eliminar pruebas. En este sentido, a mi juicio, en la medida en que el apoderamiento de soportes informáticos y documentos escritos que prevé el tipo puede conllevar en ciertas ocasiones la desposesión al titular de sus secretos empresariales, aunque no sea necesario ni habitual, los casos en los que se apodera de la única copia existente deberán quedar comprendidos en el desvalor del tipo del artículo 278.1 CP. Esta conclusión parte de un principio al que se viene apuntando a lo largo de todo el trabajo, y es el de la autoprotección del titular del secreto, que tiene que adoptar todas las medidas pertinentes para proteger su información, lo cual no parece producirse si de la misma existe sólo una única copia. No obstante, aquellos supuestos en los que el sujeto sea plenamente consciente de que, por ejemplo, sustrayendo el portátil de su competidor para aprovecharse de su información confidencial, y destruyéndolo posteriormente, acabará con todas las copias de la información que éste tenía y que estaban almacenadas en él, podrá estimarse que se da un dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, respecto al delito de daños del artículo 263 CP, resolviéndose este caso mediante un concurso de leyes por consunción a favor del delito de espionaje empresarial<sup>1209</sup>.

Sin embargo, cuando el atentado se produce respecto a todas las copias existentes, con el claro objetivo de aprovecharse de la información y sacarla de su ámbito de dominio o cuando tiene lugar el borrado, alteración o cualquier otro tipo de conducta sobre los

---

<sup>1209</sup> Un caso que merece comentario en este contexto, es el que juzgó la SAP Madrid (Sección 5ª) 87/2015, de 23 de octubre. En este supuesto, aunque el delito que se cuestionaba junto al de daños informáticos era el de apropiación indebida de un disco duro externo donde se contenía información empresarial relevante, se estimó que la sustracción de aquél conllevaba la inutilización de los datos informáticos almacenados en él, al hacerlos inaccesibles y que quedaran fuera del alcance del legítimo dueño del sistema informático. El delito de daños informáticos finalmente no se aplicó, por no considerarse el resultado producido como grave, al no darse detalle de la información concreta afectada y aludir a ella sólo con carácter vago y genérico.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

datos informáticos, adicionalmente a su apoderamiento, podrán concurrir ambos delitos, entrando este supuesto en el tercer grupo de casos.

### 3.4. Supuestos en los que concurren espionaje y daños

Por último, podrán producirse diversos supuestos que darán lugar a concursos de delitos entre el espionaje empresarial y los distintos tipos de daños. En este tercer grupo se encuentran, sobre todo, aquellos casos en los que el acceso y el apoderamiento se producen sobre datos informatizados, siendo posible ver, de forma más clara respecto de los anteriores, la doble intencionalidad de descubrimiento y destrucción o menoscabo de aquellos.

Así, por un lado, puede darse el caso en el que un sujeto se apodera de un disco duro de la empresa competidora, copia la información en uno propio y la borra o le introduce un virus que la hace inaccesible, dando lugar a que el titular ya no disponga de ésta<sup>1210</sup>; o bien cuando, al introducirse en el sistema informático ajeno, tras realizar el copiado de la información, decide alterarla, de forma que, en lugar de desposeer al titular de la misma, hace que continúe usándola pero de modo perjudicial para su empresa, mientras que el que los sustrae se beneficia de ellos<sup>1211</sup>. Todos estos supuestos serían daños de los previstos en el tipo del artículo 264 CP. Por otro lado, también puede tener lugar cuando la utilización de un programa malicioso obstaculiza o interrumpe el normal

---

<sup>1210</sup> La concurrencia de estos casos es relativamente frecuente. Así, un supuesto de esta índole tuvo lugar en el AAP Barcelona (Sección 2ª) 616/2012, de 18 de julio, en el que la acusación solicitaba la condena de una empleada de su empresa por un delito de apropiación indebida de un ordenador de la misma, un delito de apoderamiento de secretos de empresa del artículo 278.1 CP y otro de daños informáticos del artículo 264 CP. En el presente caso, la acusada se llevó el ordenador con numerosa información de la que se apoderó y, cuando lo devolvió, dos pruebas periciales informáticas demostraron que, además, había usado un programa llamado “Ccleaner”, con el que borró el disco duro, sin posibilidad de recuperarlo, y desinstalando seguidamente dicho programa. Otro caso en el que, sin embargo, se condenó sólo por un delito de espionaje empresarial del artículo 278.1 CP, tuvo lugar en la SAP Barcelona (Sección 2ª) 253/2006, de 9 de marzo, en el que la acusada realizó una copia de los archivos relativos a ofertas para nuevos concursos públicos, de interés para la competencia, destruyendo la existente en la empresa. También ocurrió un supuesto similar en la SAP Sevilla (Sección 7ª) 516/2011, de 30 de diciembre, en la que los dos acusados se apoderaron de forma ilegítima de información comercial secreta de la empresa para la que trabajaban con la intención de fundar una propia, pero uno de ellos, además, realizó un borrado masivo de datos contables y fiscales, que además fue selectivo, respecto los de un determinado valor para la empresa, lo cual fue determinante para constatar que no fue un virus el que accidentalmente produjo dicha pérdida.

<sup>1211</sup> Piénsese en el caso en el que la alteración de una fórmula pueda dar lugar a la fabricación de un producto defectuoso o que la modificación de los datos contenidos en una lista de clientes, como pueden ser sus teléfonos, correos electrónicos, preferencias comerciales o la introducción de otros falsos, derive en pérdidas en las ventas de la empresa.

funcionamiento de un sistema mientras se produce el copiado masivo de la información contenida en él, dando así lugar al tipo del artículo 264 bis CP<sup>1212</sup>.

En estos casos, a mi juicio, podrán darse varias soluciones<sup>1213</sup>. Así, en los supuestos en los que, a medida que se copia la información, se procede a su borrado o alteración, estaremos ante un concurso ideal de delitos, partiendo de la teoría de la unidad natural de acción<sup>1214</sup>. Tal sería el caso, por ejemplo, si tras copiar la información para su descubrimiento y posible aprovechamiento posterior (acción que constituye un delito de espionaje), en lugar de apagar el ordenador, éste se formatea. Sin embargo, en aquellos casos en los que, además de la reproducción de la información mediante cualquier vía, se instala posteriormente un programa que la destruye o la altera, se envía un troyano telemáticamente con la misma finalidad, así como los casos en los que se produce una obstaculización o interrupción del funcionamiento de sistema, estaremos generalmente

<sup>1212</sup> Un caso similar se juzgó por la SJP núm. 1 Terrassa 20/2006, de 1 de febrero, en el que se produjo un apoderamiento de las claves de acceso a una página web, mediante engaño al proveedor de la misma, haciéndose pasar por su legítimo titular, para así, por un lado, bloquear su acceso al público e impedir su control comercial por éste; y, por otro, cambiar el dominio de la página, llegando a negociar el espacio en internet con otro proveedor para su utilización por una empresa distinta. En este supuesto finalmente se condenó al acusado por un delito de descubrimiento de secretos de empresa del artículo 278.1 CP y, además, por una falta de daños del derogado artículo 625 CP, por considerarse que no quedaba demostrado que los daños ascendieran a 400 €, haciéndose por tanto extensible a dicho tipo el requisito de los daños genéricos. Actualmente, este supuesto podría castigarse por la vía del artículo 264.3 CP, por haber utilizado de forma ilícita (mediante engaño), los datos personales de otra persona (el legítimo titular de la página), ganándose así la confianza del proveedor y facilitándose el acceso a los datos o programas informáticos.

<sup>1213</sup> La doctrina no es unánime respecto a las consecuencias jurídico-penales a las que dan lugar estos supuestos. Así, CASTRO MORENO, A.: Espionaje industrial y secreto de empresa. *Op. Cit.*, p. 51, afirma que en aquellos supuestos en los que mediante el mismo apoderamiento o interceptación de los secretos, se lesionen, a su vez, los intereses económicos mercantiles de la empresa, estaríamos ante un posible concurso de delitos, especialmente ideal; por su parte, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.: Protección penal del secreto. *Op. Cit.*, p. 287, considera que en el supuesto de que junto a una de las conductas tipificadas en el art. 278.1 y 2 CP concurra un delito de destrucción de soportes informáticos, estamos ante un concurso real; por último, BAJO FERNÁNDEZ, M. / PÉREZ MANZANO, M. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 49, estiman que cuando un acto de disposición a título de dueño sobre la cosa consiste en su destrucción, éste será un acto posterior copenado si es posterior a un delito de apoderamiento, defraudación o apropiación, mientras que si dicha destrucción no sucede a ningún otro delito patrimonial, estaremos en presencia de un delito de daños. La primera alternativa de esta última postura responde, como señala MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte general. *Op. Cit.*, p. 686, a que los actos posteriores impunes o copenados “constituyen la forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido p perseguido por un hecho anterior y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por ese hecho anterior ni aumentan el daño producido por el mismo”.

<sup>1214</sup> En la teoría de la unidad natural de acción, como señala DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Derecho Penal Español. *Op. Cit.*, p. 567, la unidad de acción se consigue agrupando en una sola acción todos los movimientos corporales dirigidos sin solución de continuidad a la consecución de un mismo fin e interpretando dicha ausencia de solución de continuidad como la unión espacio-temporal entre dichos movimientos, de forma que dé lugar a que un observador imparcial los estime como unidad.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

ante un concurso real de delitos, en la medida en que pueden identificarse dos unidades de acción natural que se corresponden con varias unidades de acción típica.

Un supuesto de concurso real se daría también en el caso, mencionado previamente, en el que el sujeto responsable de causar daños a datos, programas o sistemas informáticos a través del empleo de códigos maliciosos que permiten un control remoto del ordenador así como de toda la información contenida en él, decidiera negociar con un tercero la transmisión de dicho acceso ilegítimo. En estos casos, frecuentes por lo demás, como señalaba la SAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) 17/2015, de 11 de junio, se daría dicho concurso entre el delito de daños en cuestión que tuviera lugar y el de revelación de secretos de empresa, mediante el artículo 278.2 CP. Este último precepto no exige elemento subjetivo alguno para su consumación, sino sólo que se comunique a un tercero un secreto ilegítimamente obtenido, por lo que el tipo se daría en este supuesto.

## V. RECAPITULACIÓN

El artículo 278 CP se configuró como un tipo de estructura típica doble, al castigar en su párrafo primero el delito de espionaje empresarial y en el segundo la revelación de secretos obtenidos a través de aquél. La pena del primero se estima desproporcionadamente elevada, lo que genera problemas de diversa índole, tanto respecto de las formas imperfectas del tipo agravado como en relación con los delitos de la misma naturaleza. La pena del segundo, también elevada como consecuencia de su determinación a partir de la anterior, ha de modularse atendiendo a la intensidad de la lesión a la que da lugar la revelación.

Junto a estos dos párrafos, el legislador de 1995 consideró necesario introducir un tercero, que contuviera una cláusula concursal para aclarar que también resultaban punibles por la vía de los correspondientes tipos delictivos, el apoderamiento y la destrucción de los soportes informáticos donde dichos secretos se hallaran almacenados. La introducción de dicha disposición pretendía atender al, entonces en incipiente auge, desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y su aplicabilidad en el entorno empresarial. Sin embargo, dicha cláusula se ha tachado de perturbadora por obviar otras conductas y objetos de ellas a las que parecería que no son aplicables las reglas de los concursos. Sin embargo, la interpretación que debe hacerse de

dicha cláusula es meramente ejemplificativa y no excluyente de otros posibles comportamientos a los que sí son aplicables dichas reglas.

Esta cuestión tiene especial incidencia en la relación entre el espionaje y el delito de daños, pues dada la naturaleza inmaterial del bien objeto de ataque, esto es, el secreto empresarial, resulta posible la comisión paralela de ambos delitos. Así, Para ello, debe producirse un acceso previo a la información empresarial reservada, que dará lugar a diferentes consecuencias atendiendo a la finalidad perseguida por el sujeto activo de la conducta. Ello puede resultar en unos casos en que se dé exclusivamente uno de los dos delitos, daños o espionaje, y en otros en que concurran ambos, para lo que habrá que atender a las reglas del concurso de leyes o de delitos, según los casos.





UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



## CONCLUSIONES





UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



## CONCLUSIONES

### CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

#### I

El espionaje no es un comportamiento nuevo, ni exclusivamente centrado en el ámbito de la empresa. Sin embargo, como ilícito penal, el espionaje empresarial, término elegido para referirnos a este delito, tiene poco más de veinte años en nuestro ordenamiento jurídico, pues fue el Código penal de 1995 el que amplió el rango de conductas típicas y sujetos activos respecto al más amplio grupo de delitos relativos a secretos de empresa. Hasta entonces se castigaba sólo al empleado que descubriera los secretos de su industria en perjuicio del dueño. De esta forma, la regulación de los delitos relativos a secretos empresariales quedó comprendida en los artículos 278, 279 y 280 de nuestro Código penal, siendo el primero de ellos el precepto que castiga estrictamente los supuestos de espionaje, que han sido objeto de estudio en el presente trabajo. Su relativamente corta vida como delito y las dificultades que el mismo presenta, han supuesto un **escaso tratamiento doctrinal**, a pesar de su importancia, siendo en los últimos años objeto de mayor preocupación debido a los cada vez mayores riesgos que generan las nuevas tecnologías sobre la información como bien inmaterial especialmente sensible.

#### II

La concreción del bien jurídico protegido en los delitos relativos a secretos de empresa, en general, y del espionaje empresarial, en particular, no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina. Así, se han defendido como objeto de tutela de estos delitos desde la intimidad, la propiedad, la libre voluntad, el secreto profesional, la capacidad competitiva de la empresa, la leal competencia o el interés económico del empresario en mantener la

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

reserva de su información. Paralelamente a esta evolución de las teorías sobre el bien jurídico se ha producido una transición respecto al marco donde se ubicaba sistemáticamente en el código, pues de encontrarse entre los delitos contra la intimidad, pasó con la regulación de 1995 a estar entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Este cambio de ubicación y la entrada en vigor de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, de 10 de enero, dieron lugar a un **cambio de paradigma** respecto de estos delitos, que permiten concluir que el bien jurídico protegido del presente delito tiene **carácter económico**.

### III

De las posiciones doctrinales planteadas sobre el bien jurídico hemos concluido que ninguna de ellas parece del todo satisfactoria para determinar el que constituye el criterio rector para la interpretación de los tipos. Por ello, para descender hasta el objeto de tutela, se han intentado buscar las **bases para su concreción** acudiendo fundamentalmente a tres fuentes: en primer lugar, la Constitución española, como norma fundamental que debe guiar el resto del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, el marco extrapenal sobre secretos de empresa, promotor de la actual regulación penal, que puede arrojar luz sobre la configuración del bien jurídico protegido; y, en tercer lugar, los derechos contra la propiedad industrial, como realidad íntimamente relacionada a la de los secretos de empresa.

### IV

La **Constitución española** ofrece unas bases fundadas en valores y principios que sustentan los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. Entre ellos existe todo un marco normativo, al que se le ha acuñado la expresión de “Constitución económica”, en el que se encuadran las libertades y los principios que han de guiar el orden económico. De dicho marco hemos concluido que pueden extraerse ya algunos de los fundamentos en los que radica el anclaje constitucional del bien jurídico protegido en los delitos relativos a los secretos de empresa. Así, en primer lugar, el artículo 38 CE reconoce la *libertad de empresa* en el marco de la economía de mercado, asumiendo ésta un papel preponderante respecto al resto de principios. El ejercicio de dicha libertad radica en iniciar y mantener una actividad empresarial, pero no puede entenderse de forma ilimitada, pues siempre debe respetar las normas de competencia, que limitan a la vez que protegen dicha libertad. En segundo lugar, el artículo 20.1.b) constituye uno de los

preceptos que permite configurar la citada libertad de empresa, al reconocer el *derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*. La libertad de creación y producción, que encuentra sustento en este precepto de nuestra Carta Magna, tiene como resultado el capital intelectual corporativo, parte indispensable para el ejercicio de la libertad de empresa. Y, en tercer lugar, el artículo 33 CE reconoce el *derecho a la propiedad privada*, como haz de facultades individuales sobre las cosas. Este derecho, como el anterior, constituye también una condición implícita para poder ejercer la libertad de empresa. Sin embargo, a pesar de que el objeto de la propiedad suele venir dado por cosas materiales, no hay obstáculo para admitir que los bienes inmateriales también pueden ser objeto de propiedad, como ocurre de manera sobradamente reconocida con los derechos de propiedad industrial y, como se ha intentado demostrar, respecto al secreto de empresa.

## V

El **marco de protección extrapenal** de los secretos de empresa, constituido por la regulación sobre competencia desleal, es la segunda fuente a la que acudimos para la concreción del bien jurídico protegido pues es este el ámbito donde hay que situarlo. La lealtad en el ámbito competencial resulta un aspecto imprescindible de un adecuado ejercicio de la libertad de empresa por los agentes que actúan en el tráfico económico. De ahí que la protección de aquella restrinja dicha libertad cuando excede de las reglas mínimas imprescindibles para su ejercicio en condiciones de igualdad por los actores del mercado. Siendo el vigente un modelo social de competencia, éste se articula en torno a un triángulo de objetos de tutela que abarca no sólo los intereses individuales de los competidores, sino también los colectivos de los consumidores y el funcionamiento mismo del mercado en su conjunto. En este contexto, la Ley de Competencia Desleal, en su artículo 2.1, castiga actos que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. Sólo cumpliendo estas exigencias pueden satisfacerse los fines de protección del citado modelo. Sin embargo, una excepción a estos requisitos la constituye precisamente la regulación civil de los actos desleales contra secretos de empresa, siendo estos los únicos de dicha Ley excluidos de la aplicación de los mismos (artículo 13.3 LCD). De ello se deduce que la protección de los secretos de empresa en el ámbito mercantil no responde a un modelo social de competencia sino al anteriormente en vigor modelo profesional, que protegía exclusivamente los intereses individuales del empresario. De esta forma, hemos concluido que la regulación extrapenal ofrece un ámbito de tutela más amplio que

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

el previsto para el resto de actos desleales, al extender su persecución más allá de los límites impuestos por la propia Ley, protegiendo así el secreto como señorío de su titular.

## VI

Una tercera vía de fundamentación del objeto de tutela, y quizás la más importante, parte de la idea de que **los derechos de propiedad industrial están íntimamente relacionados con los secretos de empresa**. La proximidad entre ambos institutos consigue constatarse en el trabajo a partir de los siguientes aspectos. En primer lugar, por un lado, ambos comparten la cualidad de ser bienes inmateriales, por su naturaleza incorpórea que los hace ilimitadamente repetibles y susceptibles de posesión simultánea; y, por otro, hemos concluido que ambos fomentan el progreso y la innovación, pues unos haciendo público un conocimiento y otros ocultándolo, incentivan la creatividad de manera diferente. En segundo lugar, dicha conclusión se extrae también de los instrumentos jurídicos internacionales que han tratado de manera conjunta el régimen de ambas instituciones, muy especialmente la reciente Directiva (UE) 2016/943, que otorga un valor semejante a ambas. En tercer lugar, el propio bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial arroja luz sobre el relativo al espionaje empresarial al poner el acento en la idea de *exclusividad*. En concreto, los delitos que tienen por objeto las patentes, los modelos de utilidad, el diseño industrial y los signos distintivos, como marcas y nombres comerciales, protegen el derecho de uso o explotación en exclusiva de estos bienes inmateriales. Y, en cuarto lugar, se ha analizado el conjunto de paridades y disparidades que ambos presentan, de donde se concluye que efectivamente estamos ante institutos muy próximos, que comparten un gran número de características, pero también algunas diferencias, siendo la más significativa la relativa al instrumento de tutela que cada uno requiere. Por un lado, los derechos de propiedad industrial nacen de su inscripción registral que los hace públicos, para lo que es necesario que cumplan unos requisitos previamente establecidos y su titular pague unos gastos tasados, dando ello lugar a la obtención de un monopolio o exclusividad de derecho, limitado a un territorio y a una duración determinada que conferirá a su titular una sólida protección. Por otro lado, los secretos de empresa surgen en el ámbito productivo y comercial de una empresa, con requisitos mucho más laxos, pero para que éstos mantengan su existencia, su titular debe adoptar medidas que protejan su confidencialidad, que variarán en función de numerosos factores, y que darán lugar a un monopolio o exclusividad de hecho, no limitado ni territorial ni temporalmente, pero cuya existencia resulta más vulnerable

respecto a los anteriores. A pesar de esta diferencia capital, derechos de propiedad industrial y secretos de empresa deben concebirse como parte del capital intelectual o inmaterial de una empresa sobre el que ésta posee exclusividad.

## VII

Los resultados a los que se ha ido llegado hasta ahora nos permiten concluir que el **bien jurídico protegido** en el delito de espionaje empresarial se cifra en la propiedad de bienes inmateriales, en este caso los secretos de empresa, siendo la facultad de aprovechamiento en exclusiva que el titular tiene sobre el bien lo que define a este tipo de propiedad. Esta conclusión se funda en que los secretos de empresa, como bienes de naturaleza inmaterial y resultado de una actividad inventiva, intelectual o productiva de la empresa, tienen un valor económico, cifrado en el “valor de uso” que se vincula principalmente a la finalidad de utilidad que dicho bien posee para su titular. Como tal, dicho bien es propiedad de su legítimo titular, acudiendo para admitir esta afirmación a las llamadas “propiedades especiales” que permiten hablar de dominio sobre bienes inmateriales por vía de analogía, frente a las cosas materiales sobre las que normalmente recae dicho derecho, pero con ciertas limitaciones. Éstas están basadas en el caso de la propiedad industrial e intelectual en la intervención estatal mediante el acto administrativo del registro, y en el de los secretos en su especial régimen en virtud del cual, si alguien llega a conocer la información constitutiva del mismo de forma lícita, no vulneraría la relación que el titular tiene con la misma. Por lo demás, las facultades que se derivan de la propiedad de bienes inmateriales, extrapolando a este ámbito lo que establece el artículo 428 del Código civil para la propiedad intelectual, serían la explotación y la disposición de los mismos, entendiendo el segundo en un sentido amplio y comprensivo del primero como el ejercicio de facultades de dominio. Estas últimas, cuando se dan exclusiva, confieren o pueden conferir una ventaja competitiva a su titular.

Todo lo dicho hasta ahora configura el citado bien jurídico como uno de naturaleza patrimonial y en este trabajo se ha partido de una concepción funcional del patrimonio, que atiende a la funcionalidad que representa dicho elemento para su titular. Concluimos así, que para fijar dicha funcionalidad de los secretos de empresa hay que acudir al ámbito del Derecho de la competencia, siendo la utilidad de los secretos la de permitir a su titular competir en el mercado para conseguir beneficios, evitar pérdidas o impedir que otros adquieran una ventaja competitiva. Por último, se infiere de lo dicho hasta ahora que el



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

daño patrimonial que puede derivarse de un comportamiento contra secretos de empresa no tiene por qué producir un perjuicio patrimonial en términos contables, sino que habrá de valorarse también la frustración del fin pretendido, esto es, la merma de su funcionalidad.

### VIII

La concreción del bien jurídico cifrado en la propiedad de ciertos bienes inmateriales, como es el secreto de empresa, y la exclusividad que lo caracteriza, nos permite afirmar que la **lesión** del mismo tiene lugar con el apoderamiento de un secreto de empresa, tipo básico del delito de espionaje empresarial.

### IX

Se deduce de todo lo anterior, además, que la **naturaleza jurídica** de los delitos contra secretos de empresa tiene **carácter individual**, pues el sujeto directamente afectado es el empresario, titular de la información confidencial de la empresa. Ello se demuestra especialmente atendiendo a la regla prevista en el artículo 287 CP, según la cual el delito es perseguible a instancia de la persona agraviada.

### X

Respecto al **concepto de secreto empresarial**, éste no existe ni en el ámbito jurídico ni fuera de él, pero se ha llegado a la conclusión de que una definición cerrada del mismo no resulta satisfactoria por tres motivos. En primer lugar, por la vasta tipología de información que puede integrar este concepto; en segundo lugar, porque esta diversidad depende en gran medida tanto del tipo de empresa como del sector de producción en el que opera, de tal manera que no toda ella afecta de la misma manera a todas las empresas en caso de que se viole su reserva; en tercer lugar, porque la condición de secreto dependerá también de las medidas que el titular de la misma haya adoptado para mantenerla reservada, por lo que no cabe efectuar una valoración abstracta de la misma. Por ello, se infiere que las circunstancias del caso concreto juegan un papel esencial en este tema. No obstante, para configurar el concepto de secreto empresarial, sí es necesario acudir a los requisitos que ofrece el Derecho mercantil por la vía de los textos internacionales como el Acuerdo TRIPS o la Directiva (UE) 2016/943 y que permiten establecer unas notas definitorias de lo que puede ser objeto de un secreto de empresa. Sin embargo, en la necesidad de respetar los principios penales de lesividad,

fragmentariedad y subsidiariedad, resulta necesario restringir el concepto mercantil, marcando unas exigencias que ineludiblemente deberán darse para que intervenga el Derecho penal, relacionadas con su afección al bien jurídico protegido.

## XI

La primera característica configuradora del secreto es que éste esté integrado por **información**, pero no de cualquier tipo, sino la de **carácter empresarial**. Así se desprende tanto de la proximidad de los secretos de empresa a la propiedad industrial, como del hecho de que la violación de éstos se configure como un ilícito civil en la Ley de Competencia Desleal. Dada la innumerable casuística de información de estas características se opta preferiblemente por un sistema de *numerus apertus*. Toda la información a la que se aludirá seguidamente, en cualquier caso, debe cumplir con los requisitos propios del secreto. Éste debe ir acompañado por el término “empresarial” como el más adecuado para comprender tanto información de carácter industrial como comercial.

## XII

La información de carácter industrial da lugar al llamado **secreto industrial**, en el que se incluye todo lo relacionado con la producción de bienes o servicios para el mercado, pero quedando fuera de este concepto aquellos objetos protegidos por otros institutos. Así, hemos concluido que cuando la información susceptible de convertirse en patente, modelo de utilidad, diseño industrial o signo distintivo se inscribe en el correspondiente Registro, ésta se hace pública y, por tanto, no es aplicable el régimen del secreto, entrando en juego el precepto penal correspondiente, esto es, el artículo 273 en los tres primeros casos y el 274, en el último de ellos. Del estudio de las distintas modalidades de secreto industrial se ha inferido también que existen varios motivos que avalan en la actualidad la necesidad de proteger información industrial como secreto de empresa, aun cuando pueda cumplir los requisitos para obtener sobre la misma un derecho de propiedad industrial. En primer lugar, porque hoy en día las modas y tendencias poseen un carácter efímero, que hace que las mismas tengan una corta vida por su necesidad de renovación constante (esta nota se da especialmente en relación a los diseños industriales). En segundo lugar, cada vez son menos frecuentes las grandes invenciones y lo que suelen producirse son mejoras o perfeccionamientos de algo ya existente (aquí juegan un importante papel las prácticas manuales y las aplicaciones industriales). Y, en

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

tercer lugar, dado el carácter excepcional de los derechos de propiedad industrial, la mayoría de esta información encuentra protección sólo a través de la vía del secreto de empresa, pues son la antesala de aquellos y tienen gran valor para su consecución (ello puede predicarse de los descubrimientos científicos - expresamente excluidos de la LP en virtud de su art. 4.4.a) -, de las invenciones no susceptibles de ser patentadas por carecer de algún requisito, de las prácticas manuales, de las aplicaciones industriales y de los ensayos e investigaciones). No obstante, ha podido observarse que la presencia de los secretos industriales en nuestros tribunales se ve superada con creces por la de los de carácter comercial.

### XIII

El **secreto comercial** se conforma por toda la información que no constituye secreto industrial y, por tanto, aquella referida al estado y al comportamiento de mercado de la empresa. Hemos concluido en esta parte del trabajo que su importancia resulta, si cabe, mayor que la de la categoría anterior, pues existen actualmente numerosas empresas que se apoyan especialmente en este tipo de información y que subsisten gracias a la originalidad de combinar elementos ya existentes que permiten satisfacer necesidades hasta ahora cubiertas de otra manera, lo cual no siempre puede ser objeto de un derecho de propiedad industrial, salvo en lo que respecta a los signos distintivos de la empresa. Dentro de los secretos comerciales se estiman incluidos dos grupos de información. Por un lado, la relativa a la organización interna de la empresa, entre la que se encuentran los aspectos laborales, de funcionamiento y los planes de empresa, así como su situación contable y financiera. Su inclusión entre los secretos comerciales ha sido discutida por la doctrina y no tanto por la jurisprudencia, pero aquí hemos concluido que su valor para la puesta en marcha de una empresa, como valor de uso, resulta incuestionable. Por otro lado, el secreto comercial abarca también la información relativa a la actividad empresarial propiamente dicha, dentro de la cual se erige como el bien inmaterial de carácter máspreciado por las empresas, las listas de clientes.

La presunta violación de **las listas de clientes** por parte de los propios empleados constituye el supuesto más frecuente en la jurisprudencia española. Sin embargo, de la importancia de este bien y de su mayor presencia en nuestros tribunales no se deduce la necesidad de una protección sin límites de este tipo de secreto comercial, sino más bien lo contrario. Así, se concluye en este punto que es necesario adoptar mayores cautelas a

la hora de considerar las listas de clientes como secreto de empresa frente al resto de información comercial, atendiendo al propio principio de libertad de empresa y es que especialmente aquéllas plantean un problema frecuente respecto de este tipo de información.

Dicha problemática, que ha sido estudiada en la jurisprudencia mercantil y en la penal, plantea la disyuntiva de si la información constituye un secreto comercial o si forma parte de la experiencia del empleado en su ámbito profesional. En el *ámbito mercantil* la misma se resuelve acudiendo a una ponderación de derechos constitucionalmente protegidos, entre aquellos que conciernen al empresario (derecho a la propiedad y libertad de empresa) y los que respectan al empleado (libre elección de profesión y libertad de empresa), resolviéndose normalmente a favor de este último. Así, se concluye que la jurisprudencia mercantil adopta tres soluciones posibles: en primer lugar, los casos en que dicha ponderación se decanta por los derechos del empleado por estimar que la información es parte del bagaje profesional de éste; en segundo lugar, los casos en que se decanta a favor del empresario, pero la información no cumple los requisitos que definen el secreto de empresa y, por tanto, se castigan como aprovechamiento del esfuerzo ajeno dando lugar a una conducta contraria a la buena fe comercial del artículo 4.1. LCD; y, en tercer lugar, los casos en que dicho examen resulta a favor del empresario y la información cumple los citados requisitos, lo que daría lugar al ilícito del artículo 13.1 LCD. Hemos concluido, además, que sólo algunos de estos últimos supuestos son los que podrían dar lugar a una condena penal, en aras de respetar el principio de subsidiariedad. En el *ámbito penal* la cuestión presenta la misma disyuntiva que en sede civil, remitiéndose a esta jurisdicción y dando lugar frecuentemente a sobreseimientos y absoluciones basándose en que la lista de clientes forma parte del bagaje o experiencia profesional del empleado. Sin embargo, en el estudio de la jurisprudencia penal se han identificado una serie de criterios que permiten construir un juicio de valoración objetiva para la resolución de estos supuestos, y son los siguientes: en primer lugar, la trayectoria laboral, pues allí donde existe una relación laboral duradera y continuada en la empresa o la acreditación de experiencia en un determinado sector, se considera normalmente que dicha información es parte del bagaje profesional. Si no la hubiere, estaríamos ante un caso de violación de secretos; en segundo lugar, muy relevante es el cargo desempeñado, ya que si un trabajador accede a cierta información, que posteriormente utiliza, únicamente por razón del cargo desempeñado en la empresa, entonces estaremos

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

hablando de aprovechamiento del bagaje profesional; y, en tercer lugar, la existencia de una relación directa y personal del empleado con los clientes también es sinónimo de que la información forma parte del bagaje profesional del sujeto.

Frente al resto de información empresarial cuando se plantee este problema, se concluye que será necesaria una valoración del caso concreto para determinar cuándo resulta imposible desprenderse de una información adquirida por el proceso natural de aprendizaje, para lo que habrá que atender al sector de negocio, a la labor desempeñada por el sujeto y a la información en cuestión.

#### XIV

El **carácter oculto** de la información es el presupuesto básico que ésta ha de cumplir para erigirse como secreto de empresa. Para que ello se produzca, hemos concluido que la información debe pasar un juicio de determinación de dicho carácter basado en un doble filtro, que atiende a los requisitos establecidos en los textos internacionales. En primer lugar, que la información *no sea generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice*. Respecto de este requisito se ha concluido que, puesto que el secreto tiene carácter relativo (y que por ello deben existir una o más personas que lo conozcan frente a una o más que no), para la fijación de qué se entiende por “generalmente” en un ámbito especializado, debe acudir a un criterio mixto, que atienda tanto al número de sujetos como a la condición de los mismos, pero preponderantemente cualitativo, esto es, que gire en torno a la cualidad de competidores, efectiva o potencial, de quienes tienen acceso a la información reservada. Y, en segundo lugar, *que no sea fácilmente accesible para dichas personas*. Esta segunda pauta del juicio de valoración va más allá de la mera disponibilidad de la información en medios públicos, los cuales están al alcance de cualquiera. Así, se deduce que debiendo darse dicha facilidad de acceso para quienes participan en un determinado sector, éste constituye un criterio cualitativo que deberá atender a las posibles inversiones que deban realizar las personas de dicho sector para conseguirla, y que estarán supeditadas a las circunstancias del caso concreto.

#### XV

El carácter oculto de la información debe venir dado por **la voluntad del titular** de la misma. Este aspecto también es exigido por los textos internacionales al establecer que la

información haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control. La exigencia de este requisito deja claro que no sólo debe existir una voluntad, sino que ésta debe materializarse a través de la **adopción de medidas**, las cuales constituyen el elemento diferenciador respecto a los derechos de propiedad industrial y otorgan a su titular su disfrute en exclusividad. De ello se ha concluido que la idea de autoprotección de la víctima juega aquí un papel importante, ya que en los casos en que no existan medidas, el sujeto no puede invocar una protección jurídico-penal por no existir objeto de tutela alguno. Sin embargo, a pesar de la relevancia de estas medidas, una de las conclusiones que se extraen en relación con este tema es que la jurisprudencia no siempre ha tenido en cuenta el papel de las mismas, adoptando resoluciones condenatorias en supuestos en los que aquéllas no existían. En esta línea se sitúa una corriente jurisprudencial importante, que parece seguir aún la trasnochada teoría de la voluntad interna y que define los secretos de empresa a partir de cuatro notas, que son la confidencialidad, la exclusividad, el valor económico y la licitud, obviando así toda referencia a la adopción de medidas. Por lo que respecta a la tipología de las medidas, éstas pueden ser de naturaleza jurídica o técnica y darse a través de una manifestación expresa o tácita, pero lo realmente relevante es que sean razonables. Es en el concepto de **razonabilidad** de donde pueden extraerse determinadas conclusiones relevantes para ofrecer al juez en esta sede una batería de criterios a los que acudir para valorar las circunstancias del caso. Desde un *prisma objetivo* se infiere, en primer lugar, que quedarán excluidas de dicho juicio las medidas infranqueables, por lo que son suficientes las que dificulten el acceso; y, en segundo lugar, es necesario atender a determinadas circunstancias indiciarias que permitan deducir que el sujeto normalmente actúa con diligencia para proteger su información, como la adopción de medidas de seguridad generales. Desde un *prisma subjetivo*, se concluye que cada empresario tomará precauciones atendiendo a determinados factores que están relacionados con su empresa y que el juez también deberá considerar y que son: en primer lugar, la naturaleza de la información; en segundo lugar, su valor; en tercer lugar, los estándares de seguridad de su industria; y, en cuarto lugar, la disponibilidad de las medidas de seguridad exigidas, es decir, la posibilidad real de que la empresa en cuestión pueda adoptarlas.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

La voluntad de mantener la información reservada no basta para configurar un secreto de empresa, por ello se exige la concurrencia de un **interés objetivo** del mismo. En relación con este requisito, también exigido por los textos internacionales, se han inferido una serie de notas que lo acotan: en primer lugar, que éste debe consistir en una ventaja con repercusiones económicas en la capacidad competitiva de la empresa; en segundo lugar, que para ello se considerará su valor de uso, esto es, en el que tenga en relación con la empresa en cuestión de que se trate, de modo acorde al concepto funcional de patrimonio del que partimos; en tercer lugar, que el objeto de la información, a pesar de tener valor económico, ha de tener carácter lícito para poder constituir un secreto de empresa; en cuarto lugar, que resulta irrelevante si el valor del mismo es escaso o no aporta una ventaja competitiva directa, siempre que afecte a la actividad empresarial, por lo que se excluye aquella información que, aun teniendo carácter económico, no está relacionada con dicha actividad; y, en quinto lugar, que para ser un secreto de empresa no es necesario que la información haya sido objeto de una invención, pudiendo haberse obtenido por azar o de modo fortuito. El problema de este requisito es su cuantificación pues, siendo concretado el valor de dicho secreto, es posible posteriormente determinar el perjuicio que de un comportamiento indebido contra aquél se derive. Sin embargo, puesto que las repercusiones de dichas acciones no tienen lugar con frecuencia de forma inmediata, no siempre podrá demostrarse la relación de causalidad entre la acción típica y el perjuicio provocado, debiendo prestar siempre atención a los criterios de imputación objetiva. Quizás estos problemas han llevado a que el interés objetivo del secreto empresarial, a pesar de los esfuerzos doctrinales por incluirlo entre los requisitos del mismo, no haya calado nunca en nuestra jurisprudencia. Así, mientras que con frecuencia se discute sobre los dos primeros requisitos del secreto, la concurrencia del interés objetivo suele presumirse cuando existen medidas de protección y de él sólo se encuentran referencias indirectas, sin que se cuestione en prácticamente ninguna resolución.

## XVII

Respecto a los **sujetos activos del delito**, el espionaje empresarial constituye un delito común, por lo que no presenta especiales particularidades en este ámbito, pudiendo ser autor del mismo cualquiera, siempre que no haya accedido de manera lícita a la información empresarial reservada, pues este es el presupuesto básico del presente delito. Sin embargo, ello no obsta a que empleados de la empresa del titular del secreto puedan cometer este tipo, pues no todos tienen acceso lícito a toda la información.

### XVIII

Del estudio de la **conducta típica** del tipo básico del art. 278 CP se desprenden diversas consideraciones. El legislador penal decidió trasladar prácticamente inalterado el tipo básico de los delitos contra la intimidad al espionaje empresarial, lo que trae consigo numerosas incongruencias. La primera de ellas deriva de la forma en que se ha configurado el tipo y es que éste permite que la conducta típica sea interpretada de dos maneras distintas, no siendo ninguna de ellas plenamente satisfactoria. Frente a una primera exégesis que permanecía anclada en la naturaleza material de la propiedad, se ha concluido que la opción interpretativa más coherente con el bien jurídico protegido así como con el concepto de secreto empresarial configurado, es la que concibe la conducta típica de apoderamiento en un **sentido inmaterial**. Ello supone un abandono de su concepto clásico, ligado a bienes materiales, para espiritualizarlo y poder abarcar comportamientos como la captación intelectual de información.

### XIX

Reconociendo que el concepto de apoderamiento al que se ha llegado adolece de excesiva amplitud, se ha concluido que es preciso establecer ciertos **límites** que acoten dicha interpretación extensiva. Éstos se han deducido de dos puntos cardinales del delito de espionaje empresarial. El primer límite puede extraerse del *bien jurídico protegido*. Como delito de naturaleza patrimonial resulta obligado acudir a los medios que ofrecen estos delitos para eludir accesos no autorizados de terceros a la propiedad ajena. El carácter fragmentario del Derecho penal permite así descartar su intervención cuando los ataques a dicho bien no sean los más graves, por lo que siendo así en el caso de la propiedad material, ello debe trasladarse a la de carácter inmaterial. En este contexto la configuración del concepto de secreto empresarial en torno a las medidas de protección para su existencia deviene de suma importancia, evocando la idea de exclusividad que conlleva cierto derecho de exclusión. Un segundo límite es posible encontrarlo en la propia *redacción típica*, tanto desde un punto de vista objetivo, como subjetivo. Por un lado, el tipo castiga al que *se apoderare por cualquier medio* de determinados objetos, materiales e inmateriales, que alberguen el secreto de empresa. De dicha previsión se ha deducido que la cláusula “por cualquier medio” no puede entenderse de forma desvinculada al apoderamiento, pues se estima que el legislador ha elegido este verbo típico, y no otro más neutro, para dejar clara la relación con los delitos patrimoniales de



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

apoderamiento. Dichos delitos, como forma básica de protección jurídico-penal del derecho de propiedad, suponen una entrada no autorizada en un espacio ajeno. Es en estos términos donde pueden vincularse los delitos patrimoniales de apoderamiento a los medios empleados para acceder a la información contenida en sistemas informáticos como ámbito equiparable de exclusión de terceros no autorizados. Ambos supuestos constituyen vías análogas de sortear las barreras impuestas para proteger dichos bienes, dando lugar a accesos ilícitos por personas no autorizadas. Por otro lado, el *elemento subjetivo de lo injusto* previsto en el tipo, que exige cometer la conducta *para descubrir un secreto de empresa*, también acota la exégesis de la conducta típica, excluyendo todo apoderamiento que tenga lugar sin que aquél concurra y cumpliendo una función delimitadora con otros delitos.

## XX

Se ha detectado como **presupuesto típico** del espionaje empresarial el **acceso ilícito** a la información reservada. Sin embargo, para que el delito concurra, se concluye que no es suficiente con dicho acceso, sino que **se precisa además la efectiva obtención de la información**. Si no fuera así, el legislador habría configurado el tipo diversamente a como lo ha hecho, pudiendo haber tipificado el mero acceso como ocurre en otros preceptos del Código.

## XXI

Se han tratado las diversas **formas de apoderamiento** de secretos de empresa atendiendo a los límites identificados y se han articulado en cuatro categorías que pueden encajar en el tipo. Del estudio de estos supuestos se han extraído las siguientes conclusiones.

En primer lugar, no suele plantear dudas el *apoderamiento de documentos escritos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al secreto de empresa*, dando lugar al tipo de espionaje empresarial cuando se comete de modo equivalente a cualquiera de las formas previstas para los delitos patrimoniales clásicos, como hurto, robo en sus dos variantes, estafa o extorsión, atendiendo al criterio limitador del bien jurídico. Sin embargo, quedan fuera de la tipicidad atendiendo también a dicho límite, los casos en los que ya no existe objeto alguno de propiedad por no contar con las medidas de protección

exigidas, como son los supuestos en los que se obtienen dichos soportes de una papelera (*dumpster diving*).

En segundo lugar, se alude a los casos de *apoderamiento sin traslación física del objeto y sin que intervengan medios técnicos*. Estos son los supuestos más problemáticos, ya que la acción de apoderamiento tiene lugar a través de la memorización o la reproducción manual de la información, tras su captación visual o auditiva. Como en los anteriores, se exige que tenga lugar un acceso ilícito a la información, que no dejará lugar a dudas si se trata de un delito de allanamiento de morada o de domicilio de persona jurídica o establecimiento abierto al público. Sin embargo, en los casos en que ninguna de esas circunstancias se dé, cabría la concurrencia de un delito de espionaje empresarial en supuestos en los que el sujeto no está autorizado para invadir determinados espacios, suponiendo también un acceso ilícito en términos equivalentes (buscar entre los papeles, carpetas y cajones, extraer documentos de sobres, acceso al despacho sin autorización, esconderse en un armario para escuchar conversaciones confidenciales, etc.). En estos casos quedarían fuera de la tipicidad acudiendo al límite que establece el bien jurídico y la propia redacción típica, aquellas captaciones realizadas cuando no existe objeto de protección por haberse descuidado las medidas sobre la información para mantener su reserva (leer algo que está encima de la mesa o en la pantalla abierta, información expuesta al alcance de terceros, la realización de visitas guiadas sin medios de protección, oír desde otro despacho al que se accede de modo legítimo, etc.).

En tercer lugar, se han identificado los *supuestos de espionaje cometidos a través de medios técnicos*, entre los que se distinguen a su vez dos vías de acceso diversas. Por un lado, uno de forma directa y personal, a través del sistema informático en sentido físico. En estos supuestos también se exige un acceso no autorizado al equipo informático, que puede consistir en la vulneración de las barreras impuestas por su titular para ello (claves de acceso) como en acceder a uno encendido e indagar en él de forma no autorizada, pudiendo llevar a cabo comportamientos como el copiado, el reenvío de información, la impresión, etc. Por otro lado, el llamado ciberespionaje, que se lleva a cabo de modo telemático o remoto, por lo que la conducta se ejecuta completamente de forma virtual. Esta forma de apoderamiento se dirige tanto a la información directamente incluida en las telecomunicaciones (correo electrónico, mensajería móvil, ventanas de chat, etc.), como a aquella almacenada en los sistemas informáticos, pero que se obtiene mediante un ataque a las telecomunicaciones, como son las que se llevan a cabo a través de troyanos,

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

*phishing, rootkits y spyware*. La ilicitud del acceso en estos casos no plantea dudas, rebasando de manera ilegítima la esfera de exclusión en la que se encuentra la propiedad inmaterial.

En cuarto lugar, se encuentra el *empleo de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen*. La utilización de estos medios ya implica un acceso ilícito y, por tanto, la entrada ilegítima en la esfera de exclusión del titular del secreto. El carácter subrepticio del empleo de dichos medios radica en la ocultación de los mismos, pues si se usaran con el consentimiento del titular del secreto, el hecho sería atípico. Sin embargo, caen fuera de la tipicidad atendiendo al criterio limitador del bien jurídico, aquellos supuestos en los que no se han adoptado medidas para proteger la información y, por lo tanto, dichos dispositivos se usan de forma no subrepticia.

## XXII

Tras el estudio de las distintas formas de apoderamiento de las que algunas caen del lado de la tipicidad y otras fuera en virtud de los límites impuestos por el bien jurídico y la propia redacción típica, se encuentran algunos *supuestos en los que la captación de la información tiene carácter lícito*, como es el caso de la ingeniería inversa, las investigaciones independientes, los descubrimientos por azar y la inteligencia competitiva. Esta última, de escasa acogida todavía en nuestro país, constituye un método de búsqueda y análisis lícitos de información útil en términos competitivos para sacar provecho de ella en aras de que las empresas mejoren su posición en el mercado. Se concluye de aquí que la existencia de esta realidad de nuevo cuño es una razón más para que los empresarios protejan de un modo adecuado su información confidencial.

## XXIII

Junto a las formas de apoderamiento hemos concluido que para que éste efectivamente concurra es necesario que se dé un resultado, cifrado en la **incorporación del secreto empresarial a la esfera de dominio del sujeto activo**, lo que convierte al espionaje empresarial en un delito de resultado en el que son posibles formas imperfectas de ejecución. Además, atendiendo al bien jurídico protegido se ha concluido que dicho resultado constituye la auténtica lesión del bien jurídico, pues dado el carácter inmaterial

del bien, la facultad de aprovechamiento en exclusiva que la propiedad del mismo confiere se destruye cuando es arrogada por un tercero, que ya compartiría el secreto con su legítimo titular.

#### XXIV

Del análisis del **tipo subjetivo** del tipo básico de espionaje empresarial se desprende que éste exige el dolo y un elemento subjetivo adicional a aquél. El dolo consistiría en la conciencia y voluntad de sustraer información empresarial reservada ajena, a la que ha accedido de forma ilegítima, poniéndola bajo su dominio. El elemento subjetivo de lo injusto ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, se ha concluido que aquella que mejor le permite cumplir las diversas funciones que éste tiene asignadas en el tipo, es la que interpreta la expresión “para descubrir un secreto de empresa” como la finalidad de conocerlo. No obstante, ésta debe ser entendida no sólo como ánimo propio de conocer sino también como poner en conocimiento de otros y no en un sentido superficial o formal de dicho conocimiento, sino material, esto es, como la comprensión de su sentido o el desentrañar su contenido. Sólo entendiéndolo en dichos términos este constituiría un elemento útil en su papel limitador de la inmaterialidad a la que lleva la interpretación de la conducta típica. Por último, se ha concluido también respecto a la prueba del tipo subjetivo, que en este contexto juega un papel crucial la prueba indiciaria.

#### XXV

Tras el estudio del tipo básico de espionaje empresarial se ha intentado realizar una **propuesta de mejora** del mismo. Por un lado, el elemento objetivo del tipo que ofrece límites a la excesiva amplitud que presenta la conducta típica, y que viene dado por la relación de la cláusula alusiva a “cualquier medio” con el apoderamiento, si bien procede de una reconstrucción racional del tipo por vía interpretativa, no se desprende de modo evidente de su tenor literal. De ahí que se haya concluido la necesidad de introducir *de lege ferenda* un verbo típico de carácter más neutro, acompañado de un elemento objetivo que lo acote, cifrado en la ausencia de consentimiento o de autorización del titular del secreto, como ocurre en otros delitos del Código de la misma naturaleza. Por otro lado, respecto al elemento subjetivo del injusto, se ha valorado la posibilidad de su modificación, atendiendo al que establecen los delitos contra la propiedad industrial y a los que recoge la regulación extrapenal del delito. Sin embargo, se ha llegado a la

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

conclusión de que el que se prevé *de lege lata* es el que mejores prestaciones ofrece para la interpretación del tipo, si se entiende en el sentido aludido.

## XXVI

El **sujeto activo del tipo agravado** de revelación de secretos de empresa del artículo 278.2 CP es el mismo que se ha apoderado de éste previamente. Sin embargo, se ha concluido que habría sido más adecuado que el legislador hubiera hecho referencia a los secretos obtenidos y no a los “secretos descubiertos”, pues lo único que ha de exigirse a dicho sujeto es que conozca la cualidad de secreto empresarial de la información que transmite y no así que los conozca o comprenda.

## XXVII

A la vista de la interpretación de los **verbos típicos** elegidos por el legislador penal para configurar el tipo agravado de espionaje industrial, cabría quizás apuntar que la diferencia entre ellos radicaría en que la difusión exige que la comunicación se dirija a un gran número de destinatarios, lo cual no tiene por qué ser así en la revelación y la cesión. De este modo, cabría concluir que en realidad mientras toda difusión es una revelación o cesión, no se podría decir lo mismo al revés. Es decir, la difusión no es más que una revelación o cesión realizada a un gran número de destinatarios. Con ello queda claro, a mi juicio, que el empleo de los tres verbos es reiterativo y que hubiera bastado con emplear uno solo, pues en todo caso es obvio que el número de personas a las que se comunique el secreto empresarial resulta irrelevante a efectos de entender cometido el delito del artículo 278.2 CP, por lo que se opta por la interpretación que los considera como términos equivalentes.

De esta forma, se concluye que pueden darse dos tipos de efectos en el tipo agravado de revelación. Por un lado, unos *efectos formales* que pueden dar lugar bien a la notoriedad de la información y la pérdida definitiva de su carácter secreto si la revelación se realiza a una pluralidad de personas o bien, sin convertirse en notoria, la información puede igualmente perder el valor que ostentaba aunque se revele a un solo sujeto. Por otro lado, unos *efectos materiales*, que son los que pretenden evitarse con el castigo de la revelación y para los que no es necesario que la información se convierta en notoria, que radican precisamente en la pérdida de valor de la información, para lo que podría bastar la revelación a un solo sujeto.

Por lo demás, se ha concluido que dicha revelación carece de restricción alguna respecto a los **medios comisivos**. Sin embargo, se estima que ello no debe llevarnos a considerar punible cualquier revelación, debiendo quedar fuera del tipo aquellos supuestos que no rebasen la barrera impuesta por el criterio de la insignificancia objetiva.

### XXVIII

Como ocurría en el tipo básico, también el agravado constituye un **delito de resultado**, por lo que se exige la concurrencia de un resultado típico constituido por la incorporación del secreto empresarial a la esfera de dominio del receptor del mismo, sin que se exija que éste disponga de él, lo comprenda o realice cualquier otra acción sobre el mismo, ni que de dicha comunicación se derive un daño o perjuicio para su titular. Si éste se produjera constituiría responsabilidad civil *ex delicto*. Asimismo, el tipo agravado de difusión, revelación o cesión de secretos de empresa supone un **delito de lesión**, dando lugar dichas conductas típicas a la **profundización o intensificación** de aquélla por la pérdida de control que conlleva para el sujeto activo del apoderamiento la comunicación del secreto. En dicha intensificación, que supone un incremento del desvalor de resultado, radica el fundamento de la agravación.

### XXIX

Respecto al **tipo subjetivo** del tipo agravado de revelación de secretos de empresa, éste no exige elementos subjetivos adicionales al dolo, el cual supone la conciencia y voluntad de comunicar el secreto de empresa ilegítimamente obtenido a un tercero que lo desconoce.

### XXX

Siendo el tipo agravado un delito de resultado, resulta posible la realización de **formas imperfectas de ejecución** de la conducta típica, tanto en su modalidad de tentativa acabada, como inacabada. Sin embargo, la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena en estos casos da lugar a ciertos problemas penológicos, derivados de la elevada pena del tipo básico, que hace que la atenuación de la del tipo agravado en un grado ya sea inferior a aquélla. Respecto de esta problemática, se ha concluido que la mejor solución es aplicar las reglas del artículo 62 CP bajando la pena en un grado, pero imponiendo la resultante en su límite máximo, que quedaría por

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

encima del límite mínimo de la del tipo básico, que es la que generalmente se impone. Esta parece ser la solución *de lege lata* más satisfactoria, teniendo en cuenta que entre ambos tipos se produce un solapamiento de penas.

### XXXI

Hemos concluido también respecto del tipo agravado que éste **no constituye un delito pluripersonal o de participación necesaria** pues, si bien es cierto que se requiere la presencia de un tercero para la consumación del tipo, no puede considerarse que ello se dé por dos motivos. En primer lugar, su intervención en el hecho constituye una contribución generalmente pasiva en el mismo, lo que impide de entrada su inclusión dentro de esta categoría de delitos. En segundo lugar, esta exige, además, que el tercero intervenga mediando un acuerdo previo con el sujeto activo, lo que tampoco se produce siempre en este delito. Por ello, son de aplicación a este tipo las reglas generales de participación.

### XXXII

Se ha dedicado una parte del presente trabajo a estudiar la ausencia de **la conducta de utilización de secretos de empresa** en el delito de espionaje empresarial del artículo 278 CP, dada su presencia en otros de los tipos relativos a secretos de empresa, en su regulación extrapenal, en la Directiva (UE) 2016/943, así como en la de otros ordenamientos. De dicho estudio hemos extraído las siguientes conclusiones. En primer lugar, que la “utilización” debe ser entendida como sinónimo de aprovechamiento pero en sentido tanto activo como omisivo, teniendo ambos especial incidencia en el ámbito de las invenciones aún no patentadas. En segundo lugar, que dicha conducta constituye el agotamiento del delito de espionaje empresarial, pues el bien jurídico protegido, cifrado en la propiedad del bien inmaterial secreto de empresa, ya se habría lesionado con el apoderamiento. Sin embargo, el aprovechamiento del secreto intensificaría la citada lesión, pues la funcionalidad del secreto hay que vincularla a la actividad competitiva de la empresa en el mercado, por lo que dicha conducta profundiza en la lesión ya ocasionada. En tercer lugar, se deduce que la laguna legal derivada de la ausencia de tipificación de esta conducta se encuentra en la cuestionable técnica legislativa empleada en la tipificación de este delito, que partió de la traslación acrítica de los tipos relativos a la intimidad, donde el aprovechamiento de la información tiene un sentido secundario respecto a la conducta de revelación. En

cuarto lugar, que esta laguna no resulta subsanable *de lege lata* pues dicha conducta se prevé en otros tipos relativos a secretos de empresa en los que el sujeto activo no accede a éstos de manera ilícita, por lo que su aplicación a los supuestos de espionaje empresarial sería contraria al principio de legalidad. Ello nos lleva a estimar necesaria su inclusión en el delito *de lege ferenda*.

### XXXIII

Las **consecuencias penológicas del delito** de espionaje empresarial se consideran criticables tanto en el tipo básico como en el agravado. Por lo que respecta al primer párrafo, la pena se considera desproporcionadamente elevada, lo que conlleva problemas de diversa índole, tanto respecto de las formas imperfectas del tipo agravado, como respecto de otros delitos de la misma naturaleza, especialmente en su relación concursal con el apoderamiento de soportes informáticos. Por otro lado, no se estima necesaria la introducción de una distinción penológica en función de si el medio de obtención de los secretos es físico o técnico, pues actualmente estos últimos constituyen la regla. En consecuencia de la elevada pena del párrafo primero, la del segundo, que se determina a partir de la anterior, también resulta elevada, debiendo el juez adecuar la pena concreta a la diferente intensidad en la lesión derivada de la revelación. Las excesivas penas impuestas son una vez más resultado del traslado acrítico de las previstas en los tipos relativos a la intimidad, con el aumento de su límite mínimo.

### XXXIV

La **cláusula concursal** prevista en el párrafo tercero del artículo 278 CP se estima, como defiende la mayoría de la doctrina, innecesaria y perturbadora, sobre todo en relación al delito de apoderamiento de soportes informáticos, pues si se aplicara un concurso de delitos entre este último y el espionaje empresarial, se llegaría a soluciones penológicas insatisfactorias por resultar excesivas. Además, se ha constatado en la práctica jurisprudencial que, tanto para los delitos previstos expresamente en dicha cláusula como para los que no lo están, rigen las reglas generales de determinación de la pena de los concursos. Por dichas razones, se aboga por su supresión *de lege ferenda*.

### XXXV



Especiales implicaciones tiene el espionaje empresarial en **relación con el delito de daños**, tanto genéricos como informáticos. La ausencia de mención expresa en la citada cláusula concursal a la destrucción de los datos ha hecho necesario profundizar en esta problemática. Del estudio de la misma se han extraído las siguientes conclusiones.

En primer lugar, que ambos delitos constituyen un atentado contra la propiedad inmaterial de maneras diferentes, pues siendo su objeto la información, la seguridad de ésta puede verse afectada en sus distintas vertientes: la confidencialidad, en el caso del espionaje; la integridad y la disponibilidad, en el caso de los daños.

En segundo lugar, del estudio de las diversas modalidades que presentan los delitos de daños se ha inferido que aquí también hay que partir de la concepción funcional de patrimonio. Por un lado, en el caso de los daños genéricos del artículo 263 CP, el valor económico al que hace alusión el tipo debe considerar el valor de uso de la información contenida en el soporte material objeto de la conducta, y no sólo el de este último. Por otro lado, en relación con los daños informáticos de los artículos 264 y 264 bis CP, la concepción funcional juega un papel importante en la determinación de la gravedad del resultado que exige el tipo, que deberá tener en cuenta además no sólo los supuestos en los que los datos son irrecuperables sino también aquellos otros en que su recuperación resulta costosa o perjudicial para la empresa por su duración o condiciones.

En tercer lugar, del estudio de la casuística posible entre daños y espionaje se han detectado casos que pueden dar lugar a uno sólo de esos delitos o a los dos de forma conjunta. El punto de partida radica en un acto de apoderamiento o acceso previo que tiene que tener lugar sobre el secreto de empresa como presupuesto necesario del delito de espionaje. Sin embargo, el hecho de que dicho acto haya tenido lugar, no significa que estemos ante este último delito, jugando un papel crucial para deslindar las constelaciones de casos que pueden producirse el elemento subjetivo del injusto del espionaje frente al dolo exigido en el delito de daños. Así, la sustracción de un secreto de empresa con ánimo de desentrañar su contenido, descubriéndolo y quedándose con él para poder disponer del mismo en un futuro, dará lugar a la conducta de espionaje empresarial; mientras que dicha sustracción, cometida con la intención de acabar con la propiedad del titular sobre el secreto mediante su destrucción, inutilización o

menoscabo deliberado, por el mero placer de perjudicarlo y sin perseguir utilidad alguna, constituirá un delito de daños. Lo que ocurre aquí, y donde radica la especial problemática, es que ambas intenciones son compatibles en el presente caso, dado el carácter inmaterial del bien en que se encarna la propiedad. Así, por un lado, los casos que se agotan exclusivamente en un delito de daños son aquellos en los que un sujeto se apodera del soporte en el que se contiene la información o accede de forma ilegítima al mismo, pero en lugar de quedarse con aquél o copiar ésta para su descubrimiento, la destruye o altera. Por otro lado, hay ciertos casos en los que, aun destruyéndose la única copia existente que el sujeto obtiene de manera ilícita, quedan comprendidos en el desvalor del tipo de espionaje empresarial, por no poder esperar del sujeto activo de este delito que devuelva el soporte, salvo cuando es evidente que pretendía acabar con todas las copias existentes, en cuyo caso puede estimarse que se da un concurso de leyes por consunción a favor del delito de espionaje empresarial. Por último, existen casos en los que se da la doble intencionalidad de descubrir y destruir, en los que se ha concluido que, atendiendo a la teoría de la unidad natural de acción, puede darse, bien un *concurso ideal* de delitos cuando, a medida que se copia la información, se procede a su borrado o alteración; o bien a un *concurso real*, en aquellos supuestos en los que, además de la reproducción de la información mediante cualquier vía, se instala posteriormente un programa que la destruye o la altera, se envía un troyano de forma telemática con dicha finalidad, se obstaculiza o interrumpe el funcionamiento del sistema o en los que, además de realizar dichas conductas, se negocia con un tercero la transmisión de las vías ilegítimas de acceso, comunicando así a otro secretos de empresa.

## CONCLUSIONES GENERALES

### I

Los secretos de empresa presentan una gran proximidad a los derechos de propiedad industrial por las numerosas características que comparten pero, sobre todo, porque ambos otorgan a su titular, aunque en diferente medida, la exclusividad sobre un bien inmaterial.

### II

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

La inmaterialidad del secreto empresarial impregna todo el ámbito típico del espionaje empresarial, condicionando su exégesis: i) en primer lugar, aquella lleva a la espiritualización de las conductas típicas, que obliga a su interpretación restrictiva mediante los límites que ofrece el bien jurídico y la propia redacción típica; ii) en segundo lugar, su elemento subjetivo debe ser interpretado teniendo presente dicho aspecto; iii) en tercer lugar, aquélla afecta también a las relaciones concursales de este delito con los daños.

### III

La configuración dada al tipo penal por el legislador confirma que se pretende proteger la propiedad de bienes inmateriales y no un bien jurídico relacionado con la competencia. Dicha propiedad puede contenerse en un espacio físico o virtual, por lo que la misma ha de entenderse como un ámbito de exclusión de terceros por su titular. Así lo demuestra el hecho de que el principal elemento que deba concurrir y ser vencido sean las medidas de tutela de la información empresarial, para asegurar la perpetración de un acceso ilícito. Este último resulta determinante para distinguir el espionaje de otras prácticas lícitas que plantean supuestos controvertidos, como es el caso de la inteligencia competitiva.

### IV

La protección de la competencia o de la capacidad competitiva de la empresa exigiría, *de lege ferenda*, una reformulación del tipo que diera mayor protagonismo a la conducta de aprovechamiento del secreto empresarial, ayuna actualmente de protección penal, salvo en un supuesto ajeno al espionaje al que, además, se le atribuye una rebaja punitiva. Quienes consideran que la lesión en el espionaje empresarial viene dada por dicho comportamiento intentan, por vía interpretativa, adaptar el tipo a la capacidad competitiva de la empresa como bien jurídico protegido, pero esta no ha sido la finalidad del legislador, que castiga con igual pena a quienes acceden ilícitamente al secreto de empresa y a los que, habiéndolo hecho de forma lícita, lo transmiten a otros.

### V

El legislador ha mantenido un impecable arraigo a los tipos relativos a la intimidad, pues la tipificación de este delito se produjo mediante un traslado acrítico de aquéllos. Por ello, se aboga *de lege ferenda* por una reformulación de este delito. Por lo

que respecta al tipo básico, por un lado, sería deseable la introducción de un verbo de carácter neutro acompañado de un elemento objetivo que permita acotar su inmaterialidad y que haga presente en el mismo la ilicitud del acceso y, por otro lado, es necesaria una reducción punitiva acorde con el principio de proporcionalidad de las penas. En relación al tipo agravado, debería simplificarse la conducta típica a un solo verbo, el de revelar, e incluir la de utilización para una protección más completa de la propiedad sobre bienes inmateriales, en la medida en que dicha conducta intensifica la lesión de la misma. La disminución punitiva en el tipo básico daría lugar también a la misma en el agravado. Por último, dado el carácter perturbador e innecesario de la cláusula concursal, se estima procedente su supresión, que no obsta en ningún caso a que se apliquen las reglas generales concursales de determinación de la pena.



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



## CONCLUSIONI





UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



## CONCLUSIONI

### CONCLUSIONI SPECIFICHE

#### I

Lo spionaggio non è un comportamento nuovo, né si è concentrato esclusivamente sul livello aziendale. Tuttavia, come un reato, lo spionaggio aziendale, termine scelto per fare riferimento a questo reato, ha poco più di venti anni nel sistema giuridico spagnolo, dato che è stato il codice penale del 1995 quello che ha esteso la gamma di fattispecie tipiche e soggetti attivi riguardanti il gruppo più ampio di reati in materia di segreti aziendali. Fino a quel momento era punito solo il dipendente per scoprire i segreti della loro industria a scapito del proprietario. Così, la regolazione dei reati in materia di segreti aziendali è stata coperta dagli articoli 278, 279 e 280 del Codice Penale spagnolo, essendo il primo di essi il precetto che punisce lo spionaggio, oggetto di questa ricerca. La sua relativamente breve vita come reato e le difficoltà che presenta, hanno dato luogo ad un **basso trattamento dottrinale**, nonostante la sua importanza, essendo però in questi ultimi anni oggetto di grande preoccupazione per i rischi crescenti generati dalle nuove tecnologie sull'informazione come bene immateriale specialmente sensibile.

#### II

La concrezione del bene giuridico protetto nei reati in materia di segreti aziendali, in generale, e nello spionaggio aziendale, in particolare, non è stata una questione di accordo in dottrina. Tra i beni giuridici protetti difesi da settori dottrinale sono stati la privacy, la proprietà, il libero arbitrio, il segreto professionale, la capacità competitiva



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

delle imprese, la concorrenza leale o l'interesse economico del datore di lavoro nel mantenere la riservatezza delle sue informazioni. Parallelamente a questa evoluzione delle teorie circa il bene tutelato c'è stata una transizione rispetto al quadro in cui si trovava in modo sistematico nel codice. Da incontrarsi tra i reati contro la privacy, è passato con la regolazione del 1995 a trovarsi tra i crimini contro il patrimonio e l'ordine socio-economico. Questo cambiamento di posizione e l'entrata in vigore della Legge 3/1991, sulla Concorrenza Sleale, di 10 Gennaio, hanno portato ad un **cambiamento di paradigma** per quanto riguarda questi reati, il che suggerisce che il bene giuridico tutelato di esso ha una **natura economica**.

### III

Dalle diverse posizioni dottrinali sul bene giuridico abbiamo concluso che nessuna di loro sembra soddisfacente per determinare quale è il principio guida per l'interpretazione delle fattispecie tipiche. Pertanto, per scendere al oggetto di tutela, abbiamo cercato di trovare le **basi per la sua concrezione** ricorrendo principalmente a tre fonti: in primo luogo, la Costituzione spagnola come regola fondamentale che deve guidare il resto del sistema giuridico; in secondo luogo, la legislazione civile dei segreti aziendali, promotore del regolamento penale, come punto di riferimento per la configurazione del bene giuridico protetto; e, in terzo luogo, i diritti contro la proprietà industriale, come realtà legata strettamente ai segreti aziendali.

### IV

La **Costituzione spagnola** fornisce una base fondata su valori e principi che sostengono gli interessi giuridici tutelati dal Diritto penale. Tra di loro esiste un quadro normativo complesso, che è stato nominato con l'espressione "costituzione economica", dove si inquadrano le libertà e i principi che guidano l'ordine economico. In questo quadro abbiamo concluso che possono essere già trovati alcuni dei fondamenti in cui si pone l'ancoraggio costituzionale del bene giuridico protetto nei reati in materia di segreti aziendali. Dunque, in primo luogo, l'articolo 38 della Costituzione riconosce la *libertà di impresa* all'interno dell'economia di mercato, come principio che assume un ruolo dominante su gli altri. L'esercizio di tale libertà sta nell'iniziare e mantenere un'attività imprenditoriale, ma non può essere inteso senza limiti, giacché si devono sempre rispettare le norme sulla concorrenza, che limitano e proteggono allo stesso tempo questa libertà. In secondo luogo, l'articolo 20.1.b) costituisce uno dei precetti che fa parte della

configurazione della libertà di impresa, riconoscendo il *diritto alla produzione e creazione letteraria, artistica, scientifica e tecnica*. La libertà di creazione e produzione, che trova supporto in questo articolo della Costituzione spagnola, si traduce nel capitale intellettuale aziendale, parte indispensabile dell'esercizio della libertà di impresa. E, in terzo luogo, l'articolo 33 riconosce il *diritto alla proprietà privata*, come insieme di poteri individuali sulle cose. Questo diritto, come quello sopra, è anche una condizione implicita per l'esercizio della libertà di impresa. Tuttavia, anche se l'oggetto di proprietà di solito viene dato da cose materiali, non esiste alcun ostacolo per ammettere che i beni immateriali possono anche essere oggetto di proprietà, come avviene in modo ampiamente riconosciuto con i diritti di proprietà industriale e, come abbiamo cercato di dimostrare, per quanto riguarda al segreto aziendale.

## V

**Il quadro legislativo civile di protezione di segreti aziendali**, costituito dal regolamento sulla concorrenza sleale, è la seconda fonte a cui abbiamo ricorso per la concrezione del bene tutelato, poichè questa è l'ambito dove deve collocarsi. La lealtà nella sfera concorrenziale è un aspetto essenziale del corretto esercizio della libertà di impresa da parte dei soggetti che agiscono nel corso del commercio. Perciò, la protezione di quella lealtà limita la detta libertà quando si superano le regole minime essenziali per il suo esercizio in condizioni di parità dagli operatori del mercato. Poiché l'attuale è un modello concorrenziale sociale, questo è costruito intorno ad un triangolo di oggetti di protezione che copre non solo gli interessi individuali dei concorrenti, ma anche quelli collettivi dei consumatori e anche il funzionamento stesso del mercato nel suo complesso. In questo contesto, la Legge sulla Concorrenza Sleale nell'articolo 2.1 punisce atti che si svolgono nel mercato e ai fini della concorrenza. Solo attraverso l'adempimento di queste esigenze possono essere soddisfatti i fini della protezione di detto modello. Tuttavia, un'eccezione a questi requisiti è proprio la regolamentazione civile di atti sleali contro segreti aziendali, che sono gli unici di tale legge che escludono la sua applicazione (articolo 13.3). Di conseguenza si deriva che la tutela dei segreti aziendali nella legislazione commerciale non risponde ad un modello sociale della concorrenza, ma a uno professionale, precedentemente in vigore, che proteggeva solo i singoli interessi del datore di lavoro. Così, abbiamo concluso che la regolazione civile offre un più ampio ambito di protezione rispetto a quella prevista per il resto degli atti sleali estendendo la

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

loro sanzione al di là dei limiti imposti dalla legge stessa, proteggendo così il segreto come dominio del suo titolare.

## VI

Una terza via di fondamentazione dell'oggetto di tutela, e forse la più importante, ha come punto di riferimento l'idea che **i diritti di proprietà industriale sono strettamente collegati ai segreti aziendali**. La vicinanza tra i due istituti giuridici si verifica nella ricerca a partire da i seguenti aspetti. In primo luogo, da un lato, entrambi condividono la qualità di essere beni immateriali, per la loro natura incorporea che li rende illimitatamente ripetibile e suscettibili di essere posseduti in modo contemporaneo; e, da un altro lato, abbiamo concluso che entrambi servono a promuovere il progresso e l'innovazione, poiché alcuni facendoli di pubblica conoscenza altri conservando la loro riservatezza, incoraggiano la creatività in modo diverso. In secondo luogo, questa conclusione è anche dedotta da strumenti giuridici internazionali che hanno affrontato congiuntamente il regime di entrambe le istituzioni, in particolare la recente Direttiva (UE) 2016/943, che concede un valore simile a entrambi. In terzo luogo, il bene giuridico stesso dei reati contro la proprietà industriale ci assiste nella ricerca di quello relativo allo spionaggio aziendale mettendo l'accento sul concetto di *esclusività*. In particolare, i reati rivolti ai brevetti, modelli di utilità, disegni e modelli industriali e segni distintivi come i marchi e nomi commerciali, tutelano il diritto di uso o di sfruttamento esclusivi di tali beni immateriali. E, in quarto luogo, abbiamo analizzato l'insieme di parità e disparità che tra di loro questi istituti presentano, da dove possiamo concludere che in effetto entrambi sono molto vicini, giacché condividono un vasto numero di caratteristiche, ma anche alcune differenze, la più significativa quella relativa allo strumento di protezione che ciascuno richiede. Da un lato, i diritti di proprietà industriale nascono dalla sua registrazione che gli rende pubblici, per quanto è necessario l'adempimento dei requisiti stabiliti e il pagamento di una spesa prevista dalla legge, dando così luogo all'ottenimento di un diritto di monopolio o esclusività, limitato ad un territorio e un termine fisso, ma che concede al suo titolare una solida protezione. D'altra parte, i segreti aziendali emergono dalla zona produttiva e commerciale di una società, con requisiti meno esigenti, ma per la loro esistenza, il titolare deve adottare misure per proteggere la loro riservatezza, che cambiano a seconda di diversi fattori, e che si tradurrà in un monopolio o esclusività di fatto, senza limiti né territoriali né temporali, ma la cui esistenza è più vulnerabile rispetto al caso precedente. Nonostante questa differenza, diritti di proprietà

417

industriale e segreti aziendali devono essere concepiti come parte del capitale intellettuale o immateriale di una società su cui questa ha l'esclusiva.

## VII

I risultati che sono stati raggiunti finora ci permettono di concludere che **il bene giuridico protetto** nel reato di spionaggio aziendale è la proprietà di beni immateriali, in questo caso i segreti aziendali, essendo il potere di usare in esclusiva il bene che ha il titolare ciò che definisce questo tipo di proprietà. Questa conclusione è basata sul fatto che i segreti aziendali, come beni immateriali e come l'esito di un'attività inventiva, intellettuale o produttiva della società, hanno un valore economico, equivalente al "valore d'uso", che è legato principalmente allo scopo di utilità che possiede tale proprietà per il suo proprietario. Questo bene è proprietà di suo legittimo titolare, sostenendo questa affermazione le cosiddette "proprietà speciali" che permettono di parlare di dominio su beni immateriali per via di analogia, rispetto alle cose materiali sulle quali normalmente ricade tale diritto, ma con alcune limitazioni. Queste si fondano nel caso della proprietà intellettuale in un intervento statale con atto amministrativo di registrazione, e in quello dei segreti, nel suo regime speciale in base al quale, se qualcuno viene a conoscere le informazioni legittimamente, non viola il rapporto che il proprietario ha con esso. Dal resto, i poteri derivati dalla proprietà dei beni immateriali, trasferendo a questo ambito le disposizioni dell'articolo 428 del Codice civile spagnolo per la proprietà intellettuale, sarebbero lo sfruttamento e la disposizione, capendo la seconda in senso ampio che comprende la prima delle condotte, come l'esercizio dei poteri di dominio. Questi poteri, quando si hanno in esclusiva, conferiscono o possono conferire un vantaggio competitivo al suo titolare.

Tutto ciò che è stato detto finora imposta l'oggetto di tutela del reato in uno di natura patrimoniale e in questa ricerca si parte da una concezione funzionale del patrimonio, che guarda alla funzionalità che rappresenta il bene protetto per il suo titolare. Si può concludere così, che per concretizzare detta funzionalità dei segreti aziendali bisogna guardare al Diritto della concorrenza, essendo utili i segreti per consentire al titolare di concorrere nel mercato per ottenere profitti, evitare perdite o impedire ad altri di raggiungere un vantaggio competitivo. Infine, risulta da quanto è stato detto che il danno patrimoniale che può derivare dal comportamento contro segreti aziendali non

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

deve produrre per forza una perdita patrimoniale in termini contabili, ma deve anche essere valutata la frustrazione dello scopo previsto, cioè, la perdita della sua funzionalità.

## VIII

La concrezione del bene giuridico protetto come proprietà di alcuni beni immateriali, come è il segreto aziendale, e l'esclusività che lo caratterizza, ci porta ad affermare che il **danno** di esso avviene con la sottrazione di un segreto aziendale, fattispecie semplice del reato di spionaggio aziendale.

## IX

Da quanto detto sopra, inoltre, si desume che la **natura giuridica** de reati contro i segreti aziendali ha **carattere individuale**, perché il soggetto direttamente offeso è l'imprenditore, titolare dell'informazione aziendale riservata. Questo viene dimostrato con particolare riguardo alla norma di cui all'articolo 287 del Codice penale spagnolo, in base alla quale il reato è perseguito su richiesta della persona offesa.

## X

Per quanto riguarda il **concetto di segreto aziendale**, questo non esiste nel campo legale o fuori di esso, ma è stato concluso che una definizione chiusa è insoddisfacente per tre ragioni. Innanzitutto, la vasta tipologia di informazioni che può integrare questo concetto; in secondo luogo, perché questa diversità è largamente dipendente sia dal tipo azienda che del settore di produzione in cui opera, in modo tale che non tutta colpisce allo stesso modo a tutte le società se la riservatezza viene violata; in terzo luogo, perché la condizione di segretezza dipenderà anche dalle misure che il titolare ne ha preso per conservare la sua riservatezza, quindi non sembra utile fare una valutazione astratta di esso. Pertanto, ne consegue che le circostanze del caso specifico svolgono un ruolo essenziale in questo tema. Tuttavia, per impostare il concetto di segreto aziendale, è necessario ricorrere ai requisiti previsti dal Diritto commerciale per mezzo dei testi internazionali come l'accordo TRIPS e la Direttiva (EU) 2016/943 e che permettono stabilire delle caratteristiche che definiscono quello che può essere un segreto aziendale. Tuttavia, nel rispetto dei principi penali di necessaria lesività o offensività, frammentarietà e sussidiarietà, è necessario limitare il concetto commerciale, segnando delle esigenze ineludibili che dovranno darse per l'intervento del Diritto penale, in relazione alla loro affezione al bene protetto.

## XI

La prima caratteristica del segreto è che esso sia costituito da **informazioni**, ma non di qualsiasi tipo, ma di **natura aziendale**. Così viene inteso sia dalla vicinanza dei segreti aziendali alla proprietà industriale, come dal fatto che la violazione di questi sia stata istituita come un illecito civile nella Legge sulla Concorrenza Sleale. A conseguenza della innumerevole casistica di informazioni di questa natura è preferibile adottare un sistema di *numerus apertus*. Tutte le informazioni a cui si farà riferimento di seguito, in ogni caso, devono soddisfare i requisiti del segreto. Questo deve essere accompagnato con il termine "aziendale", essendo il più più appropriato per comprendere le informazioni sia industriali che commerciali.

## XII

L'informazione di carattere industriale dà origine al cosiddetto **segreto industriale**, in cui è incluso tutto ciò che riguarda la produzione di beni o di servizi per il mercato, ma lasciato fuori di questo concetto quelli oggetti protetti da altri istituti. Così, abbiamo concluso che quando l'informazione rischia di diventare brevetto, modello di utilità, disegno industriale o segno distintivo, è iscritta nel registro corrispondente, viene resa pubblica e, di conseguenza, non si applica il regime di segretezza, entrando in gioco la corrispondente disposizione penale, vale a dire l'articolo 273 nei primi tre casi e 274, nel ultimo. Dallo studio di diversi tipi di segreto industriale si deduce anche che ci sono diverse ragioni che sostengono oggi la necessità di proteggere le informazioni industriali come segreto aziendale, anche se fosse in grado di soddisfare i requisiti per ottenere su di esso un diritto di proprietà industriale. In primo luogo, perché attualmente mode e tendenze hanno un carattere effimero, che li rende di vita breve per il loro bisogno di costante rinnovamento (questa nota è particolarmente presente in relazione ai disegni industriali). In secondo luogo, ormai sono sempre meno frequenti le grandi invenzioni e quello che di solito si verifica sono miglioramenti di cose che già esistono (qui svolgono un ruolo importante le pratiche manuali e le applicazioni industriali). E, in terzo luogo, data la natura eccezionale dei diritti di proprietà industriale, la maggior parte di queste informazioni trova protezione soltanto per mezzo del segreto aziendale, come il preludio di quelli diritti che hanno un grande valore per la loro realizzazione (questo accade specialmente per quanto riguarda le scoperte scientifiche -espressamente escluse ai sensi dell'art. 4.4.a) della Legge sui brevetti-, le invenzioni non suscettibili di essere brevettate

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

per mancanza di qualsiasi esigenza, le pratiche manuali, le applicazioni industriali e le prove e la ricerca). Tuttavia, è stato osservato che la presenza dei segreti industriali nei tribunali spagnoli è ampiamente superata da quelli commerciali.

### XIII

Il **segreto commerciale** è costituito da tutte le informazioni che non conformano un segreto industriale e, pertanto, quelle che riguardano lo stato e il comportamento di mercato della società. Abbiamo concluso in questa parte della ricerca che la loro importanza è, semmai, superiore a quella del caso precedente, perché attualmente molte aziende si basano soprattutto su queste informazioni e sussistono grazie alla originalità di combinare elementi già esistenti che consentono di soddisfare necessità finora coperte in un altro modo, che non può essere sempre oggetto di diritti di proprietà industriale, tranne che per quanto riguarda i segni distintivi della società. All'interno dei segreti commerciali si considerano incluse due serie di informazioni. Da un lato, quella che riguarda l'organizzazione interna della società, tra le quali si trovano gli aspetti lavorativi, piani operativi e di negozio, così come la contabilità e la situazione finanziaria. La loro inclusione tra i segreti commerciali è stata discussa dalla dottrina e non tanto dalla giurisprudenza, ma qui abbiamo concluso che il suo valore per la messa in opera di una azienda, come valore d'uso, è indiscutibile. D'altra parte, il segreto commerciale comprende anche informazioni relative alla propria attività commerciale, all'interno della quale si trova come bene immateriale di carattere più pregiato, la lista dei clienti.

La presunta violazione delle liste dei clienti da parte dei dipendenti stessi è il caso più frequente nella giurisprudenza spagnola. Tuttavia, dall'importanza di questo bene e dalla sua maggiore presenza nei nostri tribunali non viene detratta la necessità di una protezione senza limiti di questo tipo di segreto commerciale, ma piuttosto il contrario. Così, si conclude in questo punto che bisogna prendere più grandi cautele per considerare lista dei clienti come segreto aziendale di fronte ad altre informazioni commerciali, prendendo in considerazione il principio di libertà di impresa, poiché soprattutto quelle pongono un problema comune su queste informazioni.

Questo problema, che è stato studiato nella giurisprudenza commerciale e penale, solleva un dilemma: se l'informazione costituisce un segreto commerciale oppure se essa fa parte dell'esperienza dei dipendenti nel loro campo professionale. In *materia commerciale* si è risolto facendo una ponderazione di diritti costituzionalmente protetti,

tra quelli relativi al datore di lavoro (diritto di proprietà e libertà di impresa) e coloro che riguardano il dipendente (libera scelta della professione e libertà di impresa), generalmente risolto a favore di quest'ultimo. In questo modo, abbiamo giunto alla conclusione che la giurisprudenza commerciale adotta tre possibili soluzioni: in primo luogo, i casi in cui tale ponderazione opta per i diritti del lavoratore per il fatto che l'informazione fa parte del suo bagaglio professionale; in secondo luogo, i casi in cui opta per il datore di lavoro, ma le informazioni non soddisfano i requisiti che definiscono il segreto commerciale e quindi puniti come sfruttamento di sforzo altrui con conseguente comportamento contrario alla buona fede commerciale dell'articolo 4.1. de la Legge sulla Concorrenza Sleale; e, in terzo luogo, i casi in cui questi casi si risolvono a favore del datore di lavoro e l'informazione risponde a questi requisiti, quindi saremmo davanti l'illecito civile dell'articolo 13.1 di quella Legge. Abbiamo inoltre concluso che solo alcuni di questi ultimi casi sono quelli che potrebbero portare ad una condanna penale, al fine di rispettare il principio di sussidiarietà. In *materia penale* la questione solleva lo stesso dilemma che nei casi civili, facendo riferimento a questa giurisdizione e conducendo spesso ad archivi e assoluzioni per il fatto che la lista dei clienti fa parte del bagaglio o l'esperienza professionale del dipendente. Tuttavia, nello studio della giurisprudenza penale si sono individuati una serie di criteri per la costruzione di un giudizio di valutazione oggettiva per la risoluzione di queste ipotesi, e sono i seguenti: in primo luogo, il percorso di carriera perché dove c'è un rapporto di lavoro duraturo e continuato nell'azienda o l'accreditamento di esperienza in un settore particolare, si ritiene che l'informazione fa parte di solito del bagaglio professionale. In caso contrario, questo sarebbe un caso di violazione di segreti; in secondo luogo, molto importante è la posizione tenuta, perché se un lavoratore accede a determinate informazioni, che utilizza più tardi, solo a causa della posizione detenuta nella società, allora stiamo parlando di uno sfruttamento della esperienza professionale; e, in terzo luogo, l'esistenza di un rapporto diretto e personale con i clienti significa di solito anche che l'informazione fa parte del bagaglio professionale del soggetto.

Rispetto ad altre informazioni aziendali quando questo problema si pone, abbiamo giunto alla conclusione che è necessaria una valutazione del caso specifico per determinare quando non è possibile eliminare le informazioni acquisite dal processo di apprendimento naturale, per cui bisogna guardare il settore concreto di mercato, il lavoro svolto dal soggetto e le informazioni in questione.



#### XIV

La **natura riservata** delle informazioni è il presupposto di base che deve darsi per l'esistenza di un segreto aziendale. Perché ciò avvenga, abbiamo concluso che l'informazione deve passare una prova o giudizio di determinazione di detta natura basato su un doppio filtro, che soddisfa i requisiti stabiliti negli strumenti internazionali. In primo luogo, l'informazione non deve essere *generalmente nota da persone appartenenti ai cerchi in cui essa si usa solitamente*. Per quanto riguarda questo requisito è stato concluso che, dal momento che il segreto ha carattere relativo (e quindi devono esistere una o più persone che lo conoscono contro una o più che non lo fanno), per fissare ciò che si intende per "generalmente" in un campo specifico, si va subito a un criterio misto che serve sia il numero di soggetti sia alla condizione di essi, ma prevalentemente qualitativo, cioè, che riguardi alla qualità dei concorrenti, reali o potenziali, che hanno accesso alle informazioni classificate. E, in secondo luogo, *che non sia facilmente accessibile o raggiungibile da queste persone*. Questo secondo aspetto del giudizio di valore va oltre la mera disponibilità delle informazioni nei mezzi pubblici, che sono a disposizione di chiunque. Così, ne consegue che devendo essere tale facile accesso per coloro che sono coinvolti in un settore particolare, si tratta di un criterio qualitativo che dovrà considerare i possibili investimenti da effettuare da parte di quelle persone per raggiungerla, e che saranno soggetti alle circostanze del caso.

#### XV

La natura riservata o segreta delle informazioni deve essere data dalla **volontà del titolare** di esse. Questo aspetto è richiesto anche da testi internazionali, che esigono che le informazioni siano state oggetto di misure ragionevoli date le circostanze, per mantenerle in segreto da chi esercita legalmente il suo controllo. L'esigenza di questo requisito rende chiaro che non solo deve darsi una volontà, ma che questa deve essere realizzata attraverso **l'adozione di misure**, che costituiscono l'elemento di differenziazione in materia di diritti di proprietà industriale e che danno al proprietario il suo godimento in esclusività. Da tutto ciò si è concluso che l'idea di auto-protezione della vittima ha un ruolo importante qui, poichè nei casi in cui non ci sono misure, il soggetto non può invocare una protezione penale, dato che c'è una assenza di oggetto da tutelare. Tuttavia, nonostante la rilevanza di queste misure, una delle conclusioni tratte in relazione a questo problema è che la giurisprudenza non ha sempre preso in considerazione il ruolo

di esse, e che ha adottato decisioni di condanna in casi in cui esse non esistevano. In questa linea si trova un settore importante della giurisprudenza, che sembra difendere ancora la vecchia teoria della volontà interna e che definisce i segreti aziendali a partire da quattro note, che sono la riservatezza, l'esclusività, il valore economico e la liceità, ovviando ogni riferimento all'adozione di misure. Per quanto riguarda i tipi di misure, queste possono essere di natura giuridica o tecnica e devono darsi per mezzo di una dimostrazione esplicita o implicita, ma ciò che è veramente importante è che siano ragionevoli. È nel concetto di **ragionevolezza** di dove possono essere tratte alcuni importanti conclusioni per fornire al giudice con una batteria di criteri che servano a valutare le circostanze del caso. Da un *prisma obiettivo* viene dedotto, in primo luogo, che si ritengono escluse di tale processo le misure impraticabili, in modo che sono sufficienti quelle per rendere difficile l'accesso; e, in secondo luogo, è necessario affrontare determinate circostanze indiziarie che permettono concludere che il soggetto normalmente agisce con diligenza per proteggere i dati, come ad esempio l'adozione di misure di sicurezza generali. Da un *prisma soggettivo*, si conclude che ogni datore di lavoro deve prendere precauzioni in considerazione ad alcuni fattori che sono legati alla sua attività aziendale e che il giudice dovrebbe anche prendere in considerazione e sono: in primo luogo, la natura delle informazioni; in secondo luogo, il suo valore; in terzo luogo, gli standard di sicurezza della loro industria; e, in quarto luogo, la disponibilità delle misure di sicurezza necessarie, cioè la reale possibilità che l'azienda in questione possa adottarle.

## XVI

Il desiderio di mantenere l'informazione riservata non è sufficiente per costituire un segreto aziendale, perciò, è necessario il concorso di un **interesse oggettivo** su esso. In base a questo requisito, anche richiesto dai testi internazionali, si sono dedotte delle note che lo limitano: in primo luogo, esso deve consistere in un vantaggio con impatto economico sulla capacità competitiva della società; in secondo luogo, che perciò si deve considerare il suo valore d'uso, cioè, il valore che abbia in relazione alla società in questione interessata, secondo il concetto funzionale del patrimonio da cui si parte; in terzo luogo, che l'oggetto delle informazioni, pur avendo valore economico, deve avere carattere lecito per poter configurare un segreto aziendale; in quarto luogo, che è irrilevante se il suo valore è basso o non fornisce un vantaggio concorrenziale diretto, che deve colpire sempre l'attività aziendale, in modo tale che le informazioni che, pur avendo

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

natura economica non sia legata a tale attività, si ritiene esclusa; e, in quinto luogo, che per essere considerato un segreto aziendale, non è necessario che l'informazione sia stata oggetto di una invenzione, potendo essere stata ottenuta per caso o fortuitamente. Il problema di questo requisito è la sua quantificazione perché, essendo concretizzato il valore di tale segreto, è possibile determinare successivamente il danno di un atteggiamento improprio contro esso. Tuttavia, dal momento che l'impatto di queste azioni spesso non avvengono immediatamente, potrebbe non rivelarsi sempre il relazione di causalità tra la condotta tipica e l'evento dannoso cagionato, e si deve sempre fare attenzione ai criteri di imputazione oggettiva. Forse questi problemi hanno portato a trascurare l'interesse oggettivo del segreto aziendale, nonostante gli sforzi dottrinali di includerlo tra i requisiti che lo definiscono, poiché esso non ha mai permeato nella nostra giurisprudenza. Così, mentre si è spesso discusso sulle prime due condizioni del segreto, la presenza di un interesse oggettivo è stata spesso assunta quando ci sono misure di protezione e su esso solo si trovano riferimenti indiretti, senza essere messo in discussione in qualsiasi risoluzione.

## XVII

Per quanto riguarda ai **soggetti attivi del reato**, lo spionaggio aziendale è un reato comune, non presentando caratteristiche particolari in questo settore, per cui potrebbe essere l'autore di esso qualsiasi persona che non abbia avuto un accesso legittimo alle informazioni aziendali riservate, in quanto questo è il presupposto base di questo reato. Tuttavia, questo non impedisce che i dipendenti della società proprietaria del segreto possano commettere questa fattispecie, poiché non tutti hanno accesso lecito a tutte le informazioni.

## XVIII

Dallo studio del **fatto tipico** sono state giunte varie considerazioni. Il legislatore penale ha deciso di spostare praticamente in modo invariato la fattispecie semplice di reati contro la privacy allo spionaggio industriale, portando a molte incongruenze. La prima deriva dal modo in cui è stata configurata la fattispecie, che permette che il condotta tipica sia oggetto di una doppia interpretazione, nessuna di loro pienamente soddisfacente. Una prima interpretazione rimane ancora legata alla natura materiale della proprietà, per cui si è constatato che l'opzione interpretativa più coerente con il bene giuridico protetto così come con il concetto di segreto aziendale assunto, è quella che concepisce il fatto tipico

di sottrazione in un **senso immateriale**. Ciò rappresenta l'abbandono del suo concetto classico, legato ai beni materiali, per spiritualizzarlo e poter comprendere comportamenti come la cattura intellettuale delle informazioni.

## XIX

Riconoscendo che il concetto di sottrazione adottato possa essere eccessivamente ampio, abbiamo concluso che è necessario stabilire certi **limiti** per questa estesa interpretazione. Questi sono stati dettratti da due punti cardinali del reato di spionaggio aziendale. Il primo limite può trovarsi nel *bene giuridico protetto*. Come reato di natura patrimoniale deviene obbligatorio ricorrere ai mezzi che offrono questi reati al fine di evitare qualsiasi accesso non autorizzato di terzi sulla proprietà altrui. Il principio di frammentarietà del Diritto penale permette di respingere il suo intervento quando gli attacchi alla proprietà materiale non sono i più gravi, per cui esso dovrebbe essere spostato ai beni di natura immateriale. In questo contesto il concetto di segreto aziendale che circonda l'idea di misure di protezione per la sua esistenza diventa fondamentale, richiamando l'idea di esclusività che comporta certo diritto di esclusione. Un secondo limite è possibile trovarlo nella *redazione della fattispecie* stessa, sia da un punto di vista obiettivo, come soggettivo. Da un lato, la fattispecie punisce a *chiunque sottrae per qualsiasi mezzo* certi oggetti, materiali e immateriali, che contengono il segreto aziendale. Da questa previsione è stato dedotto che la clausola "per qualsiasi mezzo" non può essere intesa scollegatamente alla sottrazione, perché si considera che il legislatore ha scelto questo verbo tipico, e nessun altro più neutrale, per chiarire il rapporto con i reati contro il patrimonio di sottrazione. Questi reati, come una forma fondamentale di tutela penale dei diritti di proprietà, suppongono un accesso non autorizzato in uno spazio altrui. E in questi termini in cui possono collegarsi i reati contro il patrimonio di sottrazione ai mezzi impiegati per accedere alle informazioni contenute in sistemi informatici come aree pari di esclusione di terzi non autorizzati. Entrambi le ipotesi costituiscono modi simili per eludere le barriere imposte per proteggere quei beni, che portano ad un accesso illegale da parte di persone non autorizzate. D'altra parte, *l'elemento soggettivo* previsto nella fattispecie che richiede la commissione del fatto tipico *alla scoperta di un segreto aziendale*, anche delimita l'interpretazione di quel fatto, ad esclusione di qualsiasi sottrazione che abbia luogo senza la sua concorrenza e soddisfacendo così funzione delimitatrice con altri reati.

## XX

È stato identificato come **presupposto tipico** dello spionaggio aziendale l'**accesso illecito** a informazioni riservate. Tuttavia, per la concorrenza del reato, si conclude che non basta solo con tale accesso, ma che **è necessaria anche la raccolta effettiva delle informazioni**. Se non fosse così, il legislatore avrebbe impostato la fattispecie diversamente a come l'ha fatto, potendo aver tipicizzato solo l'accesso come accade in altre disposizioni del Codice.

## XXI

Sono state studiate varie **forme di sottrazione** di segreti aziendali per quanto riguarda i limiti individuati e sono stati suddivisi in quattro categorie che possono inserirsi nella fattispecie. Lo studio di queste ipotesi ha tratto le seguenti conclusioni.

In primo luogo, di solito non solleva dubbi la *sottrazione di documenti scritti, supporti informatici o altri oggetti che si riferiscono a segreti aziendali*, con conseguente commissione della fattispecie di spionaggio aziendale se commesso in modo equivalente a una delle forme previste per la violazione classica della proprietà come furto, rapina nelle due varianti, truffa o estorsione, considerando il criterio di limitazione del bene giuridico protetto. Tuttavia, restano al di fuori della tipicità, considerando anche questo limite, i casi in cui non esiste più oggetto di proprietà, non avendo le misure di sicurezza richieste, come ad esempio i casi in cui detti supporti si ottengono dalla spazzatura (*dumpster diving*).

In secondo luogo, i casi di *sottrazione senza trasloco fisico dell'oggetto e senza coinvolgimento di mezzi tecnici*. Queste sono le ipotesi più problematiche, in quanto l'azione di sottrazione avviene attraverso la memorizzazione o la riproduzione manuale delle informazioni, dopo una cattura visiva o uditiva. Come in precedenza, si richiede l'accesso illecito alle informazioni, che non lascia dubbi se si tratta di un reato di violazione di domicilio o di quello della persona giuridica o negozio aperto al pubblico. Tuttavia, nei casi in cui nessuna di queste circostanze viene data, potrebbe darsi la commissione di un reato di spionaggio aziendale nei casi in cui il soggetto non è autorizzato ad invadere alcune zone, assumendo anche un accesso illecito in modo equivalente (cercare tra i documenti, cartelle e cassette, tirare fuori i documenti dalle buste, entrare nel ufficio senza autorizzazione, nascondersi in un armadio ad ascoltare

conversazioni riservate, ecc.). In questi rimarrebbero fuori della tipicità secondo il limite stabilito dal bene giuridico protetto e dalla formulazione tipica stessa, le catture effettuate quando non c'era oggetto di tutela per la mancanza o trascuramento di misure di protezione sulla informazione per conservare la sua riservatezza (leggere qualcosa che è sul tavolo o nell' schermo del PC aperto, informazione esposta a disposizione di terzi, lo svolgimento di visite guidate senza mezzi di protezione, sentire da un altro ufficio a cui si accede legittimamente, ecc.).

In terzo luogo, sono stati identificati *ipotesi di spionaggio commesse attraverso mezzi tecnici*, tra i quali si distinguono a loro volta due vie di accesso diverse. Da un lato, in un modo diretto e personale, attraverso il sistema informatico in senso fisico. In questi casi si richiede anche un accesso non autorizzato al computer, che può consistere in una violazione delle barriere imposte dal proprietario per esso (password) o anche l'entrata ad un ormai accesso e cercare in esso in modo non autorizzato, potendo darsi comportamenti come la copia, la trasmissione di informazioni, la stampa, ecc. D'altra parte, il cosiddetto *cyberspionaggio*, che avviene telematicamente o a distanza, in modo tale che il comportamento è completamente eseguito così. Questa forma di sottrazione si rivolge sia ai dati inclusi nelle telecomunicazioni (e-mail, messaggi mobile, chat, ecc.), come quelli memorizzati nei sistemi informatici, ma che si ottiene da un attacco in materia di telecomunicazioni, come quelli effettuati tramite *trojan*, *phishing*, *rootkit* e *spyware*. L'illiceità di accesso in questi è chiara, poichè va oltre un accesso legittimo all'area di esclusione in cui si trovano i beni immateriali.

In quarto luogo, è *l'uso di dispositivi tecnici di ascolto, trasmissione, registrazione o riproduzione del suono o delle immagini*. L'uso di questi mezzi csuppone già un accesso illegale e l'ingresso pertanto illegittimo nella zona di esclusione del proprietario del segreto. La natura surrettizia dei mezzi impiegati sta nel loro occultamento, perché se fossero utilizzati con il consenso del titolare del segreto, il fatto sarebbe atipico. Tuttavia, non rientrano nella tipicità se consideriamo il criterio di limitazione del bene giuridico, quelli casi in cui non si sono prese misure per proteggere le informazioni e, di conseguenza, tali dispositivi vengono utilizzati in modo non nascosto.

## XXII

Dopo aver studiato le diverse forme di sottrazione, tra le quali alcune cadono sul lato della tipicità e altre fuori sotto dei limiti imposti dal bene giuridico protetto e la redazione

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

stessa della fattispecie, ci sono alcune *ipotesi in cui la raccolta o cattura di informazioni è lecita*, come accade nel caso dell'ingegneria inversa, indagini indipendenti, scoperte per caso e competitive intelligence. Quest'ultima, di bassa ricezione ancora in Spagna, è un metodo di ricerca e analisi leciti delle informazioni utili in termini competitivi per trarne vantaggio di essa per le imprese e migliorare la propria posizione nel mercato. Concludiamo qui che l'esistenza di questa nuova realtà è una ragione in più per gli imprenditori per proteggere in modo adeguato le informazioni riservate.

### XXIII

Insieme alle forme di sottrazione abbiamo concluso che per considerare che questa avviene effettivamente è necessario che esista un risultato tipico, cioè, **l'incorporazione del segreto aziendale alla sfera di controllo del soggetto attivo**, rendendo lo spionaggio aziendale in un reato di evento nel quale sono possibili forme imperfette di esecuzione. Inoltre, considerando il bene giuridico protetto si è concluso che un tale risultato è la vera lesione del bene giuridico, in quanto data la natura immateriale del bene, il potere di sfruttare in modo esclusivo che la proprietà su di esso conferisce viene distrutta quando si sottrae in modo illecito da parte di terzi, che già condividerebbero il segreto con il suo legittimo proprietario.

### XXIV

Dall'analisi dell'elemento soggettivo della fattispecie semplice dello spionaggio aziendale si conclude che ciò richiede il dolo e un dolo specifico. Il dolo sarebbe la consapevolezza e volontà di sottrarre le informazioni aziendali riservate altrui, alle quali ha illegittimamente accesso, mettendola sotto il suo potere. Il dolo specifico è stato oggetto di varie interpretazioni da parte della dottrina e giurisprudenza. Tuttavia, si è concluso che quella che meglio permette di svolgere le varie funzioni che esso soddisfa nella fattispecie è quella che interpreta l'espressione "per scoprire un segreto aziendale" come lo scopo di conoscerlo. Ciò nonostante, si deve intendere non solo come un animo proprio di conoscere, ma anche come portare a conoscenza di altri e non in senso superficiale o formale, ma materiale, cioè, come comprendere il suo significato o dipanare il suo contenuto. Solo intesa in questi termini esso sarebbe un elemento utile nel suo ruolo di limitare l'immaterialità alla che porta l'interpretazione del fatto tipico. Infine, si è concluso anche per quanto riguarda la prova della struttura soggettiva, che in questo contesto giocano un ruolo cruciale gli indizi.

## XXV

Dopo aver studiato la fattispecie semplice dello spionaggio aziendale si ha cercato di fare una **proposta di miglioramento**. Da un lato, l'elemento oggettivo della fattispecie che prevede limiti all'eccessiva ampiezza che presente il fatto tipico e che è dato dal rapporto della clausola allusiva a "qualsiasi mezzo" con la sottrazione, anche se proviene da una ricostruzione razionale della fattispecie in via interpretativa, non appare vistosamente dal suo testo. Per questo motivo si è conclusa la necessità di introdurre *de lege ferenda* una azione tipica di carattere più neutro, accompagnato da un elemento oggettivo che lo limiti, e che riguarderebbe l'assenza di consenso o autorizzazione del titolare del segreto, come accade in altri reati del Codice della stessa natura. D'altra parte, per quanto riguarda l'elemento soggettivo della fattispecie, si è valutata la possibilità della sua modifica, considerando quelli che si prevedono nei reati contro la proprietà industriale e quelli che stabilisce la regolazione commerciale del reato. Tuttavia, si è concluso che *de lata lege* l'elemento previsto è quello che in modo migliore soddisfa le prestazioni di questo elemento per l'interpretazione della fattispecie, se intesa nel senso suddetto.

## XXVI

Il **soggetto attivo della fattispecie aggravata** di divulgazione di segreti aziendali dell'articolo 278.2 CP è lo stesso che ha sottratto il segreto preso in precedenza. Tuttavia, si è concluso che sarebbe stato più appropriato che il legislatore avesse fatto riferimento ai segreti ottenuti e non ai "segreti scoperti", dal momento che tutto ciò che il soggetto deve conoscere è la qualità di segreto aziendale delle informazioni che trasmette ma non di conoscerle o capirle.

## XXVII

In vista dell'interpretazione delle **azioni tipiche** scelti dal legislatore penale per impostare la fattispecie aggravata dello spionaggio industriale, dovremmo forse sottolineare che la differenza tra di loro sarebbe che la diffusione richiede una comunicazione diretta ad un gran numero di destinatari, ciò che non deve accedere per forza nella rivelazione e la cessione. Così, si potrebbe concludere che, in realtà, mentre tutta diffusione è una rivelazione o cessione, non si può dire lo stesso in senso inverso. Cioè, la diffusione non è altro che una rivelazione o cessione ad un ampio numero di destinatari. È chiaro, secondo me, che l'uso dei tre verbi è ripetitivo e sarebbe bastato



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

usare uno, perché in ogni caso è evidente che il numero di persone a chi il segreto si comunica è irrilevante ai fini della commissione del reato dell'articolo 278.2 CP, per cui si opta per l'interpretazione che li considera come termini equivalenti.

Quindi, possiamo concludere che ci possono essere due tipi di effetti sul tipo aggravato della rivelazione. Da un lato, degli *effetti formali* che possono portare sia alla notorietà di informazioni che alla perdita definitiva della sua segretezza se la divulgazione è effettuata ad una pluralità di persone oppure, senza diventare notorie, le informazioni possono anche perdere il valore che avevano anche se si rivela ad un singolo soggetto. D'altronde, degli *effetti materiali*, che sono quelli che vogliono evitarsi con la punizione della rivelazione e quelli che non esigono che l'informazione diventi notoria, che si trovano proprio nella perdita di valore delle informazioni, per cui può essere sufficiente la divulgazione ad un unico soggetto.

Inoltre, si è concluso che tale divulgazione non ha alcuna restrizione per quanto riguarda ai **mezzi di commissione**. Ciò nonostante, si è constatato che questo non ci deve portare a considerare punibile qualsiasi divulgazione, poichè deve restare al di fuori della portata della fattispecie quelli casi che non superano la barriera imposta dal criterio della rilevanza oggettiva.

## XXVIII

Come nella fattispecie semplice, anche l'aggravata costituisce un **reato di evento**, in modo che si esige la concorenza di un risultato tipico, consistente nell'incorporazione del segreto aziendale alla zona di dominio del recettore di esso, senza richiedere che disponga, comprenda o esegua qualsiasi altra azione sul segreto, né che da quella comunicazione si derivi un danno al suo proprietario. Se ciò dovesse accadere sarebbe responsabilità civile *ex delicto*. Anche la fattispecie aggravata di diffusione, rivelazione o cessione di segreti aziendali costituisce è un **reato di danno**, con conseguente **approfondimento o intensificazione** di esso per causa della perdita di controllo dal soggetto attivo della sottrazione aver comunicato il segreto. In questa intensificazione, che costituisce un incremento di disvalore dell'evento, si trova il fondamento del aggravamento.

## XXIX

Per quanto riguarda l'elemento **sogettivo** della fattispecie aggravata di divulgazione di segreti aziendali, questo non richiede un ulteriore dolo specifico insieme al dolo, che implica la consapevolezza e la volontà di comunicare il segreto aziendale ottenuto illegalmente a un terzo che non lo conosce.

### XXX

Essendo la fattispecie aggravata un reato di evento, è possibile eseguire **forme imperfette di esecuzione** della condotta tipica, sia nel tentativo compiuto o incompiuto. Tuttavia, l'applicazione dei criteri generali di determinazione della pena in questi casi comporta alcuni problemi penologici derivanti dalla elevata sanzione della fattispecie semplice, che provoca la diminuzione della pena prevista per la fattispecie aggravata ad un livello inferiore a quella. Con riguardo a questo problema, si è concluso che la soluzione migliore è applicare le norme dell'articolo 62 CP diminuendo la pena di un grado e dallo stesso tempo fissando la pena nel suo livello massimo di poco superiore al minimo di pena previsto per la fattispecie semplice che generalmente trova applicazione. Questo sembrerebbe di essere la più soddisfacente soluzione *di lege lata*, dato che entrambi i tipi di sanzioni si sovrappongono.

### XXXI

Abbiamo inoltre concluso per quanto riguarda alla fattispecie aggravata che **non siamo davanti ad un reato plurisoggettivo**, dato che anche se è vero che la presenza di un terzo è richiesta per la consumazione della fattispecie, non può essere considerato in questo senso per due motivi. In primo luogo, il suo intervento nel fatto tipico costituisce un contributo generalmente passivo in esso, impedendo la sua inclusione in questa categoria di reati. In secondo luogo, questa richiede anche che il terzo faccia il suo contributo dopo un accordo preliminare con il soggetto attivo, che neanche si verifica sempre in questo reato. Quindi, devono applicarsi a questo reato le regole generali di concorso di persone.

### XXXII

Si è dedicata una parte di questo lavoro allo studio dell'assenza del **comportamento di utilizzo di segreti aziendali** nel reato di spionaggio aziendale dell'articolo 278 CP, data la sua presenza in altre fattispecie relative a segreti aziendali, nella sua regolamentazione commerciale, nella Direttiva (EU) 2016/943, così come in

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

altri ordinamenti giuridici. Da questo studio abbiamo tratto le conclusioni successive. In primo luogo, che l'«utilizzo» dovrebbe essere inteso come sinonimo di sfruttamento, ma sia in senso attivo che omissivo, entrambi con particolare impatto nel campo delle invenzioni ancora non brevettate. In secondo luogo, che tale comportamento costituisce l'esaurimento del reato di spionaggio aziendale, poichè il bene giuridico protetto, che sarebbe la proprietà immateriale del segreto aziendale, già sarebbe stato danneggiato con la sottrazione. Tuttavia, lo sfruttamento del segreto intensificherebbe il detto danno, dato che la funzionalità del segreto bisogna essere collegata alla attività concorrenziale dell'azienda nel mercato, in modo tale che quel comportamento approfondisce nel danno già causato. In terzo luogo, ne consegue che la causa lacuna normativa che risulta dall'assenza di criminalizzazione di questo comportamento si trova nella tecnica legislativa discutibile utilizzata nella caratterizzazione di questo reato che è partita dalla traslazione acritica delle fattispecie relative alla privacy, dove la uso di informazioni ha un senso secondario con rispetto alla condotta di rivelazione. In quarto luogo, che questa lacuna non è rimediabile *de lata lege* perché tale comportamento è previsto in altre fattispecie relative a segreti aziendali nelle quali la persona non accede ad essi in modo illecito, quindi la sua applicazione ai casi di spionaggio aziendale sarebbe contraria al principio di legalità. Questo ci porta a considerare indispensabile la inclusione di questo comportamento nel reato *de lege ferenda*.

### XXXIII

Le **conseguenze penologiche del reato** di spionaggio aziendale sono considerate da criticare, sia nella fattispecie semplice come in quella aggravata. Per quanto riguarda il primo paragrafo, la pena si ritiene sproporzionata per essere troppo alta, ciò che porta a vari problemi, sia rispetto alle forme imperfette di esecuzione della fattispecie aggravata, come rispetto ad altri reati della stessa natura, specialmente nel concorso con la sottrazione di supporti informatici. D'altra parte, l'introduzione di una distinzione penologica seconda che il mezzo per ottenere il segreto sia fisica oppure tecnica, non si ritiene necessaria perché questi ultimi sono attualmente la regola. Come risultato dell'elevata pena del primo comma, quella del secondo, che è determinata da quello precedente, si ritiene anche elevata, e quindi il giudice deve adattare la pena concreta alla diversa intensità della lesione derivata dalla divulgazione. Le eccessive pene imposte sono ancora il risultato del trasferimento acritico delle fattispecie previste nei reati relativi alla privacy, con l'aumentare del loro limite minimo di pena.

**XXXIV**

La **clausola di concorso** stabilita nel terzo comma dell'articolo 278 CP si ritiene, come considera la maggior parte della dottrina, inutile e fastidiosa, soprattutto in riguardo al reato di sottrazione di supporti informatici, poichè se fosse applicato un concorso di reati tra quest'ultimo e lo spionaggio aziendale, si arriverebbe a soluzioni penologiche insoddisfacenti per eccessive. Inoltre, è stato trovato nella pratica giurisprudenziale per entrambi i reati, sia quelli espressamente previsti in questa clausola come per coloro che non lo sono, che si applicano le regole per la determinazione della pena nel concorso di reati. Per queste ragioni, sosteniamo la sua soppressione *de lege ferenda*.

**XXXV**

Speciali implicazioni ha lo spionaggio aziendale in **relazione ai reati di danni**, sia quelli generici che quelli informatici. L'assenza di menzione espressa in tale clausola di concorso alla distruzione dei dati ha reso necessario l'approfondimento in questo problema. Dallo studio di questo si sono tratte le conclusioni successive.

In primo luogo, che questi due reati costituiscono un attacco contro la proprietà dei beni immateriali in diversi modi, poichè avendo come oggetto l'informazione, la sua sicurezza può essere danneggiata nei suoi diversi aspetti: la riservatezza, nel caso di spionaggio; l'integrità e la disponibilità, nel caso dei danni.

In secondo luogo, dallo studio delle varie modalità che presentano i reati di danni, è stato dedotto che anche qui bisogna prendere come punto di riferimento la concezione funzionale del patrimonio. Da un lato, nel caso dei danni generici dell'articolo 263 CP, il valore economico menzionato nella fattispecie deve considerare il valore di utilizzo delle informazioni contenute nel supporto materiale oggetto della condotta, e non solo a quest'ultimo. Da un altro lato, in relazione ai danni informatici degli articoli 264 e 264 bis CP, la concezione funzionale gioca un ruolo importante nel determinare la gravità del risultato che richiede la fattispecie, che deve anche tener conto non solo dei casi in cui i dati sono recuperabili, ma anche quelli in cui il recupero è costoso o dannoso per l'azienda data la sua durata oppure le sue condizioni.

In terzo luogo, dallo studio della possibile casistica tra i casi di danni e quelli di spionaggio sono stati rilevati casi che possono portare ad uno solo di questi reati oppure altri ai due insieme. Il punto di partenza si trova in un atto di sottrazione o di accesso

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

precedente che deve avvenire sul segreto aziendale come presupposto necessario del reato di spionaggio. Tuttavia, il fatto che l'atto abbia avuto luogo, non significa che siamo di fronte a questo ultimo reato, giocando un ruolo cruciale per delimitare le costellazioni di casi che possono accadere il dolo specifico dello spionaggio contro il dolo dei reati di danni. Così, la sottrazione di un segreto aziendale con l'intenzione di interpretare il suo contenuto, scoprendolo e lasciandolo stare con lui per poter disporre di esso in futuro, porterebbe alla condotta di spionaggio aziendale; mentre che tale sottrazione, commessa con l'intenzione di distruggere la proprietà del titolare del segreto attraverso la sua distruzione, l'invalidità o la diminuzione deliberata, per il semplice piacere di danno e senza perseguire alcun uso, costituirebbe un reato di danni. Quello che succede qui, e dove si trova il problema speciale è che entrambe le intenzioni sono compatibili in questo caso, data la natura immateriale del bene oggetto di proprietà. Così, da un lato, i casi che si esauriscono esclusivamente in un reato di danni sono quelli in cui un soggetto sottrae il supporto su cui l'informazione è contenuta o accede in modo illegittimo ad esso, ma invece di appropriarsi di esso o copiarlo per la sua scoperta, lo distrugge o lo altera. D'altra parte, ci sono alcuni casi in cui, anche distruggendo l'unica copia esistente che il soggetto ha ottenuto in modo illecito, rientrano nell'ambito di disvalore del reato dello spionaggio aziendale, dato che non si può sperare dal autore di questo reato di restituire il supporto, tranne quando è chiaro che ha cercato di distruggere tutte le copie esistenti, nel qual caso si può stimare che accade un concorso di norme per consunzione in favore del reato di spionaggio aziendale. Infine, ci sono casi in cui esiste una doppia intenzione di scoprire e distruggere, in cui si è concluso che, basandoci sulla teoria dell'unitarietà dell'azione, può darsi sia un *concorso apparente* di reati quando, mentre si copiano i dati, si procede allo stesso tempo alla loro cancellazione o modifica; oppure un *concorso materiale*, in quei casi in cui, aggiunta alla riproduzione di informazioni con qualsiasi mezzo, viene installato posteriormente un programma che le distrugge o le altera, si invia in modo telematico un trojan con quel scopo, è ostacolato o interrotto il funzionamento del sistema o in quelli in cui, oltre la realizzazzione di dette condotte, viene negoziato con un terzo la trasmissione delle vie illegittime di accesso, comunicando così ad altri i segreti aziendali.

## CONCLUSIONI GENERALI

## I

I segreti aziendali hanno una grande vicinanza ai diritti di proprietà industriale per le molte caratteristiche comuni che presentano, ma soprattutto, perché entrambi danno al loro titolare, in misura diversa, l'esclusività su un bene immateriale.

## II

L'immaterialità del segreto aziendale permea il ambito tipico dello spionaggio aziendale, condizionando la sua interpretazione: i) in primo luogo, essa porta alla spiritualizzazione delle condotte tipiche, che richiede un'interpretazione restrittiva attraverso i limiti offerti dal bene giuridico protetto e la propria redazione della fattispecie; ii) in secondo luogo, il dolo specifico deve essere interpretato tenendo presente questo aspetto; iii) in terzo luogo, essa colpisce anche le relazioni dei concorsi di questo reato con i danni.

## III

La configurazione data al reato da parte del legislatore conferma che cerca di proteggere la proprietà di beni immateriali e non un bene giuridico legato alla concorrenza. Tale proprietà può essere contenuta in uno spazio fisico o virtuale, quindi questa è da intendersi come una zona di esclusione di terzi dal titolare. Ciò è dimostrato dal fatto che il principale elemento che deve darsi ed essere superato siano le misure di tutela delle informazioni commerciali, garantendo così la perpetrazione di un accesso illecito. Quest'ultimo è fondamentale per distinguere lo spionaggio di altre pratiche lecite che costituiscono casi controversi, come accade con la competitive intelligence.

## IV

La tutela della concorrenza o la capacità competitiva dell'azienda richiederebbe, *de lege ferenda*, una riformulazione della fattispecie per dare maggior risalto al comportamento di sfruttamento di segreti aziendali, che attualmente non riceve protezione dal Diritto penale, tranne quella che è prevista per i dipendenti che lo sfruttano a proprio vantaggio, per cui si stabilisce una pena più bassa. Coloro che credono che il danno dello spionaggio aziendale vienedito da questo comportamento cercano, per la via dell'interpretazione, di adattare la fattispecie alla capacità concorrenziale dell'azienda

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

come bene giuridicamente protetto, ma questo non è stato l'obiettivo del legislatore, che punisce con la stessa pena a quelli che illecitamente accedono al segreto aziendale e anche a quelli che, dopo averlo fatto in modo lecito, lo trasmettono ad altri.

## V

Il legislatore ha mantenuto un attaccamento inadeguato alle fattispecie relative alla privacy, dal momento che la criminalizzazione di questo reato è stata prodotta da un trasferimento acritico di quelli. Per questo motivo, si difende una riformulazione di questo reato *de lege ferenda*. Per quanto riguarda la fattispecie semplice, da un lato, sarebbe adeguata l'introduzione di un verbo neutro accompagnata da un elemento oggettivo per delimitare la sua immaterialità, facendo presente così l'illiceità dell'accesso, e inoltre, è necessaria una riduzione punitiva richiesta in base al principio di proporzionalità delle pene. In relazione alla fattispecie aggravata, dovrebbe essere semplificata condotta tipica in un solo verbo, rivelare, ed includere l'utilizzo o sfruttamento, per la più completa protezione della proprietà sui beni immateriali, poiché tale condotta intensifica il danno su esso. La diminuzione punitiva nella fattispecie semplice darebbe luogo anche ad essa nel aggravato. Infine, dato il carattere fastidioso e inutile della clausola di concorso, si ritiene necessaria la sua eliminazione, che non impedisce in ogni caso che vengano applicate le regole di concorso di reati per la determinazione della pena.

## BIBLIOGRAFÍA





UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA



## **BIBLIOGRAFÍA**

**ABANTO VÁSQUEZ, M.:** “Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión”, en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, nº34, 2003.

**ALONSO SOTO, R.:** “Derecho de la Competencia (II)”, en MENÉNDEZ, A. / ROJO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen I, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2013.

**ALONSO UREBA, A.:** “Introducción al régimen jurídico de la competencia en el derecho español”, en SÁNCHEZ GALÁN, J. I. (Presentador) / AGÚNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (Dir.) / ALONSO UREBA, A. (Coord.): *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial*, La Ley, Madrid, 2010.

**ANARTE BORRALLO, E.:** “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al derecho penal en la sociedad de la información”, en *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*, nº1, 2001.

**ANARTE BORRALLO, E.:** “Consideraciones sobre los delitos de descubrimiento de secretos (I). En especial, el artículo 197.1 del Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 43, 2002, pp. 50-61.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C.:** “XXXI. Reformas en daños”, en QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 539-552.

**ANTOLISEI, F.:** *Manuale di Diritto penale. Parte speciale-I*, quindicesima edizione integrata e aggiornata a cura di C. F. Grosso, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

**ASCARELLI, T.:** *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, terza edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1960.

**ASÚA BATARRITA, A.:** “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 46, fasc/mes 1, 1993, pp. 81-166.

**BAJO FERNÁNDEZ, M.:** *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Editorial Civitas, Madrid, 1978.

**BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S.:** *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

**BAJO FERNÁNDEZ, M. / PÉREZ MANZANO, M. / SUÁREZ GONZÁLEZ, C.:** *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

**BARBERO SANTOS, M.:** “Los delitos contra el orden socio-económico: Presupuestos”, en *La Reforma Penal –cuatro cuestiones fundamentales-*, Madrid, 1982.

**BARONA VILAR, S.:** *Competencia Desleal (doctrina y jurisprudencia)*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

**BAYLOS CORROZA, H.:** *Tratado de Derecho Industrial*, tercera edición, Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2009.

**BERCOVITZ, A. (Coord.):** *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, Jornadas organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1992.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.:** *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, Undécima edición, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

**BOCKELMANN, P.:** “Zum Begriff des Vermögensschadens beim Betrug“, en *JZ*, 1952.

**BONE, R. G.:** “Trade secrecy, innovation and the requirement of reasonable secrecy precautions”, en DREYFUSS, R. C. / STRANDBURG, K. J. (Eds.): *The Law and Theory of Trade Secrecy. A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2011, pp. 46-76.

**BRADLEY, T.:** “McAfee: Corporate Espionage is the Currency of Cybercrime”, *PcWorld*, 28 de marzo de 2011 ([http://www.pcworld.com/article/223483/mcafee\\_corporate\\_espionage\\_is\\_the\\_currency\\_of\\_cybercrime.html](http://www.pcworld.com/article/223483/mcafee_corporate_espionage_is_the_currency_of_cybercrime.html))

**BROSETA PONT, M.:** *Manual de Derecho Mercantil*, 17ª edición a cargo de FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, volumen I, Tecnos, Madrid, 2010.

**CALLMANN, R.:** *Unfair Competition Without Competition? The importance of the Property Concept in the Law of Trade-Marks*, *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 95, N. 4, March 1947.

**CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.:** “Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en VIVES ANTÓN, T. S.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 990-1022.

**CARRASCO ANDRINO, Mª M.:** *La protección Penal del Secreto de Empresa*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

**CARRASCO ANDRINO, Mª M.:** *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Editorial Comares, Granada, 2002.

**CASTIÑEIRA PALOU, Mª T.:** “Tema 7. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en SILVA SÁNCHEZ, J-M. (Dir.) / Ragués i Vallès, R. (Coord.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tercera edición, Atelier libros jurídicos - iuscrimbcn, Barcelona, 2011.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**CASTRO CORREDOIRA, M. / VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F.:** “La reforma de los delitos de daños: arts. 263, 264, 264 bis, 264 ter, 264 quáter, 265, 266.1 y 266.2 CP”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.(Dir.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 825-835.

**CASTRO MORENO, A.:** “El derecho penal español ante el espionaje industrial y el secreto de empresa (artículos 278-280 CP)”, en *RTDPE (Rivista Trimestrale di Diritto penale dell’Economia)*, I-2/2006, pp. 17-64.

**CASTRO MORENO, A.:** “Los delitos contra la propiedad industrial a la luz de la jurisprudencia española”, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’Economia*, núm. 3, julio-septiembre 2008, Cedam, Padova, p. 641-668.

**CAZORLA PRIETO, L. M.:** “Artículo 38”, en GARRIDO FALLA, F. (et al.): *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1980.

**CEREZO MIR, J.:** *Curso de Derecho penal español. Parte General II*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 2004.

**CHAMORRO DOMÍNGUEZ, M. C.:** “Aspectos Jurídicos de los Contratos de Cesión y Licencia de Know-How en Derecho Español”, en *Revista e-Mercatoria*, nº1, 2011.

**COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S.:** *Derecho penal. Parte General*, 3º ed. Corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

**CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord.):** *Comentarios al Código Penal*, Tomo 3 (Arts. 205 al 318), Bosch, 2007.

**CORCOY BIDASOLO, M. / GÓMEZ MARTÍN, V.:** “Secreto de empresa”, en BOIX REIG, J. / LLORIA GARCÍA, P.: *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Iustel, Madrid, 2008.

**CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S.:** “Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dir.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

**CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S.:** “Capítulo IX. De los daños”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.): *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 584-593.

**COROMINAS, J.:** *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, volumen I, Editorial Gredos, Madrid, 1974.

**COROMINAS, J.:** *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3ª edición muy revisada y mejorada, Gredos, Madrid, 1997.

**COWPERTHWAIT, T. S.:** “Businesses Must Protect Against Cyber-Espionage”, en *Connecticut Law Tribute*, vol. 37, nº 11, 2011.

**CRESPI, A.:** “Tutela penale del segreto e concorrenza sleale”, en *La Repressione Penale della Concorrenza Sleale* (Atti del Secondo Simposio di Studi di Diritto e Procedura Penali), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1966.

**CUELLO CALÓN, E.:** *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II. Bosch. Barcelona, 1940.

**DE LA MATA BARRANCO, N.:** *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*, PPU, S. A., Barcelona, 1994.

**DE LA MATA BARRANCO, N. J. / HERNÁNDEZ DÍAZ, L.:** “El delito de daños informáticos: una tipificación defectuosa”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009).

**DE TOLEDO Y UBIETO, O.:** “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *ADPCP*, XLIII, 1990.

**DE URBANO CASTRILLO, E. (Dir. Conde-Pumpido Tourón, C. y Coord. López Barja de Quiroga, J.):** *Comentarios al Código Penal*, Tomo 3 (Arts. 205 al 318), Bosch, 2007.

**DE VIZMANOS, T. M. / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.:** *Comentarios al Código penal*, Tomo II. Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848.

**DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A.:** *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I (Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica), 11º ed., Tecnos, Madrid, 2005.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A.:** *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III (Tomo I), Derechos reales en general, octava edición, Tecnos, Madrid, 2015 (Reimpresión de 2012).

**DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.:** *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª edición ampliada, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

**DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.:** *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, editorial IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

**DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.:** *Política criminal y Derecho penal. Estudios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

**DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.:** *Derecho Penal Español. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

**DOVAL PAÍS, A.:** “La intimidad y los secretos de empresa como objetos de ataque por medios informáticos”, en *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº22, Eguzkilore, San Sebastián, 2008, pp. 89-115.

**DREYFUSS, R. C. / STRANDBURG, K. J. (Eds.):** *The Law and Theory of Trade Secrecy. A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2011.

**ESCRIVÁ GREGORI, J. M.:** *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976.

**ESTEVE MORA, F.:** “La inteligencia económica”, en *El País*, 25 de julio de 2013

**ESTRADA I CUADRAS, A.:** *Violaciones de secreto empresarial. Un estudio de los ilícitos mercantiles y penales*, Atelier, Barcelona, 2016.

**FARALDO CABANA, P.:** *Las Nuevas Tecnologías en los Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

**FARALDO CABANA, P.:** “Artículo 278”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Director) *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, septiembre 2010.

**FARRANDO MIGUEL, I.:** “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)”, en *Revista General del Derecho*, 670/671, Marcial Pons, Madrid, 2000.

**Federal Bureau of Investigation (FBI)** de los Estados Unidos: “Spear Phishers: Angling to Steal Your Financial Info”, publicación del 4 de enero de 2009 ([https://archives.fbi.gov/archives/news/stories/2009/april/spearphishing\\_040109](https://archives.fbi.gov/archives/news/stories/2009/april/spearphishing_040109) -).

**FERNÁNDEZ, M. T.:** “La regulación de los delitos contra la propiedad industrial en el nuevo Código penal. Novedades introducidas y consecuencias de su aplicación (y II)”, en MASSAGUER FUENTES, J. (Dir.): *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios (VI Jornadas sobre marcas)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 21-36.

**FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P.:** “La configuración del listado de clientes como un secreto empresarial en el derecho contra la competencia desleal”, en *Estudios de derecho mercantil: Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, 2013, pp. 411-436.

**FERNÁNDEZ-NOVOA, C. / OTERO LASTRES, J. M. / BOTANA AGRA, M.:** *Manual de la Propiedad Industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

**FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> T.:** *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid 2000.

**FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.:** *Derecho penal e internet*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

**FONT GALÁN, J. I.:** “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978”, en *Revista de Derecho Mercantil*, N<sup>o</sup> 152, 1979.

**FONT GALÁN, J. I.:** *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.

**FRIEDMAN, D. D. / LANDES, W. M. / POSNER, R. A.:** Some economics of Trade Secrets Law. *Journal of Economic Perspectives* – Volume 5, Number 1 – Winter 1991 –

**FRIGNANI, A.:** *Secretos de empresa (en el Derecho italiano y comparado)*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n<sup>o</sup>73, Madrid, 1988.

**GALÁN CORONA, E.:** “Supuestos de competencia desleal por violación de secretos”, en BERCOVITZ, A (Coord.): *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley*



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

de 10 de Enero de 1991, Jornadas organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1992.

**GALÁN CORONA, E.:** “Artículo 13. Violación de secretos”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.

**GALLAS, W.:** “Abstrakte und konkrete Gefährdung“, en *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*, W de G, 1972.

**GALLEGO SÁNCHEZ, E.:** *Derecho de la empresa y del mercado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

**GÁLVEZ, J.:** “Artículo 20”, en GARRIDO FALLA, F. (et al.): *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1980.

**GARCÍA ARÁN, M.:** *El delito de hurto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

**GARCÍA-PELAYO, M.:** *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, edición preparada por Manuel Ramírez, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Libros pórtico-ciencia política/3, 1979.

**GARCÍA PÉREZ, O.:** *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, Atelier, Barcelona, 2009.

**GIAVAZZI, S.:** *La tutela penale del segreto industriale*, Giuffrè Editore, Milano, 2012.

**GIMBERNAT ORDEIG, E.:** “El bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad industrial”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, pp. 1411-1437.

**GÓMEZ INIESTA, D.:** “Artículo 263”, en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J. C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. / TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Dirs.): *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007.

**GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C. (Coord.):** *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2010.

**GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C.:** *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

**GÓMEZ SEGADE, J. A.:** *El secreto industrial (Know-how). Concepto y Protección*, Tecnos, D. L., Madrid, 1974.

**GÓMEZ SEGADE, J. A.:** “Algunos aspectos de la licencia de know-how. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1979”, en *Actas de Derecho Industrial*, tomo 7, 1981.

**GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.:** “Tecnocrimen”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / CUERDA ARNAU, M. L. (Dirs.): *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

**GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.:** “Inteligencia jurídica: el valor estratégico del derecho en la seguridad económica”, en *Cuadernos de Estrategia 162 – La inteligencia económica en un mundo globalizado*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2013, pp. 103-133.

**GONZÁLEZ RUS, J. J.:** *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986.

**GONZÁLEZ RUS, J. J.:** “La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas”, en *Estudios Penales y Criminológicos (EPC)*, nº 17, 1993-1994.

**GONZÁLEZ RUS, J. J.:** “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, 01-14 (1999).

**GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.:** *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*. Tomo V. Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de J. A. García, 2<sup>a</sup> ed. Madrid, 1913.

**GUALDONI, F.:** “La hora de la inteligencia económica”, en *El País*, 26 de octubre de 2014.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**GUINARTE CABADA, G.:** *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Edersa, Madrid, 1988.

**GUINARTE CABADA, G.:** “Las infracciones de los derechos de la propiedad industrial del artículo 534 del Código penal”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios a la legislación penal XIII. Propiedad intelectual e industrial, libertad sexual, incendios forestales*, Madrid, 1991.

**GUINARTE CABADA, G.:** *Consideraciones político-criminales en torno a la competencia desleal*, en *EPCr*, XV, 1992.

**GÜNTHER; H. L.:** “Die Genese eine Straftatbestandes”, en *JuS*, 1978, Heft 1., pp. 8-14.

**GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L.:** “Delincuencia económica e informática en el nuevo código penal”, en GALLARDO ORTIZ, M. A.: *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

**HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F.:** *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

**HASSEMER, W.:** “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, 1995.

**HEFENDEHL, R.:** *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007.

**HERRERA MORENO, M.:** “Lección 8ª. Daños”, en POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 133-144.

**HIRSCH, H. J.:** “Sistemática y límites de los delitos de peligro”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año V, núm. 9-10, enero-diciembre 2008.

**HÖRNLE, T.:** “Subsidiariedad como principio limitador. Autoprotección”, en VON HIRSCH, A. / SEELMANN, K. / WOHLERS, W. (ed. Alemana) y ROBLES PLANAS, R. (ed. Española): *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2012.

**HOROWITZ, R.:** “Competitive Intelligence, Law, and Ethics: The Economic Espionage Act Revisited Again (and Hopefully for the Last Time)”, en *Strategic and Competitive Intelligence Professionals (SCIP)*, volume 14 – number 3, July-September, 2011.

**HUERTA TOCILDO, S.:** *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, pp. 35 y ss., Editorial Civitas, Madrid, 1980.

**INCIBE** (Instituto Nacional de Ciberseguridad de España): “Descubre los diferentes tipos de malware que pueden afectar a tu pyme”, publicado el 9 de mayo de 2016 (<https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/descubre-tipos-malware>).

**INCIBE** (Instituto Nacional de Ciberseguridad de España): “Guía de almacenamiento seguro de la información”, 2016.

**INFOSEC INSTITUTE:** “Duqu 2.0.: The Most Sophisticated Malware Ever Seen”, June 17, 2015.

**JASO ROLDÁN, T.:** (por Antón Oneca, J. y Rodríguez Muñoz J. A.) en *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, Madrid, 1949.

**JESCHECK, H-H.:** *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, DUNCKER & HUMBLOT, Berlin, 1978.

**JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. I. / DÍAZ MORENO, A.:** *Lecciones de Derecho Mercantil*, decimoséptima edición, Tecnos, Madrid, 2014.

**JORGE BARREIRO, A.:** “Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) / JORGE BARREIRO, A. (Coord.): *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997.

**KOHLER, J.:** *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1907.

**KÖHLER, H. / BORNKAMM, J.:** *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Preisangabenverordnung*, 23., neu bearbeitete Auflage des von Dr. Adolf Baumbach begründeten und von Prof. Dr. jur. Dr. h. c. Wolfgang Hefermehl bis zur 22. Auflage bearbeiteten Werkes, Verlag C. H. Beck München 2004.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**LARRIBA HINOJAR, B.:** “Ciberespionaje económico: Una amenaza real para la Seguridad Nacional en el siglo XXI”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / CUERDA ARNAU, M. L. (Dir.): *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

**LAURENZO COPELLO, P.:** *El Resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

**LEAL MEDINA, J.:** “La prueba indiciaria o circunstancial en el Derecho Penal. Una prueba esencial para la Jurisdicción criminal. Concepto, requisitos y una clasificación de los indicios más relevantes que manifiestan los diferentes tipos delictivos”, en *Diario La Ley*, Nº 7888, Sección Doctrina, 26 de junio de 2012, Año XXXIII, Ref. D-256, Editorial La Ley.

**LEMLEY, M. A.:** “The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights”, 61 *Stan. L. Rev.* 311, 317-18, (2008).

**LÓPEZ GARRIDO, D. / GARCÍA ARÁN, M.:** *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Eurojuris, Madrid, 1996.

**MARTÍN ALONSO:** *Enciclopedia del idioma. Diccionario histórico y moderno de la lengua española (siglos XII al XX). Etimológico, tecnológico, regional e hispanoamericano*, Tomo III, letras N-Z, Aguilar, Madrid, 1982.

**MARTÍN REBOLLO, L.:** *Constitución Española, 25 Aniversario – edición limitada*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

**MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.** (Coord. VIVES ANTÓN, T. S.): *Comentarios al Código penal de 1995*, Volumen II (Art. 234 a Disposiciones Finales), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

**MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.:** *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

**MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.:** *Delitos relativos al secreto de empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

**MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.:** “Los elementos subjetivos del tipo de acción”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº13, 2013, pp. 233-280.

**MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.:** *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

**MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. / GONZÁLEZ RIVAS, J. J. / HUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J. / GIL IBÁÑEZ, J. L.:** *Constitución Española* (con la doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, los Tratados internacionales suscritos por España y la relación de las leyes dictadas en desarrollo de la Constitución), Editorial Colex, Madrid, 1993.

**MARTÍNEZ SANZ, F.:** “Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación y cláusula general de competencia desleal”, en SÁNCHEZ GALÁN, J. I. (Presentador) / AGÚNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (Dir.) / ALONSO UREBA, A. (Coord.): *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial*, La Ley, Madrid, 2010.

**MARTOS NÚÑEZ, J. A.:** *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1990.

**MASSAGUER FUENTES, J.:** *El contrato de licencia de know-how*, Bosch, Barcelona, 1989.

**MASSAGUER FUENTES, J.:** *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.

**MASSAGUER FUENTES, J.:** “La cláusula de prohibición de la competencia desleal”, en FERRANDIZ GABRIEL, J. R. (Dir.): *Cuadernos de Derecho Judicial (Ejemplar dedicado a: Competencia [i.e. competencia] desleal y defensa de la competencia*, nº11, 2002.

**MATA Y MARTÍN, R. M.:** *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Editorial Comares, Granada, 1997.

**MAZA MARTÍN, M.:** “Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (Dir.) / LÓPEZ BARJA DE

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**QUIROGA, J. (Coord.):** *Comentarios al Código Penal, Tomo 3 – Arts. 205 al 318*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 1699-1764.

**MAZZACUVA, N.:** *La tutela penale del segreto industriale*, Giuffrè, Milano, 1979.

**MCJOHN, S. M.:** *Intellectual Property*, 4<sup>th</sup> edition, Wolters Kluwer – Law & Business, New York, 2012.

**MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.:** *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.

**MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.:** *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988.

**MERINO BAYLOS, P.:** “Capítulo III. Invenciones patentables y aplicación industrial”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.): *La nueva Ley de Patentes*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015.

**MILGRIM, R. M.:** *Milgrim On Licensing*, Vol. 1, §3.08, 3-9 – 3-10, Matthew Bender, Times Mirror Book, Los Angeles, 1993.

**MILGRIM, R. M. & BENSEN, E. E.:** *Milgrim On Trade Secrets*, Vol. 1, § 1.03, 1-267 - 1-271, LexisNexis, Danvers, 2013.

**MIR PUIG, S.:** “Objeto del delito”, en PELLISÉ PRATS, B. (Dir.): *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1982.

**MIR PUIG, S.:** *Derecho penal. Parte general*, 10<sup>a</sup> edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016.

**MOLINA BLÁZQUEZ, C.:** *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1993.

**MOLINA GIMENO, F. J.:** “Conveniencia político criminal de introducir la modalidad imprudente para complementar la protección penal de los secretos de empresa”, en *Diario La Ley*, nº 7123, 2009.

**MOLINER, M.:** *Diccionario de uso del español, H-Z*, Editorial Gredos S. A., Madrid, 1988.

**MORALES PRATS, F.:** “Artículo 197”, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, Aranzadi – Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 451-487.

**MORALES PRATS, F.:** “Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi – Thomson Reuters, Navarra, 2016.

**MORALES PRATS, F. / MORÓN LERMA, E.:** “Artículo 278”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi – Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 844-857.

**MORENO CANOVÉS, A. / RUÍZ MARCO, F.:** *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza, 1996.

**MORENO Y BRAVO, E.:** “Delitos contra la Propiedad Industrial”, en MORENO Y BRAVO, E. (Coord.): *Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”*, Dykinson, Madrid, 1999.

**MORENO Y BRAVO, E.:** *Delitos contra la Propiedad Industrial*, Dykinson, Madrid, 1999.

**MORÓN LERMA, E.:** *El secreto de empresa. Protección penal y retos que plantea ante las nuevas tecnologías*, Aranzadi, Pamplona 2002.

**MORÓN LERMA, E.:** *La tutela penal del secreto de empresa, desde una teoría general del bien jurídico*, Tesis doctoral Universidad Autónoma de Barcelona, 2002.

**MORÓN LERMA, E.:** “Quiebras de la privacidad en escenarios digitales: Espionaje industrial”, en *InDret*, núm. 21, 2007.

**MORÓN LERMA, E.:** “Sección 2ª. De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª), 6ª edición, Aranzadi – Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

**MUÑOZ CONDE, F.:** “La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 16, Instituto de Criminología – Universidad Complutense de Madrid, Editorial Edersa, 1982.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**MUÑOZ CONDE, F.:** *Derecho penal. Parte especial*, cuarta edición, totalmente renovada y puesta al día, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982.

**MUÑOZ CONDE, F.:** *Derecho penal. Parte especial*, 10ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

**MUÑOZ CONDE, F.:** *Derecho penal. Parte especial*, 20ª edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

**MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.:** *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

**NIETO MARTÍN, A.:** “Artículo 197”, en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J. C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. / TERRADILLOS BASOCO, J. Mª. (Directores): *Comentarios al Código Penal*, Iustel, madrid, 2007.

**NIETO MARTÍN, A.:** “Artículo 202”, en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J. C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. / TERRADILLOS BASOCO, J. Mª. (Directores): *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007.

**OLIER ARENAS, E.:** “Inteligencia estratégica y seguridad económica”, en *Cuadernos de Estrategia 162 – La inteligencia económica en un mundo globalizado*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2013, pp. 9-33.

**ORLANDO, S.:** “La regulación de los delitos contra la propiedad industrial en el nuevo Código penal. Novedades introducidas y consecuencias de su aplicación (I)”, en MASSAGUER FUENTES, J. (Dir.): *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios (VI Jornadas sobre marcas)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 13-20.

**ORTS BERENGUER, E. / ROIG TORRES, M.:** *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch “colección de delitos”, Valencia, 2001.

**OTTO, H.:** *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Duncker&Humblot, Berlin, 1970.

**PACHECO, J. F.:** *El Código penal. Concordado y comentado*, Tomo III. Imprenta de D. Santiago Saunague, Madrid, 1849.

**PALOP MARRO, F.:** “La inteligencia para competir: nuevo paradigma en la dirección estratégica de las organizaciones en un mundo globalizado”, en *Cuadernos de Estrategia 162 – La inteligencia económica en un mundo globalizado*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, 2013, pp. 135-175.

**PAREDES CASTAÑÓN, J. M.:** *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, Monografía, Ciencias Jurídicas, Madrid, 2001.

**PAREDES CASTAÑÓN, J. M.:** “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 11 (2003), pp. 95-164.

**PAREDES CASTAÑÓN, J. M.:** “Los delitos de usurpación de marcas y otros signos distintivos: ¿Protección del Derecho, protección del patrimonio o protección del consumidor?”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Navarra, 2005, pp. 1647-1672.

**PATTERSON, T.:** “Chinese cyber spies may be watching you, experts warn”, en *CNN*, de 28 de agosto de 2016 - <http://edition.cnn.com/2016/08/23/us/declassified-china-cyber-espionage/>.

**PEDRAZZI, C.:** “La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l’economia”, en *Verso un nuovo codice penale. Itinerari-problemi-prospettive*, Atti del convegno di Palermo del 7-10 novembre 1991, a cargo del Centro Studi Cesare Terranova, Milano, 1993.

**PEINADO GARCÍA, J. I.:** “Lección 12. Derecho Industrial (I). Las innovaciones”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, volumen I, decimotercera edición, Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**PÉREZ DEL VALLE, C.:** “La revelación de secretos de empresa por persona obligada a reserva (art. 279 CP)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº14, 1997, pp. 105-144.

**PICOTTI, L.:** “La rilevanza penale degli atti di <<sabotaggio>> ad impianti di elaborazione dati”, en *Dir. Inf.*, 1986, pp. 969-976.

**PICOTTI, L.:** “Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati”, en PICOTTI, L. (Dir.): *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di Internet*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 21-94.

**PICOTTI, L.:** “Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell’armonizzazione internazionale”, en *Diritto dell’internet*, n.2/2005, pp. 189-204.

**PICOTTI, L.:** “Intercettazioni “illegali” tra nuove tecnologie e vecchi strumenti penali”, en *Diritto dell’Internet* n.2/2007, PP. 113-122.

**PICOTTI, L.:** “La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d’Europa. Profili di diritto penale sostanziale”, en *Diritto penale e processo*, n. 6/2008, pp. 696-723.

**POOLEY, J. H. A.:** *Trade Secrets. A guide to protecting Proprietary Business Information*, American Management Association, New York, 1987.

**PORTELLANO DÍEZ, P.:** *La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1995.

**PORTELLANO DÍEZ, P.:** “Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 60, Edersa, Madrid, 1996, pp. 633-675.

**PORTELLANO DÍEZ, P.:** “Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 221, Madrid, julio-septiembre 1996, pp. 721-773.

**PORTELLANO DÍEZ, P.:** “Artículo 13. Violación de secretos”, en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.): *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009.

**PRATS, J. M.:** “Descubrimiento y revelación de secretos de empresa en el Código penal de 1995”, en DEL ROSAL BLASCO, B.: *Delitos relativos a la Propiedad Industrial, al Mercado y a los Consumidores*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 169-207.

**PRIETO DEL PINO, A. M.:** “Una contribución al estudio de la delincuencia económica: el sistema económico diseñado por la Constitución española”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, nº12 (2003), pp. 95-139.

**PRIETO DEL PINO, A. M.:** *El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada en el Mercado de Valores*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

**PULIDO QUECEDO, M.:** *La Constitución Española* (con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional), 2ª edición, Aranzadi editorial, Pamplona, 1996.

**QUERALT JIMÉNEZ, J. J.:** *Derecho penal español. Parte especial*, 3ª edición, Bosch, Barcelona 1996.

**QUERALT JIMÉNEZ, J. J.:** *Derecho penal español. Parte especial*, sexta edición revisada y actualizada, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2010.

**QUINTANO RIPOLLÉS, A.:** *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, Tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

**QUINTERO OLIVARES, G.:** “Sobre los delitos económicos como subsistema penal”, en SERRANO-PIEDecasas, J. R. / DEMETRIO CRESPO, E.: *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, Madrid, 2010.

**QUINTERO OLIVARES, G.:** “Título XIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edición, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2011.

**RANDO CASERMEIRO, P.:** “Lección 10ª. Delitos contra el mercado y los consumidores”, en POLAINO NAVARRETE, M. (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011.

**RIBAGORDA GARNACHO, A.:** “Seguridad de las tecnologías de la información”, en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, CDJ, CGPJ, 1996.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**ROBLES PLANAS, R.:** “Tema 10. Delitos contra el patrimonio (I)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2015, pp. 225-251.

**ROBLES PLANAS, R. / PASTOR MUÑOZ, N.:** “Tema 12. Delitos contra el patrimonio (III)”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.): *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 277-302.

**RODRÍGO URÍA:** *Derecho Mercantil*, 28ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

**RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. / SERRANO GÓMEZ, A.:** *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.

**RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.:** *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.

**RODRÍGUEZ PADRÓN, C.:** “Los delitos contra la propiedad industrial, trascendencia de la ubicación en el código penal de 1995”, en MASSAGUER FUENTES, J. (Dir.): *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios (VI Jornadas sobre marcas)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 37-58.

**RODRÍGUEZ RAMOS, L.:** *Derecho penal. Parte Especial*, Vol. III, Servicio Publicaciones Facultad Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1999.

**ROMEO CASABONA, C. M.:** *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

**ROMEO CASABONA, C. M.:** “Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C. M.: *Comentarios al Código penal. Parte especial II – Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 683-847.

**ROXIN, C.:** *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (Traducción de la 2ª edición alemana), Civitas, Madrid, 1999.

**RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R.:** “Capítulo XI. De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, en ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. / FERRÉ OLIVÉ, J. C. / GARCÍA RIVAS, N. / SERRANO PIEDECASAS, J. R. / TERRADILLOS BASOCO, J. Mª. (Directores): *Comentarios al Código Penal*, Iustel, 2007, pp. 600-640.

**RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. / RODRÍGUEZ MORO, L.:** “Lección 3. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial”, en TERRADILLOS BASOCO (Coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Derecho penal. Parte Especial (Derecho penal económico)*, tomo IV, Iustel, Madrid, 2012.

**SAAVEDRA RUÍZ, J. (Dir.) / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (Coord. Técnico) / ALONSO GONZÁLEZ, A. B. / ENCINAR DEL POZO, M. A.:** *Código penal. Comentado, con Jurisprudencia sistematizada y concordancias, 2ª ed. Actualizada conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Colección Tribunal Supremo, El Derecho, Madrid, 2011.

**SANDEEN, S. K.:** “20. The limits of trade secret law: Article 39 of the TRIPS Agreement and the Uniform Trade Secrets Act on which it is based”, en DREYFUSS, R. C. / STRANDBURG, K. J. (Eds.): *The Law and Theory of Trade Secrecy. A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2011.

**SANDEEN, S. K. / ROWE, E. A.:** *Trade Secret Law in a nutshell*, West, USA, 2015.

**SANTANA, D. / GÓMEZ MARTÍN, V.:** “Sección 3ª. De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

**SCHÜNEMANN, B.:** “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte“, *JA*, 1975.

**SCHÜNEMANN, B.:** “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988, págs. 529-558.

**SEGAL, A.:** “Curbyng Chinese Cyber Espionage”, en *Council on Foreign Relations (CFR)*, de 9 mayo de 2011 (<http://www.cfr.org/cybersecurity/curbing-chinese-cyber-espionage/p24935>).

**SEGURA GARCÍA, M. J.:** *Derecho penal y Propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 1995.

La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**SEGURA GARCÍA, M. J.:** “La protección penal de los derechos integrantes de la propiedad industrial”, en *Empresa y Derecho penal (II)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

**SEGURA GARCÍA, M. J.:** *Los delitos contra la propiedad industrial en el Código penal español de 1995*, Tirant Lo Blanch “colección los delitos” nº 65, Valencia, 2005.

**SEGURA MUNGUÍA, S.:** *Nuevo diccionario etimológico Latín-Español y de las voces derivadas*, 3ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

**SERRANO GÓMEZ, A. / SERRANO MAÍLLO, A.:** *Derecho penal. Parte especial*, 15ª ed. Dykinson, Madrid, 2010.

**SERRANO-PIEDCASAS, J. R. / DEMETRIO CRESPO, E.:** *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial*, Colex, Madrid, 2010.

**SIEBER, U.:** *Informationstechnologie und Strafrechtsreform (zur Reichweite des künftigen Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität)*, Carl Heymanns Verlag KG, München, 1985.

**SILVA SÁNCHEZ, J. M.:** “Sobre la interpretación teleológica en Derecho Penal”, en *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2006.

**SINISCALCO, M.:** “Rivelazione di segreti scientifici o industriali: limiti della fattispecie consumata e tentativo”, en *Il Diritto dell'Economia*, anno X, 1ª nuova serie, Morano editore, Torino, 1964.

**SOTO NAVARRO, S.:** *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Editorial Comares, Granada, 2003.

**SUÁREZ GONZÁLEZ, C. (Rodríguez Mourullo, G. (Dir.) y Jorge Barreiro, A. (Coord.):** *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

**SUÑOL LUCEA, A.:** *El Secreto Empresarial. Un Estudio del Artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2009.

**SUÑOL LUCEA, A.:** “Actos de competencia desleal”, en SÁNCHEZ GALÁN, J. I. (Presentador) / AGÚNDEZ, M. A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (Dir.) / ALONSO

UREBA, A. (Coord.): *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, intelectual y comercial*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 127-147.

**TERRADILLOS BASOCO, J.:** *Derecho penal de la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

**TERRADILLOS BASOCO, J. M.:** *Empresa y Derecho penal*, Vilela Editor, Buenos Aires, 2001.

**TERRADILLOS BASOCO, J. M. / ACALE SÁNCHEZ, M.:** *Nuevas tendencias en Derecho penal Económico*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2008.

**TIEDEMANN, K.:** *Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Editora y Librería Jurídica Grijley, E.I.R.L., Perú, 2012.

**TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.:** “Título X. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio – Capítulo I. Del descubrimiento y revelación de secretos”, en **GÓMEZ TOMILLO, M.:** *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

**TORRES DEL MORAL, A.:** *Principios de Derecho constitucional español*, 3º ed. renovada, Madrid, 1992.

**TORRES-DULCE LIFANTE, E.:** “La tipificación objetiva en los delitos contra la propiedad industrial”, en MASSAGUER FUENTES, J. (Dir.): *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios (VI Jornadas sobre marcas)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 59 y ss.

**TROLLER, A.:** “Il segreto industriale nel sistema dei diritti sui beni immateriali”, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1957.

**TROLLER, K.:** *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, tomo I, 12º ed., Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996.

**VALLE MUÑIZ, J. M.:** “Sección 2ª. De los delitos relativos a la propiedad industrial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / VALLE MUÑIZ, J. M. (Coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.



La violación de secretos empresariales por persona ajena a la empresa:  
Un estudio del artículo 278 del Código penal

**VAREA SANZ, M.:** “Capítulo XXVI. Modelos de utilidad: requisitos de protección”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (Dir.): *La nueva Ley de Patentes*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015

**VIADA Y VILASECA, S.:** *Código penal (reformado) de 1870*, Tomo III. 4ª ed. Madrid, 1890.

**VIVES ANTÓN, T. S. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.:** *Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

**WARUSFEL, B. :** “L’intelligence juridique, complément nécessaire de l’intelligence économique”, en *Rue Saint Guillaume, N°162 (Dossier : À quoi sert l’intelligence économique ?)*, Mars-Avril, 2011.

**ZACHARAKIS, Z.:** “Vorsprung durch Spionage“, en *Zeit online*, 4 de Julio de 2013 (<http://www.zeit.de/wirtschaft/2013-07/wirtschaftsspionage-nsa-usa-deutschland>).

**ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.:** *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal, 1988.

**ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.:** “Los delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden socioeconómico en el nuevo código penal (consideraciones generales sobre el Título XIII del N.C.P.)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº59, Edersa, Madrid, 1996, pp. 417-433.

**ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.:** “Tema 4. Límites al poder punitivo del Estado (I)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.): *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.