

CAPÍTULO TERCERO

RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES: EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LOS DELITOS RELATIVOS AL SECRETO DE EMPRESA

I. Consideraciones preliminares.

Concluido el estudio de la protección del secreto en el derecho de la competencia desleal, conviene ya recapitular las conclusiones alcanzadas, cuya proyección permitirá aprehender e interpretar el bien jurídico protegido por los delitos reguladores del secreto empresarial.

En primer lugar, se estima un paso previo e ineludible la identificación o delimitación de los valores o intereses jurídicos protegidos en los vigentes artículos 278 a 280 CP⁵⁷⁸. En este ámbito, la connotación económica

⁵⁷⁸ En este trabajo de investigación, se asume la teoría ecléctica o dualista acerca del contenido y significado de la norma y del injusto (así, QUINTERO OLIVARES y MORALES

acentúa la problemática de la categoría del bien jurídico. En efecto, en los delitos económicos, de una parte, se entrecruzan diversos intereses cuyo aislamiento sin que se despoje de sentido a la infracción y, por tanto, se empobrezca su tutela, no siempre resulta fácil; de otra, constituyen el ámbito penal en el que concurre un gran número de posibles enfoques metodológicos y de actitudes ideológicas⁵⁷⁹, lo que ha suscitado mayor profusión de posicionamientos doctrinales cuya breve revisión ha sido insoslayable. Algunas de las teorías surgidas no resultan erróneas, sino insuficientes, por lo que se han tomado como idóneo punto de partida, desde el que proseguir la investigación sobre el objeto jurídico a fin de lograr una concreción suficiente que permita su aceptación como bien jurídico-penal⁵⁸⁰.

Una vez delimitado el objeto jurídico, es imprescindible abordar la indagación sobre su reconocimiento, explícito o implícito, en la Constitución española, en la medida en que sólo un valor con relevancia constitucional

PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J.M., **Manual de derecho...**, *op. cit.*, pp. 53 y ss. y 287 y ss., respectivamente). Con arreglo a tal concepción, la norma encierra a la vez un juicio de valor objetivo y una regla o imperativo de determinación, de modo que su infracción –la de la norma– aparece como resultante de la combinación de ambos aspectos, que podrán estar proporcionados variablemente en las infracciones concretas, colocándose con mayor intensidad el acento en uno u otro aspecto. En una línea de coherencia con un concepto dual de la norma, el contenido del injusto se fundamentará en el desvalor de acción y el desvalor de resultado, de modo que el injusto se graduará tomando en consideración la mayor o menor ofensividad al bien jurídico. En esta medida, el desvalor objetivo de un comportamiento sólo adquiere su pleno significado antinormativo, cuando es fruto de la voluntad de un sujeto referida a un objeto de protección de la norma. Así pues, se hará referencia al objeto de protección indistintamente con los términos **valores** o **intereses**, sin que el empleo de uno de dichos vocablos presuponga una determinada concepción de la norma, excepto aquella por la que aquí se ha optado.

⁵⁷⁹ Así, vid. QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal española”, en **Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria**, T. II, Barcelona, 1983, p. 779.

⁵⁸⁰ En efecto, la aceptación de que la esencia del bien jurídico puede ser individual o social ha desplazado el debate sobre el reconocimiento de su capacidad para que ciertos valores puedan ser admitidos como bienes jurídico-penales a la necesidad de su **concreción**, esto es, a la exigencia de que los intereses protegidos puedan ser **identificados** (así, vid. COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., **Derecho penal, Parte general**, 5 ed., Valencia, 1999, p. 319).

puede legitimar la intervención penal⁵⁸¹ y, por tanto, la integración en ese marco jurídico mínimo hace factible o permite reforzar la necesidad de intervención.

Comprobado que el bien jurídico protegido en los delitos reguladores del secreto de empresa asume relevancia constitucional, dignidad formal y material y, en esa medida, dichos preceptos constituyen un acto de intervención penal legítima, conviene averiguar si su protección es además necesaria, puesto que la valoración constitucional de un bien jurídico no implica inequívocamente la necesidad de su tutela penal, de modo que la explicación de la legitimidad del bien jurídico reclama aún una ulterior indagación. Esto es, deberá determinarse si el bien jurídico en estos delitos constituye un bien jurídico en el que hay **necesidad concreta de protección**.

Esta averiguación se halla estrechamente vinculada a la salvaguarda del principio de intervención mínima que, como límite al **ius puniendi**, resulta operativo ya en su dimensión estática, informando y presidiendo la creación y promulgación de las leyes⁵⁸² y del que emanan dos importantes consecuencias para el derecho penal. De una parte, su **carácter fragmentario** implicará que el derecho penal sólo castigue los ataques más graves e intolerables a los bienes jurídicos dignos y necesitados de protección. De otra, su **carácter subsidiario**, determinará que el derecho penal sólo intervenga allí donde no sea posible obtener una tutela eficaz por otro medio menos costoso; esto es, a través de otra rama del ordenamiento jurídico⁵⁸³.

⁵⁸¹ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., **Derecho penal y principios...**, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

⁵⁸² QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J.M., **Manual de derecho...**, *op. cit.*, pp. 65, 86-87 y 95.

⁵⁸³ Vid., entre otros, CARBONELL MATEU, J.C., **Derecho penal y principios...**, *op. cit.*, pp. 196-197; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., **Derecho penal, Parte general**, 5 ed.,

Desde luego, en este ámbito, especial importancia asumirá el estudio acerca de la necesidad de mantener la protección penal, teniendo presente que existe ya un sistema de protección en la normativa civil analizada⁵⁸⁴, que articula el ejercicio de un amplio catálogo de acciones para los supuestos de violación de secretos, que convive, en la actualidad, con la regulación penal y sus acciones. En esta medida, será asimismo conveniente examinar el ámbito objetivo que alcanza cada uno de los órdenes --penal y civil-- y la articulación de ambos en el conjunto del ordenamiento jurídico, a fin de que comprobar si se proporciona efectivamente una tutela gradual y armónica del bien jurídico, respetuosa, de una parte, con el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario del derecho penal y, de otra, con los principios de sistematicidad y racionalidad del ordenamiento jurídico⁵⁸⁵. En caso de que no sea así, será oportuno formular un enjuiciamiento crítico que permita meditar acerca de la conveniencia de su reforma. Sin embargo, no parece posible ahondar en este interesante problema, de gran alcance y trascendencia, que, en puridad, debería conducir a un detenido estudio comparativo de ambas vías de tutela y, en último término, al análisis de la compleja naturaleza --cuantitativa y /o cualitativa-- del criterio de discernimiento de la tutela civil y penal en este ámbito.

Por último, será necesario reflexionar acerca de la pertinencia y alcance de las respuestas penales frente a los peligros derivados del uso generalizado de las nuevas tecnologías, cuyo impacto afecta, especialmente, al ámbito empresarial inmerso, además, en el proceso de

Valencia, 1999, pp. 86-87; MIR PUIG, S., **Derecho penal, Parte general**, 4 ed., Barcelona, 1996, pp. 89-90.

⁵⁸⁴ Así, vid. supra, capítulo IV, epígrafe 4.4, relativo a la tutela del secreto empresarial en la ley de competencia desleal.

⁵⁸⁵ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J.M., **Manual de derecho...**, *op. cit.*, p. 105.

globalización económica e integración de mercados. En este sentido, convendrá detenerse en proponer una reinterpretación del objeto de protección a tenor de las repercusiones que, en el arbitrio de su tutela, suscitan estos peligros que se traducen en nuevas modalidades de ataque al bien jurídico.

Así pues, debe comenzarse por la delimitación y concreción de los intereses jurídicos protegidos en los delitos de vulneración de los secretos empresariales.

II. Las teorías surgidas en torno al bien jurídico protegido.

1. Primeros posicionamientos en torno al bien jurídico: delitos contra bienes de la personalidad.

Como se ha observado ya, algunos autores han conducido la protección del secreto a la **esfera de los bienes de la personalidad**. Así, se han sugerido como bienes jurídicos protegidos la personalidad del empresario, el derecho a la intangibilidad de la propia esfera secreta, el buen nombre o la fama de sus productos, entre otros. El código penal de 1822 arbitraba la protección de los secretos en torno a dos preceptos, en virtud de si habían sido o no confiados en razón del cargo. El primero de ellos se ubicaba en los delitos contra la fe pública⁵⁸⁶; el segundo, en los delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas⁵⁸⁷. De hecho, como se

⁵⁸⁶ El artículo 424 CP de 1822 establecía que «Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadrones, matronas ó cualesquiera otros, que **habiéndoseles confiado un secreto por razon de su estado, empleo ó profesion**, lo revelen, fuera de los casos que la ley prescriba, sufrirán un arresto de dos meses á un año, y pagarán una multa de treinta á cien duros (...)» (la cursiva es mía). El descubrimiento de secretos industriales tuvo en este precepto su originaria tutela.

⁵⁸⁷ El artículo 718 CP de 1822 declaraba que «Cualquiera que, ademas de los comprendidos en el artículo 424, descubra ó revele voluntariamente á una ó mas personas

expondrá a continuación, aunque los comentaristas clásicos advirtieron la dimensión patrimonial del secreto industrial, continuaron haciendo referencia a la pluralidad de intereses (la individualidad, el honor, el buen nombre) que podían verse afectados con la violación de los secretos⁵⁸⁸. Se trata de una vinculación comprensible en el momento en que surge, pero cuyo mantenimiento no resulta aceptable, por los motivos que ya han sido objeto de análisis.

2. Delitos contra la propiedad, como interés de naturaleza patrimonial.

La promulgación del código penal de 1848 supuso una profunda ruptura sistemática en la regulación de los secretos, al ubicarse el capítulo del descubrimiento y revelación de secretos en el título destinado a **los delitos contra la libertad y seguridad**, sistemática que se perpetuó hasta la aprobación del vigente código⁵⁸⁹. A pesar de esta nueva ubicación, los comentaristas clásicos advirtieron la trascendencia patrimonial que generaba la violación de secretos industriales, de modo que, unánimemente,

algun secreto que se le haya confiado por otra, siempre que lo haga con perjuicio de esta en su persona, honor, fama y concepto público, fuera de los casos en que la ley le mande ó permita hacerlo (...)».

⁵⁸⁸ Así, por ejemplo, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. y VIZMANOS, T.M., **Comentarios al Código Penal**, 2ª. ed., tomo II, Madrid, 1853, p. 452, afirmaban que «descubrir los secretos de uno es amenguar su individualidad, es atentar contra su honor, contra su propiedad». En análogo sentido, VIADA y VILASECA, S., **El Código Penal Reformado de 1870, Concordado y Comentado**, tomo III, 4ª. ed., Madrid, 1890, p. 337, sostiene que «los secretos de que se trata son todos aquellos que pueden perjudicar el buen nombre ó la fortuna del principal».

⁵⁸⁹ El artículo 414 («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 10 á 100 duros») del CP 1848 se hallaba ubicado en el capítulo VII (**Descubrimiento y revelación de secretos**), del título XIII (**De los delitos contra la libertad y seguridad**). Esta ubicación se ha mantenido inalterada hasta la aprobación del vigente código penal (sólo el CP de 1928 añadió a la rúbrica del título el adjetivo «individuales»).

destacaron que más que un atentado contra la libertad o seguridad⁵⁹⁰, constituía un ataque directo contra la propiedad individual, atribuyendo al delito naturaleza defraudatoria⁵⁹¹.

Diversos argumentos explican y justifican la opción por este bien jurídico. En primer lugar, debe tenerse en cuenta el propio fundamento que se otorga a la protección del secreto. Se trata de tutelar los resultados del trabajo y de la experiencia. Para tutelar los inventos y los progresos de la industria, la ley los convierte en **propiedad** de su inventor y prohíbe que otros se apoderen de ellos y los exploten⁵⁹². Su protección es concebida como una recompensa al propio trabajo. Como se observa, este fundamento desvela la identificación que se hace entre el régimen del secreto y el de la propiedad industrial, a la que tácitamente se equipara⁵⁹³. En realidad, se trata de una confusión que nace a propósito de la identidad de objeto que pueden compartir ambas modalidades de tutela. Como se expondrá detalladamente⁵⁹⁴, ciertos conocimientos --en este caso, las invenciones-- pueden beneficiarse de ambos regímenes de tutela (secreto y propiedad industrial), lo que ha generado, en algunas ocasiones, la equiparación entre ambos. Este error se hizo evidente al requerirse para la aplicación de este

⁵⁹⁰ Como se ha señalado, esta nueva perspectiva es fruto de una evolución paulatina, que, en ningún momento, implicó un radical abandono de las teorías anteriores que lo vinculaban a intereses de índole personal, como lo prueba el hecho de que se seguía mencionando el buen nombre del dueño de la industria, como uno de los aspectos que podía verse afectado en la revelación de secretos.

⁵⁹¹ Así, por ejemplo, PACHECO, J.F., *El Código Penal Concordado y Comentado*, tomo III, 5ª. ed. corregida y aumentada, Madrid, 1881, p. 278, manifiesta que «en verdad puede calificarse de robo esa revelacion de un procedimiento secreto de industria».

⁵⁹² Así es declarado por ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. y VIZMANOS, T.M., *op. cit.*, p. 454. Recuérdese que, en este período, la intervención del legislador se justifica únicamente ante la lesión de un derecho subjetivo (vid. supra).

⁵⁹³ Así pues, a tenor de la revisión histórica acometida, resulta entendible que el secreto se conciba, al igual que la propiedad industrial, vinculado a un derecho subjetivo.

⁵⁹⁴ Vid. infra, parte II, capítulo II, destinado al estudio del objeto material del delito.

precepto la previa obtención de un **privilegio de invención o introducción**⁵⁹⁵. De ahí que con esta norma se estimase garantizada la propiedad industrial⁵⁹⁶ o que se reivindicase su reubicación tras las defraudaciones de la propiedad literaria o industrial, por resultar una colocación más adecuada a la naturaleza del delito⁵⁹⁷.

A mayor abundamiento, la explicación de la propiedad como bien jurídico protegido resulta un **posterius** inobjetable a tenor de la propia dicción del código que, expresamente, reclamaba el descubrimiento del secreto industrial «con perjuicio del dueño». Así, se concebía como elemento típico indispensable la causación de un daño real al dueño de la fábrica, de modo que aunque el encargado, empleado u obrero hubiesen llevado a cabo la revelación con ánimo de causar perjuicio, si éste finalmente no aparecía, el delito no existía⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ En efecto, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. y VIZMANOS, T.M., *op. cit.*, p. 454, exigen, para que el precepto pueda aplicarse, la obtención de un «privilegio de invención ó introduccion, porque solo asi puede determinarse la propiedad industrial conforme á las leyes sobre la materia». Posteriormente, la concurrencia de este requisito es negada por todos los comentaristas (así, PACHECO, J.F., *op. cit.*, p. 279; VIADA y VILASECA, S., *op. cit.*, pp. 337-338 y GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., ***El Código Penal de 1870, Concordado y Comentado***, tomo V, Burgos, 1870-1899, pp. 735-736). Sin embargo, sorprende que, aun cuando se advierte la publicidad que supone la obtención del privilegio, sólo se manifiesta que en ambos casos (secreto y privilegio de invención) existe abuso de confianza y, por tanto, el delito «lo mismo puede consumarse habiéndose sacado el privilegio, que no habiéndole obtenido» (así, GROIZARD, p. 736). Pero, en cambio, no se hace referencia a la **radical incompatibilidad** que suponía exigir para la aplicación del secreto la obtención de un privilegio de invención.

⁵⁹⁶ Así, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. y VIZMANOS, T.M., *op. cit.*, p. 454.

⁵⁹⁷ Así es reclamado por VIADA y VILASECA, S., *op. cit.*, p. 337; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *op. cit.*, p. 734 y PACHECO, J.F., *op. cit.*, p. 279.

⁵⁹⁸ Así, GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *op. cit.*, p. 734. En este sentido, ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. y VIZMANOS, T.M., *op. cit.*, p. 454, considera la pena de **prisión correccional** «demasiado fuerte para este delito, porque el perjuicio para el industrial cuyos secretos descubriere su encargado ú obrero no tanto provendrá de la revelacion, como de que otro sabedor del secreto pusiere en práctica el invento». Se equipara el daño a la explotación, no a la revelación.

Por otra parte, conviene tener presente la fase de incipiente tecnificación en la que se halla la sociedad del siglo XIX y, en esa medida, la estructura y dimensión de la industria de aquel momento. En este sentido, la descripción típica relativa al «dueño de la industria» evidencia el carácter, generalmente, unipersonal de la titularidad de las empresas⁵⁹⁹, encarnadas en pequeñas industrias, en las que la relación de confianza entre empresario («patrón») y trabajador («empleado u obrero») devenía indispensable para una adecuada organización. De ahí que los comentaristas clásicos hicieran todos ellos especial hincapié en el grave **abuso de confianza** que este delito castiga⁶⁰⁰, con la particularidad de que, a la mera deslealtad, añadía el desvalor de producir un perjuicio a la fortuna del principal⁶⁰¹.

Desde luego, el sustrato ideológico subyacente al **abuso de confianza** que conlleva el precepto revela una acertada intuición. Ahora bien, en el ámbito de los secretos, que tantas semejanzas presentan y tan diversos intereses concitan, conviene distinguir escrupulosamente, de una parte, los que conciernen al secreto industrial y, de otra, los que revisten meramente carácter instrumental. Así, la postulación del deber de confianza como específico interés protegido o su vulneración como requisito típico no puede ser admitida. Por una parte, la expresa configuración típica proscribía la comunicación de secretos utilizados en la fábrica donde se halla empleado el sujeto activo y a los que éste accede, independientemente de que le hayan

⁵⁹⁹ Así es advertido ya por RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho penal español...*, *op. cit.*, 14ª ed. (rev. por SERRANO GÓMEZ, A.), pp. 336-337.

⁶⁰⁰ Así, vid. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C. y VIZMANOS, T.M., *op. cit.*, p. 453; VIADA y VILASECA, S., *op. cit.*, p. 337; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *op. cit.*, p. 736 y PACHECO, J.F., *op. cit.*, pp. 277-279.

⁶⁰¹ Así, por ejemplo, respecto del código penal francés, modelo en el que se inspiró el código de 1848 al regular la protección del secreto industrial, atendiendo, precisamente, a la especial gravedad con que la violación de secretos era sancionada respecto a la violación del secreto profesional, algunos autores optaron por sugerir que el artículo 418 CP sancionaba la gravedad del **abuso de confianza** del dependiente, especialmente cualificado por lesionar, asimismo, la libertad de industria y comercio.

sido **confiados** directamente por el titular del secreto. Además, la previsión típica engloba, asimismo, la tutela de los conocimientos secretos que no hayan sido **comunicados**, en el seno de una relación o como acto de confianza, al sujeto activo, pero a los que éste haya **accedido** de cualquier modo. De otro lado, como se ha sugerido ya, en la lógica del progreso industrial y comercial hacia el que la sociedad del XIX avanzaba se halla la progresiva escisión en la relación de confianza entre el dueño de la industria y el empleado. La aparición de la gran industria (mecanización, producción en masa, fabricación en serie) en detrimento de la empresa artesanal y de la pequeña industria, conlleva la separación del trabajador del proceso de producción, que deja de concentrarse en pocas manos⁶⁰². De ahí la relevancia de discernir la relación de confianza de la de dependencia o subordinación laboral frente al empresario sobre la que, realmente, parece vertebrarse el delito.

En cualquier caso, como se ha dicho, el trasfondo que encarna el abuso de confianza asume, en estos preceptos, verdadero interés. Obsérvese que la organización del sistema productivo coloca al trabajador (**intraneus**) en una situación de mayor facilidad para poder descubrir las informaciones o ideas secretas que confieren al empresario una mayor capacidad competitiva, lo que les otorga una posición más ventajosa respecto a terceros extraños para acceder a tales conocimientos y permite, pues, una búsqueda de los secretos más certera y un peligro para el bien jurídico más insidioso, circunstancia que no debe pasar inadvertida al legislador⁶⁰³. En esta medida, se asimila la violación de secretos a una

⁶⁰² Así, RAMELLA, A., "I segreti...", en *op. cit.*, p. 516 y MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 34.

⁶⁰³ Este aspecto asumirá especial relevancia en el análisis del distinto trato punitivo en los vigentes artículos 278 y 279 CP español.

sustracción de un bien patrimonial ajeno⁶⁰⁴ y, en particular, a una especie de hurto doméstico o de apropiación indebida⁶⁰⁵.

Esta posición doctrinal anudada a la propiedad se mantuvo hasta que el código penal de 1932 llevó a cabo una trascendental reforma, cifrada en la sustitución de la cláusula «con perjuicio del dueño» por la expresión relativa a «en perjuicio del dueño» (artículo 492 CP). Lógicamente, este cambio permitió la concepción del delito de otro modo y, en esa medida, la identificación de otros intereses jurídicos protegidos, a cuyo breve análisis se procede.

La dicción del artículo 492 CP de 1932 se corresponde, excepto en la penalidad, con la del art. 499 CP de 1944 y con la del art. 499 del texto refundido de 1973, por lo que los bienes jurídicos que se analizarán a continuación han sido formulados bajo la vigencia de dichos preceptos. En esta medida, se hará referencia expresa al art. 499 o al ACP, indistintamente, a fin de hacer más sencilla la exposición.

3. Delitos contra la libertad y/o la voluntad.

La sustitución de la cláusula «con perjuicio del dueño», en la que descansaba la exigencia del perjuicio como resultado del delito, por la relativa a «en perjuicio del dueño», interpretada como elemento subjetivo del injusto, permitió a la doctrina desconectar esta figura de los ataques o delitos

⁶⁰⁴ Así, PACHECO, J.F., *op. cit.*, p. 278, califica al delito de robo ala la fortuna de un fabricante.

⁶⁰⁵ Así, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte...*, *op. cit.*, p. 1023. Vid, en igual sentido, MAZZACUVA, N., *La tutela penale...*, *op. cit.*, p. 35.

contra la propiedad y proporcionó un nuevo argumento para justificar su ubicación en los delitos contra la libertad y seguridad⁶⁰⁶.

En efecto, para la mayor parte de los comentaristas clásicos se dejó de concebir la producción del perjuicio patrimonial como integrante del resultado típico, de forma que el atentado o desvalor que estos delitos implicaban se condujo hacia la protección de intereses jurídicos vinculados a los de la rúbrica (libertad y seguridad)⁶⁰⁷. Sin embargo, ello no supuso una desvinculación o desatención de la trascendencia patrimonial o económica que asumía el secreto industrial, sino una mezcla de ambos. Así, esclarecedora resulta al respecto la posición de QUINTANO, al afirmar que, en el resultado dañoso en que debe redundar el descubrimiento de los secretos, «se entrecruza el propio del ataque a la libertad personal con el de la lesión al patrimonio»⁶⁰⁸.

Así, se mantuvo por la doctrina que la revelación de secretos o las conductas encaminadas al descubrimiento de los mismos suponían siempre un menosprecio de la voluntad del afectado por el secreto, de forma que el bien jurídico protegido en el artículo 499 radicaba en la **libertad de voluntad** de una persona de que no fuera conocido el secreto⁶⁰⁹. En consecuencia, se

⁶⁰⁶ Así lo destaca JASO ROLDÁN, J., en ANTÓN ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., **Derecho penal, Parte especial**, T. II, Madrid, 1949, p. 327, que hace referencia a la conversión del perjuicio en el **dolo específico** del delito.

⁶⁰⁷ Así, JASO ROLDÁN, J., en ANTÓN ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., **Derecho penal, Parte especial**, T. II, Madrid, 1949, p. 325; por el contrario, sigue reclamando la producción del perjuicio para el dueño de la empresa PUIG PEÑA, F., “Descubrimiento y revelación de secretos”, en **NEJ**, T. VII, Barcelona, 1955, p. 243.

⁶⁰⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A., **Tratado de la Parte...**, *op. cit.*, p. 1024-1025. Sin embargo, este autor considera que, al no ser la cuantía del perjuicio lo que prevalece, se trata, en rigor, de un ataque a la libertad. Así, manifiesta que nada impide los concursos de delitos entre el secreto industrial y la propiedad industrial, habida cuenta que los objetos materiales y jurídicos son diversos, la libertad en un caso y la propiedad en otro.

⁶⁰⁹ Así, JASO ROLDÁN, J., en ANTÓN ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., *op. cit.*, p. 325.

estimaba acertada la sistemática del código, que consideraba estos delitos como lesiones de la libertad⁶¹⁰. Y este mismo entendimiento era compartido respecto del objeto de protección en los artículos 497 y 498 ACP⁶¹¹, de modo que todos ellos eran considerados infracciones contra la libertad, manifestadas en la falta de respeto a la personalidad y, en concreto, en la falta de respeto a la esfera íntima⁶¹². Así, el bien jurídico protegido se identificaba, en algunas ocasiones, con la libertad de voluntad y, en otras, con la intimidad.

Sin duda, la concreción del concepto de personalidad ha favorecido que se incluyesen en él intereses de índole económica o patrimonial. Como advierte MORALES PRATS, este planteamiento nace en los sistemas económicos, encuadrados en el modelo capitalista-occidental, que acuñan una visión de la propiedad privada y del patrimonio a modo de prolongación o reflejo de la personalidad del titular⁶¹³. De ahí la reconducción a la esfera de la **privacy** de las informaciones o circunstancias relativas al patrimonio y a la situación económica de las personas (como, por ejemplo, secretos industriales, secretos comerciales, bancarios, tributarios, etc.), a cobijo de

⁶¹⁰ Vid., entre otros, JASO ROLDÁN, J., en ANTÓN ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., *op. cit.*, p. 325 y QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte...*, *op. cit.*, p. 1025.

⁶¹¹ Así, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte...*, *op. cit.*, p. 997; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho penal español...*, *op. cit.*, 14ª ed. (rev. por SERRANO GÓMEZ, A.), p. 331 y 337; LANDROVE DÍAZ, G., “Descubrimiento y revelación de secretos”, en AA VV, *III Jornadas de profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela, 1976, pp. 187-188; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Sevilla, 1976, p. 117; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de derecho penal (Parte especial)*, Madrid, 1985, p. 162; COBO DEL ROSAL, M./CARBONELL MATEU, J.C., en AA VV (Coord. VIVES ANTÓN, T.S.), *Derecho penal, Parte especial*, 3ª ed., Valencia, 1990, p.773; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de derecho penal, Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona, 1991, pp. 87 y 95.

⁶¹² JASO ROLDÁN, J., en ANTÓN ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., *op. cit.*, p. 325. y LANDROVE DÍAZ, G., “Descubrimiento...”, en *op. cit.*, p. 185.

⁶¹³ MORALES PRATS, F., *La tutela penal...*, *op. cit.* p. 145.

planteamientos que revelan una distorsionada cosmovisión patrimonializada de las instituciones jurídicas⁶¹⁴.

Como se observa, todo ello suscitó diversos órdenes de confusiones. De una parte, se equipararon erróneamente los objetos jurídicos protegidos con las técnicas de tutela empleadas; de otra, motivado en parte por esa equivocación, se homogeneizaron bienes jurídicos de naturaleza diversa, lo que dificultó una adecuada delimitación de todos ellos⁶¹⁵. En virtud de lo anterior, y al restringirse el artículo 499 al secreto industrial, la jurisprudencia consideró los tres preceptos como normas intercambiables, sustentándose por la doctrina que dichos preceptos se encontraban “aparentemente diferenciados nada más que por la calidad del sujeto pasivo”⁶¹⁶, al englobar el artículo 497 todos los secretos, incluidos los económicos o financieros⁶¹⁷ o, incluso, a considerar al artículo 497 ley especial frente al artículo 499 y 498 ACP⁶¹⁸.

⁶¹⁴ Así, vid. MORALES PRATS, F., *ibidem*.

⁶¹⁵ Así, por ejemplo, POLAINO NAVARRETE, M., “Descubrimiento y...”, en *op. ult. cit.*, p. 581, señala que constituyen «tipos delictivos destinados a la garantía del derecho de reserva y de intimidad de la persona». A nuestro parecer, el **derecho a la reserva** no puede ser entendido como un bien jurídico alternativo a la intimidad, puesto que sólo es una técnica enderezada a su protección.

⁶¹⁶ PUIG PEÑA, F., **Derecho penal, Parte Especial**, T. IV, Madrid, 1969, p. 233.

⁶¹⁷ PUIG PEÑA, F., “Descubrimiento y revelación de secretos”, en **NEJ**, T. VII, Barcelona, 1955, p. 242.

⁶¹⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., **Derecho penal español...**, *op. cit.*, 14ª ed. (rev. por SERRANO GÓMEZ, A.), p. 337. Asimismo, JORGE BARREIRO, A., “Descubrimiento y revelación...”, en *op. cit.*, p. 278, sostiene que la protección del secreto industrial se conecta así con la personalidad del empresario y, en definitiva, con un derecho a su esfera secreta. Asimismo, formulan como bien jurídico la intimidad, entendido como presupuesto de la libertad personal, RODRÍGUEZ RAMOS, L., **Compendio de derecho...**, *op. cit.*, p. 162; BUSTOS RAMÍREZ, J., **Manual de derecho...**, *op. cit.*, pp. 87 y 95 y, en concreto, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., **Derecho penal...**, *op. cit.* pp. 194, 199 y 200, parece entender protegido una especie de secreto profesional.

Por lo que atañe al primer equívoco, la doctrina, en efecto, consideraba como bien jurídico protegido no la simple libertad de voluntad, sino, más exactamente, la voluntad de mantener el secreto⁶¹⁹, con lo que, casi con certeza, se quiere decir que el valor protegido era el **secreto**⁶²⁰. Esta errónea interpretación de los tipos penales confundiendo la técnica de tutela con el propio objeto de protección ha sido ya objeto de crítica⁶²¹.

En cuanto a la reconducción de la protección del secreto industrial a la esfera de la privacy⁶²², el interés personal que salvaguarda la protección de la intimidad y el interés patrimonial, a cuya tutela se endereza el régimen del secreto industrial, responden a **polos de interés antitéticos**, cuya innegable interrelación no debe obstaculizar su escrupulosa delimitación⁶²³.

Tampoco resulta admisible la equiparación teleológica y la aplicación alternativa de los citados preceptos, tal como se indicó con anterioridad, puesto que, no sólo se dirigen a la salvaguarda de valores distintos de la libertad o la voluntad o el propio secreto, sino que cada uno de ellos cubre intereses de distinta naturaleza (los artículos 497 y 498 ACP tutelan la intimidad y el artículo 499 ACP, intereses de impronta patrimonial).

⁶¹⁹ Así, vid., entre otros, JASO ROLDÁN, J., en ANTÓN ONECA, J./RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., *op. cit.*, p. 325.

⁶²⁰ Así lo advierte BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado...*, *op. cit.*, p. 288.

⁶²¹ Vid., al respecto, el análisis del carácter instrumental del secreto de empresa (supra).

⁶²² Para una exhaustiva evolución del concepto de intimidad y de la formulación de su contenido, vid. MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad...*, *op. cit.*, pp. 19 y ss., 121 y ss., 128 y ss.

⁶²³ Vid., al respecto, MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad...*, *op. cit.*, pp. 145 y ss. y NOVOA MONREAL, E., *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Madrid, 1989, pp. 77-79.

A mayor abundamiento, deben reproducirse las consideraciones vertidas ya al analizar la configuración del injusto como lesión del derecho a la propiedad, dirigidas a subrayar la situación de incipiente industrialización y tecnificación a la que respondía la originaria aprobación del precepto, en la que las empresas eran de titularidad individual y el proceso de producción se hallaba concentrado en pocas manos e, incluso, en una única industria. Precisamente, la institucionalización de deberes de sigilo o de deberes de fidelidad en las relaciones de trabajo se destina a la salvaguarda de la estructura de esa pequeña industria y de sus métodos productivos u organizativos. Sin embargo, el confusionismo expuesto y los angostos cauces interpretativos a los que constreñía el tipo impidieron advertir que la sanción de estos específicos deberes de sigilo o de fidelidad suelen ser un recurso de técnica legislativa al servicio de la tutela de otros intereses, lo que propició nuevamente la equiparación del objeto de protección y la técnica de tutela⁶²⁴. En esa medida, se sostuvo como fundamento de la sanción penal una genérica violación de **deberes derivados de vínculos contractuales** y, en particular, del **deber de fidelidad**. Desde luego, la inequívoca restricción de los sujetos activos del delito, cifrada en el desempeño de una actividad dentro de la misma industria en régimen de subordinación laboral o de dependencia, conduce a la admisión de que se sancionaba la infracción de un deber específico derivado del vínculo contractual que asumía el dependiente⁶²⁵. Ahora bien, como ya se ha sugerido, deviene extraordinariamente importante descifrar los intereses en juego. De una parte, la situación que adquiere el empleado en la empresa le permite un acceso más fácil a los secretos del empresario, quien ve incrementada la

⁶²⁴ Vid., al respecto, el análisis del carácter instrumental del secreto de empresa (supra).

⁶²⁵ Asimismo, ésta es la tesis sostenida por MAZZACUVA, N., "Tutela penale del segreto e controllo del processo produttivo", en *Rivista Giuridica del Lavoro*, T. IV, 1977, p. 295, respecto al artículo 623 del vigente Código penal italiano, cuya estructura, a despecho del genérico «cualquiera» que inicia el precepto, es configurada por el legislador como la de un delito especial propio, como la de todos los ordenamientos europeos que siguieron el modelo normativo establecido en el artículo 418 del CP francés.

vulnerabilidad de su posición de ventaja. De ahí que, precisamente, a cambio de la posición de confianza en que éste lo coloca al introducirlo en su industria le exija fidelidad (sólo en este sentido puede ser reinterpretada la tesis del **abuso de confianza**)⁶²⁶.

Así, los preceptos que, siguiendo el modelo francés, sancionan la violación de secretos de industria y se vertebran en torno a la obligación de fidelidad del trabajador, persiguen otras finalidades. Al respecto, se ha señalado que se trata de asegurar un determinado sistema de organización de la producción, garantizándole al empresario los resultados del trabajo de sus empleados⁶²⁷. No obstante, sin desechar esta propuesta, la **ratio** de la ley permite una mayor matización. A nuestro parecer, no se trata tanto de garantizar el resultado del trabajo de los empleados sino de robustecer la propia libertad económica del empresario, singularizada, en efecto, en la libre organización de la producción, para cuya salvaguarda, sin embargo, sólo se preservaba de perturbaciones y peligros de los propios empleados, como luego se comprobará, al estudiar las formas comisivas.

Esta confusión llevó, asimismo, a considerar el descubrimiento de secretos industriales previsto en el art. 499 como una especie de **violación del secreto profesional**⁶²⁸. A las consideraciones ya expuestas, debe

⁶²⁶ En igual sentido, vid. MAZZACUVA, N., **La tutela penale...**, *op. cit.*, p. 36 y CARRASCO ANDRINO, M.M., en **La protección penal...**, *op. cit.*, p. 88.

⁶²⁷ Así, por ejemplo, CARRASCO ANDRINO, M.M., en **La protección penal...**, *op. cit.*, p. 88, quien sostiene que «las relaciones entre los trabajadores y el capital se enmarcaban por las ideas de solidaridad y de comunidad de intereses, de forma que el progreso de la industria interesaba tanto al patrono como al trabajador».

⁶²⁸ Así, CUELLO CALÓN, E., **Derecho Penal. Parte Especial**, tomo II, Barcelona, 1940, p. 94, en desacuerdo con los bienes jurídicos relativos a la propiedad y la libertad, sostiene que lo esencial en el delito de violación de secretos industriales se cifra en el mantenimiento del secreto profesional al que están obligados los dependientes (encargados, empleados y obreros); en sentido análogo, QUINTANO RIPOLLÉS, A., **Tratado de la Parte...**, *op. cit.*, pp. 1002 y 1024, alude a las obligaciones de discreción y de sigilo que ciertas profesiones requieren y afirma que las dos tipologías de los artículos 498 y 499 CP valen, en cierto

añadirse únicamente que el secreto industrial sólo hubiese podido entroncarse con la **privacy**, bien jurídico tutelado por el secreto profesional, en el caso de que la información hubiese manifestado la concurrencia de otros **intereses personales** subyacentes a los de índole económica⁶²⁹.

En definitiva, a la antítesis de reconducir el secreto --bien esencialmente económico-- a la órbita del derecho a la intimidad --derecho fundamental, personalísimo, inalienable e irrenunciable--, debe añadirse la consolidación de la doctrina jurisprudencial que, en los últimos tiempos, ha deslindado intimidad y patrimonio, declarando la imposibilidad de que las personas jurídicas puedan sean titulares del bien jurídico intimidad⁶³⁰. Desde luego, en refrendo de esta heterogénea naturaleza de los intereses tutelados en el genérico título XII del ACP (**De los delitos contra la libertad y seguridad**), el vigente CP con mayor bondad sistemática regula separadamente, en títulos diversos, los atentados a estos diferentes bienes jurídicos⁶³¹.

modo, como exclusivas violaciones de secreto profesional de no funcionarios. En sentido análogo, vid. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., **Derecho penal...**, *op. cit.*, pp. 199 y 200.

⁶²⁹ Así, vid. MORALES PRATS, F., **La tutela penal de la intimidad...**, *op. cit.*, p. 148, respecto del secreto bancario y pp. 209 y ss., exhaustivamente, para el concepto y fundamento del secreto profesional; vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., en **La protección penal...**, *op. cit.*, pp. 33-36 y 129-132, por lo que se refiere a las diferencias entre secreto empresarial y secreto profesional. Sin duda, como se expuso al comienzo del capítulo, la protección del secreto industrial tuvo su originaria tutela en el artículo 424 CP de 1822, en el que, tras un particularizado elenco de diversos oficios, se incluía una cláusula general («cualesquiera otros, que **habiéndoseles confiando un secreto por razón de su estado, empleo ó profesion**, lo revelen»), en el que tenía, por tanto, cabida la figura del encargado, empleado u obrero. Sin embargo, esta regulación no ha sido mantenida por ninguno de los códigos posteriores.

⁶³⁰ Vid. ATC 257/1985, de 17 de abril; STC 231/1988 (RTC 1988, 231); STC 197/1991 (RTC 1991, 197); STC 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993, 142); STC 57/1994 (RTC 1994, 57); STC 143/1994, de 9 de mayo (RTC 1994, 143); ATC 30/1998, de 28 de enero; STC 98/2000, de 10 de abril (RTC 2000, 98), entre otras resoluciones.

⁶³¹ Los preceptos destinados a la protección de la intimidad se ubican en el título X del CP, rubricado **Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio**. Por el contrario, los delitos reguladores del secreto de empresa se hallan en el título XIII del CP, intitulado **Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico**.

El abandono de la vinculación del secreto a intereses entroncados con la rúbrica del título en el que se ubicaba el art. 499 y su progresivo entendimiento, por el contrario, desde una perspectiva económica, centrada en la trascendencia competitiva del secreto en el mercado, se debe, en gran medida, al prof. BAJO FERNÁNDEZ, que postuló como bien jurídico protegido en dicho precepto la **capacidad competitiva de la empresa**. Esta tesis, defendida ya respecto del art. 499 ACP y acogida mayoritariamente por la doctrina, tras la aprobación del CP vigente, constituye una valiosa aportación que merece ser objeto de estudio.

4. Delitos contra la capacidad competitiva de la empresa.

BAJO FERNÁNDEZ fue el primero en seleccionar como bien jurídico protegido en el artículo 499 ACP la capacidad competitiva de la empresa⁶³². A pesar de la rúbrica que acogía este precepto, BAJO advirtió que lo tutelado no era el secreto en sí mismo, como manifestación de la libertad de voluntad, sino que la norma trataba ya de proteger el interés económico que el secreto encierra para la empresa⁶³³. La exclusividad fáctica que

⁶³² Así, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado...*, *op. cit.*, pp. 287-289 y BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de derecho penal, Parte especial...*, *op. cit.*, p. 379. Posteriormente, éste ha sido el bien jurídico propuesto respecto al artículo 499 ACP por JORGE BARREIRO, A., "Descubrimiento y revelación...", en *op. cit.*, p. 277; ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid, 1987, p. 168; SERRANO PIEDECASAS, J.R., "Consideraciones...", en *op. cit.*, p. 873; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, 8ª. ed., Valencia, 1991, p. 158; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., "Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la <información> como valor económico de empresa", en ARROYO ZAPATERO, L./TIEDEMANN, K., *Estudios de derecho penal económico*, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 190-191 y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, p.168.

⁶³³ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado...*, *op. cit.*, p. 289 y BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 379; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 168 y JORGE BARREIRO, A., "Descubrimiento y revelación...", en *op. cit.*, p. 279.

proporciona la reserva de esos conocimientos deviene un instrumento clave para incrementar la propia capacidad competitiva en el mercado, influyendo positivamente en la posición que la empresa ostenta en el mercado. En este sentido, el interés económico se cifra, precisamente, en el interés de la empresa en mantener su situación de mercado. El secreto industrial, pues, se presenta como un claro valor de empresa, cuyo descubrimiento puede aumentar la capacidad competitiva de los rivales o disminuir la propia⁶³⁴. En definitiva, el secreto aparece como un valor del activo patrimonial de la empresa, cuya revelación puede ocasionar a su poseedor un perjuicio económico evaluable tanto en la pérdida de la explotación en exclusiva de tales conocimientos como en la pérdida de las inversiones económicas realizadas para la obtención de dichos resultados⁶³⁵. Con lo que se evidencia la protección directa e inmediata del aspecto patrimonial o económico del bien jurídico protegido⁶³⁶.

Precisamente, al constatar la trascendencia competitiva del secreto industrial para su poseedor, se destaca por algunos autores su afinidad con la propiedad industrial, al resultar el secreto industrial, **«como la patente, un medio de conseguir el comerciante la exclusividad en el uso de un objeto de interés comercial»**⁶³⁷. A continuación, este sector doctrinal precisa lo que

⁶³⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado...*, *op. cit.*, p. 289 y BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 379; SERRANO PIEDECASAS, J.R., "Consideraciones...", en *op. cit.*, p. 874.

⁶³⁵ CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 133.

⁶³⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado...*, *op. cit.*, p. 289 y BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 379.

⁶³⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado...*, *op. cit.*, p. 277; BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 376 y, recientemente, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, Madrid, 2001, p. 482; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 169.

singulariza al secreto frente a estos otros instrumentos competitivos de los que también dispone el empresario, proponiéndose como criterio delimitador el del **registro**. Así, se sostiene que la diferencia fundamental que delimita los ámbitos de aplicación de los preceptos que protegen los derechos de propiedad industrial (art. 534 ACP; arts. 273 y ss. CP 1995) y el art. 499 ACP (arts. 278 y ss. CP 1995) radica en que, mientras en aquellos se protege la propiedad industrial registrada, **en el art. 499 se protege la propiedad industrial no registrada, esto es, el secreto**⁶³⁸. En esta medida, se afirma que, a pesar de su ubicación, se trata de un delito contra la propiedad industrial **stricto sensu**, y no contra la libertad de competencia, puesto que, aunque afecte negativamente a ésta, lo hace a través de un bien jurídico de titularidad individual, cual es el derecho del titular del secreto industrial a que se siga manteniendo oculto⁶³⁹.

Ciertamente, el secreto empresarial se sitúa en la zona de máxima proximidad del derecho de la competencia desleal al derecho de los bienes inmateriales⁶⁴⁰. Como se sabe, secreto y propiedad industrial comparten tanto algunas informaciones y conocimientos susceptibles de integrar su objeto⁶⁴¹, como la función económica y el objetivo de fomento del progreso al que se enderezan. A tenor de estas semejanzas se reivindica, en relación a

⁶³⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado...*, *op. cit.*, p. 286; BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 377, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *op. cit.*, p. 490; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 168-169; MARTOS NÚÑEZ, J.A., *Derecho penal económico*, Madrid, 1987, pp. 302-303 y POLAINO NAVARRETE, M., "Descubrimiento y...", en *op. ult. cit.*, p. 596, quien afirma que el bien jurídico protegido está constituido «por el <derecho de propiedad industrial>, que corresponde al propietario de una industria como tal».

⁶³⁹ TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 169.

⁶⁴⁰ Así, vid. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de...*, *op. cit.*, p. 1076.

⁶⁴¹ Vid. infra, parte II, capítulo II, relativo a la configuración del objeto, en el que según se analizará, ciertas informaciones son susceptibles de ser tuteladas por la propiedad industrial o por el secreto, en virtud de la decisión del empresario.

los delitos examinados, la propiedad industrial como bien jurídico protegido y su reubicación, por tanto, tras los preceptos destinados a su tutela⁶⁴². A nuestro juicio, sin embargo, la consideración del secreto a modo de propiedad industrial no registrada no se muestra convincente. Si la propia inclusión del secreto en la noción de propiedad industrial no resulta reprochable desde un punto de vista técnico, la equiparación con una de sus modalidades no parece compatible. El secreto ni reserva a su poseedor un *ius prohibendi* ni puede ser considerado objeto de una modalidad de propiedad industrial, sin mayor matización⁶⁴³.

⁶⁴² Así, por ejemplo, GUINARTE CABADA, G., "Consideraciones político-criminales...", en ***EPCr., op. cit.***, p. 169, ante la inexistencia en el ACP de un capítulo destinado a regular los delitos contra la competencia, propugnaba la regulación de la violación de secretos al lado de los delitos contra la propiedad industrial. Recientemente, también, GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA VV, (COBO DEL ROSAL, M., Dir.), ***Curso de derecho penal español, Parte especial, I***, Madrid, 1996, p. 796, propone su inclusión entre los delitos contra la propiedad industrial.

⁶⁴³ La única definición de propiedad industrial que puede encontrarse en nuestro ordenamiento positivo y que, además, es común a todos los países miembros de la Unión Europea, es la proporcionada por el artículo 1.2 CUP (Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, de 20 de marzo de 1883, vigente en España según el Texto del Acta de Estocolmo de 1967), que se expresa en los siguientes términos: «La 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». La doctrina ha censurado la inclusión de la represión de la competencia desleal entre las modalidades de propiedad industrial, puesto que aquella, a diferencia de éstas, no otorga a su titular un *ius prohibendi*, obedeciendo su inclusión a una concepción patrimonialista y primaria de la materia, alejada de los postulados y fines que, en la actualidad, rigen en nuestro país y en los de nuestro entorno (así, MASSAGUER FUENTES, J., ***Los derechos de propiedad industrial e intelectual ante el derecho comunitario: libre circulación de mercancías y defensa de la competencia***, CEFI, Madrid, 1995, p. 22 y para una sólida argumentación a favor de la emancipación de los principios reguladores e interpretativos de la competencia desleal de los de la propiedad industrial, vid. PORTELLANO DÍEZ, P., ***La imitación en el Derecho de la competencia desleal***, Madrid, 1995, nota a pie número 268, pp. 159-161). Tampoco se muestra partidaria de considerar el secreto empresarial integrado en las modalidades de la propiedad industrial (así, vid. PORTELLANO DÍEZ, P., "Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista", en ***op. cit.***, pp. 726-728) y, si se considera incluido, se destaca la reprochabilidad técnica de tal conclusión (así, vid. MASSAGUER FUENTES, J., ***ibidem***). Por su dimensión y complejidad, no puede abordarse la correcta interrelación entre el derecho de la propiedad industrial y la disciplina de la competencia desleal, arduo proyecto que requiere una sólida formación mercantil de la que se carece. Sin embargo, en la medida en que dicha imbricación pueda proyectarse sobre el secreto, debe subrayarse la inconveniencia de un entendimiento del secreto a modo de propiedad industrial no registrada, tributario de una concepción patrimonialista, que pudiese desatender la realidad en la que, efectivamente, se desenvuelve la disciplina del secreto.

Las modalidades de la propiedad industrial atribuyen a su titular un derecho de explotación exclusiva, característica que las aleja del secreto empresarial, cuya dinámica, como se sabe, se muestra mucho más próxima a la disciplina de la competencia desleal. Por ello, la ausencia de semejanzas estructurales desaconsejan su equiparación. Ahora bien, sentado lo anterior, ciertamente no puede pasarse por alto que los secretos empresariales, al menos **formalmente** y desde una **perspectiva positiva**, son en particular modalidades de propiedad intelectual, como se sigue del artículo 1.2 y del artículo 39 del Acuerdo ADPIC, regulador de la protección de la información no divulgada⁶⁴⁴. No obstante, esta calificación no predetermina el contenido de la protección jurídica, esto es, no implica la asignación de un derecho de exclusión a los titulares de secretos empresariales. Por el contrario, parece que el objetivo perseguido radica en trasladar a la protección jurídica de los secretos empresariales toda la superestructura del régimen jurídico de la propiedad intelectual (en el sentido del ADPIC), integrada por algunos principios y reglas que no rigen en materia de represión de la competencia desleal, como, por ejemplo, el principio de nación más favorecida (art. 4 ADPIC)⁶⁴⁵. Por ello nos parece, ante todo, una inclusión de carácter meramente formal, cuya razón de ser no estriba en semejanzas estructurales y funcionales.

Inserto en este marco de protección (la propiedad industrial no registrada), y retomando el hilo de la explicación inicial, el bien jurídico

⁶⁴⁴ El art. 1.2 del Acuerdo ADPIC establece que «A los efectos del presente Acuerdo, la expresión “propiedad intelectual” abarca todas las categorías de propiedad intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II») y el artículo 39, ubicado en la sección 7, regula la protección de la información no divulgada. Como se sugiere en texto, no parece que la inclusión de una materia en un tratado internacional deba determinar inequívocamente su naturaleza jurídica.

⁶⁴⁵ Así, vid., más extensamente, MASSAGUER FUENTES, J.J., **Comentario a la ley...**, *op. cit.*, p. 391.

protegido se ciñe a la capacidad competitiva de la empresa, en cuyo estudio distinguiremos la regulación proporcionada por el ACP y la otorgada por el vigente, dada la profunda reforma que éste último ha operado.

I) Por lo que se refiere al art. 499 ACP, el esfuerzo doctrinal por combatir las deficiencias y el desfase del precepto (la rúbrica, la restricción del sujeto activo, la propia del precepto derivada de los términos empleados –secreto industrial, fábrica, establecimiento industrial--, entre otras cuestiones) para adecuarse a las necesidades de la sociedad actual, se observa, especialmente, en la tesis de BAJO FERNÁNDEZ al seleccionar este bien jurídico. Aunque es, precisamente, esta insuperable limitación legal la principal objeción formulable, **de lege lata**, a la propuesta de dicho bien jurídico en el ACP. De una parte, la específica delimitación del sujeto activo (encargado, empleado u obrero) evidenciaba la amplitud del círculo de otros posibles agentes que podían, asimismo, poner en peligro el bien jurídico (capacidad competitiva de la empresa) y frente a cuyos ataques éste se veía desprotegido. Así, por ejemplo, cualquier sujeto competidor o tercero que no se hallase vinculado contractualmente con la fábrica o establecimiento industrial; además, tampoco podían ser sujetos activos del delito quienes, aun estando contratados, no encajaban en una de las tres categorías enumeradas taxativamente en el precepto, ya se tratase de altos cargos (así, los administradores de la sociedad), ya de cualquier otro ligamen contractual distinto al descrito (así, un técnico de mantenimiento de los equipos o maquinaria de la fábrica, que, acude, puntualmente a revisarlos o a repararlos). La imposibilidad para proteger en su integridad la capacidad competitiva de la empresa, cuya vulneración podía ser acometida por cualquiera de todos estos sujetos revelaba la disparidad del citado bien jurídico con la originaria **ratio** que debió de presidir su creación, a cobijo del modelo normativo instaurado por el código penal napoleónico.

Como se ha señalado, esta incontrovertible restricción de los sujetos activos del delito, cifrada en el desempeño de una actividad dentro de la misma industria en régimen de subordinación laboral, conduce a la admisión de que se sancionaba la infracción de un deber específico derivado del vínculo contractual que asumía el empleado. Y sobre esta relación de dependencia laboral frente al empresario se estructuraba el delito. Así, los preceptos que, siguiendo el modelo francés, se vertebran en torno a esta obligación de fidelidad del trabajador, parecían perseguir otra finalidad o, cuando menos, algún objetivo adicional a la protección de la propia capacidad competitiva. Al respecto, se ha señalado que se trataba de asegurar y proteger unas concretas «relaciones de producción, a saber, aquellas que se apoyaban en el sometimiento de los trabajadores al capital a través de la solidaridad y comunidad de intereses en el progreso y buen desarrollo de la industria»⁶⁴⁶, que interesaba tanto al patrono como al trabajador. Desde luego, se trata de una regulación marcada por la impronta política, económica y jurídica del siglo XIX, de profundo talante liberal e individualista⁶⁴⁷, que quizá no trataba tanto de garantizar el resultado del trabajo de los empleados sino de robustecer la propia libertad económica del empresario, singularizada, en efecto, en la libre organización de la producción, para cuya salvaguarda se preservaba de perturbaciones y peligros de los propios empleados, cuya participación en el proceso de producción en la industria decimonónica era fundamental.

⁶⁴⁶ Así, por ejemplo, CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, pp. 88 y 135.

⁶⁴⁷ Como advierte QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal española”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, T. II, Barcelona, 1983, pp. 783, 784 y 788, el uso jurídico de determinados conceptos es inseparable de simultáneos planteamientos ideológicos o políticos. Así ocurre con los delitos económicos que se formulan a partir del sistema económico de cada país, que, a su vez, deviene inescindible del sistema político. Por ello, bien puede decirse que la ideología política efectivamente dominante es la que determina cómo son y se aplican los delitos económicos.

II) Ciertamente, la aprobación del CP de 1995 ha operado una profunda reforma en la regulación de estos delitos trascendente en diversos ámbitos y, entre ellos, en el relativo a la postulación del bien jurídico protegido. La nueva ubicación de los artículos 278 a 280 del CP, reguladores del secreto empresarial, en el título dirigido a los **Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico** y, concretamente, en la sección 3ª, destinada a los **Delitos relativos al mercado y a los consumidores**, confirma la trascendencia económica y competitiva del secreto y, en esa medida, su entendimiento como un claro valor de empresa. Así, la doctrina mayoritaria, siguiendo la tesis originariamente propuesta por BAJO FERNÁNDEZ, propone como bien jurídico protegido en los arts. 278 y ss. CP la **capacidad competitiva de la empresa**⁶⁴⁸.

⁶⁴⁸ Así, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *op. cit.*, p. 490; GONZÁLEZ RUS, J.J., en AA VV, (COBO DEL ROSAL, M., Dir.), **Curso de derecho penal español, Parte especial, I**, Madrid, 1996, p. 796; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., en AA VV, **Comentarios al Código Penal de 1995**, Volumen II, Valencia, 1996, p. 1359; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., **Derecho penal económico, Parte especial**, Valencia, 1999, p. 70; MORENO Y BRAVO, E., en AA VV, (BACIGALUPO, E., Dir.), **Curso de derecho penal económico**, Madrid, 1998, p. 280; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en AA VV (RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Dir.), **Comentarios al Código Penal** Madrid, 1997, p. 800; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en AA VV, **Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)**, Volumen II, Madrid, 1998, p. 531 y análogamente, para GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D., **El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador**, Madrid, 1996, p. 142, se lesiona la seguridad que para la posición de la empresa en el mercado supone el conocimiento exclusivo de ciertos datos. Según MORENO CÁNOVAS, A./RUIZ MARCO, F., **Delitos socioeconómicos**, Zaragoza, 1996, p. 121, el interés protegido puede ser identificado con «la capacidad competitiva de la empresa o, mejor aún, con uno de los instrumentos que posibilitan el mantenimiento de esa capacidad». Parece, pues, que como bien jurídico protegido se alude al propio secreto de empresa. Esta conclusión no parece compatible, puesto que de nuevo conllevaría la denostada equiparación del objeto jurídico protegido (según la teoría analizada, la capacidad competitiva) y de la técnica empleada para su tutela (el secreto). A nuestro parecer, el secreto de empresa asume carácter instrumental y su previsión se endereza a la protección del interés económico objeto de tutela. Desde luego, en cualquier ámbito de valores, cuya protección se arbitre sobre un concepto instrumental como el del secreto, deberá adoptarse una especial cautela a fin de que su empleo no enturbie la elucidación del verdadero objeto de protección. Más ampliamente sobre este particular, vid. supra, capítulo II, epígrafe 3.2.

Sin duda, la percepción del valor económico del secreto de empresa y de su significación como importante instrumento competitivo deviene extraordinariamente acertada. De hecho, así ha sido advertido y reflejado por el legislador en todos los proyectos previos al definitivamente aprobado en 1995. Así, por ejemplo, en ocasiones, se ha hecho referencia expresa en el articulado a la necesidad de la puesta en peligro de la capacidad competitiva de la empresa⁶⁴⁹ o, en otros casos, se ha mencionado explícitamente la necesidad de que el secreto fuese evaluable económicamente y comportase ventajas competitivas⁶⁵⁰. Así pues, la tesis de la capacidad competitiva es la que resulta más adecuada al tenor del vigente CP y, en esa medida, no deviene una propuesta desacertada o desdeñable. Ahora bien, dada la pluralidad de infracciones estrechamente emparentadas que el capítulo, en el que se insertan estos preceptos (***De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores***), aglutina, parece oportuno, en la medida de lo posible, atender a los perfiles y rasgos propios de cada una de estas figuras a fin de avanzar en la circunscripción del bien jurídico, adicionándolo a las características que comparten dichas figuras y cuya consideración permite asumirlas como presupuesto de partida y proponer las diferencias.

Es decir, advertida y admitida la significación competitiva del secreto, es posible ya avanzar en la inteligencia del bien jurídico y averiguar qué distingue este concreto instrumento de otras armas o herramientas que también inciden sobre la capacidad competitiva de la empresa que las posee. En efecto, el disfrute de derechos de exclusiva, como los derivados

⁶⁴⁹ Así, vid. el artículo 351 del Proyecto de Código Penal de 1980 (en adelante, PCP 1980) y el artículo. 277 Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (en adelante, PANCP 1983).

⁶⁵⁰ Así, vid. los artículos 284 y 285 del Proyecto de Código Penal de 1992 (en adelante, PCP 1992).

de la propiedad intelectual o industrial (derechos de autor⁶⁵¹, patentes de invención, patentes sobre otras creaciones industriales, marcas, signos distintivos, etc.) puede aumentar o disminuir la capacidad competitiva de la empresa que los posee (piénsese, por ejemplo, en la trascendencia de los derechos de autor sobre el **software** de Microsoft, en la de las **copyright industries**⁶⁵², o en la de los derechos de explotación de las patentes de cualquier empresa o laboratorio farmacéutico) y, sin embargo, no se identifica como bien jurídico unitario en todos ellos la capacidad competitiva de dichas empresas⁶⁵³. Antes bien, parece que todos estos delitos (delitos

⁶⁵¹ En este caso, se hace referencia a los derechos exclusivos de explotación (derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) sobre la obra, regulados en los artículos 17 (sobre el objeto general de la propiedad intelectual) y 99 (sobre los programas de ordenador) de la vigente LPI.

⁶⁵² Ya en 1977, las «copyright industries» produjeron el 2,8 % del PIB de EE UU (citado en MASSAGUER FUENTES, J.J., «Aproximación sistemática...», en *op. cit.*, p. 261, n. 63). Acerca de las «industrias del copyright», vid. «The Future of Intellectual Property in Europe. Thoughts on the Development of Patent, Utility Model and Industrial Design Law», en *IIC*, vol. 22, núm. 2, 1991, pp. 160-161.

⁶⁵³ La vinculación de los delitos relativos a la propiedad intelectual a la competencia económica no es una cuestión pacífica ni sencilla. Desde luego, la LPI concede un peso específico a las disposiciones que regulan las facultades o derechos económicos de explotación; de igual modo, el CP de 1995 hace especial hincapié en la protección de la vertiente patrimonial del bien jurídico. En esta medida, la exigencia del elemento subjetivo relativo al ánimo de lucro en el art. 270 CP, parece respaldar la dimensión patrimonial del bien jurídico y el requerimiento de la doctrina de que este delito tuviese siempre un componente de perjuicio económico (así, vid. QUINTERO OLIVARES, G., en GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. y QUINTERO OLIVARES, G., *Protección penal de los derechos de autor*, Madrid, 1988, pp. 30 y ss.; CARMONA SALGADO, C., *La nueva ley de propiedad intelectual*, Madrid, 1988, pp. 197 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido», en *ADPCP*, 1990, pp. 854-856; recientemente, vid. QUINTERO OLIVARES, G., «Comentario a los artículos 270 a 272 CP», en AA VV (QUINTERO OLIVARES, Dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, 1999, p. 603; BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *op. cit.*, p. 439). Sin embargo, a pesar de este reconocimiento mayoritario de la vertiente patrimonial del derecho de autor, la doctrina ha rechazado su ubicación entre los delitos contra el orden socioeconómico (así, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *op. ult. cit.*, pp. 849-850; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, 11ª. ed., Valencia, 1996, p. 427 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, Parte especial*, Valencia, 1999, pp. 28-29). En concreto, MARTÍNEZ-BUJÁN considera que estos delitos no sólo no pueden incluirse en la categoría de los delitos socioeconómicos, sino que ni siquiera guardan parentesco sustancial con el resto de figuras delictivas que se insertan en el capítulo XI, esto es, con las infracciones que pueden entenderse vinculadas o agrupadas sistemáticamente con la competencia económica. Por el contrario, SEGURA GARCÍA, M.J.,

contra la propiedad intelectual, delitos contra la propiedad industrial, delitos relativos a la vulneración de secretos de empresa) afectan, ciertamente, a la capacidad competitiva de la empresa, aunque, a tenor de las notas que los caracterizan en sí mismos y que, en esa medida, permiten diferenciarlos entre ellos, la doctrina propone heterogéneos y diversos bienes jurídicos para cada uno de ellos. Así, por ejemplo, en los delitos relativos a la propiedad industrial el objeto de tutela se cifra en los derechos de exclusiva de explotación sobre determinados bienes inmateriales, sin perjuicio de la mayor concreción que se reclama a la vista de los diversos objetos que

Derecho penal..., *op. cit.*, pp. 147-148, no sólo afirma esta relación, sino que considera que los derechos contra la propiedad intelectual pertenecen a la categoría de los derechos sobre bienes inmateriales, los que, a su vez, se ubican dentro del Derecho de la competencia, en sentido amplio. Por tanto, según la citada autora los derechos relativos a la propiedad intelectual forman parte del derecho de la competencia. A nuestro parecer, como se dijo al abordar al naturaleza del secreto, diversas cuestiones deben ser observadas. De una parte, la realidad actual evidencia la creciente proximidad funcional entre la propiedad industrial y la intelectual. La creciente comercialización de las creaciones relacionadas con el **copyright** y la magnitud de su explotación económica han motivado la atención prestada, desde el punto de vista de la política comercial, económica y jurídica, dentro del entramado de las últimas negociaciones del GATT. Al efecto, el Acuerdo ADPIC engloba bajo la expresión «intellectual property» los derechos de autor y conexos, las marcas de fábrica o de comercio, las indicaciones geográficas, los dibujos y modelos industriales, las patentes, los esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados y la protección de la información no divulgada. Parece, pues, que la restricción que provocan estos derechos económicos exclusivos de reproducción y distribución de las obras (piénsese en los programas de ordenador) los asemejan a la función que cumple el sistema de patentes de acicate y fomento para la innovación en la producción de obras originales, que, de este modo, pasa a estar ordenada por la competencia (así, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., “Aproximación sistemática...”, en *op. cit.*, p. 261). Así pues, parece que la semejanza con la propiedad industrial no sólo es ya estructural sino también funcional, demostrando cada vez una mayor tendencia a la equiparación. En esta medida, parece que tanto la inclusión de los delitos relativos a la propiedad intelectual en la categoría de socioeconómicos como su vinculación sistemática a la competencia económica resultan postulables. Ahora bien, no puede compartirse su consideración como una rama integrante, junto con la rama del derecho de la competencia desleal, del derecho de la competencia, entendido en sentido amplio. La falta de semejanza estructural entre estos derechos y la disciplina de la competencia desleal conduce a postular el mantenimiento del derecho de los bienes inmateriales —en el que se ubican— y el derecho de la competencia, como dos ramas del derecho mercantil estrechamente emparentadas, pero distintas. En cualquier caso, en esta investigación se hará referencia al derecho de autor o la propiedad intelectual, partiendo de su pertenencia al orden de los delitos socioeconómicos y de su vinculación a la competencia.

pueden resultar amparados por cada título de propiedad industrial⁶⁵⁴. Por tanto, no se trata de una tesis errónea sino, cuando menos, de una propuesta susceptible de mayor precisión.

Una conclusión análoga defiende CARRASCO ANDRINO, al considerar ésta (capacidad competitiva de la empresa) la postura doctrinal que más se ajusta pero no la que mejor define el bien jurídico protegido⁶⁵⁵. Así, se arguye que no todos los aspectos secretos de una empresa que inciden sobre su capacidad competitiva pueden constituirse como secretos de empresa penalmente, como, por ejemplo, la falta de liquidez y/o solvencia de la empresa, sus relaciones con los proveedores, puesto que, según la citada autora, carecen de valor patrimonial autónomo, con lo que dejan de ser relevantes como instrumento competitivo; de igual modo, la experiencia y habilidad profesional del trabajador afecta, también, a la capacidad a la capacidad competitiva de la empresa e incluso existe una cierta reserva en relación a las mismas, pero, sin embargo, su utilización o revelación no resulta punible⁶⁵⁶.

Desde luego, aunque la conclusión alcanzada por CARRASCO ANDRINO resulta plenamente compartible, no ocurre lo mismo con los argumentos empleados en su razonamiento. A nuestro parecer, de un lado,

⁶⁵⁴ Así, vid. GUINARTE CABADA, G., *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Madrid, 1988, p. 162; SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 209; VALLE MUÑIZ, J.M., "Comentario a los artículos 273 a 277 CP", en AA VV (QUINTERO OLIVARES, Dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, 1999, p. 622; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, Parte especial, op. cit.*, p. 34. Como advierte la doctrina, la vinculación a la competencia económica de la propiedad industrial constituye el *fin último* o *primer nivel de salvaguarda* (SEGURA GARCÍA, pp. 221 y ss.) o *bien jurídico mediato* protegido (MARTÍNEZ-BUJÁN) por la norma, mientras que los derechos de exclusiva devienen el *segundo nivel de salvaguarda* o *bien jurídico inmediato* tutelado por estos preceptos.

⁶⁵⁵ CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 139.

⁶⁵⁶ CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 140.

la inidoneidad de esta propuesta doctrinal (tesis de la capacidad competitiva) no resulta de la existencia de esas informaciones reservadas con incidencia en la capacidad competitiva, pero que no integran el secreto de empresa penal, por carecer de valor intrínseco, sino que se justifica por la razón anteriormente expuesta. Por otra parte, cualquier información que reúna los requisitos configuradores analizados constituye secreto de empresa a efectos penales, puesto que dichos requisitos han sido utilizados como criterio delimitador del mismo. Y será **posteriormente** cuando deba corroborarse, en el tipo de injusto de que se trate, si su adquisición, revelación o utilización ilícitas han sido capaces de ofender el jurídico protegido. Por tanto, como se expondrá al abordar el estudio del objeto típico, los datos relativos a la organización interna de la empresa, a sus relaciones, a conocimientos no susceptibles de explotación continuada, entre otros ejemplos considerados por algún sector doctrinal sin valor intrínseco, constituirán secreto de empresa penal siempre que cumplan los requisitos configuradores, con carácter previo al enjuiciamiento sobre la vulneración del bien jurídico. En cuanto a las habilidades, formación y experiencia profesional, el problema es, en algunas ocasiones, complejo. Ahora bien, a nuestro juicio, estos casos, que constriñen a una difícil disección entre secreto de empresa y formación o bagaje profesional de un sujeto, proyectan la discusión sobre el **carácter secreto** de los mismos, esto es, sobre si estas habilidades constituyen o no secreto de empresa. En esta medida, pues, el debate afecta **al ámbito del objeto, pero no al del bien jurídico**.

En definitiva, asumiendo la trascendencia del secreto en la capacidad competitiva de la empresa y advirtiendo que se trata de una incidencia que comparte con otras figuras –todas aquellas que asumen instrumentalidad competitiva-- a las que se vincula estrechamente, conviene profundizar y progresar en la delimitación de los rasgos propios del secreto al objeto de

seleccionar lo más precisamente posible el objeto jurídico de tutela⁶⁵⁷. Por último, con carácter previo a formular nuestra toma de posición al respecto, debe revisarse, con brevedad, la tesis que señala como bien jurídico protegido la competencia leal.

5. Delitos contra la competencia leal.

Sin negar la afección del secreto a la capacidad competitiva de la empresa, se ha propuesto por algunos autores, como objeto de tutela de estos delitos, bienes jurídicos de carácter supraindividual, vinculados a la disciplina en la que se inserta el secreto, esto es, la competencia.

Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE formula como bien jurídico protegido la **competencia leal** entre los empresarios⁶⁵⁸. De modo análogo, SERRANO GÓMEZ propone como objeto de tutela el **derecho a la libre competencia** derivada de la actividad empresarial⁶⁵⁹. Recientemente, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, siguiendo la propuesta de MUÑOZ CONDE, señala como bien jurídico, inicialmente, la **lealtad en la competencia** de las empresas concurrentes en el mercado y concluye que, en suma, el bien jurídico protegido es el propio **sistema concurrencial en su conjunto** o el **correcto funcionamiento del mercado**⁶⁶⁰.

Las consideraciones formulables a estas tesis son las que se han realizado ya en la revisión de la anterior propuesta. Ciertamente, las

⁶⁵⁷ Y, a la vez, distinguirlo del objeto material.

⁶⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, 11ª. ed., Valencia, 1996, p. 438, que ha variado la postura sostenida anteriormente (en la 8ª. ed. de la obra, 1991, p. 158), cifrada en considera como bien jurídico protegido la capacidad competitiva de la empresa.

⁶⁵⁹ SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, 1997, p. 430.

⁶⁶⁰ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., *Protección penal...*, op. cit., pp. 102 y 110.

infracciones relativas a la violación del secreto de empresa constituyen actos de competencia desleal y, en esa medida, como se ha expuesto ya, su tutela se arbitra en interés de cuantos participan en el mercado y se endereza al objetivo de mantener mercados altamente transparentes y competitivos. Así, resulta incontrovertible la vinculación de estos ilícitos al derecho de la competencia económica y, en concreto, al de la competencia desleal. Ahora bien, así como la tarea de precisión del bien jurídico deviene siempre imprescindible y, en algunos ámbitos, no excesivamente compleja (por ejemplo, en algunos delitos que tutelan bienes materiales o bienes que son susceptibles de menoscabo físico), en este ámbito la identificación del bien jurídico predominante o prevalente resulta, de una parte, **imprescindible** por la pluralidad de intereses que, hallándose estrechamente emparentados, revisten características propias y, de otro lado, **ardua** y **compleja** por la dificultad de seccionar y separar los diversos intereses a los que afectan.

I) Por lo que atañe a la tesis del **correcto funcionamiento del mercado**, diversas objeciones impiden su admisión como único bien jurídico protegido. Por una parte, resulta un interés común a cuya tutela se dirigen prácticamente todas las figuras que aglutina la sección tercera y casi todo el capítulo XI⁶⁶¹. De otro lado, de subrayar la trascendencia de este interés, aunque sea como bien común mediatamente protegido en diversas figuras típicas, parece preferible formularlo de modo adecuado, esto es, aludiendo al verdadero objeto jurídico de protección, que se cifra en la **competencia económica**, concepto omnicomprendivo del de «mercado»⁶⁶². Como se ha analizado anteriormente, en el derecho de la competencia es la **competencia**

⁶⁶¹ Así, MARTÍNEZ PÉREZ, C., “Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de código penal de 1992”, en **EPCr.**, XVI, 1992-1993, p. 333, destaca como interés común a todas las figuras del capítulo XII (PCP 1992) el interés «en el correcto funcionamiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado».

⁶⁶² Así, en un sentido igualmente crítico con la referencia al término «mercado», MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La criminalización de la competencia desleal en el Proyecto de Código Penal de 1992”, en **PJ**, nº 28, 1992, pp. 237 y 254.

per se el objeto de protección, como principio político-institucional y normativo de ordenación y organización de las relaciones en el mercado.

En suma, la alusión a la competencia económica, y no al mercado, deviene un criterio sistemático aglutinador de diversas infracciones, cuya particularizada previsión obedece a la salvaguarda de heterogéneos bienes jurídicos irreductibles y cuya homogeneidad se cifra, precisamente, en la tutela de este interés colectivo en todas ellas⁶⁶³.

II) En cuanto a la tesis de la **competencia leal**, aunque se configura como un bien jurídico de carácter más restringido que el anterior, se trata de un interés asimismo salvaguardado en otros preceptos, como, por ejemplo, en los delitos relativos a la propiedad industrial o en el delito de publicidad engañosa⁶⁶⁴. Así, la admisión de esta tesis de la competencia leal como exclusivo bien jurídico protegido debería conducir, en puridad de principios, a su formulación como bien jurídico unitario en todas estas infracciones, lo que resulta insostenible. Cuestión distinta es, como se ha insinuado ya, la admisión de la presencia de estos bienes jurídicos como bienes mediatamente protegidos, lo que no excusa la indagación acerca de cuál es, en cada caso, el preeminente, sobre todo, atendidas las importantes funciones que la institución del bien jurídico está llamada a cumplir y, entre las que adquiere singular relevancia, la función de garantía y la exegética o interpretativa⁶⁶⁵. Como se sabe, en virtud de esta última, el bien jurídico

⁶⁶³ La inconveniencia de identificar este interés común con los bienes jurídicos que, primordialmente, cada figura del capítulo tutela, ha sido ya advertida respecto del PCP 1992 por MARTÍNEZ PÉREZ, C., "Los delitos relativos al mercado y a los consumidores en el proyecto de código penal de 1992", en *EPCr.*, XVI, 1992-1993, pp. 331 y 333.

⁶⁶⁴ Así, vid. MOLINA BLÁZQUEZ, C., "La criminalización de la competencia desleal en el Proyecto de Código Penal de 1992", en *PJ*, nº 28, 1992, pp. 248 y ss.

⁶⁶⁵ Así, vid., entre otros, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 320-326; MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 4 ed., Barcelona, 1996, pp. 137-138.

guiará la tarea de descubrir el sentido y la finalidad de un determinado tipo en el seno de la interpretación teleológica, que, en derecho penal, posee la máxima significación⁶⁶⁶. Desde luego, ello no significa que esos intereses concurrentes de carácter secundario o de protección mediata en cada concreta figura o la noción de bien jurídico mediato carezca de trascendencia, puesto que puede poseer incidencia en el adecuado cumplimiento de otras funciones que se asignan al bien jurídico. Así, en el caso de la función de límite y orientación del ius puniendi (función político-criminal atinente a la creación o supresión de delitos), en el de la función sistemática y, también, en la función de criterio de medición o determinación de la pena (en la medida en que la incidencia mediata sobre un bien jurídico adicional al directamente protegido pueda tomarse en consideración en la determinación de la gravedad del injusto)⁶⁶⁷.

En esta medida, la tesis cifrada en la lealtad competitiva o en el correcto funcionamiento del mercado como bienes protegidos no parece desacertada, pero, a nuestro parecer, se revela en sí misma insuficiente y evidencia la necesidad de proseguir bien en su delimitación bien en la averiguación de otros posibles intereses o valores protegidos. Así, procede ya recapitular lo analizado a lo largo de esta primera parte de la investigación, acometida desde el objetivo de lograr una progresiva y secuencial precisión del bien jurídico.

III. La concreción del objeto jurídico de protección penal. Posición personal.

⁶⁶⁶ Así, vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 4 ed., Barcelona, 1996, p. 137 y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, Parte general*, Valencia, 1998, p. 91.

⁶⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, Parte general*, Valencia, 1998, pp. 91-92 y COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 320-321, por lo que se refiere a su incidencia en la función exegética.

1. Bien jurídico protegido.

Según se ha expuesto detalladamente, la naturaleza del secreto empresarial como bien esencialmente económico evidencia su condición de valioso instrumento del que dispone el empresario en la lucha competitiva. En esta medida, **la dinámica del secreto de empresa**, cuya vulneración deviene un claro supuesto de deslealtad competitiva, **y la propia esencia del bien jurídico**⁶⁶⁸, en su condición **apriorística**, no puede ser aprehendida desvinculadamente del derecho de la competencia económica y, en concreto, de la disciplina de la competencia desleal⁶⁶⁹. Ello ha motivado un profundo estudio de la configuración de esta materia, al objeto de proyectar su pensamiento rector o principios fundamentales sobre los intereses jurídicos tutelados por ella. Así, tal como se ha concluido, en nuestro ordenamiento, la vigente LCD se vertebra sobre el principio de una competencia por el propio esfuerzo o eficiencia (**Leistungsprinzip** o

⁶⁶⁸ En este trabajo de investigación, se sigue una concepción del bien jurídico de carácter mixto o de corte sociológico-constitucional. En palabras de MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J.M., **Manual de derecho...**, op. cit., p. 284, se postula un **concepto de bien jurídico de corte sociológico y constitucionalmente orientado**. A esta orientación parece adscribirse, asimismo, la concepción de algunos autores como TERRADILLOS BASOCO, J., "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en **RFDUC**, nº 63, 1981, pp. 136, 142, 146, que identifica el bien jurídico con las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas y HORMÁZABAL MALARÉE, H., **Bien jurídico y Estado social, democrático y de derecho**, Barcelona, 1991, pp. 161 y ss. y, en especial, p. 167.

⁶⁶⁹ En esta parte de la investigación, se está haciendo referencia al concepto de bien jurídico como un **a priori**, esto es, como un concepto anterior y preexistente al del tipo. Se trata de indagar sobre ese dato del que debe partir el legislador cuando construye la norma: el interés cohonestable con el resto del ordenamiento, que con ella se quiere proteger (así, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., **Derecho penal, Parte general. Teoría jurídica del delito**, 2ª ed., Madrid, 1986, pp. 159-160). Desde luego, no se desconoce la complejidad de abordar el estudio sobre el bien jurídico, sin que en su acotación y en la exposición se entremezcle la triple condición que, según los citados autores, el concepto de bien jurídico cumple **a un tiempo** respecto al del tipo: la de ser, de una parte, anterior a él; regidor del alcance y significado de los concretos tipos ya existentes y, en este contexto, resultar, a la vez, en buena medida aprehensible a través de los términos en que cada conjunto de tipos y cada tipo en particular se expresan.

Leistungswettbewerb) (arg. ex arts. 5 y ex arts. 6 a 13 LCD), de corte institucional (arg. ex art. 1 LCD, entre otros muchos) y arbitrada en interés de todos los que participan en el mercado (art. 1 LCD). De modo que la identificación del bien jurídico técnicamente protegido⁶⁷⁰, en los preceptos relativos al secreto de empresa, obligará a aislar y recortar, en la medida de lo posible, el interés jurídico predominantemente protegido en este marco general de tutela en el que se inserta (la competencia económica por las propias prestaciones).

Las conclusiones alcanzadas a lo largo del presente capítulo permiten afirmar que la tutela del secreto empresarial no persigue la protección de la intimidad del empresario, la de una esfera reservada de sus negocios, a modo de prolongación de la que goza como persona física, o la de la propiedad especial de ciertas creaciones o informaciones, sino que ***pretende preservar los resultados fruto del propio esfuerzo y fomentar, así, el avance y el progreso también mediante el propio esfuerzo, y sin apropiación indebida del esfuerzo ajeno***⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ Cada vez con mayor frecuencia, la doctrina suele referirse, tanto al estudiar la teoría general del delito como al analizar el objeto jurídico de protección de las diversas figuras típicas, a un bien jurídico «mediato» como noción diferente a la de bien jurídico «inmediato». Esta última noción (a la que también se alude con las expresiones bien jurídico específicamente protegido o directamente protegido) designa la categoría del bien jurídico protegido en sentido técnico. Por contra, la acepción de bien jurídico mediato se vincula a la de ***ratio legis*** o «finalidad objetiva de la norma». Aunque estos conceptos pueden coincidir, la doctrina reclama que sean perfectamente deslindados conceptualmente. Así, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., ***Derecho penal..., op. cit.***, pp. 320-321, afirman que las ***razones*** motivadoras de la incriminación de una conducta como delito o las diversas causas políticocriminales tenidas en cuenta por el legislador no son, necesariamente, coincidentes con el bien jurídico, de modo que pueden encontrarse detrás y conferirle incluso sus últimas precisiones pero no ser identificadas con él. Así, la ***ratio legis*** puede verse o no cumplimentada o satisfecha desde la previsión legislativa, en tanto que el bien jurídico siempre ha de resultar lesionado o, en su caso, puesto en peligro. Recientemente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., ***Derecho penal económico, Parte general..., op. cit.***, p. 92, ha insistido en la conveniencia de formular este deslinde conceptual en la esfera de los delitos socioeconómicos, puesto que, en dicho ámbito, es donde se evidencia una mayor necesidad de efectuar esta diferenciación, habida cuenta de que, en la inmensa mayoría de estas figuras delictivas, es posible descubrir un bien jurídico inmediato o directamente tutelado (bien jurídico en sentido técnico) y un bien jurídico mediato.

⁶⁷¹ Así, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., ***Comentario a la ley..., op. cit.***, p. 391.

La decisión de mantener una información valiosa **en secreto** proporciona un monopolio fáctico, que permite al empresario avanzar, lo que puede traducirse bien en el mantenimiento de la posición ganada en el mercado o en el incremento de su capacidad competitiva y, por tanto, en una mejora de dicha posición. En cualquier caso, la existencia del secreto empresarial responde a una concreta estrategia competitiva. Esto es, el empresario estima que esa exclusividad fáctica que le proporciona la reserva constituye, en ese momento y para él, el modo más rentable de aprovechamiento de esa información, conocimientos o ideas, que son fruto de su propia actividad. Responde, pues, a la estrategia más oportuna y conveniente que el empresario decide adoptar.

Obsérvese que el elemento nuclear sobre el que se estructura la configuración del secreto radica **en la reserva**. En efecto, el mantenimiento en secreto de la información es lo que proporciona la citada exclusividad fáctica, de la que deriva la ventaja o el valor competitivo. Desde luego, la reserva no implica absoluto desconocimiento de la información en cuestión, sino que lo que se mantiene secreto puede ser, por ejemplo, la utilización por una empresa de un procedimiento, que en sí mismo es conocido por el resto de competidores del ramo, el proyecto de inversión bursátil que se desea realizar, la propuesta económica que se hará en una futura subasta pública, la decisión de fusionar la empresa, etc. Así, el monopolio fáctico al que nos referimos no debe equipararse automáticamente con la exclusividad jurídica proporcionada por la propiedad industrial o intelectual, puesto que la exclusividad otorgada por éstas modalidades 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 directa o de la

transferencia de una información explotable, sino que, engloba asimismo los que proporciona la **exclusividad en la propia gestión de dicha información**. De ahí que, si se quiere hablar de los beneficios económicos que esta exclusividad procura en el ámbito del secreto, éstos deban ser interpretados como un concepto análogo al del valor o mejora competitiva, más amplio que el concepto de beneficio o de exclusividad económica de los derechos registrales y que, lógicamente, como se dijo, **reclama una ponderación en términos relativos**.

Así, escudriñados los diversos factores que confluyen en la estructuración del secreto, es el mantenimiento de la reserva lo que proporciona la trascendencia económica que la información asume para su poseedor. Por ello, a nuestro parecer, el bien jurídico protegido se cifra, precisamente, **en el interés económico del empresario en el mantenimiento de la reserva**⁶⁷².

Así pues, este interés reviste dos notas esenciales que deben ser subrayadas.

I) Como se ha dicho, se trata de un **interés de contenido económico** que, por tanto, no debe ser confundido con el interés al que se reduce la teoría voluntarista, cifrada, según se sabe, en considerar como objeto de protección el simple interés o voluntad del empresario en el mantenimiento del secreto de cualquier información. La restricción que debe operar para seleccionar las informaciones que pueden ser relevantes para el derecho y

⁶⁷² Análogamente, en nuestra doctrina, CARRASCO ANDRINO, M.M., en **La protección penal...**, *op. cit.*, p. 143 y, en la literatura italiana, COCCO, G., "La tutela penale del segreto industriale", en DI AMATO, A., **Tratatto di Diritto Penale...**, *op. cit.*, p. 262, formulan como bien jurídico el interés, de naturaleza patrimonial, del empresario en mantener la reserva. A pesar de que, **prima facie**, la formulación del bien jurídico propuesto por estos autores coincide con el sostenido en esta investigación, la interpretación de su contenido difiere de la que aquí se reclama.

constituir secreto empresarial ha sido ya ejercida en la propia configuración jurídica, utilizada como criterio delimitador del concepto penal.

II) Por otra parte, el interés económico tutelado como bien jurídico es un **interés subjetivo** del empresario en mantener la reserva sobre los frutos de su propia actividad. Asimismo, la objetivación necesaria para que devenga relevante jurídicamente sin incurrir en arbitrariedades y excesos se ha producido en su vertebración jurídica, a través de un doble diafragma. En primer término, la propia configuración jurídica del secreto se asienta sobre la corroboración de **requisitos de carácter general** proyectables a cualquier información o conocimiento; en segundo término, el valor económico o competitivo que debe ostentar la información --segundo requisito configurador— asume **carácter objetivo-subjetivo**. Esto es, la exigencia de este valor económico objetivo-subjetivo permite despreciar la información de **escasa entidad** (primera subsecuencia enjuiciadora de tenor objetivo), que no permita proseguir en la averiguación del **valor competitivo** que asume para ese empresario en concreto (segunda subsecuencia valorativa de tenor subjetivo o relativo). Por tanto, en la medida en que algunos autores (BAJO FERNÁNDEZ, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ) han aludido al «interés económico que el secreto encierra para la empresa» como bien jurídico protegido, propuesto de manera disyuntiva al de la capacidad económica de la empresa y, por tanto, en cuanto bien de análoga significación, deberán tenerse en cuenta las matizaciones formuladas. Esto es, su entendimiento como **interés subjetivo** en mantener la reserva, que reclama una valoración distinta a la de intereses económicos derivados de otras figuras estrechamente emparentadas al secreto. De ahí que, partiendo de la incontrovertible significación competitiva del secreto, se haya optado por precisar los rasgos propios y singulares del mismo, a fin de que la exigencia de **concreción** y de **identificación** de los valores protegidos permita postular su condición de bien jurídico-penal (imprescindible además para que éste

lleve a cabo su función exegética), independientemente de su esencia individual o colectiva⁶⁷³.

En esta medida, el **bien jurídico técnicamente protegido o primordialmente protegido tiene un contenido claramente económico o patrimonial**, pero su protección adquiere sentido y se acomete desde el derecho de la competencia desleal, de marcada impronta institucional y social.

En efecto, la protección del secreto empresarial salvaguarda la capacidad de obtener beneficios --fruto del propio esfuerzo-- en el ejercicio de una actividad económica en el mercado, preservando el valor que el secreto asume para su titular. Se protege la decisión de mantener la confidencialidad y el monopolio fáctico que de ella se deriva, como estrategia competitiva y forma de aprovechamiento de los resultados de la propia actividad que se considera más oportuna y conveniente⁶⁷⁴. Se salvaguarda la reserva que procura el secreto como modo de organización y libre desenvolvimiento de los propios resultados y, por tanto, como modo de avance en la actividad que se ejerce. De ahí que la protección del secreto no se proyecte sobre las informaciones a las que los terceros acceden por su propio esfuerzo, ya sea a través de investigaciones independientes, ya mediante ingeniería inversa o simplemente porque sea fruto de otras circunstancias en las que existe actividad propia, aunque no hayan existido grandes inversiones en términos de tiempo y dinero⁶⁷⁵. En definitiva, **con la protección del secreto no se instituye un derecho de explotación de la**

⁶⁷³ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal...*, op. cit., p. 319.

⁶⁷⁴ Vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, op. cit., p. 392.

⁶⁷⁵ Acerca de la interpretación del esfuerzo como sinónimo de actividad propia y no de grandes inversiones en tiempo y dinero, vid. supra. En igual sentido, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, op. cit., p. 392.

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.

Especialmente cercana a nuestra postura se muestra la posición doctrinal defendida, entre nosotros, por CARRASCO ANDRINO y, en Italia, por COCCO, quienes postulan, asimismo, como bien jurídico protegido el interés económico o patrimonial del empresario en mantener la reserva⁶⁷⁶. Sin embargo, se trata de una similitud formal, puesto que la interpretación del contenido del bien jurídico difiere del que en esta investigación se sostiene. Los citados autores destacan la relevancia de dicho interés bajo dos perfiles. Este interés económico engloba tanto el beneficio o ventaja económica que representa su disfrute exclusivo, como los costes invertidos en investigación o en cualquier otra forma de adquisición onerosa de los mismos. Dicho de otro modo, sólo el mantenimiento de la reserva permite al empresario disponer en exclusiva del objeto del secreto, bien obteniendo una utilidad directa a través de su explotación o bien cediéndolo a terceros. Parece, pues, que el interés económico depositado por el empresario se cifra en el «régimen de explotación de tales conocimientos tecnológicos»⁶⁷⁷.

A nuestro parecer, el interés económico protegido no se ciñe a los beneficios derivados de la explotación del secreto a través de su utilización directa por el propio empresario o a través de su transmisión (licenciándolo o cediéndolo) a terceros, sino que asume un contenido mucho mayor, puesto que se cifra en la ventaja competitiva que proporciona la **disposición** del secreto. En otras palabras, no es el régimen de explotación (utilización

⁶⁷⁶ CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 143 y, en la literatura italiana, COCCO, G., "La tutela penale del segreto industriale", en DI AMATO, A., *Tratatto di Diritto Penale...*, *op. cit.*, p. 262.

⁶⁷⁷ CARRASCO ANDRINO, M.M., *ibidem*.

directa o transmisión a terceros) el que determina el contenido del beneficio económico, sino que la ventaja que el mantenimiento del secreto otorga a su poseedor es, probablemente, el resultado del concreto “uso” que el empresario hará de él, según juzgue más oportuno y conveniente en ese momento. En virtud del tipo de información de que se trate y de la estrategia competitiva que convenga a la empresa que los posee, el empresario decidirá la **utilidad** que estime más rentable y que podrá concretarse en mantenerlo simplemente en secreto sin explotarlo –recuérdese que no hay obligación de explotación, a diferencia de lo que ocurre con las patentes–, explotarlo, cederlo, reorganizar la propia empresa en virtud de tal información, promover nuevos proyectos en virtud de la información, entre muchos otros usos que también definen y engloban el interés económico protegido.

En suma, la naturaleza económica del bien jurídico inmediatamente protegido en el secreto no se vincula a la salvaguarda de un determinado **resultado**, esto es, a la salvaguarda de la explotación económica de los secretos como, en cambio, sí ocurre en la protección de otros instrumentos competitivos de los que dispone el empresario (patentes de invención, patentes de otras creaciones industriales, signos distintivos, **copyrights**, etc.), sino que se dirige a garantizar que los resultados de la propia actividad no se verán entorpecidos y perjudicados por ciertas actuaciones que permiten a otros acceder y aprovechar indebidamente al secreto y los resultados de la actividad competitiva ajena.

Por tanto, ***con la violación de secretos empresariales no se castiga el acceso, la difusión o el uso de la información per se, sino el modo ilícito en que se lleva a cabo, es decir, el acceso, la difusión y el uso sin esfuerzo propio.*** De ahí que se establezca un mecanismo para reprimir estas conductas (acceso, difusión o divulgación y explotación de secretos) que no

son concurrencialmente reprochables en sí mismas, sino por las circunstancias en que tienen lugar, esto es, con apropiación y aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno⁶⁷⁸.

Ahora bien, con la tutela del secreto se persigue, además de la tutela de ese interés económico o patrimonial, preservar que el propio esfuerzo innovador, el avance o el éxito empresarial no se verán frustrados por conductas desleales, que, al no basarse en la propia eficiencia, no pueden ser toleradas por el mercado. Según se ha expuesto, la competencia cumple funciones político-económicas y, entre ellas, la **función de selección**, en cuya virtud **recompensa** con el máximo beneficio a los empresarios que ofrecen las mejores prestaciones en el mercado y **elimina** de este último a los operadores ineficaces⁶⁷⁹. Así, no son argumentos de moral empresarial los que explican la deslealtad de estas conductas sino de **eficiencia económica**. El mercado sólo puede soportar la adquisición, la divulgación, la revelación de secretos, la destrucción de vínculos contractuales ajenos, entre otras conductas, si ello responde a una mayor eficiencia de las prestaciones propias⁶⁸⁰. En esta medida, con la protección jurídica del secreto se persigue también, aunque sea mediatamente, preservar y fomentar el avance y el progreso mediante el propio esfuerzo y, en suma, la competencia por las propias prestaciones.

En efecto, el descubrimiento del secreto perjudica la capacidad competitiva de la propia empresa, para la que es crucial toda la actividad

⁶⁷⁸ En este sentido, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., **Comentario a la ley...**, *op. cit.*, p. 393.

⁶⁷⁹ Así, acerca de las funciones político-económicas de la competencia, vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./ CALVO CARAVACA, A.L., "Política y derecho de la competencia en la CEE: una aproximación", en **Derecho mercantil internacional**, 2ª. ed., Madrid, 1993, p. 257 (existe publicación de este capítulo en **RGD**, nº 583, 1993, pp. 3379-3447).

⁶⁸⁰ Así, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., **Comentario a la ley...**, *op. cit.*, p. 404.

desarrollada en función de conocimientos o informaciones reservados y, por tanto, desconocidos en sí mismos o en su uso, por la mayoría de competidores. En este sentido, la existencia del secreto resulta positiva y estimulante desde un punto de vista económico, toda vez que sin él muchas estrategias empresariales dejarían de ser operativas⁶⁸¹. Por ello, la garantía de su tutela contribuye incontrovertiblemente al mantenimiento de la capacidad competitiva de la empresa y, en la medida en que sienta las condiciones para que las empresas actúen en el mercado a partir de los propios méritos y eficiencia, en un elemento fundamental de la política de competencia⁶⁸².

⁶⁸¹ En igual sentido, vid. FONT SEGURA, A., *La protección internacional...*, *op. cit.*, p. 54. Asimismo, la literatura alemana subraya con insistencia el trascendental significado que la protección del secreto empresarial asume para su economía. Así, unánimemente se ha denunciado el daño que el espionaje ocasiona al sistema económico. Las pérdidas materiales que las empresas sufren mediante el espionaje y la revelación de secretos se contabilizan cada año en más de mil millones de marcos (para un análisis más exhaustivo, vid. MÖHRENSCHLAGER, M., "Das neue Computerstrafrecht", en *wistra*, 4, 1986, pp. 137 y ss.; KRAGLER, P., "Das Strafverfahren wegen privater Wirtschaftsspionage; ausgewählte Fragen zur strafprozessualen Problematik von Verfahren nach § 17 ff. UWG", en *wistra*, 1, 1983, pp. 1 y ss.; NIEMEYER, J., "Geheimnisverletzungen", en MÜLLER-GUGENBERGER (Hrsg), *Wirtschaftsstrafrecht*, Münster, 1992, pp. 483 y ss.). En consecuencia, ante el altísimo valor económico que el espionaje y la revelación de estos secretos asume para las empresas alemanas, se reclamaba por toda la doctrina una reforma legislativa que paliase tal situación otorgando una tutela mayor y más fuerte, sobre todo, en el ámbito penal. Esta urgente necesidad motivó la promulgación de la segunda ley contra la criminalidad económica, de 15 de mayo de 1986, *Zweite Gesetz sur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG)*, que modificó el § 17 UWG, incriminando el espionaje y ampliando las modalidades comisivas (vid. DANNECKER, G. "Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen", en *Der Betriebs-Berater*, 24, 1987, p. 1614, y ARIANS, K., "Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in der Bundesrepublik Deutschland", en OEHLER (Hrsg), *Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft sowie in Österreich und der Schweiz*, I, 1978, pp. 320 y ss.). También HEFERMEHL, W., en BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, *op. cit.*, anotación 1 al § 17, p. 1428, destaca su relevancia en el ámbito de la exportación.

⁶⁸² Así, respecto del know-how, vid., MASSAGUER FUENTES, J.J., *El contrato de licencia...*, *op. cit.*, pp. 43-44. En este sentido, afirma BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "La tutela de la competencia en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal", en *La reforma penal: delitos socioeconómicos*, Madrid, 1985, p. 416, que "la garantía del secreto..., aparece como presupuesto para que un sistema económico, que reposa sobre la competencia pueda llegar a cumplir sus funciones". De igual tenor resulta la declaración vertida por la SAP Navarra 10 junio 1998, "Alfacel, S.A. c. Viscofán, S.A.", (AC 1998, 1455), al manifestar que "En el ámbito empresarial (...), existe una serie de conocimientos, informaciones, técnicas o ideas que por su valor competitivo recibe o debe de recibir un

En definitiva, pues, la violación de secretos empresariales puede acarrear graves perjuicios económicos al empresario, como el riesgo de desorganización interna de la propia empresa⁶⁸³, la puesta en peligro de la capacidad competitiva, el expolio de los resultados obtenidos, la agresión a la posición ganada en el mercado, etc. Los ataques descritos no sólo contravienen este enjambre de intereses del empresario titular del secreto, sino que desestabilizan la propia estructura del mercado, perturban su correcto funcionamiento basado en que cada agente acuda armado sólo con su propia eficiencia, quebrantan uno de los pilares fundamentales del sistema competitivo de mercado: la *par conditio concurrentium* o igualdad entre los competidores, al ver mejorada el competidor desleal su posición competitiva en el mercado no en base a su propio esfuerzo⁶⁸⁴ y, por tanto, lesionan también tanto el interés de la generalidad en que el orden concurrencial no se vea falseado (objetivo compartido con otros actos de competencia desleal) como el interés de la generalidad en la innovación (objetivo singular de la violación de secretos).

cierto amparo o protección del ordenamiento jurídico en aras de fomentar la investigación, el progreso y, en definitiva, la competitividad, que resulte indispensable para un aceptable funcionamiento de la economía de mercado” (fundamento segundo).

⁶⁸³ Así, vid. GUINARTE CABADA, G., “Consideraciones político-criminales...”, en *EPCr., op. cit.*, p. 167.

⁶⁸⁴ El artículo 9.2 CE, en la medida en que consagra el principio de la libertad y la igualdad reales y efectivas del individuo y de los grupos en que se integra en la participación en la vida económica, establece un principio que, según se verá al abordar el fundamento constitucional del bien jurídico, como categoría inherente y límite intrínseco de la libre competencia económica, regula el *modus operandi* de los agentes en el desarrollo de las actividades económicas: el principio de la igualdad jurídica entre todos los competidores. La constitucionalización de este principio fundamental ha de informar necesariamente el derecho de la competencia, que debe asumir como uno de sus principales cometidos asegurar la igualdad jurídica entre todos los agentes (privados y públicos; del lado de la oferta y del de la demanda) en la actividad económica y en la lucha que contextualmente entablan en el mercado (así, vid. FONT GALÁN, J.I., “Notas sobre el modelo...”, en *op. cit.*, p. 217, n. 17). Posteriormente, se ahondará en la relevancia que asume dicho principio como límite intrínseco de la libertad de empresa (vid. infra).

Según se ha señalado con anterioridad, estrechamente vinculada a la posición propuesta, se halla la de un autorizado sector doctrinal (SERRANO PIEDECASAS, FRIGNANI, CARRASCO ANDRINO), que, identifica, sin embargo, la *ratio* de estos preceptos con el fomento del progreso tecnológico y el incentivo de la innovación técnica⁶⁸⁵. Así, se considera que con la tutela del secreto se trata de estimular la iniciativa privada para que participe con sus inversiones en la investigación y desarrollo tecnológicos. De ahí que, desde la perspectiva penal, se exija que el objeto del secreto empresarial tenga una entidad separada de la propia empresa que lo posee, pues sólo así se consigue un efectivo incremento del patrimonio tecnológico⁶⁸⁶. Y, en esa medida, se justifica que los conocimientos reservados sin valor económico independiente no integren el concepto penal de secreto, puesto que no atentan contra la competencia como institución de mercado⁶⁸⁷.

A nuestro parecer, la *ratio* o finalidad objetiva última perseguida por el legislador trasciende, como se ha expuesto, al fomento del desarrollo tecnológico⁶⁸⁸. Sin duda, la tutela jurídica del secreto de empresa se constituye en una pieza de la política de promoción del desarrollo científico, tecnológico y comercial. En efecto, la protección de ciertas creaciones

⁶⁸⁵ Se muestran partidarios de esta *ratio*, entre otros, SERRANO PIEDECASAS, J.R., "Consideraciones...", en *op. cit.*, p. 865; CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 61 y 142 y ss.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., *Protección penal...*, *op. cit.*, p. 42; FRIGNANI, A., "Secretos de empresa...", en *op. cit.*, p. 263.

⁶⁸⁶ Así, vid. SERRANO PIEDECASAS, J.R., "Consideraciones...", en *op. cit.*, p. 865 y ss. y CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 143.

⁶⁸⁷ Como se expuso al abordar el concepto del secreto, este sector doctrinal considera que los conocimientos o informaciones sin valor económico independiente de la empresa no integran el concepto penal del secreto (vid. supra, capítulo I, epígrafe 3.1).

⁶⁸⁸ Por el contrario, identifican la *ratio* de estos preceptos con el fomento del progreso tecnológico y el incentivo de la innovación técnica, entre otros, SERRANO PIEDECASAS, J.R., "Consideraciones...", en *op. cit.*, p. 865; CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 61; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., *Protección penal...*, *op. cit.*, p. 42; de hecho, esta última autora equipara el concepto de secreto de empresa al concepto de «know-how tecnológico» (en p. 72).

intelectuales o inmateriales y, por tanto, la imposibilidad de utilizarlos sin base en la propia actividad, actúa de acicate y estímulo para la creación y producción de obras alternativas. Y, en esta medida, el secreto cumple la misma función de fomento e incentivo de la competencia económica que, por ejemplo, el sistema de patentes. Ahora bien, con la protección del secreto de empresa se persigue asegurar que los agentes económicos se esforzarán (esfuerzo que no es sinónimo de grandes inversiones en términos de recursos y tiempo, sino de actividad propia⁶⁸⁹) por adquirir, de forma independiente, sus propios conocimientos con los que disminuir la ventaja competitiva de quienes ya ostentan informaciones valiosas en el mercado. Esto es, **con la tutela de dicho esfuerzo se fomenta el afán innovador (que no se reduce al ámbito tecnológico)**, de ahí que se admita como **concepto de secreto de empresa penal** cualquier información que reúna los requisitos configuradores examinados y ya como **elemento típico** cualquier información que sea fruto del propio esfuerzo innovador, ya sea fruto de la experiencia en el desempeño de una actividad, industrial o comercial, sea fruto de la investigación, fruto de su adquisición, o fruto de su obtención o hallazgo fortuito o sin costes⁶⁹⁰.

De ahí que la revelación de información de carácter financiero u organizativo, agotable en un solo uso, no susceptible de explotación o no

⁶⁸⁹ Vid. supra capítulo I, epígrafe 2.2., relativo a los requisitos configuradores del secreto y, en especial, el cifrado en el valor económico y MASSAGUER FUENTES, J.J., **Comentario a la ley...**, op. cit., p. 392.

⁶⁹⁰ Es particularmente importante insistir en que se hace referencia al esfuerzo innovador como sinónimo de actividad propia y no de grandes inversiones en términos de tiempo y recursos. Sin perjuicio de que, en virtud del tipo de información de que se trate y del modo de obtención de la misma (por ejemplo, en los procesos de ingeniería inversa), las inversiones sean habitualmente muy costosas. Como se ha expuesto ya, la inversión en términos de tiempo y recursos no es un criterio determinante del valor económico de la información (vid. supra, capítulo I, epígrafe 2.2.2.), sino que, si alguna relevancia asume el factor relativo a estos costes de inversión, es en orden a poder determinar si se trata o no de una información fácilmente accesible y, por tanto, idónea para cumplir el primero de los requisitos configuradores, a saber, su carácter secreto (vid. supra, capítulo I, epígrafe 2.2.1.).

susceptible de ser objeto de tráfico jurídico, siempre que reúna los requisitos que la configuren como secreto de empresa a efectos penales, pueda ser capaz, en el tipo de injusto de que se trate, de ofender al bien jurídico⁶⁹¹ y pueda conllevar, asimismo, potencial o mediatamente, un atentado contra el interés general en la innovación⁶⁹² y contra la competencia como institución de mercado⁶⁹³. Y, en esta medida, puede admitirse, como finalidad objetiva última o *ratio legis* más remota o bien jurídico mediato genérico de todas las figuras aglutinadas en el título XIII, el orden económico⁶⁹⁴.

Sin duda, los postulados básicos de aquel autorizado sector doctrinal resultan incontrovertibles en el anterior contexto histórico, influido por las circunstancias en las que se surge y en las que se desarrolla el secreto y ciertos bienes inmateriales de incuestionable valor empresarial (como los derechos de propiedad industrial) y ansioso, por tanto, de una tutela del secreto industrial que incentivase la investigación y el progreso técnico y fomentase la transferencia de tecnología, pieza indispensable para el auge económico.

⁶⁹¹ En suma, en primer término, el concepto de secreto de empresa penalmente relevante se somete a la concurrencia de los requisitos configuradores y, posteriormente, será la efectiva afección al bien jurídico técnicamente protegido el criterio determinante de la intervención del derecho penal.

⁶⁹² En sentido análogo, GUINARTE CABADA, G., “Consideraciones político-criminales...”, en *EPCr., op. cit.*, p. 154, al subrayar que las normas relativas a la competencia desleal protegen a la empresa en una doble vertiente, subjetiva y objetiva; «en su dimensión subjetiva, defendiendo la actividad empresarial frente a los impedimentos que podrían frustrar su éxito final basado en el principio del propio esfuerzo, como en su dimensión objetiva (de bien inmaterial), impidiendo la apropiación del resultado de la actividad empresarial ajena: del bien inmaterial resultante». Parece que esa dimensión subjetiva alude a la tutela general de la innovación.

⁶⁹³ En sentido contrario, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal..., op. cit.*, p. 32.

⁶⁹⁴ En esa medida, como se sucintamente se expone más adelante, el orden económico resulta protegido por cada una de las diversas figuras del título XIII en diversos sectores. Así, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, Parte general, op. cit.*, p. 97.

Ahora bien, esta propuesta doctrinal, ahíta de preocupación por lo técnico-industrial, reclama quizá una revisión que amplíe la perspectiva a la realidad empresarial y económica actual, heredera de la anterior pero adaptada al siglo XXI⁶⁹⁵. En la empresa moderna, a cuyo dinamismo y globalización conduce la nueva economía digital, también una información comercial, susceptible de explotación continuada o, por el contrario, agotable en un solo uso, asume importancia para la subsistencia de la empresa y para el correcto funcionamiento de una competencia eficiente.

La bondad técnico-legislativa del legislador penal de 1995, que específicamente emplea la dicción «secretos de empresa», superadora de la vetusta «secreto industrial», así como el notable avance que supuso la aprobación de la ley de competencia desleal, se reducirá a un progreso meramente retórico o formal si, realmente, no permea en el fondo de la institución y no corrige esta servidumbre teórica de lo técnico-industrial, que sigue calando la interpretación de la institución y proyectándose sobre distintos elementos típicos y, con especial intensidad, sobre el del objeto.

Precisados cuáles son los intereses que se pretenden proteger con la previsión de los delitos relativos al secreto de empresa, conviene ya examinar la naturaleza jurídica de estas infracciones.

2. Naturaleza de los delitos relativos al secreto de empresa.

2.1. Los términos de la polémica.

⁶⁹⁵ En este sentido, como afirma QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre los presupuestos y limitaciones...”, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez- Vitoria, op. cit.*, p. 784, «En materia de delitos económicos no existe una especie de “derecho natural” (...). Con esto quiero decir que la racionalista vía de elegir *a priori* los objetos a proteger, haciendo abstracción del país en el que haya de aplicarse la ley penal, es un camino errado».

Valga anticipar que abordar la naturaleza jurídica de estas infracciones implicará, en puridad, ahondar en el estudio de los intereses protegidos, puesto que, en virtud de cómo se definan e interpreten éstos, los delitos vulneradores del secreto de empresa supondrán un atentado contra bienes jurídicos básicamente *individuales*, concretados en el patrimonio del titular del secreto, de *naturaleza colectiva o supraindividual*, singularizados en el orden socioeconómico, o de *naturaleza mixta*.

Desde luego, las consideraciones formuladas en la delimitación del bien jurídico protegido permiten constatar lo advertido por PEDRAZZI⁶⁹⁶. Ciertamente, el derecho penal económico constituye uno de los sectores en que la utilización del bien jurídico es más ardua y problemática, siendo difícil aislar y recortar los objetos merecedores de tutela. Así, en esa extrema complejidad, el fenómeno económico afecta a una serie de intereses de distinta naturaleza, entre los cuales existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y el antagonismo: intereses individuales y de grupo, intereses «difusos» e intereses referidos a la comunidad en su totalidad y considerada de forma unitaria⁶⁹⁷. La valoración de los intereses objeto de tutela y el deslinde que debe efectuarse para sostener su pertenencia a una de las categorías mencionadas (naturaleza patrimonial o naturaleza socioeconómica) no debe implicar un empobrecimiento en la función de tutela del interés protegido⁶⁹⁸, al desatender o imposibilitar la entrada de otros

⁶⁹⁶ PEDRAZZI, C., "El bien jurídico en los delitos económicos", en BARBERO SANTOS, M., (ed.) *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Madrid, 1985, pp. 282-283.

⁶⁹⁷ Para la caracterización de estas categorías, vid., por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, Parte general, op. cit.*, p. 93 y ss.

⁶⁹⁸ Análogamente, vid. PEDRAZZI, C., "El bien jurídico en los delitos económicos", en BARBERO SANTOS, M., (ed.) *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Madrid, 1985, p. 284. Asimismo, idéntico recelo parece mostrar QUINTERO OLIVARES, G., "Comentario al título de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", en AA VV (QUINTERO OLIVARES, Dir.), *Comentarios a la parte especial...*, *op. cit.*, p. 474, al advertir

intereses que confluyan o influyan en la interpretación del seleccionado. En este ámbito, se deben evitar interpretaciones herméticas, que marginen, en la labor investigadora sobre los intereses tutelados (su identificación, la naturaleza de las infracciones que los protegen, las técnicas de tutela que su especial configuración reclama), la evolución del sistema económico y de la competencia y, sobre todo, la función que la tutela de dichos intereses cumple en la actividad económica⁶⁹⁹.

La compleja precisión de la naturaleza de los delitos relativos al secreto de empresa evidencia la dificultad de separación de lo patrimonial y lo socioeconómico en un buen grupo de delitos⁷⁰⁰, distinción que, a su vez, descansa en la diversa concepción, en sentido estricto o amplio, que sobre el orden socioeconómico se adopte⁷⁰¹. Probablemente, la progresiva

que no parece fácil decidir la ubicación en el grupo patrimonial o en el grupo económico, sin correr riesgos de pérdida del sentido pleno de cada infracción.

⁶⁹⁹ La *ratio essendi* de la competencia económica y su configuración por la CE de 1978 y, posteriormente, por la LCD de 1991, se erige no sólo en pensamiento director de constante proyección, sino también en un criterio corrector de soluciones insatisfactorias e inaceptables en el sistema económico actual.

⁷⁰⁰ En este sentido, GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 128, afirman que la «renuncia a la clasificación estricta de los distintos delitos según el bien jurídico afectado (...) obedece, en gran parte, a la difícil separación del interés individual y el colectivo en buen número de los delitos de este Título». De igual modo, advierte QUINTERO OLIVARES, G., en AA VV (QUINTERO OLIVARES, Dir.), *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., p. 474, que, probablemente, la razón que ha animado al legislador radica en la existencia de «una zona “mixta”, en la que confluyen valores de signo “patrimonial-individual” y de sentido “económico-colectivo”, pues se trata de delitos en los que no es posible otorgar uno solo de esos caracteres, dada la pluralidad de bienes jurídicos potencialmente afectados».

⁷⁰¹ Así, DEL ROSAL BLASCO, B. “El delito de falsedad en la información social del artículo 290 del Código penal de 1995”, en *Empresa y derecho penal (I)*, Madrid, 1999, p. 70. Como es sabido, TIEDEMANN ha diferenciado el concepto de orden económico y derecho penal económico en un sentido restringido o limitado y en un sentido amplio. Según la primera concepción, el derecho penal económico protege el bien jurídico constituido por el orden económico estatal en su conjunto o, en otras palabras, la economía nacional; de modo que podría definirse como el sector del derecho estatal que se ocupa de dirigir la economía con el fin de proteger los objetivos de la planificación estatal. En este caso, se regula la intervención del Estado en la vida económica, que se lleva a cabo de una forma directa (por ejemplo, fijando un control de los medios de pago internacionales –delitos monetarios--). Por el contrario, entendido en un sentido amplio, se identifica con la regulación de la producción,

relativización de esa delimitación, cada vez más difícil, a tenor de la propia evolución de los conceptos patrimoniales clásicos en el marco del Estado social⁷⁰², las discrepancias surgidas en torno a la diversidad de criterios empleados para su agrupación⁷⁰³ y la imposibilidad de formular el orden socioeconómico, como bien jurídico de carácter unitario para todas las

fabricación y reparto de bienes económicos. Así, la tutela del orden económico sólo es posible a través de la lesión de intereses individuales, que se convierten en el bien jurídico técnicamente protegido. En este caso, se regula la intervención del Estado en la vida económica, a través del establecimiento de normas marco en la economía nacional (por ejemplo, garantizando la institución de la competencia como institución de mercado). (vid., al efecto, TIEDEMANN, K., entre otras obras suyas, *Wirtschaftsstrafrecht und...*, *op. cit.*, pp. 50 y ss.; TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985, pp. 16, 18 y 19; “El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico”, en *CPC*, nº 28, 1986, pp. 71 y, en especial, 73-74). En nuestro derecho, se produjo la adopción expresa de tales conceptos por el PCP 1980, al declarar en su Exposición de Motivos que la previsión de los delitos regulados en el Título VIII obedecía al intento de dar cabida al cambio operado en el tráfico mercantil e industrial, otorgando así «carta de naturaleza como objeto de protección penal al orden económico entendido en sentido amplio, como equivalente a la regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios». Y, en nuestra doctrina, BAJO FERNÁNDEZ se ha ocupado profusamente de la definición de estas diversas concepciones del derecho penal económico y del delito económico. Así, según el citado autor, el **delito económico en sentido estricto** alude a la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía de un país. Y el **delito económico en sentido amplio** se define como la infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (vid., al efecto, entre muchas otras obras suyas, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado...*, *op. cit.*, pp. 36 y ss.; “Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal”, en *RDFUCM, La reforma del derecho penal*, nº 58, monográfico, nº 3, 1980, pp. 17-18; recientemente, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *op. cit.*, pp. 11 y ss.). Al margen de las matizaciones vertidas en texto, en esta investigación, no puede ahondarse en la exuberante literatura que se ha ocupado del tema. Así, a los efectos que aquí interesa, baste señalar, como se ha anticipado ya, que el orden económico sólo puede ser entendido como la ratio más remota o última o como el bien jurídico mediato más genérico, que aglutina –sin sistematizarlas– todas las figuras del título XIII y que, en esa medida, resulta protegido por cada una de ellas en diversos sectores (vid, por todos, recientemente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, Parte general*, *op. cit.*, pp. 96 y ss.).

⁷⁰² Así, vid. GARCÍA ARÁN, M./LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código penal de 1995...*, *op. cit.*, p. 129.

⁷⁰³ Para una exposición detallada de los diversos criterios de delimitación empleados, vid. VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales”, en *EPCr.*, XXI, 1998, pp. 335 y ss. y 350 y ss.

figuras incluidas en su ámbito⁷⁰⁴, ha motivado que el legislador del nuevo CP, en la línea propuesta por el PCP 1992⁷⁰⁵, haya optado por reunir en un mismo título los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, a diferencia del PCP 1980 y de la PANCP 1983⁷⁰⁶, que regulaban en títulos separados ambas clases de infracciones⁷⁰⁷.

Ahora bien, no parece haberse propuesto una solución inequívoca. En efecto, a pesar de esa agrupación genérica, en el seno del título XIII, el legislador de 1995 opera con la distinción entre delitos patrimoniales y delitos contra el orden socioeconómico, incluyendo en la primera categoría los comprendidos en los capítulos I a IX y en la segunda los incardinados en los capítulos XI a XIV⁷⁰⁸. El vigente CP adopta una sistemática, quizá reflejo de una **cultura económica de tránsito**, dirigida a sugerir de forma implícita la naturaleza **predominantemente** patrimonial o socioeconómica de las

⁷⁰⁴ Contra una concepción excesivamente amplia del orden económico se ha pronunciado reiteradamente MUÑOZ CONDE, F., "La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal", en **CPC**, nº 16, 1982, pp. 113 y ss. y "Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma", en **Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann**, Madrid, 1995, pp. 267-269. Recientemente, se ha manifestado de la misma opinión, DEL ROSAL BLASCO, B. "El delito de falsedad en la información social del artículo 290 del Código penal de 1995", en **Empresa y derecho penal (I)**, Madrid, 1999, pp. 70-71 y CARRASCO ANDRINO, M.M., *op. cit.*, p. 147.

⁷⁰⁵ El PCP 1992 aglutinó, por primera vez, en el título XII («Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico»), el contenido de los títulos XI («Delitos contra el patrimonio») y XII («Delitos socioeconómicos») de la PANCP 1983.

⁷⁰⁶ Para un estudio de estos delitos en los proyectos españoles de código penal, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., **Derecho penal económico, Parte general**, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

⁷⁰⁷ Especialmente críticos con la sistemática seguida por el PCP 1992 se han mostrado MOLINA BLÁZQUEZ, C., "La criminalización de la competencia desleal...", **PJ**, *op. cit.*, p. 235 y GONZÁLEZ RUS, J.J., "La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas", en **EPCr.**, XVII, 1993-1994, pp. 129-130 y EL MISMO, "Aproximación a los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal de 1992", en **Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann**, Madrid, 1995, pp. 167-168.

⁷⁰⁸ Así, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., **Derecho penal económico, Parte general**, *op. cit.*, p. 53.

infracciones, pero sin pronunciarse tajantemente sobre los delitos que considera de naturaleza socioeconómica⁷⁰⁹.

Las consideraciones formuladas permiten concluir que la opción del legislador de 1995 resulta comprensible, aunque no se desconocen ni se menosprecian las diversas repercusiones que pueden suscitarse en virtud de que la naturaleza atribuida a los delitos relativos al secreto de empresa sea de carácter patrimonial o de carácter socioeconómico.

Estas consecuencias básicamente se proyectan en la aplicación de la agravante de reincidencia, en la regla de determinación de la pena prevista en el artículo 74.2, relativa al delito continuado y en la solventación de las hipótesis concursales que pueden tener lugar entre figuras representativas de ambas categorías. Así, la agravante prevista en el número 8 del artículo 22 CP reclama, para poder ser apreciada, que el delito por el que, con carácter previo, haya sido ejecutoriamente condenado el culpable no sólo esté en el mismo título del código sino, además, que sea de la misma naturaleza. La interpretación de cuándo un delito ostentará la misma naturaleza que otro es remitida por la doctrina al concepto de bien jurídico⁷¹⁰. De otra parte, el artículo 74.2 CP contiene, en el seno de la regulación del delito continuado, una regla específica de determinación de la pena para las infracciones contra el patrimonio, de la que, en principio, deberán verse

⁷⁰⁹ En contra de la sistemática seguida, vid. DEL ROSAL BLASCO, B. “El delito de falsedad en la información...”, en *op. cit.*, p. 73; por el contrario, se muestra partidario de esta agrupación conjunta, a tenor de las dificultades expuestas, QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, Dir., *Comentarios a la parte especial...*, *op. cit.*, p. 474.

⁷¹⁰ Así es interpretado por CUERDA ARNAU, M.L., “Comentario al artículo 22.8 CP”, en VIVES ANTÓN, T.S. Coord., *Comentarios al Código Penal de 1995*, T. I, Valencia, 1996, p. 264; PRATS CANUT, J.M., “Comentario al artículo 22.8 CP”, en QUINTERO OLIVARES, Dir., *Comentarios al Nuevo Código...*, *op. cit.*, 2ª. ed., p. 264 y DEL ROSAL BLASCO, B. “El delito de falsedad en la información...”, en *op. cit.*, pp. 73-74.

excluidas las de naturaleza socioeconómica⁷¹¹. Por último, la relación entre algunas modalidades de infracciones se planteará en términos de concurso de leyes o de concurso de delitos dependiendo en gran medida de la naturaleza económica o patrimonial que se les reconozca⁷¹². Al respecto, como esclarecedoramente advierte VIDALES RODRÍGUEZ, la necesidad de distinguir estos delitos so pretexto de que esta delimitación determine el desenlace de las diferentes hipótesis concursales, deviene ilusoria, pues, para conseguir logros al respecto, es ineludible atender al caso concreto y a los bienes jurídicos enfrentados, reservando a su naturaleza un valor meramente indiciario⁷¹³.

En cualquier caso, como han sido ya advertido por la doctrina (QUINTERO OLIVARES, VALLE MUÑIZ), la polémica sobre la ubicación sistemática conjunta de todas estas infracciones y sobre cuáles de ellas pueden ser tildadas de delitos económicos o, por el contrario, no merecer tal consideración bastando la de delito patrimonial, resulta comprensible pero no es lo primordial⁷¹⁴. Esto es, lo fundamental radica en saber qué sistema económico se quiere y, en esa medida, qué comportamientos deben ser criminalizados. Así pues, en el código penal de 1995 lo realmente importante se cifra en que los más graves comportamientos contra la competencia económica se hallan tipificados y, entre ellos, los delitos reguladores del

⁷¹¹ En igual sentido, DEL ROSAL BLASCO, B. "El delito de falsedad en la información...", en *op. cit.*, p. 73, n. 20 y CARRASCO ANDRINO, M.M., *op. cit.*, p. 145.

⁷¹² Así, GONZÁLEZ RUS, J.J., "La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas", en *EPCr.*, XVII, 1993-1994, p. 131.

⁷¹³ VIDALES RODRÍGUEZ, C., "Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales", en *EPCr.*, XXI, 1998, pp. 354 y ss. y, en especial, pp. 366-367.

⁷¹⁴ Así, vid. QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre los presupuestos y limitaciones...", en *op. cit.*, p. 785 y VALLE MUÑIZ, J.M., "Prólogo al Código Penal ", Pamplona, ed. Aranzadi, 1995, p. 11.

secreto de empresa, sin perjuicio de posteriores matizaciones que se formularán en el examen pormenorizado de dichos delitos.

Así pues, la importancia de la distinción, aun con los matices expuestos, aconseja ahondar en la naturaleza que revisten las infracciones relativas a la conculcación de los secretos de empresa.

El código de 1995 ha situado estos preceptos en el capítulo XI, con el que parece iniciarse la regulación de los delitos socioeconómicos, sugiriendo pues, en una línea coherente con proyectos anteriores⁷¹⁵, su naturaleza predominantemente socioeconómica. Así, partiendo de esta inicial ubicación de derecho positivo, la doctrina se muestra dividida al respecto.

De una parte, algunos autores, adoptando un concepto de orden o delito económico en sentido amplio, postulan la integración de estas infracciones en la categoría de los delitos socioeconómicos⁷¹⁶. En efecto, la concepción propugnada permite proyectar esta noción a los delitos que tutelan un bien jurídico individual de contenido económico, con la particularidad de que se orientan a la protección de un bien jurídico mediano supraindividual. Así, como afirma GONZÁLEZ RUS, lo que se pretende con la referida distinción es, más exactamente, resaltar el aspecto lesivo dominante de los correspondientes tipos delictivos, en los que predomina una acepción u otra en términos lo suficientemente claros como para

⁷¹⁵ Los artículos 350 y 351 PCP 1980, reguladores del secreto de empresa, se hallaban ubicados en el Título VIII («Delitos contra el orden socio-económico»); los artículos 276 y 277 PANCP 1983 se regularon en el Título XII («De los delitos socioeconómicos») y los artículos 284 y 285 PCP 1992 se hallaban en el Título XII («Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico»).

⁷¹⁶ Así, vid., entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “La tutela de la competencia...”, en *op. cit.*, p. 416; MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La criminalización de la competencia desleal...”, *PJ, op. cit.*, pp. 238-239; GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma de los delitos económicos...”, en *EPCr., op. cit.*, p. 171; GUINARTE CABADA, G., “Consideraciones político-criminales...”, en *EPCr., op. cit.*, p. 169.

identificar el propósito último al que responden⁷¹⁷. Así, se sostiene que los preceptos reguladores del secreto de empresa tutelan un interés individual económico (capacidad competitiva o interés en el mantenimiento de la reserva, según se ha expuesto), pero, mediata o indirectamente, protegen también el correcto funcionamiento del mercado y los intereses de los consumidores.

Por el contrario, atendiendo precisamente a la inmediatez o mediatez del bien jurídico protegido, CARRASCO ANDRINO considera que la naturaleza de la infracción es la de delito patrimonial, ya que lo que se lesiona o pone en peligro de forma inmediata es este aspecto patrimonial, cifrado en el interés individual del empresario, limitándose la inclusión que se haga de la revelación de secretos empresariales en los delitos contra el orden socioeconómico a una referencia criminológica⁷¹⁸.

2.2. Posición personal.

A nuestro parecer, la naturaleza de los delitos relativos al secreto de empresa es de **carácter socioeconómico o económico**.

⁷¹⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J., “La reforma de los delitos económicos...”, en *EPCr.*, *op. cit.*, p. 133.

⁷¹⁸ CARRASCO ANDRINO, M.M., *op. cit.*, pp. 147-148. Con arreglo a este mismo razonamiento, SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 221 y ss., en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad industrial y, en concreto, del art. 534 ACP, distingue un doble nivel de salvaguarda, atendiendo a la mediatez o inmediatez del objetivo que con ello se pretende. Así, mientras el primero está constituido por la tutela del interés general (bien jurídico mediato y primer nivel de salvaguarda), el segundo está constituido por la protección del interés particular del titular del derecho de exclusiva (bien jurídico inmediato y segundo nivel de salvaguarda), de modo que configura el art. 534 ACP como una infracción uniofensiva, de naturaleza patrimonial. Análogamente, distinguiendo entre el bien jurídico protegido por la norma y el fin último de la misma, DEL ROSAL BLASCO, B. “El delito de falsedad en la información...”, en *op. cit.*, pp. 81-82, considera que los delitos societarios (a excepción del delito tipificado en el art. 294) protegen inmediatamente intereses patrimoniales individuales, ya sea de la propia sociedad, ya lo sea de los socios, ya de los terceros directamente interesados, mientras que el orden económico nacional constituye, simplemente, el **motivo** o el **objetivo político-criminal**. Por tanto, considera que los delitos societarios tienen la naturaleza propia de los delitos patrimoniales.

Según advierte DEL ROSAL BLASCO, si se desea que el concepto de bien jurídico desempeñe las funciones (exegética y de garantía) que le corresponden, el problema de su definición excede de ser una mera cuestión de averiguar el propósito político-criminal al que responde cada una de las infracciones. En efecto, la definición del bien jurídico no debe ser el resultado de la equiparación automática del propósito político-criminal que lo inspira con la naturaleza del delito, puesto que no sólo tiene atribuida una función sistemática, pero, tampoco deben ignorarse criterios adicionales al de la formulación del bien jurídico desde una perspectiva únicamente apriorística, de modo que no se produzca esa circularidad inherente a la tarea hermenéutica⁷¹⁹. Por ello, a continuación se tratará de soslayar tales excesos, armonizando argumentaciones de diverso tenor que faciliten la definición de cuál es el objeto de protección **predominante**.

I) A nuestro parecer, la esclarecedora configuración jurídica de los delitos socioeconómicos acometida por MARTÍNEZ-BUJÁN proporciona un conjunto de notas definitorias, que permiten indagar acerca de la naturaleza de estos delitos y que se cifran en las que siguen. Como presupuesto conceptual o criterio de partida, es necesaria la proyección conceptual de estos delitos sobre el orden socioeconómico (siquiera de modo potencial),

⁷¹⁹ Es decir, como ha subrayado la doctrina (así, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 159-160 y COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 320), el concepto de bien jurídico reúne respecto al concepto del tipo la triple condición de ser a un tiempo: anterior a él; regidor del alcance y significado de los concretos tipos ya existentes y, en este contexto, resultar, a la vez, en buena medida aprehensible a través de los términos en que cada conjunto de tipos y cada tipo en particular se expresan. De ahí que, aunque, de algún modo, al captar el bien jurídico, se interpreta antes de interpretar, lo cierto es que la aprehensión del bien jurídico en cuanto interés tutelado por la norma, no pueda hacerse sino ligándolo estrechamente al alcance y significado de todos los elementos que componen esa norma, entre los que se cuentan, muy principalmente, los que conforman el tipo. De manera que se establece, así, una interacción entre aquél y éstos, de la que resulta una más integral comprensión del sentido y límites de todos ellos. Y, en este sentido, el bien jurídico no es exclusivamente un **a priori** ni tampoco totalmente aposteriorístico.

trascendiendo la dimensión puramente patrimonial individual; debe tratarse de delitos que no pertenecen al núcleo tradicional del derecho penal, lo que se proyectará en ciertas peculiaridades, como, por ejemplo, en unas determinadas pautas de tipificación y de interpretación; en el ámbito procesal, la persecución de estos delitos presenta específicas dificultades y obstáculos; el criterio criminológico; y, por último, se trata de delitos que son realizados a través de una empresa o en beneficio de una empresa. Este amplio catálogo de criterios evidencia, pues, la necesidad de acometer una inteligencia de estos delitos que integre los rasgos definidores de los intereses tutelados y permita de ese modo captar la total materialidad de su injusto.

Como se analizará con detalle, en la configuración de estos delitos llevada a cabo por el legislador de 1995 para arbitrar la tutela del bien jurídico, se encuentran **argumentos materiales** que los aproximan a las infracciones de naturaleza económica. Así, por ejemplo, no es posible radicar el núcleo de desvalor de resultado en el daño producido, lo que conlleva la articulación de su tutela recurriendo a técnicas anticipatorias de la intervención penal, como las de peligro; no se hallan elementos característicamente patrimoniales, como la exigencia de producción de perjuicio⁷²⁰; el artículo 287.2 CP contempla la posibilidad de persecución de oficio, «cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas», lo que evidencia la posibilidad de que estos delitos puedan lesionar intereses vinculados al orden económico, de naturaleza supraindividual. Por otra parte, el establecimiento en el artículo 287.1 CP de la condición de perseguibilidad de estos delitos mediante denuncia, no resulta antitético o incompatible con la existencia de un interés individual del empresario en el avance y progreso mediante su propia

⁷²⁰ Como así se observa en el propio artículo 74.2 CP, que, al regular el delito continuado, establece una regla específica de determinación de la pena para las infracciones contra el patrimonio «teniendo en cuenta el perjuicio total causado».

actividad frente a apropiaciones indebidas de los secretos y, por tanto, de su esfuerzo. De esta forma, se permite al empresario que, a modo de «vengador vicario»⁷²¹ y, sobre todo, dada la fragilidad y vulnerabilidad de la información secreta, decida qué modo de tutela resulta preferible en el supuesto de que se trate (en estos casos, será distinto para el sujeto pasivo que sólo haya habido acceso ilícito por un tercero sin divulgación generalizada o que, por el contrario, se haya producido una difusión generalizada que haya destruido el carácter secreto y, por tanto, la propia existencia jurídica del secreto). Así, parece lógico que esta distinta afectación que la publicidad del proceso puede producir al interés del empresario, según el tipo de injusto de que se trate, sea advertida y tenida en cuenta por el legislador. Así pues, en último término, el recelo, que esta cláusula suscita, conduce la discusión al ámbito general de su propia presencia, es decir, al de la conveniencia o bondad, en nuestro sistema procesal, del criterio de oportunidad que estas cláusulas introducen.

II) Expuestos sucintamente los argumentos materiales que el propio código proporciona, y siguiendo la propuesta inicial de lograr la definición del objeto de protección predominante, procede ahondar ahora en la *interpretación del bien jurídico protegido* y en los ataques frente a los que se protege, esto es, en el *interés económico del empresario en mantener la reserva de los conocimientos fruto de su esfuerzo*, como modo de progreso en su actividad económica, frente a actos de terceros que acceden y se aprovechan indebidamente del secreto.

⁷²¹ Así, MOLINA BLÁZQUEZ, C., “La criminalización de la competencia desleal...”, *PJ, op. cit.*, p. 238, afirma que el empresario actuará «como vengador vicario del mercado, tanto por ser el que directamente va a sufrir el perjuicio, como por ser el sujeto idóneo para descubrir la infracción».

Según se ha expuesto, en la protección del secreto empresarial se concitan diversos intereses y distintas vertientes, dimensiones o perspectivas desde las que tutelarlos (dinámica, estática, inmediata, indirecta), con predominio, según los casos, de algunos de aquéllos y/o de algunas de éstas. Así, la violación de secretos puede suponer un ataque a la esfera interna de una empresa, incidiendo sobre sus decisiones, organización y funcionamiento; puede suponer un aprovechamiento injustificado de los resultados de la actividad competitiva ajena; un acto de expolio de la posición ganada por un competidor en el mercado; una perturbación de la estructura del mercado, que no responde a una mayor eficiencia por las prestaciones sino a una competencia por interferencia, obstaculización o parasitismo, entre otros ataques. Sin duda, pues, se trata de una red de intereses estrechamente vinculados que, inequívocamente, incide sobre el entendimiento del bien jurídico circunscrito, en primer término, al interés del empresario. En esa especial configuración que se reivindica, el interés del empresario ya no puede interpretarse en clave subjetivista y corporativista, ajeno a la trascendencia concurrencial. Esto es, la evolución de la competencia, de cuya *ratio essendi* se nutre la regulación de la violación de secretos, determina que no pueda integrarse por un interés de impronta sólo patrimonial, puesto que a ese interés inicialmente patrimonial se ha adicionado ya lo socioeconómico⁷²². De ahí que la regulación del secreto empresarial no sirva a la exclusiva protección de un monopolio fáctico⁷²³ o constituya un mecanismo de tutela –alternativo al

⁷²² VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Los delitos socioeconómicos...”, en *EPCr.*, *op. cit.*, p. 344, cuestiona que los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos de empresa sean genuinos delitos económicos.

⁷²³ Partidarios de esta opinión se muestran algunos autores. Así, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado...*, *op. cit.*, p. 277; BAJO FERNÁNDEZ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, p. 376 y, recientemente, BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO, S., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 482; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 169, consideran que el secreto es, «como la patente, un medio de conseguir el comerciante la exclusividad en el uso de un objeto de interés comercial». Análogamente, PEDRAZZI, C., “El bien jurídico...”, en BARBERO SANTOS, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 292, considera que

modelo de propiedad industrial-- de posiciones jurídicas subjetivas⁷²⁴, sino que sirva a la protección del esfuerzo innovador frente a actos indebidos de terceros, que, al violar las reglas del juego, perjudican no sólo a los competidores, sino al buen funcionamiento del mercado y también a los consumidores. De ahí que el interés económico derivado de la reserva de la información no encuentre tutela en los casos en que esa información haya sido obtenida por los terceros de forma independiente o por ingeniería inversa, pero a través de su propio esfuerzo innovador.

Así, las consideraciones formuladas evidencian que no se cuestiona el doble nivel de salvaguarda que en estos delitos, como en otros muchos del capítulo, se produce⁷²⁵. Ni se desconoce la incidencia que los delitos económicos tienen en el patrimonio individual⁷²⁶. Antes bien, lo que pretende destacarse es que el propio objeto primordialmente protegido (el interés económico del empresario) no puede interpretarse como un interés exclusivamente patrimonial, enderezado a impedir «la apropiación del

tanto la patente de invención como el secreto industrial «constituyen formas de “monopolio” recogidas por la ley como excepción a la libre competencia, con la finalidad, de estimular el progreso técnico-científico».

⁷²⁴ En este sentido, vid. LAMPE, E.J., “La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983”, en **La reforma penal: delitos socio-económicos**, Madrid, 1985, p. 368, quien considera que estos tipos de delito (espionaje industrial e infidencia industrial) «no protegen posiciones jurídicas subjetivas prefiguradas por el derecho civil».

⁷²⁵ Esto es, no se cuestiona la bondad de los razonamientos y criterios empleados respecto de otras figuras delictivas (así, como se ha señalado, los delitos contra la propiedad industrial o los delitos societarios –vid. supra–), sino que esta distinción entre la inmediatez y mediatez del objeto, identificando en el primer caso un interés individual y en el segundo uno colectivo, pueda aplicarse por igual a todas las figuras del capítulo y, en concreto, a los preceptos reguladores del secreto.

⁷²⁶ Al respecto, como esclarecedoramente ha advertido BAJO FERNÁNDEZ, M., “Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos”, en AA VV, **Política criminal y reforma penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal**, Madrid, 1993, p. 142, si no se quisiesen destacar los delitos económicos del resto de los delitos contra el patrimonio, no tendría sentido que en la rúbrica se hiciese referencia a dichas figuras contra el orden socioeconómico, **porque, en definitiva, los delitos económicos son también delitos de carácter patrimonial**.

resultado de la actividad empresarial ajena: del bien inmaterial resultante»⁷²⁷ y cifrado, por ende, en la protección del resultado o de la posición del empresario frente a cualquier actividad ajena. Esto es, no parece que la tutela de la propiedad industrial y, en concreto, de la patente de invención –a la que constantemente es asemejada-- y la del secreto empresarial admitan una interpretación estructuralmente análoga. El bien jurídico predominantemente protegido en los derechos de propiedad industrial es, casi con toda certeza, un interés esencialmente individual de carácter patrimonial, con independencia de que su tutela persiga como objetivo último la preservación de la competencia y del progreso tecnológico y, por tanto, en virtud del criterio que se siga la naturaleza de las infracciones que lo protegen sea calificada de carácter socioeconómico⁷²⁸ o de carácter patrimonial⁷²⁹. En otras palabras, el bien jurídico, circunscrito a los derechos de explotación del titular, es distinto, puesto que, en este caso, sí se protege una exclusividad, posición o derecho del empresario frente a todos los demás, lo que, casi incontrovertiblemente, lo sitúa, en primer término, en la esfera patrimonial. Pero, como se ha expuesto, no ocurre lo mismo con la tutela del secreto.

Por ello, en el caso de los delitos reguladores del secreto empresarial, se trata de un bien jurídico que, **per se**, reclama una reinterpretación distinta en la que se sume lo socioeconómico, al margen de que el objetivo último, ahora sí de orden político-criminal, sea, como en la mayor parte de delitos del capítulo, preservar la competencia económica, como institución de mercado.

⁷²⁷ Por el contrario, GUINARTE CABADA, G., “Consideraciones político-criminales...”, en *EPCr.*, *op. cit.*, p. 154, parece favorable a esta opinión.

⁷²⁸ Vid, por todos, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, Parte general*, *op. cit.*, p. 75.

⁷²⁹ Vid., por todos, SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 248.

Así, como se analizará al abordar las acciones típicas de estos preceptos, la **revelación ilícita** o el **uso ilícito** de secretos puede perturbar el interés de los consumidores, que ya no eligen al que ofrece las mejores o más ventajosas prestaciones sino al que se ha aprovechado indebidamente del esfuerzo ajeno; no se cumple pues la función político-económica de selección de la competencia. Esta falta de afirmación de la oferta mejor se produce en «perjuicio» tanto del adquirente como de la economía del país⁷³⁰. No se produce, en este sentido, el efecto beneficioso para la economía del país, derivado de que los productores se vean animados a mejorar continuamente sus ofertas. Además, al haber faltado el esfuerzo para lograr un producto o servicio de mayor calidad que el del competidor, falta también la mejora o avance real. Y, por último, se ha falseado, además, el correcto funcionamiento de la competencia, generando el riesgo de que se ocasionen «daños inmateriales» (efecto de resaca o espiral y de contagio⁷³¹) sobre el

⁷³⁰ Así, esclarecedoramente, FONT GALÁN, J.I., “Notas sobre el modelo...”, en **RDM**, p. 218, n. 17, afirma que la competencia produce un mecanismo característico en el mercado: «el adquirente tiene libertad para elegir entre una pluralidad de ofertas y preferirá aquella más ventajosa. Esto dará lugar a un proceso de selección. Pues bien, tanto en interés del adquirente como en el de la economía del país, debe afirmarse la oferta mejor. De esta forma, los productores son animados a mejorar continuamente sus ofertas, derivándose con ello un efecto beneficioso para la economía del país».

⁷³¹ La literatura que se ha ocupado de los efectos y perjuicios producidos por la criminalidad económica es exhaustiva. Así, acerca de los daños inmateriales producidos por la criminalidad económica, vid. TIEDEMANN, K., “Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?”, **Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages**, B. I, T. C, München, 1972, pp. 21-22 y TIEDEMANN, K., **Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Allgemeiner Teil**, *op. cit.*, pp. 25-27; en nuestra doctrina, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., **Derecho penal económico aplicado...**, *op. cit.*, pp. 51-52; VILADÁS JANÉ, C., “Introducción a la delincuencia económica”, en **Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez- Vitoria**, T. II, Barcelona, 1983, pp. 1095-1097 y LANDECHO VELASCO, C.M./MOLINA BLÁZQUEZ, C., **Derecho penal español, Parte especial**, Madrid, 1996, pp. 238-239. Se hace especial hincapié en la gravedad de los «daños inmateriales» que esta delincuencia puede ocasionar y se distinguen diversos efectos. Así, el efecto de resaca o espiral (**Sog-und Spiralwirkung**) se refiere a la repercusión que los comportamientos ilícitos ejercen sobre el resto de competidores. Esto es, en un mercado de fuerte competencia, quien primero delinque presiona al resto de competidores a comportarse de la misma manera ilícita, si quieren mantener su posición de mercado (efecto de resaca), y cada competidor-participante se convierte así en eje de una nueva resaca (efecto de espiral). El resultado es que se produce un efecto de especial

propio sistema competitivo⁷³². En efecto, según ha advertido TIEDEMANN⁷³³, se dañaría la competencia en su significado político, al verse obstaculizado el ejercicio de la libertad económica en régimen de igualdad por parte de los agentes que acuden al mercado, ya sean empresarios competidores o ya sean consumidores. De igual modo, el **apoderamiento ilícito del secreto** no se agota en la esfera meramente dominical, ya que, de una parte, puede suponer un perjuicio, quizá sólo potencial si no hay posterior revelación o uso, para el empresario, sin perjuicio de que la especial sensibilidad del objeto material condicione la articulación de la tutela, pero, de otra, parece que, en la medida en que ha habido apoderamiento indebido del secreto, reviste suficiente capacidad o potencialidad para vulnerar también el correcto funcionamiento del mercado y perjudicar a los consumidores.

De hecho, la previsión del artículo 287 CP ni ayuda ni entorpece sino que refleja esta confluencia de intereses. Se trata de delitos, como suele ser habitual en el ámbito del derecho penal económico, caracterizados por cobijar una objetividad jurídica compleja y plurivalente⁷³⁴.

contagio (**Ansteckungswirkung**), facilitado por las propias características de este tipo de criminalidad (moral de frontera, elevada cifra negra, etc.).

⁷³² Las repercusiones que estos comportamientos ilícitos vinculados a la vulneración de los secretos empresariales tienen sobre el sistema competitivo han sido ya advertidas por CARRASCO ANDRINO, M.M., *op. cit.*, p. 155.

⁷³³ TIEDEMANN, K. *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Allgemeiner Teil*, *op. cit.*, pp. 19-20 y *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Besonderer Teil*, Hamburg, 1976, pp 18 y ss. En nuestra doctrina, ha sido recientemente destacado por CARRASCO ANDRINO, M.M., *ibidem*.

⁷³⁴ Así, , PEDRAZZI, C., “El bien jurídico...”, en BARBERO SANTOS, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 285, quien considera que la mayor parte de los delitos económicos son pluriofensivos. Al abordar las acciones típicas se examinará la concreta estructura que cada tipo de injusto asume (vid. infra, parte II, capítulo III).

En definitiva, a tenor de todo lo expuesto, puede sostenerse que el bien jurídico inmediatamente protegido ostenta un fundamento individual económico. Asimismo, a tenor del entendimiento que de este bien jurídico se ha propugnado desde la disciplina de la competencia desleal en la que adquiere pleno sentido –en cuanto explicitación de la libertad de iniciativa económica y, en concreto, del deber de competir lealmente-- y la reinterpretación que, por ende, debe hacerse de su inicial concepción subjetivista, patrimonialista y corporativista, es dable concluir que la **naturaleza predominante** de los delitos vulneradores del secreto de empresa es de **carácter socioeconómico o económico**.

Especificados los intereses que primordialmente se protegen con la regulación del secreto empresarial, conviene ya concretar su relevancia constitucional, en la medida en que su reconocimiento explícito o implícito por la Constitución será el que legitime la tutela penal⁷³⁵.

3. Fundamento constitucional del objeto jurídico de tutela penal.

3.1. Consideraciones previas.

Una vez precisado el interés protegido, conviene elucidar en qué valores constitucionales se debe integrar el contenido del bien jurídico. En este caso, al no haber ningún precepto de nuestro ordenamiento jurídico que expresamente reconozca un derecho sobre el secreto⁷³⁶, la forma de expresión de la tutela jurídica que recae sobre el mismo arranca en un problemático punto de partida. De ahí que el primer objetivo de esta parte de la investigación radique en revisar las diferentes teorías que se han

⁷³⁵ BRICOLA, F., "Teoria generale del reato", en Novissimo Digesto Italiano, vol. XIX, Milano, 1973, p. 15.

⁷³⁶ Así, GÓMEZ SEGADE, J.A., "Algunos aspectos...", en *op. cit.*, p. 211.

suscitado al respecto y que se cifran en postulados antagónicos. Así, en primer lugar, se abordará el estudio de diversos planteamientos, cuyo denominador común radica en presuponer la existencia de un derecho subjetivo al secreto empresarial y, en concreto, se examinará la teoría que ubica la tutela de este derecho subjetivo al secreto en el artículo 20.1 b) CE. A continuación, se planteará una postura contraria a ésta en cuya virtud se entiende el secreto como mera «situación de hecho». Nuevamente, esta introspección en el posible fundamento constitucional del secreto contribuirá a seguir perfilando los rasgos que lo caracterizan y que lo distancian del fundamento de otras figuras.

Por último, se formulará una toma de postura, destinada a demostrar no sólo que el bien jurídico tutelado por el secreto encuentra anclaje constitucional que hace plausible la intervención penal en esta materia, sino también que es en el ámbito de la Constitución económica donde debe llevarse a cabo la investigación acerca del bien jurídico tutelado⁷³⁷, como marco fundamental de la protección de la disciplina que dota de significado al secreto –la competencia económica⁷³⁸-- y, en concreto, se propondrá como ámbito específico en el que subsumir la tutela del secreto el del artículo 38 CE, en el que se proclama el reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

⁷³⁷ Se denomina Constitución económica al conjunto de normas previstas en la Constitución española de 1978, «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, derechos, deberes y responsabilidades de aquéllos y éste en el ejercicio de dicha actividad», en FONT GALÁN, J.I., **Constitución económica...**, *op. cit.*, pp. 131-132.

⁷³⁸ En efecto, la Constitución española de 1978 consagra, en los artículos 1, 9.2, 38 y 128.2, la libre competencia económica, como base y contenido esenciales del sistema económico que elige y establece (así, vid. FONT GALÁN, J.I., **Constitución económica...**, *op. cit.*, pp. 160 y ss).

3.2. Posicionamientos que implican la existencia de un derecho subjetivo al secreto empresarial.

Según los planteamientos subyacentes a estas teorías, se admite la consideración del secreto empresarial como «bien inmaterial» y se postula la atribución a su titular de un derecho subjetivo no absoluto sobre el mismo, cuya naturaleza es de carácter patrimonial⁷³⁹ o simplemente la de los derechos sobre bienes inmateriales⁷⁴⁰.

A nuestro parecer, el nacimiento o la existencia de un derecho subjetivo al secreto empresarial presenta serios inconvenientes, que serán esbozados a medida que se vayan examinando los diversos valores constitucionales en los que se ubica el fundamento del bien jurídico⁷⁴¹.

Según se ha señalado, no existe ningún precepto en el ordenamiento jurídico que reconozca explícitamente un derecho subjetivo al secreto empresarial. Al efecto de encontrar reconocimiento constitucional a este derecho, la doctrina postula reconducir su fundamento a diversos preceptos constitucionales, como, por ejemplo, los que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la protección de la producción y creación literaria, artística, científica y técnica [art. 20.1 b) CE]⁷⁴² y la propiedad

⁷³⁹ Así, GÓMEZ SEGADÉ, J.A., *op. ult. cit.*, p. 212.

⁷⁴⁰ Así, MASSAGUER FUENTES, J.J., *El contrato...*, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁴¹ En este sentido, el objetivo es, nuevamente, modesto y se cifra en la mera sugerencia de los obstáculos teóricos suscitados por la aparición de un derecho subjetivo sobre el secreto. El estudio detallado y riguroso de los mismos se revela como un arduo proyecto, para el que se carece de títulos.

⁷⁴² Así, JORGE BARREIRO, A., “Descubrimiento y revelación...”, en *op. cit.*, p. 278, considera que la justificación constitucional puede encontrarse en el artículo 20.1 b) CE y en el artículo 38 CE.

privada (art. 33.1 CE)⁷⁴³. En esta sede, parece aconsejable ceñir nuestro examen al segundo de ellos, puesto que las reflexiones vertidas hasta el momento evidencian el desprecio de los otros dos⁷⁴⁴. En esta medida, conviene reflexionar detenidamente sobre los siguientes aspectos.

⁷⁴³ Así, vid. GÓMEZ SEGADE, J.A., "Algunos aspectos...", en *op. cit.*, p. 211 y GALÁN CORONA, E., "Supuestos de competencia desleal...", en *op. cit.*, p. 95. En este sentido, un importante sector de la doctrina alemana considera el know-how como objeto de propiedad en el sentido del § 14 GG, de tal modo que se concibe el secreto como un derecho subjetivo absoluto de naturaleza patrimonial que el ordenamiento jurídico atribuye a su creador (así, PFISTER, B., *Das technische Geheimnis...*, *op. cit.*, pp. 85 y ss.). La consecuencia de considerar el know-how como una posición jurídica subjetiva de carácter patrimonial es la posibilidad de ubicar su protección bajo el § 823.1 BGB, regulador de la responsabilidad por daños, que exige el daño de «otro derecho» de la persona (así, acerca de la protección penal y civil del know-how en el derecho alemán, vid. TIEDEMANN, K. "Rechtsnatur und strafrechtliche Bedeutung...", en *op. cit.*, pp. 646 y ss. y, en especial, 651 a 654).

⁷⁴⁴ Como se observa, el primero de ellos es un derecho personalísimo, incompatible con el régimen del secreto. En cuanto a su consideración como derecho patrimonial, insalvables objeciones teóricas impiden la consideración de este derecho como un derecho real o de crédito. En rigor, ni siquiera los derechos objeto de las modalidades de «propiedad industrial» son, en puridad, derechos de propiedad. El auge de esta expresión se anuda al periodo histórico en el que surgen, en el que las nuevas clases mercantiles emergentes buscan la defensa de las creaciones industriales mediante el instituto jurídico que, en aquel momento, resultaba más seguro y de concepción privatista más rigurosa --la propiedad--, que presta así a este sector la terminología (así, GÓMEZ SEGADE, J.A., en "Propiedad industrial (Dº. Mercantil)", en *EJB, op. cit.*, p. 5302 y GIRÓN TENA, J., "Coloquio-Panel", en *Reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, p. 167). Y ésta es la filosofía que parece subyacer en la reivindicación del derecho de carácter absoluto como característica intrínseca del bien inmaterial, esto es, la traslación de la dogmática de los derechos patrimoniales reales y, en concreto, del derecho real pleno que es la propiedad sobre cosas corporales (en sentido análogo, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., *op. cit.*, p. 66). Para un análisis de las diferencias entre los derechos reales y el derecho sobre los bienes inmateriales, vid. GÓMEZ SEGADE, J.A., *El secreto industrial...*, *op. cit.*, pp. 80-81. De hecho, si se ahonda en esta línea interpretativa, el primer obstáculo que debería superarse radica en la propia *clasificación del derecho subjetivo*. Este derecho sobre el secreto, a tenor de su configuración jurídica, no parece fácilmente encajable en ninguna de la triple --derechos de la personalidad, derechos de familia, derechos patrimoniales-- (así, vid. Díez-PICAZO, L., /GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol.I, *op. cit.*, pp. 416-417) o quíntuple --a las citadas categorías, se añaden los derechos sobre bienes inmateriales y los derechos corporativos-- (Así, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en LACRUZ BERDEJO, J.L./LUNA SERRANO, A./RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de derecho civil, I. Parte general...*, *op. cit.*, vol.3, El derecho subjetivo, p. 90) clasificación de los derechos subjetivos privados que la doctrina civilista dominante propone. De una parte, no es posible considerar el derecho al secreto como un derecho de la personalidad, de familia o patrimonial. De otro lado, los derechos sobre bienes inmateriales se circunscriben *típicamente* a los derechos sobre la propiedad intelectual y a los derechos sobre la propiedad industrial, categorías en las que no resulta posible subsumir al secreto empresarial, por regir el citado principio de tipicidad (vid., por todos, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 97-98). Por tanto, a fin de salvar esta laguna *de lege lata*, debería formularse la consideración de este derecho como una específica categoría *ad hoc*, solución que no parece aceptable [acerca de la

a) El derecho previsto en el artículo 20.1 b) CE, ubicado en la sección 1ª, capítulo II, título I, reguladora de los derechos fundamentales y libertades públicas, forma parte del bloque de los derechos de la personalidad, de cuyas características básicas, por ende, participa. Se trata, pues, de un derecho innato, esencial a la persona, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible⁷⁴⁵. Como ya se manifestó al enjuiciar la consideración del secreto como un derecho de la personalidad, estas características suscitan varios recelos. De una parte, el secreto empresarial no se configura como un derecho fundamental de la persona, residenciado en la propia dignidad humana y de ahí el desajuste teórico que produce su posible inferencia de este precepto, si se tiene en cuenta que, en la actual realidad económica, la mayor parte de titulares del secreto son personas jurídicas, titularidad que, en puridad, debería verse frustrada. De otro lado, tampoco resulta compatible su carácter inalienable e irrenunciable con la propia dinámica del mercado y del fortalecimiento de la posición de los empresarios en el mismo, cuya capacidad competitiva, se asienta, en gran parte de ocasiones, en la transferencia de conocimientos técnicos, comerciales o industriales (piénsese en los contratos de licencia o de cesión de know-how)⁷⁴⁶.

necesaria distinción entre las lagunas **de lege lata** o lagunas de la ley (el intérprete constata la "incompletez contraria al plan de la ley") y las lagunas **de lege ferenda** o fallos jurídico-políticos de la ley (el intérprete critica la regulación legal desde una perspectiva político-jurídica), vid. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1994, pp. 366-368].

⁷⁴⁵ Así, vid. DÍEZ-PICAZO, L., /GULLÓN, A., *Sistema de derecho...*, *op. cit.*, p. 327.

⁷⁴⁶ En 1981, el 50% de los contratos de transferencia de tecnología celebrados por empresas japonesas tenían como único objeto el know-how. Según una encuesta de la Asociación Federal de la Industria Alemana publicada en 1986, la tercera parte de los contratos de transferencia de tecnología concluidos por empresas alemanas eran contratos puros de licencia de know-how. Idéntica cifra menciona la Comisión de la Unión Europea. Obsérvese que estos datos sólo reflejan los contratos cuyo único objeto es la transferencia de know-how. Sin embargo, tan frecuentes o más resultan los contratos de licencia mixta de patente o marca y de know-how. Acerca de la importancia económica del contrato de licencia de know-how, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 67 y ss., obra de la que se han extraído los datos mencionados (p. 68). Asimismo, . POINTET, P.J., "Función de la propiedad industrial en el desarrollo económico de los países", en *I Cursillo*

b) El artículo 20 CE reconoce y regula determinadas manifestaciones del denominado bloque de las libertades de pensamiento o libertades de contenido intelectual⁷⁴⁷ (derecho de creación intelectual y propiedad intelectual, libertad de expresión y difusión, libertad de cátedra, derecho a la información). Así, este grupo de derechos-libertades se desenvuelve en un ámbito, caracterizado por comprender actividades humanas motivadas por consideraciones de índole no económica. En este sentido, se ha dicho que este precepto «consagra en síntesis el derecho a la creación, emisión y recepción de productos intelectuales»⁷⁴⁸, aspecto intelectual que facilita la distinción entre estas libertades y las libertades económicas, cuya sede de protección se muestra más idónea para el régimen del secreto. En esta medida, a tenor del carácter intelectual que preside el precepto, surgen varios inconvenientes, que pueden reconducirse al dislate axiológico que se produce entre la ontología del secreto, como bien económico y la naturaleza iusinformativa de este genérico derecho, cifrado en la libre transmisión y recepción del pensamiento, de la cultura⁷⁴⁹. En suma, mientras que este

sobre propiedad industrial, celebrado en Madrid, octubre-diciembre 1966, Barcelona, 1969 pp. 88 y ss., destaca las diversas recomendaciones por parte de diversas organizaciones internacionales oficiales [OECE (Organización Europea de Cooperación Económica), OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico), UNCTAD (Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional), BIRPI (Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual)] o privadas [CCI (Cámara de Comercio Internacional), AIPPI (Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial)], acerca de la importancia de la transmisión o intercambio de conocimientos técnicos y, por consiguiente, para el desarrollo económico de un país. En este sentido, también se subraya la necesidad de fomentar la transmisión de know-how a los países en vías de desarrollo.

⁷⁴⁷ GÁLVEZ MONTES, F.J., “Comentario al artículo 20 CE”, en GARRIDO FALLA, F., **Comentarios a la Constitución**, Madrid, 1980, p. 259.

⁷⁴⁸ GÁLVEZ MONTES, F.J., *ibidem*.

⁷⁴⁹ Así, para cierto sector doctrinal el artículo 20 CE, en efecto, consagra el derecho a la información en el sentido expuesto, como libre transmisión de la cultura, de la ciencia y del arte, de modo que los diferentes apartados se entienden como concreciones, en razón del objeto, del sujeto, etc., de ese genérico derecho. Concretamente, en el art. 20.1 b) CE, se trataría del derecho a la información visto desde la perspectiva jurídica del creador o difusor,

precepto se endereza a garantizar la libre difusión de la ciencia, la literatura, el arte y la técnica, el secreto representa para el empresario el modo más rentable económicamente de explotar sus conocimientos, intereses cuya *ratio* no parece equiparable valorativamente.

c) La sistematización constitucional del precepto condiciona los diversos derechos que lo integran. En este sentido, el derecho o libertad del artículo 20.1 b) CE encierra el derecho a la creación, de modo que se pretende la protección del acto creador en cuanto tal, lo que no implica o, por lo menos, no necesariamente, el derecho sobre lo creado, sobre lo producido. Así, el derecho a la creación se concibe como un estadio o antesala de protección previa al resultado o fruto de la creación, de modo que el centro de interés descansa en la garantía no tanto de amparar jurídicamente la situación de invención *ex post*, es decir, como concreta expresión, sino el paso previo a ese resultado, esto es, la propia facultad creadora, investigadora, de producción, etc., en cuanto libertad o posibilidad de actuación⁷⁵⁰.

es decir, se trataría de una concreción por el sujeto. Sin embargo, FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A./GARCÍA SANZ, R.M., "Comentario al artículo 20", en **Comentarios a la Constitución Española de 1978**, (ALZAGA VILLAAMIL, O., dir.), Madrid, 1997, pp. 546-547, no creen que el sentido de los diferentes apartados del precepto pueda agotarse en meras concreciones del contenido del derecho a la información, de modo que, a fin de otorgarles un sentido nuevo y no superfluo, proponen la constitucionalización bajo el artículo 20.1 b) CE de los derechos de autor.

⁷⁵⁰ Así, en este sentido, GÁLVEZ MONTES, F.J., "Comentario al artículo 20 CE", en GARRIDO FALLA, F., **Comentarios...**, *op. cit.*, p. 261. Por el contrario, FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A./GARCÍA SANZ, R.M., "Comentario al artículo 20", en **Comentarios a la...**, *op. cit.*, p. 520, considera que el art. 20.1 b) CE protege no el derecho a crear, sino el derecho sobre el resultado o la producción intelectual. De ahí que, como anteriormente se ha dicho, se pretenda por estos autores el reconocimiento del derecho de autor. No puede estudiarse detalladamente el posible reconocimiento de la propiedad intelectual en el citado precepto. Sin embargo, como ha advertido la doctrina, sí debe repararse en algunos obstáculos. De una parte, si la protección del derecho de autor se ubica en el artículo 20.1 b) CE, parece indiscutible que este derecho fundamental debería haberse desarrollado por ley orgánica, de acuerdo a lo previsto por el artículo 81 CE, lo que, consiguientemente, conduciría a la inconstitucionalidad de la vigente LPI y de la Ley de patentes, ambas ordinarias (así, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentario al artículo 1º", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord), **Comentarios a la ley de propiedad intelectual**, Madrid, 1989, p. 19 y CARRASCO ANDRINO, M.M., *op. cit.*, p. 67).

Por otra parte, en un orden ya más general, el derecho subjetivo que nace de la norma jurídica no aparece aislado o en abstracto, sino que se inserta en una relación jurídica fundamental y previa, en una relación jurídica básica, en la que el titular del derecho ocupa la posición de poder o de exigencia, frente a la posición de deber que ocupa el sujeto pasivo⁷⁵¹. Así, en la medida en que toda norma propone un poder jurídico o un derecho o una facultad a favor de una persona, estatuye para otra un deber⁷⁵². En este sentido la estructura jurídica del derecho subjetivo al secreto empresarial suscita diversos órdenes de problemas.

En primer lugar, no se encuentra en nuestro ordenamiento reconocimiento expreso ni del derecho ni del correspondiente deber. Al respecto, MASSAGUER FUENTES deduce el contenido de este derecho subjetivo de la interpretación de todas las normas a través de las cuales se instrumenta la protección jurídica del secreto, aunque estas normas no tengan por objeto, de forma inmediata, los conocimientos técnicos secretos⁷⁵³. Sin embargo, como se desprende de toda la obra del propio

De otro lado, esta misma reserva de ley orgánica (art. 81.2 CE) haría innecesaria la atribución expresa de la competencia legislativa correspondiente al Estado en el artículo 149.1.1 CE (así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *op. ult. cit.*, p. 25).

⁷⁵¹ Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F., en LACRUZ BERDEJO, J.L./LUNA SERRANO, A./RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de derecho civil, I. Parte general...*, *op. cit.*, vol.3, El derecho subjetivo, p. 82.

⁷⁵² En este sentido, hace ya tiempo QUINTERO OLIVARES, G., “Economía e instrumentos represivos”, en *Papers, Revista de Sociología*, nº 13, Sociedad y delito, Barcelona, 1980, p. 206, subrayó «las imposibilidades estructurales en que se encuentran los derechos subjetivos —concepto que, en cuanto definidor de la esencia del ordenamiento (relaciones deber-derecho), se presenta a su vez absolutamente periclitado—frente a la estructura económica».

⁷⁵³ Así, MASSAGUER FUENTES, J.J., *El contrato...*, *op. cit.*, pp. 45-48. Para una refutación de esta justificación del secreto en la legislación del derecho de patentes y de la protección jurídica de la topografía de productos semiconductores, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., *op. cit.*, pp. 68-69, nota nº 197. No parece oportuno, en este momento, reproducir la citada discusión puesto que, después de la publicación en 1989 de la obra de MASSAGUER FUENTES, la protección del secreto ha variado sustancialmente con arreglo a la vigente Ley

autor y como advierte CARRASCO ANDRINO⁷⁵⁴, la protección dispensada al secreto por este bloque normativo (derecho de patentes, propiedad intelectual, protección jurídica de la topografía de productos semiconductores) obedece a su consideración como instrumento competitivo de primer orden en el ámbito de la adquisición y transferencia tecnológica. La estructuración normativa del secreto en la citada legislación ahoga o limita la propia voluntad y razón de ser jurídica del secreto, que no sólo constituye una pieza esencial de la política de promoción del desarrollo tecnológico, sino un elemento clave de la política de competencia y un acto de iniciativa económica del empresario.

En segundo término, por lo que se refiere al contenido de este derecho subjetivo, manifiesta MASSAGUER FUENTES que se halla integrado por un conjunto de facultades positivas y negativas. Entre las facultades positivas se cuenta la de explotar el conocimiento técnico secreto y entre las facultades negativas, la de impedir a determinados terceros la explotación del know-how, en concreto a aquellos que toman conocimiento del mismo de forma desleal o ilícita según la normativa mercantil, laboral o penal⁷⁵⁵. Sin duda ello es incontrovertible y, por tanto, no se persigue cuestionar la bondad de dicha afirmación. Ahora bien, en este caso, como se ha razonado detalladamente, la tutela no se arbitra en función de la lesión del derecho subjetivo de un individuo a explotar los conocimientos técnicos secretos que posee, sino en la ilicitud o deslealtad del modo en que el tercero los obtiene. De ahí que el titular del secreto nada pueda hacer frente a la explotación de quien accede a los mismos conocimientos por propios

de Competencia Desleal, aprobada en 1991. En este sentido, el propio autor ha matizado posteriormente que «el know-how (...) no se encuentra protegido por un derecho de exclusión sino indirectamente, de modo fundamental a través de la acción de competencia desleal», en **Los derechos de propiedad industrial...**, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁵⁴ Así, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., *op. cit.*, p. 69.

⁷⁵⁵ Así, MASSAGUER FUENTES, J.J., **El contrato...**, *op. cit.*, p. 64.

medios y de forma independiente ni pueda impedir la posterior utilización por quienes hayan podido llegar a su conocimiento tras una divulgación del secreto, incluso ilícita⁷⁵⁶. Ello sugiere que el contenido reivindicado por MASSAGUER FUENTES, permitiría una desenfocada tutela del auténtico bien jurídico protegido, que no puede reducirse ni a la propiedad del secreto por su titular (no se le protege frente a cualquier acceso al secreto) ni a la mera lealtad entre empresarios competidores.

En suma, pues, como se ha tratado de exponer, fuertes inconvenientes desalientan el entendimiento de esa relación jurídica entre el secreto y el sujeto que lo posee como un verdadero derecho subjetivo en sí sobre el secreto.

3.3. El secreto empresarial, entendido como mera «situación de hecho».

La alternativa tradicional a la formulación de un verdadero derecho subjetivo en sí sobre el secreto empresarial se cifra en considerar la protección del secreto como una **tutela de la posesión fáctica**. En este sentido, se considera que la relación que media entre el conocimiento técnico secreto y la persona que lo posee es meramente fáctica⁷⁵⁷. En nuestra opinión, la calificación del secreto como una mera posición o

⁷⁵⁶ Así, ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia...*, *op. cit.*, p. 259.

⁷⁵⁷ Es decir, como ejemplifica TIEDEMANN, K., "Rechtsnatur und strafrechtliche Bedeutung...", en *op. cit.*, pp. 649-650, reconduciéndolo al terreno práctico de la transferencia de tecnología, cabría deducir la naturaleza jurídica del know-how respondiendo a la cuestión relativa a si el propietario del know-how transfiere un derecho o sólo autoriza al comprador a continuar con la situación fáctica dada, a la que la ley vincula con una tutela legal. Ciertamente, la elucidación en torno a esta doble posibilidad en torno a la naturaleza jurídica del secreto ha resultado mucho más exuberante en la literatura alemana, cuyo estudio no puede abordarse. Vid, extensamente, TIEDEMANN, K., *op. ult. cit.*, pp. 649 y ss.

situación fáctica resulta inadmisibile y evidencia un erróneo entendimiento de su configuración jurídica, a cuyo efecto se destinan las siguientes consideraciones.

El secreto se construye sobre una realidad fáctica, cifrada en el monopolio de hecho que atribuye a su titular. Este monopolio o exclusividad fáctica, sin duda, se anuda a la duración de la situación de reserva del secreto, de modo que su desaparición acarreará paralelamente la eliminación de la citada exclusividad en su uso o en su conocimiento y, por ende, la desaparición del propio secreto empresarial.

Ahora bien, hasta que la reserva y la exclusividad fáctica desaparezcan, entre quien posee un conocimiento valioso económicamente, que, por tanto, decide mantener en reserva, y dicho conocimiento se suscita una vinculación o relación jurídica. A esta conclusión conduce, entre otros argumentos, el hecho de que cuando se cede o licencia, por ejemplo, un secreto empresarial, en realidad, no se transfiere el conocimiento en sí mismo sino la facultad de disponer sobre dicho conocimiento⁷⁵⁸. En este sentido, cuando una empresa cede un secreto, el balance sufre una pérdida que sólo se explica **jurídicamente** por la supresión de la facultad de explotarlo⁷⁵⁹. Pues bien, en nuestro ordenamiento jurídico, las facultades o derivan de derechos subjetivos o existen como tales facultades **per se**⁷⁶⁰, en cuyo caso dejan de ser una mera situación fáctica.

⁷⁵⁸ En igual sentido, vid. TIEDEMANN, K., "Rechtsnatur und strafrechtliche Bedeutung...", en **op. cit.**, p. 652.

⁷⁵⁹ De ahí que, como subraya TIEDEMANN, K., **ibidem**, la separación del know-how del capital (restante) de una empresa sólo admita explicación a consecuencia de una pérdida por parte del anterior propietario. Si se tiene en cuenta que el cedente sigue conservando el conocimiento, esta pérdida sólo puede fundamentarse en la supresión de la facultad sobre el mismo.

⁷⁶⁰ Según la doctrina civil dominante (así, vid. Díez-Picazo, L., /Gullón, A., **Sistema de derecho civil, vol.I, op. cit.**, p. 415 y Rivero Hernández, F., en Lacruz Berdejo, J.L./Luna Serrano, A./Rivero Hernández, F., **Elementos de derecho civil, I. Parte**

Ciertamente, el secreto empresarial es un bien esencialmente económico, cuyo valor se sigue, en gran medida, de la exclusividad de hecho que proporciona a su titular, que, a su vez, se anuda al mantenimiento de la situación de reserva. Por tanto, el reconocimiento de que el secreto se asienta en la propia situación de reserva no parece un impedimento para que pueda postularse su propia existencia y tutela jurídica, más allá de dicha facticidad. Quizá sí pueda parecer antitético aludir al secreto como mera «situación de hecho⁷⁶¹» o mera «exclusividad de facto⁷⁶²» y, a la vez, calificarlo como bien inmaterial, dado que, como se expuso detalladamente al abordar la naturaleza del secreto⁷⁶³, parece que al hacer referencia al

general...», op. cit., vol.3, El derecho subjetivo, p. 88), las **facultades** son posibilidades de actuación atribuidas a una persona como contenido de un derecho subjetivo más amplio o, aisladamente, con independencia de cualquier otro derecho. Análogamente, TIEDEMANN, K., en “Rechtsnatur...”, *op. ult. cit.*, p. 652, sostiene que en el derecho alemán el poder de disposición sólo se encuentra como integrante de un derecho subjetivo; en esta medida, la facultad de disposición que implica la transferencia del know-how sólo puede emanar de un derecho subjetivo.

⁷⁶¹ Así, la STS 24-10-1979 (RJ 1979, 3459), Mayo, S.A. contra Thomson Brandt, S.A. (considerando segundo).

⁷⁶² Así, por ejemplo, CARRASCO ANDRINO, M.M., *op. cit.*, p. 70, afirma que «el secreto empresarial no se funda en un derecho absoluto, sino en una mera situación de hecho (...) Estamos, pues, ante una exclusividad de facto». En nuestra opinión, aludir al secreto en estos términos, tras haberlo calificado de bien inmaterial, arroja cierto grado de confusión, en la medida en que supone una alternativa entre planos que abordan el secreto desde distintas perspectivas, lo que evidencia la falta de una nítida distinción entre los mismos. A mayor abundamiento, la citada autora postula una interpretación de la postura de PORTELLANO DÍEZ, que no puede compartirse. Así, señala que este autor «ha reconocido la naturaleza de bien inmaterial que le corresponde al secreto empresarial, sin necesidad de llegar a constituir un derecho subjetivo sobre el mismo, sino como mero monopolio de facto» (*ibidem*). Parece, pues, que se suscite la consideración del secreto como mera situación de hecho. En nuestra opinión, PORTELLANO DÍEZ, P., en “Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista”, en *op. cit.*, pp. 727-728, no propone la consideración del secreto como una mera situación de hecho o posición exclusivamente fáctica, sino que constata con razón el frágil monopolio de facto del que depende la propia existencia del secreto y cuya desaparición se anuda a la divulgación del mismo, legítima o ilegítima. Sin embargo, de esta obvia configuración del secreto no puede deducirse una conclusión acerca de la tutela que recae sobre el mismo o, en el caso de PORTELLANO (como parece interpretar CARRASCO), su consideración como mera situación de hecho.

⁷⁶³ Vid. *supra*, capítulo II, epígrafe 3.3.

secreto como bien inmaterial, inevitablemente se reconoce que recae sobre él algún tipo de tutela jurídica.

En definitiva, ninguna de las posiciones doctrinales expuestas parece responder a la dinámica propia del bien jurídico tutelado, por lo que debe concretarse ya el marco que, a nuestro parecer, cobija el reconocimiento del secreto.

3.4. Tesis sustentada: el secreto empresarial como facultad del más amplio derecho subjetivo de ejercer una actividad económica (artículo 38 CE).

A tenor de las dificultades expuestas en torno a la existencia de un verdadero derecho subjetivo en sí sobre el secreto empresarial y de la insatisfacción teórica y conceptual de su consideración como una mera situación de hecho, en nuestra opinión, ***el secreto debe entenderse como una facultad jurídica integrada en el derecho constitucional a la libertad de empresa***. Este derecho subjetivo presenta una configuración que concita pacíficamente los postulados básicos y los fines perseguidos por el régimen del secreto, entre los que deben recapitularse brevemente los siguientes⁷⁶⁴.

El derecho a la libertad de empresa se configura como un derecho-libertad individual, residenciado, en último término, en la autonomía del ser humano en la esfera económica y que, al ser de índole y contenido

⁷⁶⁴ En efecto, se procede, en esta fase conclusiva del bien jurídico, a una mera recapitulación de los principales postulados del marco competitivo en el se inserta, puesto que ha sido desarrollado progresivamente a lo largo de toda esta primera parte de la investigación. Vid. supra, capítulo III.

económico, admite en su titularidad operadores del mercado o agentes económicos, bajo la forma de persona jurídica⁷⁶⁵.

Así, se manifiesta como el derecho de todo ciudadano a **desarrollar** una actividad económica en el mercado y a **competir** en el mercado con otros dedicados a la misma u otras actividades⁷⁶⁶. Sus elementos básicos son «libertad de acceso al mercado y libertad de determinación de las condiciones en que ha de tener efecto la organización y el desenvolvimiento de la actividad económica en el mercado, tanto en el lado de la oferta—libertad de elección de actividad, de los medios con que se producen o median los productos o servicios, de la forma y técnicas empleadas para su ofrecimiento o de las condiciones contractuales con que se comercializan—como en el lado de la demanda—libertad de elección entre las distintas ofertas»⁷⁶⁷.

Así pues, el contenido de este derecho se halla integrado por un haz de facultades jurídicas. Entre las facultades positivas, se comprende la de disposición, gestión y explotación del secreto, como posibilidad concreta, la que se juzgue más oportuna y conveniente, de actuación y disfrute del derecho, esto es, como concreto y estratégico acto de iniciativa económica. A su vez, este derecho impone o genera el deber de competir de acuerdo al principio de eficiencia o de rendimiento (**Leitungsprinzip**)⁷⁶⁸, es decir, con arreglo a las propias prestaciones, en base al propio esfuerzo y con empleo

⁷⁶⁵ Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “ La tutela de la competencia...”, en **La reforma penal, op. cit.**, p. 398, afirma que el «derecho de competir deja de ser un derecho de dominio y pasa a ser un derecho de libertad».

⁷⁶⁶ MASSAGUER FUENTES, J.J., **Comentario a la ley...**, *op. cit.*, p. 110.

⁷⁶⁷ MASSAGUER FUENTES, J.J., *ibidem*.

⁷⁶⁸ En igual sentido, se pronuncia CARRASCO ANDRINO, M.M., *op. cit.*, p. 70, a salvo de la contradicción anteriormente expuesta. En este sentido, como afirma VICENT CHULIÁ, F., **Introducción al Derecho...**, *op. cit.*, p. 44, el secreto empresarial y, en general, los bienes inmateriales son resultado del esfuerzo en que consiste la competencia.

de los propios medios, a fin de conseguir el objetivo de un sistema de mercado competitivo, cifrado en el «triunfo de los mejores»⁷⁶⁹.

Así pues, este derecho subjetivo está controlado fundamentalmente por límites internos e immanentes directamente conectados al **ejercicio** del derecho, que se interiorizan en su propia estructura⁷⁷⁰. Su determinación deriva de la adecuación de la modalidad del ejercicio del derecho a la finalidad (institucional, individual o social,) que el ordenamiento en su conjunto le asigna⁷⁷¹. Y esta triple dimensión de la competencia es la contemplada constitucionalmente⁷⁷²: como institución esencial para el buen funcionamiento del mercado, como libertad económica del empresario y como instrumento para la consecución de los objetivos socioeconómicos.

En efecto, la protección que se otorga a la competencia y, por tanto, a todos los institutos que revisten instrumentalidad competitiva (secreto

⁷⁶⁹ Al respecto, esclarecedoras resultan las palabras de ASCARELLI, T., en **Teoría de la concurrencia...**, *op. cit.*, pp. 37-38, quien afirma que «Para poder jugar se requiere no hacer trampas; el mismo principio de libre concurrencia exige que las modalidades de la concurrencia en el caso concreto no choquen con la justificación de la libertad de concurrencia, esto es, con la posibilidad, que ésta tiende a garantizar, del **triunfo de los mejores**, juzgados por los consumidores a través de la preferencia manifestada por determinados bienes en la satisfacción de sus necesidades» (la cursiva es mía). En igual sentido, FERNÁNDEZ NOVOA, C., "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", en **RDM**, nº 95, 1965, p. 33, sostiene que «El triunfo de los mejores es el principio que debe presidir todo género de competiciones y, (...), la competencia económica. El triunfo es otorgado por los consumidores, quienes comparan las prestaciones ofrecidas por los empresarios y determinan cuál es la mejor».

⁷⁷⁰ En efecto, los límites internos son los que derivan de la propia funcionalidad y finalidad económica (así, por ejemplo, el principio de igualdad entre competidores). Por lo que se refiere a los límites externos del artículo 38 CE, básicamente se reducen a dos: las exigencias de la economía general y de la planificación (así, vid. ROJO, A., "Actividad económica pública...", en **RDM**, pp. 331 y ss.).

⁷⁷¹ Así, vid. FONT GALÁN, J.I., **Constitución económica...**, *op. cit.*, p. 127, nota a pie número 245.

⁷⁷² M FONT GALÁN, J.I., **Constitución económica...**, *op. cit.*, pp. 166 y ss. y CARRASCO ANDRINO, M.M., en **La protección penal...**, *op. cit.*, pp. 150.

empresarial, propiedad industrial, derechos de autor), actúa como ***instrumento de control del poder económico en el mercado***⁷⁷³, puesto que la tutela de la funcionalidad y estructura del mercado, permite alcanzar una mayor eficiencia en la consecución de los objetivos económico-sociales fijados en la Constitución⁷⁷⁴.

Por otra parte, el derecho a la libre iniciativa económica no se ve limitado ya por el respeto a los usos o normas de corrección profesional, sino por ***parámetros inherentes a la propia libertad de competencia***, núcleo esencial de la libertad de empresa. Por tanto, la ilicitud no descansa en la lesión de un derecho subjetivo al secreto empresarial de un tercero sino en el abuso del derecho, en la extralimitación en su ejercicio⁷⁷⁵, que reclama competir con arreglo al propio esfuerzo⁷⁷⁶.

Como consecuencia de lo anterior, el acceso, divulgación y/o utilización de cualquier conocimiento secreto que no sea el resultado del

⁷⁷³ Así, como afirman FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./ CALVO CARAVACA, A.L., "Política y derecho de la competencia en la CEE: una aproximación", en ***Derecho mercantil internacional***, 2ª. ed., Madrid, 1993, p. 257, a la competencia se anuda el ***cometido político-social de evitar la formación definitiva de posiciones de poder en el mercado***. Este efecto neutralizador de la libre competencia, resulta congruente con la idea de un ordenamiento jurídico-privado construido sobre los principios de autonomía negocial, propiedad y contrato, que sólo conduce a los resultados adecuados cuando ningún sujeto logra de forma definitiva alcanzar un poder económico que le permita imponer su propio dictado en lugar del mecanismo contractual de composición de intereses contrapuestos.

⁷⁷⁴ Así, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., en ***La protección penal...***, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁷⁷⁵ Recuérdese que este derecho subjetivo está controlado fundamentalmente por límites internos e inmanentes conectados al ***ejercicio*** del derecho que se interiorizan en su propia estructura tridimensional.

⁷⁷⁶ De ahí que, como advierte ASCARELLI, T., en ***Teoría de la concurrencia...***, *op. cit.*, p. 259, la facultad jurídica que atribuye el secreto no permita impedir la posterior utilización por quien acceda al conocimiento tras su divulgación, legítima o ilegítima ni asegure prioridad alguna frente a quien independientemente llegue a la misma creación. En igual sentido, observa BERCOVITZ, A., "La formación del...", en 2 ***ADI***, p. 70, que «quienes participan profesionalmente en el tráfico económico no sólo tienen derecho a competir, sino que tienen la obligación de hacerlo». En efecto, el ejercicio de la iniciativa privada reclama, asimismo, el deber de competir.

propio esfuerzo innovador, ya sea mediante la propia actividad, la investigación independiente o gracias a su lícita adquisición, se reputará un acto ilícito dentro de la categoría del abuso de derecho⁷⁷⁷, como límite específico del derecho subjetivo a ejercer libremente una actividad económica⁷⁷⁸.

La protección del secreto empresarial, constituye así una manifestación de la exigencia constitucional de productividad, entendida como competitividad, esto es, como obtención del máximo rendimiento posible de acuerdo con el principio del propio esfuerzo o de la propia actividad, que resulta, así, plenamente conciliable con la tutela del principio constitucional de igualdad en la lucha competitiva⁷⁷⁹. La competencia

⁷⁷⁷ Acerca del abuso del derecho, como límite en el ejercicio del derecho subjetivo, vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F., en LACRUZ BERDEJO, J.L./LUNA SERRANO, A./RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de derecho civil, I. Parte general...*, op. cit., vol.3, El derecho subjetivo, pp. 117 y ss. y DÍEZ-PICAZO, L., /GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil, vol.I*, op. cit., pp. 433 y ss.

⁷⁷⁸ Así, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., *ibidem*. Un razonamiento análogo se observa en la STS 31-3-1986 (RJ 1986, 1164), caso «Brut/Brutus», en la que el TS declara que «El principio consitucional de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (...), permite, sin duda, orientar la protección que a la inventiva e innovación industrial dispensa el Registro (...), en direcciones muy claras, (...): en primer término, eliminar los obstáculos que indebidamente se opongan o frenen la libre iniciativa empresarial, en segundo lugar, establecer un claro límite a tal iniciativa conteniéndola en las exigencias de la buena fe y de la libre y leal concurrencia» (fundamento de derecho primero). En idéntico sentido se ha pronunciado el TS en sentencias posteriores, como, por ejemplo, en la STS 23-7-1988 (RJ 1988, 6381), caso «Sayma/Saimaza» (fundamento segundo) y en la STS 26-12-1988 (RJ 1988, 10058), caso «Mascafé/Nescafé» (fundamento segundo). Pues bien, aunque en estos casos, todos ellos relativos a marcas, el tribunal se refiera a la protección dispensada a través del Registro de la Propiedad Industrial y, por tanto, sí pueda producirse la lesión de un derecho subjetivo, en nuestra opinión subyace el mismo razonamiento de anclaje de la protección de las creaciones industriales o empresariales en el seno de la libertad de empresa, como marco teórico fundamentador tanto de facultades positivas como de límites al propio ejercicio del derecho que consagra.

⁷⁷⁹ En efecto, como ha reclamado unánimemente la doctrina (así, vid. FONT GALÁN, J.I., "Notas sobre el modelo económico...", en *RDM*, op. cit., pp. 213-220; BAJO FERNÁNDEZ, M., "Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales", en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 64-65 y CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, op. cit., pp. 151-152, n. 140), la igualdad real, efectiva y plena, tanto de los individuos como de los grupos que participan en la vida económica, se erige en uno de los principios fundamentales de la Constitución que ha de informar la organización jurídica

económica implica un sistema económico, político y social, caracterizado por la igualdad de condición y oportunidades de todos los que de un lado u otro acceden al mercado⁷⁸⁰. Como se sabe, el apoderamiento, difusión o uso ilícito del secreto empresarial, en cuanto que aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y sin base en la propia actividad, supone la conculcación de la ***par conditio concurrentium***. Con lo que esta práctica desleal resulta lesiva no sólo para los competidores sino también para los intereses institucionales del funcionamiento eficiente de la economía general y del mercado y para los intereses de los consumidores⁷⁸¹.

Todo ello permite cohonestar conciliadoramente la tutela del secreto con el interés general, representado, de una parte, en la voluntad del legislador de dejar a la libre disponibilidad de la industria los conocimientos científicos, técnicos y comerciales, como base de progreso⁷⁸², a salvo de

de la estructura social. Sin duda, la Constitución económica no resulta de la mera declaración formal del artículo 38 CE, sino de la consideración conjunta y sistemática de los principios que la inspiran en el terreno económico y social, esto es, de los principios, libertades, derechos y deberes que configuran el sistema económico-social propiamente dicho. De ahí que la ***par conditio concurrentium*** encuentre, en puridad, su fundamento en el principio social de solidaridad que se deriva de lo establecido en todos estos preceptos constitucionales –no limitados al art. 9.2 CE-- que también conforman el sistema económico. Así, la garantía de la convivencia en un orden económico y social justo (Preámbulo); la declaración de España como Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE); el mandato a los poderes públicos de libertad e igualdad real y efectiva y de participación en la vida económica (art. 9.2 CE); la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE); su limitación a las exigencias de la economía en general y de la planificación (art. 38 y 131 CE); la libre iniciativa pública en la actividad económica (art. 128.2 CE); la defensa de los intereses de los consumidores (art. 51CE); el reconocimiento del derecho a la propiedad, cuyo contenido queda delimitado por su función social (art. 33.2 CE); la subordinación de la riqueza del país al interés general (art. 128.1 CE). En suma, pues, la igualdad de los agentes económicos (competidores y consumidores, públicos y privados) se erige en un límite intrínseco de la libertad de empresa y en un postulado esencial y básico del actual modelo de competencia.

⁷⁸⁰ MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 111.

⁷⁸¹ La función sociojurídica del derecho de la competencia que la Constitución económica introdujo y que la actual Ley de Competencia Desleal ha consolidado han sido ya objeto de estudio en el anterior capítulo (vid supra).

⁷⁸² Así, TROLLER, A., "El secreto industrial...", en *op. cit.*, p. 173.

aquellas informaciones idóneas para ser objeto de un derecho de exclusiva⁷⁸³. De otro lado, la protección jurídica del secreto encuentra, asimismo, su fundamento en el interés de la generalidad en la innovación, en el aseguramiento de que el esfuerzo innovador no será frustrado por ciertas acciones que permiten a otros acceder o aprovechar el secreto⁷⁸⁴. En definitiva, el postulado o principio de base se cifra en que los conocimientos empresariales que no estén protegidos por un derecho de exclusiva son libres y cualquiera puede acceder y disponer de ellos. Sin perjuicio de lo anterior, esta libre disponibilidad no tolera actos de parasitismo que se aprovechen del esfuerzo ajeno, que falsean de este modo la transparencia del mercado y, por ende, entorpecen un eficaz funcionamiento del mismo, enturbiando la libertad de decisión de los consumidores, que se ven, así, directamente perjudicados⁷⁸⁵. Todo ello alimenta el interés que asume la tutela del secreto desde un punto de vista general de la economía⁷⁸⁶, puesto que la competencia económica en la que se integra el régimen del secreto ocupa una posición central en la política económica general y en el orden jurídico del mercado⁷⁸⁷.

⁷⁸³ No pueden abordarse los diversos conflictos que, aun partiendo de este postulado general, podrían suscitarse. Piénsese, por ejemplo, en el conflicto de deberes en que derivaría la revelación por parte de un sujeto, obligado contractualmente a guardar reserva (director ejecutivo del departamento medioambiental de la empresa), de la información relativa al hallazgo o empleo de una fuente de energía renovable, ecológica (alternativa al petróleo), de obtención rápida, sencilla y sin excesivos costes, cuyo descubrimiento podría suponer grandes beneficios para el interés general.

⁷⁸⁴ Así, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., **Comentario a la ley...**, *op. cit.*, p. 392.

⁷⁸⁵ La doctrina reconoce que los consumidores se benefician, directa o indirectamente, de la competencia leal entre empresas; por ello, su protección se juzga de interés para la colectividad. Así, vid., por todos, POINTET, P.J., "Función de la propiedad...", en **I Cursillo sobre...**, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁸⁶ Así, vid. VIRGÓS SORIANO, M., **El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal**, Madrid, 1993, p.105.

⁷⁸⁷ Así, vid., por todos, FONT GALÁN, J.I., **Constitución económica...**, *op. cit.*, pp. 56-58.

Así pues, la Constitución confiere al Estado las facultades necesarias para establecer el marco de actuación de los poderes económicos⁷⁸⁸. Ello determina que la competencia económica como principio político-institucional se convierta en un **principio normativo**⁷⁸⁹, que ordena y organiza la conducta de todos los que acceden al mercado para intervenir económicamente en el intercambio de bienes y servicios⁷⁹⁰. Y proteger la esencia del sistema económico significa asegurar el cumplimiento de los fines que la Constitución atribuye al Estado en el orden económico⁷⁹¹, de modo que el modelo económico constitucional no puede interpretarse al margen de los artículos 1, 9.2 y 38 CE⁷⁹². Ello implica que la protección penal del secreto de empresa no puede utilizarse exclusivamente para tutelar y reforzar la protección del empresario, sino para garantizar que tal protección, como expresión de la libertad económica, no resulte incompatible con la libertad real y material de los individuos y de los grupos⁷⁹³. A tal fin la competencia económica exige de los agentes económicos que concurren en el mercado

⁷⁸⁸ Así, vid. ARROYO ZAPATERO, L., "Actualidad político criminal del derecho penal económico en España", en ARROYO ZAPATERO, L./TIEDEMANN, K., **Estudios de derecho penal económico**, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, p. 20.

⁷⁸⁹ Afirma ARROYO ZAPATERO, L., "Actualidad político criminal...", en ARROYO ZAPATERO, L./TIEDEMANN, K., **op. cit.**, p. 20, que el mercado en el orden constitucional es un mercado normativizado.

⁷⁹⁰ Así, TIEDEMANN, K., **Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, español, alemán)**, Barcelona, 1993, p. 43, corrobora en el derecho español, como en el alemán, una institucionalización estatal general del proceso económico a través del establecimiento y garantía de unas condiciones marco de la economía nacional. Y señala que estas condiciones consisten, por una parte, en la **institución de la competencia como medio organizador del comportamiento del mercado** y, por otra, en la institución del control y supervisión estatal a través de la concesión de autorizaciones y causas de revocación.

⁷⁹¹ ARROYO ZAPATERO, L., "Actualidad político criminal...", en ARROYO ZAPATERO, L./TIEDEMANN, K., **op. cit.**, p. 20.

⁷⁹² Así, TERRADILLOS BASOCO, J., **Derecho penal...**, **op. cit.**, p. 79, en el ámbito del derecho penal societario.

⁷⁹³ Así, vid. TERRADILLOS BASOCO, J., **Derecho penal...**, **op. cit.**, p. 79 y ARROYO ZAPATERO, L., "Actualidad político criminal...", en ARROYO ZAPATERO, L./TIEDEMANN, K., **op. cit.**, p. 20.

de forma independiente y armados con su propia eficiencia y, por tanto, que respeten el contenido mínimo de la libertad de empresa. En esta medida, el derecho penal está llamado a garantizar que se omitan todas aquellas conductas que, limitando o perjudicando la libertad económica de terceros (incluida la libertad de decisión de los consumidores), falseen la competencia económica como principio organizador de las relaciones económicas, «lesionando o amenazando sea la estructura competitiva del mercado (la competencia como estado), sea el modus operandi institucionalmente típico de sus partícipes (la competencia como proceso)»⁷⁹⁴. La protección penal del secreto de empresa, en cuanto garantía de los derechos específicos de participación de los agentes en la actividad económica, debe tender, por ende, a asegurar que ese ejercicio de actividad económica no sobrepase el límite tolerable en el marco de un Estado social y democrático de derecho⁷⁹⁵.

En suma, el secreto empresarial es un bien esencialmente económico, cuya protección jurídica no descansa en la tutela de una hipotética esfera de intimidad del empresario o de una especie de «secreto de los negocios», sino en la preservación de los resultados del propio esfuerzo en la libre iniciativa empresarial y en el consiguiente fomento del avance industrial y comercial también mediante el propio esfuerzo y no a través de la apropiación del esfuerzo ajeno⁷⁹⁶, a fin de conseguir el objetivo de un mercado competitivo, a saber, el triunfo de los mejores. A ello se endereza la especial tutela de la que son objeto los secretos empresariales por parte del ordenamiento y que no radica en el reconocimiento expreso de

⁷⁹⁴ MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 112.

⁷⁹⁵ Así, esclarecedoramente advierte TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 79, que de lo contrario la configuración penal de los delitos societarios se convertirá en un inconstitucional instrumento funcional sólo para el logro de limitados y discriminantes objetivos económicos. Ese mismo riesgo se corre respecto de la regulación penal del secreto de empresa, si se interpreta como un mero mecanismo de protección de la posición del empresario competidor.

⁷⁹⁶ Así, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 391.

un derecho de exclusión ***erga omnes***, ni siquiera en el de un específico derecho subjetivo sobre el secreto en sí, ***sino que se configura como una facultad jurídica integrada en el más amplio derecho subjetivo a ejercer una actividad económica, reconocido en el artículo 38 CE***, cuyo contenido esencial se cifra en la competencia económica. Así, el sistema o modelo económico constitucional, asentado en los artículos 1, 9.2 y 38 CE, determina una competencia convertida en principio normativo de ordenación de los procesos económicos, al que se anuda el respeto de la libertad material de los individuos y, en concreto, de la de los agentes económicos (incluido el consumidor).

Una vez constatado que el bien jurídico protegido en los delitos reguladores del secreto de empresa asume relevancia constitucional y, en esa medida, reviste la condición de bien digno de protección penal, sin que surjan especiales problemas por hallarse su contenido concretado e identificado con la suficiente precisión, conviene, por último, analizar una última cuestión para completar la explicación de su legitimidad. Esto es, debe determinarse si el bien jurídico protegido en estos delitos --digno y susceptible de tutela penal-- reviste además ***necesidad concreta de protección penal***.

IV. Necesidad de intervención penal.

La conveniencia político-criminal de proteger en el ámbito penal los secretos empresariales no ha sido cuestionada, en general, por la doctrina⁷⁹⁷. La fundamentación aducida a favor de dicha opción se cifra, esencialmente, en dos órdenes de razones.

⁷⁹⁷ Así, vid, entre nosotros, BAJO FERNÁNDEZ, M., ***Derecho penal económico aplicado...***, *op. cit.*, pp. 277 y ss.; GUINARTE CABADA, G., "Consideraciones político-criminales...", en ***EPCr.***, *op. cit.*, p. 167; y, en derecho comparado, RAMELLA, A., "I segreti...", en *op. cit.*, p.

De una parte, se advierte que, con la violación de secretos, amén de constituir un serio riesgo de desorganización interna de la empresa, se pone en peligro su capacidad competitiva y, además, indirectamente, se perjudican los intereses de los consumidores, pues imposibilita o distorsiona la clarificación del mercado que debería producirse en régimen de leal competencia, con los consiguientes beneficios para los consumidores⁷⁹⁸. De otra parte, se reclaman argumentos de prevención general, dada la ineficacia o insuficiencia de las medidas extrapenales, en general y de la vía civil, en particular, para prevenir la comisión de delitos económicos⁷⁹⁹.

Desde luego, el problema de la necesidad de intervención penal respecto a la violación de los secretos empresariales entronca con un debate más amplio y complejo, cifrado en la propia necesidad de protección penal en el ámbito del derecho penal económico. Como ha sido ya advertido⁸⁰⁰, la tensión que, en la esfera del derecho penal económico, sufren, de un lado, la eficacia y, de otro, las garantías individuales, ha llevado a la doctrina a adoptar posicionamientos enfrentados en torno a la conveniencia de acudir a la vía civil o a la sanción administrativa como medio más eficaz de luchar

369 y TIEDEMANN, K., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil: Straftaten gegen die Wirtschaft*, Tübingen, 1977, pp. 19 y ss.

⁷⁹⁸ GUINARTE CABADA, G., "Consideraciones político-criminales...", en *EPCr., op. cit.*, pp. 167-168. Análogamente, afirma QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre los presupuestos y limitaciones...", en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez- Vitoria, op. cit.*, p. 788, que los daños que el abuso de la libertad de empresa --en la que se inserta el anclaje constitucional de la tutela del secreto-- puede comportar son tales que el Estado no puede renunciar al recurso de la amenaza penal, aunque la entidad y alcance de esa amenaza sean cuestiones que también hayan de discutirse. Sin embargo, esta discusión no afectará a que en todo caso haya delitos económicos.

⁷⁹⁹ TIEDEMANN, K., *Alternativ-Entwurf eines...*, *op. cit.*, pp. 19 y ss. y PEDRAZZI, C., "El bien jurídico...", en BARBERO SANTOS, *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 286-287, quien considera que «Por su eficacia intimidante la sanción penal puede ser usada como instrumento de política económica contingente».

⁸⁰⁰ Vid., profusamente, CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, pp. 156 y ss.

contra la criminalidad económica⁸⁰¹ o, por el contrario, recurrir al derecho penal⁸⁰². Pues bien, sin que sea posible abordar, en este momento, un estudio riguroso de esta compleja cuestión, valga decir que se asume la posición de estos últimos autores, partidarios de la intervención penal en el marco descrito, desde cuya línea argumental, por tanto, se desarrollará el

⁸⁰¹ En esta línea, vid., en el marco del derecho comparado, BRICOLA, F., "Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali", en DI AMATO, A., *Tratatto di Diritto Penale...*, op. cit., vol. I, Padova, 1990, pp. 139 y ss., quien postula la conveniencia de que el legislador acuda a la tutela extrapenal –civil o administrativa–, siempre que, sin que implique sacrificar su eficacia, la sanción penal pueda obstaculizar o comprimir excesivamente la libertad de la empresa para alcanzar sus propios objetivos y PALIERO, C.E., "La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica", en *Hacia un derecho penal*, op. cit., pp. 475 y ss., que se muestra partidario de la sanción administrativa en el sector de los comportamientos económicos, aduciendo tres órdenes de factores. En primer lugar, la clara homogeneidad que manifiesta la sanción administrativa con el interés que, principalmente, se persigue a través del comportamiento económico ilícito; la falta de estigmatización y, por tanto, de degradación de la sanción administrativa y, por último, la alta efectividad, en una valoración costos-beneficios, de la sanción administrativa.

⁸⁰² A favor de una intervención punitiva en este ámbito se muestra, entre otros, QUINTERO OLIVARES, G., "Sobre los presupuestos y limitaciones...", en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez- Vitoria*, op. cit., pp. 786-787, cuya argumentación, que resulta especialmente clarificadora, se reproduce: «...Podemos volver al problema de la ley penal en relación con los delitos económicos. Decía antes que parece a veces defenderse la idea de que la intervención punitiva del Estado en esta materia puede incluso llegar a ser contraproducente, incluso a yugular la libertad de empresa y la economía de mercado. A fin de que eso no suceda convendría, según ese enfoque, limitar al mínimo la intervención del derecho penal, aun a riesgo de que se produzcan conductas abusivas. Siguiendo esta idea, y buscando un ejemplo que la traduzca, esto equivaldría en el fondo a decir que para estimular la reactivación del sector de la construcción es conveniente "no castigar" la construcción de edificios en contra de los planes o reglas urbanísticas, a pesar del riesgo de que "alguno" pueda abusar de la ausencia de castigo para construir ilegalmente». En esta línea de razonamiento, se manifiesta, asimismo, PORTILLA CONTRERAS, G., "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en *CPC.*, nº 39, 1989, p. 740, quien, reivindicado la necesidad de relativizar la infracción del principio de subsidiariedad, en relación a los bienes jurídicos colectivos, afirma «El argumento basado (...) en la inflación del Derecho penal a costa del *Nebenstrafrecht*, cuando el valor tutelado es precisamente un valor colectivo, debiera ser también relativizado: a) pues pudiera pensarse que el Derecho penal se muestra también ineficaz cuando la infracción es de algún otro bien "tradicional" como la vida o la propiedad sin que se recurra entonces al plantemiento de la impunidad de sus autores, o a la sanción civil de los mismos». De igual modo, en el derecho comparado, PEDRAZZI, C., "Problemi di tecnica legislativa", en *Comportamenti economici e legislazione penale, Atti del Convegno «Arel» del 17 marzo 1978*, Milano, 1979, p. 19, afirma que la norma penal está llamada a tutelar los intereses, sea individuales o colectivos, de terceros, que un ejercicio despreocupado de la iniciativa económica podría comprometer; también a la salvaguarda de los competidores más escrupulosos y, más en general, a la garantía de un correcto funcionamiento del sistema.

supuesto que nos ocupa, integrado en ese ámbito más genérico. Procede, pues, retomar su análisis y determinar, por tanto, si, concretamente, el bien jurídico protegido en los delitos relativos al secreto de empresa reclama necesidad concreta de intervención penal.

Esta averiguación se halla estrechamente vinculada a la salvaguarda del principio de intervención mínima que, como límite al *ius puniendi*⁸⁰³, resulta operativo ya en su dimensión estática, informando y presidiendo la creación y promulgación de las leyes y del que emanan dos importantes consecuencias para el derecho penal. De una parte, su **carácter fragmentario** implicará que el derecho penal sólo castigue los ataques más graves e intolerables a los bienes jurídicos dignos y necesitados de protección. De otra, su **carácter subsidiario** determinará que el derecho penal sólo intervenga allí donde no sea posible obtener una tutela eficaz por otro medio menos costoso; esto es, a través de otra rama del ordenamiento jurídico⁸⁰⁴.

Desde luego, en este ámbito, especial importancia reviste el estudio acerca de la necesidad de mantener la protección penal, teniendo presente que existe ya un sistema de protección en la normativa civil analizada⁸⁰⁵, que articula el ejercicio de un amplio catálogo de acciones para los supuestos de violación de secretos, que convive, en la actualidad, con la regulación penal y sus acciones. En esta medida, dada la amplitud de la regulación del

⁸⁰³ Como esclarecedoramente afirma DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Presupuestos fundamentales del Derecho penal”, en *Eguzkilore*, nº 3, p. 59, debe tenerse en cuenta que el derecho penal constituye «el último bastión de la defensa del orden jurídico, mediante el empleo de la coacción estatal en la represión de las conductas delictivas y la prevención de las infracciones de posible comisión futura».

⁸⁰⁴ Vid., entre otros, CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal y principios...*, op. cit., pp. 196-197; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal, Parte general*, op. cit., pp. 86-87; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, op. cit., pp. 89-90.

⁸⁰⁵ Así, vid. supra, capítulo IV, epígrafe 4.4, relativo a la tutela del secreto empresarial en la ley de competencia desleal.

secreto en la vía civil, será indispensable examinar el ámbito objetivo que alcanza cada uno de los órdenes --penal y civil-- y la articulación de ambos en el conjunto del ordenamiento jurídico, a fin de que comprobar si se proporciona efectivamente una tutela gradual y armónica del bien jurídico, respetuosa, de una parte, con el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario del derecho penal y, de otra, con los principios de sistematicidad y racionalidad del ordenamiento jurídico.

De ahí que, los argumentos aducidos al principio, cifrados en la insuficiencia de recursos o medios de otra naturaleza menos gravosos --en este caso, civiles--y en la necesidad de que se ejerca una función de prevención --en esta fase, general--, devienen idóneos aunque no suficientes. Esto es, según se ha expuesto, la intervención penal no sólo debe descansar en la ineficacia de otros remedios anteriores y menos graves que el derecho penal, sino que adquiere plena justificación desde una visión global e integradora de los diversos instrumentos jurídico-positivos que conformen un ordenamiento del que se espera una estricta unidad sistemática --sin incoherencias y disfunciones-- y consagren una coherente política-criminal⁸⁰⁶. Pues bien, a esta perspectiva omnicomprendiva de la tutela del secreto responde la justificación del sucinto estudio que se aborda.

El apoderamiento, revelación o utilización indebidos de un secreto empresarial constituye un acto ilícito, que puede generar una infracción jurídica de carácter civil (artículo 13 LCD) o una infracción penal y, en

⁸⁰⁶ A nuestro parecer, en esta línea se sitúa la necesidad de un análisis interdisciplinar de las técnicas de tutela, de modo que se dé una coordinación entre las diversas esferas jurídicas, encaminada a una satisfactoria resolución de los conflictos sociales (así es reclamado por un autorizado sector doctrina, vid., en el derecho comparado, BRICOLA, F., "La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista", en *Politica del Diritto*, XVI, n.1, marzo 1985, pp. 75-76; GALGANO, F., "Civile e penale nella produzione di giustizia", *Riv. crit. dir. pri.*, 1983, pp. 53 ss. (consultado en BRICOLA) y, en nuestra doctrina, vid. MORALES PRATS, F., "Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora", en *RFDUG*, nº 12, 1987, pp. 315, 316 y 318.

concreto, un delito (arts. 278 a 280 CP). Por tanto, procede intentar esbozar una mínima delimitación de estos ámbitos de protección⁸⁰⁷, al objeto de poder concluir en torno a la suficiencia de la regulación civil para tutelar el bien jurídico o, en caso contrario, para justificar el recurso a la protección penal, en ciertos supuestos⁸⁰⁸.

Admitida esta doble vía de tutela –penal o civil–, debe considerarse, en primer lugar, la cuestión atinente a si ambas resultan efectivamente **compatibles** y, de ser así, será necesario analizar la **naturaleza** –similar o diversa– que las mismas ostentan.

En cuanto a la compatibilidad de estas dos vías de actuación, al margen de las disparidades que se susciten respecto al ámbito de aplicación de estos ilícitos --a las que se aludirá posteriormente--, lo cierto es que la violación de secretos puede dar lugar al ejercicio de ambos tipos de acciones. Al efecto, conviene tener en cuenta lo establecido en el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que declara que «Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme, salvo lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 6 de este Código». Asimismo, el artículo 113 LECrim. autoriza que las dos acciones puedan ser instadas por la misma persona, atendiendo a la regla de preferencia de la vía penal establecida por el art. 114 LECrim., en cuya virtud, una vez promovido el juicio penal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo

⁸⁰⁷ No se nos oculta la complejidad que esta tarea asume, cuyo estudio en profundidad no puede ser abordado por exceder el objetivo propuesto y por carecerse de méritos. Así pues, el esbozo de delimitación entre ambos ámbitos persigue, únicamente, contribuir, en la medida de lo posible, a una reflexión última acerca de la necesidad de intervención penal.

⁸⁰⁸ Ésta es la metodología seguida, asimismo, en el ámbito de los delitos contra la propiedad industrial, por SEGURA GARCÍA, M.J., **Derecho penal...**, *op. cit.*, pp. 250 y ss.

hecho, suspendiéndose si lo hubiera, en el estado en que se halle, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal⁸⁰⁹. Por otra parte, en cuanto a la legitimación activa, destaca CARRASCO ANDRINO⁸¹⁰ la mayor amplitud de la vía civil, puesto que incluye no sólo al titular del secreto o al licenciatario perjudicado, sino también a las asociaciones profesionales o de empresarios y a las de consumidores, excepto para el ejercicio de la acción de indemnización y de la de enriquecimiento injusto (art. 19.2 LCD). Sin embargo, debe tenerse presente lo establecido en el art. 287.2 CP, en cuya virtud basta la denuncia de cualquier persona cuando los hechos afecten a los intereses generales o a una pluralidad de personas. En este sentido, a pesar de que éste no sea quizá un ámbito en el que tal cláusula adquiere la máxima relevancia⁸¹¹, tal como advierte GÓMEZ BENÍTEZ⁸¹², la legitimación activa en el ámbito del derecho penal de los negocios puede llegar a ser mucho más extensa que la vigente en los ámbitos civil y mercantil. En este sentido, a la mayor amplitud que, inicialmente presenta la vía civil, debe adicionarse la excepción a la perseguibilidad privada de estos delitos que ha incorporado el código penal.

Por tanto, ni resultan acciones incompatibles ni surge en cuanto a la legitimación activa una gran disparidad entre el ilícito civil y el ilícito penal, lo

⁸⁰⁹ Rige la norma general favorable a la jurisdicción penal, según lo establecido en el art. 3 LECrim. y el art. 10 LOPJ.

⁸¹⁰ CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 161.

⁸¹¹ Aun así puede pensarse en una revelación de un secreto, sobre el que se asienta gran parte de la producción de una empresa, participada por una pluralidad de personas, que acarrea un grave perjuicio, llegando, incluso, a ocasionar el cierre o quiebra de la misma.

⁸¹² GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, 2001, p. 28.

que determina la existencia de una doble vía procesal alternativa –penal o civil—frente a unos mismos hechos⁸¹³.

Alcanzada dicha conclusión, y dado que desde un punto de vista teleológico no existe entre estos ilícitos un diverso anclaje, conviene examinar la naturaleza que ostentan ambos tipos de reacciones jurídicas, puesto que, a nuestro juicio, la determinación de si un instrumento jurídico deviene concretamente necesario requiere averiguar qué función desempeña, cuál cumplen, a su vez, el resto de instrumentos destinados a su tutela y si basta para tutelar el bien jurídico y restablecer el orden jurídico perturbado con la presencia del menos grave de todos ellos, esto es, del instrumento no penal⁸¹⁴.

La acción de competencia desleal comprende una pluralidad de pretensiones típicas, que legalmente se denominan «acciones». La ley de competencia desleal articula un catálogo de acciones que procuran al titular del secreto empresarial un completo haz de facultades (art. 18 y 19.1 LCD). Así, el titular del secreto podrá pretender la **declaración** de deslealtad del acto de violación del secreto empresarial. Asimismo, podrá solicitar la orden de **prohibición** de la divulgación o explotación del secreto si todavía no ha tenido lugar o la de **cesación** del acto de explotación si ya se ha puesto en práctica; en este caso, para evitar que esta suspensión sea utilizada para

⁸¹³ Análogamente, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 161 y, en el ámbito de los delitos contra la propiedad industrial, SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 258.

⁸¹⁴ El punto de partida radica, desde luego, en que «el objeto fundamental del proceso penal es una situación concreta de Derecho penal, nacida de un hecho incriminado como delito y que media entre el Estado y el individuo a quien se atribuye el hecho mismo para aplicarle la ley penal, mientras que el objeto del proceso civil es la relación jurídica-patrimonial de resarcimiento del daño (en sentido lato) derivada del entuerto jurídico-civil» (GUARNERI, J. *Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal*, México, 1952, p. 38, consultado en SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 260). Pues bien, el análisis que, a continuación, se acomete, pretende verificar tal extremo en la responsabilidad exigida por la ley de competencia desleal.

mejorar la posición competitiva del titular del secreto, se impone un doble límite temporal, de forma que no se extienda más allá del momento en que los conocimientos pierdan su carácter secreto, ni más allá del periodo del **reverse engineering**, es decir, del tiempo que el infractor habría necesitado para obtener por sí mismo la información en cuestión⁸¹⁵. De igual modo, puede ejercitar la acción de **remoción** de los efectos producidos, especialmente, la restitución de los soportes en que se contenga el secreto y la destrucción de los productos fabricados con el mismo que obren en poder del demandado⁸¹⁶. Asimismo, dispone de la acción de **resarcimiento de los daños y perjuicios** ocasionados por el acto de violación de secretos, si ha intervenido dolo o culpa del agente. Y, por último, dada la naturaleza del secreto como posición jurídica de contenido análogo a un derecho de exclusiva, procede la satisfacción del **enriquecimiento injusto** que el autor de la violación haya podido experimentar, ya sea en forma de ingresos o de ahorro de costes⁸¹⁷.

Enunciadas, sucintamente, las posibles consecuencias suscitadas por la violación de secretos, como acto de competencia desleal, procede corroborar qué tipo de naturaleza asumen o qué función cumplen. Al respecto, como se ha analizado en profundidad⁸¹⁸, el ilícito desleal se configura como un ilícito civil, cuyo fundamento se construye sobre el abuso

⁸¹⁵ Vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., “Los secretos industriales y comerciales...”, en FONT GALÁN, J.I./NAVARRO CHINCHILLA, J.J./VÁZQUEZ GARCÍA, R.J., **Derecho de la propiedad industrial...**, *op. cit.*, p. 179.

⁸¹⁶ Alternativamente a la destrucción pueden asignarse estos productos fabricados con el secreto hallados al demandado a favor del titular del secreto, siendo compensado su valor con el que deba satisfacerse en concepto de indemnización de daños y perjuicios o de reparación del enriquecimiento injusto (así, vid. MASSAGUER FUENTES, J.J., **Comentario a la ley...**, *op. cit.*, p. 392).

⁸¹⁷ MASSAGUER FUENTES, J.J., *op. ult. cit.*, p. 393.

⁸¹⁸ Vid., *supra*, capítulo III, epígrafe 4.3. En igual sentido, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., en **La protección penal...**, *op. cit.*, p. 159.

institucional del derecho (art. 7.2 CC), como un tipo de responsabilidad civil extracontractual. Por tanto, en principio, las consecuencias contempladas en la LCD participan de esa misma naturaleza civil, por lo que su finalidad es esencialmente **reparadora o compensatoria**⁸¹⁹.

Parece, pues, que las responsabilidades suscitadas en cada una de estas dos vías de actuación, asumen finalidades distintas, esto es, **de tipo reparador** en el orden civil (compensar o resarcir a la víctima de las consecuencias del ilícito) y **de tipo sancionador** en el orden penal (prevenir, tanto en una dimensión general como especial la comisión de futuros hechos delictivos, mediante la sanción al autor de los mismos)⁸²⁰.

Ciertamente, de todas las pretensiones establecidas por la LCD, la acción indemnizatoria presenta una especial configuración, que podría llevar a reflexionar acerca de si cumple, en parte, una función preventiva de nuevos actos de competencia desleal –a modo de pena privada–. De una parte, esta acción asume como presupuesto el dolo o la culpa del autor; «de otra, el elevado **quantum** que en ocasiones alcanza la indemnización lleva a pensar en una superación de su función compensatoria»⁸²¹. Desde luego, a nuestro parecer, la configuración de esta acción sobre la concurrencia de dolo o culpa del infractor actúa, incontrovertiblemente, como factor disuasorio de la comisión de nuevos actos de competencia desleal y, en esa medida, puede desplegar una función aseguradora del mantenimiento del

⁸¹⁹ Al efecto, PANTALEÓN, F., “Artículo 1902”, en **Comentario del Código Civil**, Minsiterio de Justicia, II, Madrid, 1991, p. 1971, al analizar las funciones asignadas por el derecho a las normas de responsabilidad extracontractual, establece que no es una función preventivo-punitiva, sino resarcitoria o compensatoria y, consecuentemente, no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y a la reprochabilidad del responsable, sino a la entidad del daño.

⁸²⁰ Esta misma conclusión es alcanzada en otros ámbitos delictivos, como, por ejemplo, en los derechos contra la propiedad industrial, así, vid. SEGURA GARCÍA, M.J., **Derecho penal...**, *op. cit.*, pp. 260 y ss.

⁸²¹ CARRASCO ANDRINO, M.M., en **La protección penal...**, *op. cit.*, p. 160.

orden concurrencial libre y no falseado del mercado⁸²². Sin embargo, como argumenta PANTALEÓN⁸²³, que la indemnización asuma una mayor o menor entidad en función del dolo o de la culpa del sujeto parece que, en este caso, tiene que ver con el mayor daño moral que ello reporta, en cuanto repercusión psíquica del dañado y, en esa medida, asumirá una función de satisfacción. En suma, pues, a nuestro parecer, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, prevista en el art. 18.5 LCD, concita ambas funciones --resarcidora y preventiva-- aunque quizá en esta confluencia se vea alzaprimada la función compensatoria que cumple la acción⁸²⁴.

Pues bien, según se ha constatado, la naturaleza de la responsabilidad exigida por la disciplina de la competencia desleal asume carácter civil y, por tanto, cumple una función reparadora, dirigida a compensar el daño causado y satisfacer una pretensión particular⁸²⁵. Por el contrario, las acciones penales, de carácter público, van más allá de dicha reparación y persiguen desincentivar al infractor en particular y a los ciudadanos en general, mediante la sanción de la violación de secretos empresariales⁸²⁶. A tenor de esta diversidad, procede ya corroborar si el bien jurídico tutelado puede alcanzar una tutela adecuada mediante la previsión

⁸²² MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, p. 540.

⁸²³ PANTALEÓN, F., "Artículo 1902", en *Comentario del Código Civil*, Minsiterio de Justicia, II, Madrid, 1991, p. 1971. En igual sentido, siguiendo esta línea argumental, vid. profusamente, CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 160.

⁸²⁴ Desde luego, como ha sugerido ya autorizada doctrina (vid., entre otros, en nuestro derecho, PANTALEÓN, F., *ibidem*), la línea divisoria entre lo meramente reparador y lo sancionador o punitivo es, en algunos casos, difusa y difícil de trazar y la diferencia de facto cada día se hace menor. La acción prevista en el art. 18.5 LCD da buena muestra de ello.

⁸²⁵ Análogamente, vid. CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protección penal...*, *op. cit.*, p. 159.

⁸²⁶ En igual sentido, respecto de la protección penal y civil de los derechos de propiedad industrial, vid. SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 261-262.

de medidas de carácter reparador, de modo que no sea necesario acudir a la vía penal para restablecer el orden jurídico perturbado⁸²⁷.

En este sentido, a pesar de que la LCD procura ese amplio catálogo de remedios civiles –y, sin duda, resulta una vía de actuación operativa–, lo cierto es que, normalmente, devienen insuficientes en orden a la tutela integral del bien jurídico. A tenor del profuso estudio acometido del bien jurídico protegido, obsérvese que las sanciones civiles no parecen un instrumento idóneo para prevenir la violación de secretos. En el caso de acceso ilícito, el autor sólo se arriesga a verse afectado por una orden de prohibición de la divulgación o explotación del secreto, la restitución de los soportes o la destrucción de los productos fabricados y el resarcimiento de los daños⁸²⁸. En caso de divulgación o explotación ilícitas, varios son los obstáculos. De una parte, en caso de divulgación del secreto, si se ha hecho accesible a la generalidad, la orden de cesación resulta inútil. De otra, como se sabe, la insalvable desproporción que se da entre los daños y perjuicios

⁸²⁷ Desde luego, previamente debería agotarse la posibilidad de acudir a la vía administrativa, que también prevé medidas de carácter sancionador. Sin embargo, como se ha señalado ya, éste es un complejo debate cuyo estudio no se puede abordar. Tampoco el relativo a la posibilidad de postular en este ámbito una reformulación de la vía civil, a fin de que ésta pudiese compaginar carácter resarcitorio y preventivo a la vez –como ha sido reclamado en la esfera de los bienes de la personalidad (así, vid. BRICOLA, F., “La riscoperta delle «pene private» nell’ottica del penalista”, en *Politica del Diritto*, XVI, n.1, marzo 1985, pp. 74 y ss. y 85 y ss. y, en nuestro derecho, MORALES PRATS, F., “Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, en *RFDUG*, nº 12, 1987, pp. 296 y 311 y ss.–, aunque, como se expondrá en el siguiente epígrafe (vid. infra, epígrafe relativo al objeto jurídico de tutela en relación a las nuevas tecnologías), la especial peligrosidad de los medios comisivos parece alejar esta última posibilidad.

⁸²⁸ Al efecto, se sigue la diferenciación entre daños y perjuicios sugerida por el prof. MASSAGUER FUENTES, J.J., *Comentario a la ley...*, *op. cit.*, pp. 546-547. Esto es, en cuanto a la indemnización en dinero dimanante de la acción de resarcimiento por daños y perjuicios, la cuantía de los daños comprenderá la pérdida *directamente* producida por el acto de competencia desleal, incluyéndose entre los daños resarcibles los daños morales; por el contrario, los perjuicios son los beneficios dejados de obtener precisamente como consecuencia del acto desleal, la diferencia entre el valor actual del patrimonio del actor y aquel que habría tenido si no se hubiere realizado el comportamiento ilícito. De ahí que en caso de espionaje o acceso ilícito del secreto, el autor material sólo deba afrontar la reparación de los daños pero no de los perjuicios, que todavía no se han producido.

que tales conductas suelen ocasionar y la capacidad económica del sujeto activo, tampoco se antoja suficiente para prevenir su comisión e impedir la vulneración del bien jurídico⁸²⁹. Así pues, parece que, en algunos casos, la protección civil no procurará una tutela eficaz y completa del interés económico del empresario derivado de mantener la reserva del secreto.

A tenor de todo lo expuesto (diversa naturaleza y distinta función de los instrumentos jurídicos destinados a la tutela del secreto e insuficiencia de la vía civil para proporcionar una tutela eficaz del bien jurídico), puede concluirse que **se estima conveniente y necesario el mantenimiento de la sanción penal en materia de secretos empresariales**. De este modo, la presencia de una doble vía de actuación no sólo se revela compatible, sino que, como señalara inicialmente PEDRAZZI, en el ámbito del derecho económico, **a la norma penal le corresponde una función esencialmente sancionatoria y de refuerzo de una previa disciplina ya estructurada de derecho privado**⁸³⁰. En esta medida, según advirtieran GALGANO⁸³¹ y BRICOLA⁸³², la salvaguarda del carácter de subsidiariedad del derecho penal, permite solicitar, respecto a específicos sectores de la vida económica, la adopción de instrumentos sancionadores, en clave

⁸²⁹ La insuficiencia de la vía civil para reprimir la violación de secretos ha sido denunciada unánimemente por la doctrina mayoritaria; vid., entre otros, RAMELLA, A., "I segreti...", en *op. cit.*, p. 369; WENIGER, O., *La protezione...*, *op. cit.* p. 167; MASSAGUER FUENTES, J.J., "Los secretos industriales...", en *op. cit.*, p. 182.

⁸³⁰ Así, vid. PEDRAZZI, C., "Problemi di tecnica legislativa", en *Comportamenti economici e legislazione penale, Atti del Convegno «Arel» del 17 marzo 1978*, Milano, 1979, p. 34. Vid, en nuestra doctrina, siguiendo esta línea de razonamiento, SEGURA GARCÍA, M.J., *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 261, respecto a la protección civil y penal de la propiedad industrial y CARRASCO ANDRINO, M.M., en *La protezione penal...*, *op. cit.*, p. 161, en cuanto a la protección del secreto empresarial.

⁸³¹ GALGANO, F., "Civile e penale nella legislazione valutaria", en *Politica del Diritto*, 1976, pp. 576 y ss. y "Repressione penale e riforma civile", en *La questione criminale*, 1978, pp. 413 y ss. (citados en BRICOLA, "La riscoperta...", en *Politica...*, *op. cit.*, p. 76 y 90).

⁸³² BRICOLA, F., "La riscoperta...", en *Politica...*, *op. cit.*, pp. 75-76 y en BRICOLA, F., "Lo statuto penale...", en DI AMATO, A., *Tratatto di Diritto Penale...*, *op. cit.*, p. 139 y, en especial, n. 48.

eventualmente cumulativa. Esta línea de argumentación permite corroborar que el principio de intervención mínima no se ve cercenado por la previsión cumulativa y no alternativa de las medidas ofrecidas por ambos sectores, siendo que además, en este caso, ambas cumplen finalidades distintas.

Ahora bien, no se nos oculta que la delimitación entre ambos ámbitos es compleja, puesto que las conductas prohibidas por la ley de competencia desleal y por el código penal resultan casi idénticas y, en esa medida, se produce un cierto solapamiento. La identidad de hechos ilícitos en los derechos mercantil, administrativo y penal («principio del desorden legal», en palabras de GÓMEZ BENÍTEZ) ha sido objeto de crítica al constituir una realidad inármonica por defecto de técnica legislativa y, sobre todo, al resultar innecesariamente disfuncional, provocando complicadas colisiones entre normas y soluciones insatisfactorias⁸³³.

Entre las principales consecuencias perturbadoras que podrían suscitarse en el ámbito que nos ocupa, desechada una hipotética violación del principio de *non bis in idem*, se hallan los efectos derivados de la prejudicialidad –que resultan comunes a otras infracciones propias del derecho penal económico⁸³⁴-- y la introducción del principio de oportunidad en nuestro sistema procesal penal.

Sin duda, no puede abordarse en este momento un profuso estudio acerca de las ventajas e inconvenientes del principio de oportunidad en

⁸³³ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, 2001, p. 23.

⁸³⁴ Advierte GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Curso de Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 29 y 53 y ss., que las perversiones específicas que puede generar esta identidad entre ilícitos mercantiles y delitos radican en las dos siguientes, a saber, hace posible, en primer lugar, la utilización torticera del proceso penal para suspender el civil-mercantil; y, en segundo lugar, genera disfunciones añadidas en caso de que no se produzca la suspensión del proceso civil, debido a la posible existencia de sentencias contradictorias.

relación a nuestro sistema procesal, por lo que valga advertir que, con esta reflexión, sólo se pretende evitar automatismos en la crítica que el mismo genera en los delitos que se analizan. Esto es, dado que ambos instrumentos cumplen funciones diversas, no parece que el principio de oportunidad deba ser valorado negativamente *per se*.

De una parte, supone que, en el ámbito de estos delitos, estrictamente patrimonial o económico, es posible la reparación por otras vías –la civil-- y, por tanto, se brinda una opción al particular para que decida qué procedimiento satisface mejor el daño que se le ha causado. Téngase en cuenta que, en estos casos, múltiples factores entran en juego y, entre ellos, el hecho de que la publicidad del proceso puede suponer la total desaparición del secreto empresarial y con ello acarrear un perjuicio mayor al empresario. Así puede ocurrir, por ejemplo, en aquellos casos en que el acto ilícito no haya destruido la situación de reserva. En esta medida, parece lógico que el legislador delegue en la propia víctima la decisión de perseguir o no el ilícito, tras valorar las circunstancias del caso concreto.

De otro lado, como advierte QUINTERO OLIVARES⁸³⁵, la introducción del principio de oportunidad se muestra no sólo compatible sino coherente con diversos ideales perseguidos por nuestro derecho y, especialmente, el encarnado por ***ser la verdadera aportación del sistema procesal al principio de intervención mínima***, hasta ahora limitado a la creación de infracciones penales y, a lo sumo, a la interpretación de los elementos normativos de los tipos. Sin embargo, mediante el principio de oportunidad, podría penetrar también en el proceso, que es no sólo parte del derecho penal, sino también instrumento esencial de la política criminal.

⁸³⁵ QUINTERO OLIVARES, G., La justicia penal en España, Pamplona, 1998, pp. 157-158.

Por ello, a nuestro parecer, el mantenimiento de estos delitos (arts. 278 a 280 CP), que comparten casi identidad de hechos, con algunos ilícitos civiles (art. 13 LCD), resulta necesario y conveniente. En esta medida, dado que se trata de delitos perseguibles a instancia de parte (art. 287.1 CP), excepto cuando afecten al interés general o a una pluralidad de personas (art. 287.2 CP⁸³⁶), acarrea diversas consecuencias, entre las que destaca la introducción en nuestro sistema procesal del principio de oportunidad. A nuestro parecer, esta posibilidad se revela un acierto que justifica la propia previsión de delitos en el código penal que también son ilícitos mercantiles y da cabida así al principio de intervención mínima en la fase de aplicación y ejecución de la ley penal.

Concluida la delimitación del bien jurídico y explicada la legitimación de su tutela penal, no puede orillarse en este estudio una última reflexión que incide de lleno en la protección de los intereses que nos ocupan y que

⁸³⁶ No se nos ocultan los problemas que plantean estas cláusulas redactadas de forma tan genérica y, en especial, la primera de ellas, que hace mención a los «intereses generales», puesto que, como ha señalado QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre los delitos societarios en el nuevo Código Penal (Cuestiones generales)”, en AA VV, ASÚA BATARRITA, A. (Ed.), **Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995**, Bilbao, 1998, p. 171, sin precisar cuáles son esos intereses, la fórmula puede resultar grandilocuente y vacía. Los efectos perturbadores pueden producirse en un doble sentido; de una parte, siendo una excepción a la regla, puede convertirse en la pauta general y, de otra, su excesiva amplitud, a la vez, puede comportar que se vea despojada de contenido. No es éste el lugar, desde luego, para formular un enjuiciamiento crítico de estas cláusulas, que también se hallan presentes en otros ámbitos (delitos societarios, 296 CP). Así que baste sumarnos a las consideraciones críticas vertidas ya por algún sector doctrinal. En este sentido, advierte MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., **Derecho penal económico, Parte especial, op. cit.**, p. 199, respecto del art. 296 CP, que, en aquellos casos en que no sirva de criterio la naturaleza del bien jurídico inmediatamente protegido, queda totalmente al arbitrio del órgano judicial decidir cuándo se cumplen los requisitos de esta cláusula valorativa para cuya exegésis el legislador no ha ofrecido apoyatura alguna. En un sentido distinto y, probablemente, otorgando a dicha cláusula un ámbito mayor, VALLE MUÑIZ, J.M., “Comentario al artículo 287”, en QUINTERO OLIVARES, (Dir.), **Comentarios al Nuevo Código...**, op. cit., 2ª. ed., p. 1318, ha matizado respecto al art. 287.2 CP que la afectación a intereses generales se explica por el carácter económico de estos delitos, lo que no se ve empañado por identificar en ocasiones los objetos inmediatos de tutela con intereses económicos individuales de los afectados. A nuestro parecer, desde luego, la aplicación de esta cláusula relativa a los intereses generales, en el ámbito que nos ocupa, no puede ser anudada a la naturaleza socioeconómica del bien jurídico. Sin embargo, aun así, parece que su concreción en el supuesto concreto sigue ofreciendo un amplio arbitrio al órgano judicial.

hace referencia a la repercusión, en el objeto jurídico de tutela, de la integración de la empresa en las nuevas tecnologías y, en especial, en Internet.

V. El objeto jurídico de tutela frente a los peligros derivados de las nuevas tecnologías.

El impacto que toda revolución tecnológica suscita ha afectado, de modo especialmente intenso, al ámbito socioeconómico y, en especial, al de la empresa⁸³⁷. Como se sabe, las nuevas tecnologías de la información posibilitan una potenciación indefinida de acumulación de datos en poco espacio, **de fácil acceso y recuperación**, a través de una clave o código único, en cuestión de escasos segundos y **de simple interrelación, tratamiento y transmisión**⁸³⁸. Lógicamente, pues, se someten a tratamiento automatizado las contabilidades de empresas, carteras de clientes, balances, informes y proyectos empresariales, estrategias de mercado, procedimientos técnicos⁸³⁹, de forma que la comercialización de productos, la financiación, la publicidad, los seguros, los transportes y comunicaciones

⁸³⁷ Acerca del impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito económico, vid. ROMEO CASABONA, C.M., *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Madrid, 1987, pp. 36 y ss.; TERCEIRO, J.B., *Sociedad@digit@l*, op. cit., pp. 207 y ss.; SÁNCHEZ BLANCO, A., *Internet. Sociedad, empresa...*, op. cit., pp. 21 y ss.; KALBHEN, U., "Introducción", en KALBHEN, U./KRÜCKEBERG, F./REESE/J., *Las repercusiones sociales de la tecnología informática*, Madrid, 1983, pp. 16 y ss.; LAVER, M., *Los ordenadores y el cambio social*, Madrid, 1982, pp. 35 y ss., entre exhaustiva literatura sobre el tema.

⁸³⁸ Así, MORALES PRATS, F/MORÓN LERMA, E., en AA VV (QUINTERO OLIVARES, Dir.), *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., pp. 645-646.

⁸³⁹ Así, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., "Notas sobre la delincuencia informática: atentados contra la <información> como valor económico de empresa", en ARROYO ZAPATERO, L./TIEDEMANN, K., *Estudios de derecho...*, op. cit., p. 184.

y, por supuesto, la producción de nuevos conocimientos y avances⁸⁴⁰, son impensables sin el tratamiento de la información⁸⁴¹.

A mayor abundamiento, este proceso de cambio se ha vigorizado con la globalización, que se caracteriza no sólo por el empleo generalizado de las nuevas tecnologías informáticas, sino por la posibilidad que ha supuesto de adoptar nuevas formas organizativas en el desarrollo de los procesos de producción y de comercialización⁸⁴². Este fenómeno de mundialización y de integración supranacional de mercados ha determinado el tránsito de la empresa fordista a la empresa-red, cuya característica básica es la segmentación del proceso productivo, una estructura descentralizada horizontalmente y la persecución del máximo beneficio allí donde éste sea posible⁸⁴³. Actualmente, las cadenas de investigación, producción y comercialización son transnacionales, lo que enfatiza el carácter mundial o global, en cuanto a estructura, estrategia y funcionamiento, que reviste el mercado. En este contexto, las comunicaciones se convierten en una oportunidad de liderazgo competitivo a medida que las empresas advierten las enormes ventajas de conectar a los clientes, proveedores y grupos varios desde dentro de sus organizaciones⁸⁴⁴. Empresas que asumen cada vez

⁸⁴⁰ Piénsese, por ejemplo, en la decisiva influencia que ha tenido el uso de específicos programas informáticos en la secuenciación del genoma humano.

⁸⁴¹ Así, vid. ROMEO CASABONA, C.M., *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Madrid, 1987, p. 37.

⁸⁴² Como se expuso al comienzo de esta investigación (vid. supra), la fragmentación de la producción es posible debido al abaratamiento de los costes de transporte y de las telecomunicaciones.

⁸⁴³ Como se recordará, la empresa fordista, que se caracteriza por aglutinar todo el proceso productivo mediante una gran concentración de mano de obra y de medios de producción, contrasta en la actualidad con la organización productiva de las empresas transnacionales, que, a modo de red, extienden sus actividades a países de todo el mundo, gracias a un eficiente sistema de planificación industrial y comercial, de transmisión de datos e información y de control a distancia de la producción.

⁸⁴⁴ TERCEIRO, J.B., *Sociedad digit@l*, Madrid, 1996, p. 215.

más riesgos y que adoptan nuevas estrategias, en las que el secreto empresarial ostenta una importante significación competitiva⁸⁴⁵.

Así, este creciente avance tecnológico y los insidiosos peligros que conlleva proporciona al derecho penal ciertos retos, que no se ciñen a la tutela de nuevos y complejos bienes jurídicos (los denominados «intereses difusos»⁸⁴⁶), sino que se suscitan, también, en la conveniencia de redefinición y/o reinterpretación dinámica de los ya existentes o, si se prefiere, de los «bienes jurídicos tradicionales»⁸⁴⁷, ante las nuevas formas de agresión de las que pueden ser objeto⁸⁴⁸. En esta medida, se justifica la

⁸⁴⁵ Afirma RAMONET, I., *Un mundo sin rumbo, Crisis de fin de siglo*, Barcelona, 1997, p. 275, que «Las redes mundiales de empresas en competencia cuentan con las autopistas de la información y de la comunicación para gestionar mejor sus negocios, aplicar sus estrategias de conquista, desarrollar e imponer sus normas, defender las posiciones monopolistas adquiridas en el mercado». En este sentido, en esa competencia monopolística hacia la que tiende el mercado actual, la posesión de derechos de exclusiva y de secretos empresariales (posiciones de exclusividad, jurídica y fáctica, respectivamente), como instrumentos que permiten singularizar los productos y servicios propios, devienen piezas claves de la competitividad de la empresa.

⁸⁴⁶ Como se sabe, la expresión «interessi diffusi» fue inicialmente acuñada por FILIPPO SGUBBI, en «Tutela penale di «interessi diffusi»», en *La Questione Criminale*, 1975, pp. 439- 481; con ella se designaban ciertos intereses mayoritarios, de nuevo cuño, fruto del desarrollo económico y técnico de los últimos tiempos y que, representaban, en el fondo, instancias antagonistas a las posiciones económico-jurídicas dominantes, dirigidas a afirmar un control sobre el desarrollo de las actividades económicas y sobre el ejercicio de los poderes fácticos a ellas vinculadas. Con tal expresión (*interesse diffuso*) se pretendía subrayar el origen fáctico y sustancial de la figura, reservando el atributo de «collettivo», para la figura en cuestión, en el momento ya de su reconocimiento normativo (así, vid. pp. 439-440, n. 4). Para una acotación conceptual de los intereses difusos en nuestra doctrina, vid. MORALES PRATS, F. «Técnicas de tutela penal de los intereses difusos», en *Intereses difusos y derecho penal*, CDJ, CGPJ, XXXVI, Madrid, 1994, pp. 75-76.

⁸⁴⁷ A los efectos interesados en este trabajo, no se encuentra inconveniente en emplear la expresión «bienes jurídicos tradicionales», siempre que con tal expresión se haga referencia al núcleo esencial del bien jurídico. Esto es, sin que ello signifique que deban seguir interpretándose como bienes jurídicos individuales de corte tradicional liberal, sino de modo compatible con un entendimiento o interpretación avanzada y moderna de los mismos, que en nuestro ámbito resulta de todo punto imprescindible. Al objeto de evitar equívocos, se ha aludido también a estos bienes jurídicos como «bienes jurídicos ya existentes».

⁸⁴⁸ Estos desafíos que debe afrontar al derecho penal como tributo del avance tecnológico han sido formulados como diversos retos diferenciados entre sí y no como dos modos distintos de concebir la tutela de los intereses difusos o colectivos. Esto es, no se ha enunciado de manera alternativa un único aspecto (alternativa, –nuevos bienes jurídicos o

reflexión sobre el alcance de la respuesta penal frente a estos peligros derivados de la informatización de los datos o conocimientos, objeto de un secreto de empresa, en la esfera del bien jurídico tutelado⁸⁴⁹.

Los profundos cambios experimentados impiden seguir interpretando el secreto de empresa con arreglo a un entendimiento clásico o tradicional del mismo, de modo que se conciba la información desde una perspectiva meramente estática⁸⁵⁰. Esto es, los conocimientos que constituyen el secreto ni son ya simplemente ostentados por un empresario artesanal que los explota en solitario, ni permanecen paralizada y pasivamente en la «caja

nuevas formas de agresión a bienes jurídicos tradicionales-- en la que se traduce la discusión doctrinal sobre la aceptación de la categoría jurídico-penal de los bienes colectivos), sino que se han expuesto las diversas repercusiones que puede suscitar el avance tecnológico y que se cifran en la aparición de nuevos valores o intereses jurídicos de carácter autónomo y en la aparición de nuevas formas de agresión a bienes jurídicos ya existentes. En nuestro caso, el debate se inserta en este último ámbito. Sobre el significado de los bienes jurídicos colectivos como nueva categoría jurídico-penal o como mera manifestación de nuevas modalidades de agresión a bienes jurídicos existentes, vid., esclarecedoramente, PORTILLA CONTRERAS, G., "Principio de intervención mínima...", en **CPC.**, pp. 739 y ss., que concluye a favor de su consideración como intereses autónomos.

⁸⁴⁹ La pertinencia de la reflexión sobre las necesidades de tutela frente a los abusos informáticos en la esfera de los bienes de la personalidad ha sido reclamada y acometida de modo constante por el prof. MORALES PRATS, a quien se debe el mérito de la elaboración doctrinal del concepto de la **privacy** o libertad informática en España. Vid, entre sus numerosas obras destinadas a la materia, MORALES PRATS, F., **La tutela penal de la intimidad**..., **op. cit.**, pp. 31 y ss. y 325 y ss.; "Privacy y reforma penal: la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983", en **Documentación jurídica**, núm. 37/40, Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, vol. 1, Madrid, 1983, pp. 577 y ss.; "Presupposti politico-criminali per una tutela penale della riservatezza informatica (con particolare riguardo all'ordinamento spagnolo)", en **Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica**, n. 2, maggio-agosto, 1986, pp. 369 y ss.; "Problemática jurídico-penal de las libertades informáticas en España tras diez años de vigencia de la Constitución de 1978", en **EPCr.**, XII, 1989, pp. 307 y ss.; "Protección de la intimidad: delitos e infracciones administrativas", en **La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)**, CDJ, CGPJ, 1997, pp. 47 y ss. y, más recientemente, "Pornografía infantil e Internet: la respuesta en el Código penal español", en **Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet**, CDJ, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 177 y ss.

⁸⁵⁰ Así, la distancia que la propia evolución de la sociedad puede provocar entre la realidad y el derecho se acrecienta cuando se produce en el ámbito tecnológico. Así, por ejemplo, afirma PEDRAZZI, C., "Odierne esigenze economiche e nuove fattispecie penali", en **RIDPP**, 1975, pp. 1100-1101, que uno de los primeros obstáculos para la institución de una disciplina penal suficientemente estable y uniforme deriva del apremiante ritmo del progreso tecnológico.

fuerte» del empresario, sin que nadie los conozca o establezca un mínimo contacto con ellos.

Por el contrario, la información relevante para la empresa transita activamente por diversos circuitos de confidencialidad y, en algunos casos, es precisamente esta movilidad y/o la rapidez con la que se transmite lo que le otorga la significación competitiva o económica. Así, por ejemplo, en 1995, un número de **Business Week**, ensalzaba la alta competitividad de la empresa Inditex (conocida por el nombre comercial de ZARA), al ser capaz de concebir un modelo y ponerlo a la venta en sólo diez días⁸⁵¹. En el análisis de su éxito, se señalaba como pieza clave la rapidez de adaptación a los gustos del mercado, lo que le había permitido aumentar su «círculo de clientela» a costa de otro grande de la confección, Benetton, en ciudades importantes como París o Nueva York⁸⁵². Así pues, la información no sólo está ligada ya a su poseedor, sino que es dinámica y afecta a terceros a medida que va circulando. Estos terceros pueden ser personal vinculado –si

⁸⁵¹ **Business Week**, 1995 a, 23 (consultado en TERCEIRO, J.B., [Socied@d digit@l](#), *op. cit.*, pp. 214-215.

⁸⁵² Desde luego, parece incuestionable que la rapidez con la que se transmite la información es lo que, en gran parte de ocasiones, otorga la significación competitiva. Así, por ejemplo, tomando como punto de partida la pieza clave del éxito comercial de Inditex, baste reproducir las sugestivas reflexiones de TERCEIRO (*op. ult. cit.*, pp. 215-216) sobre las consecuencias que supondría reducir aún más ese corto espacio de tiempo (diez días) entre la ideación, producción y comercialización del bien. Pensemos en una cadena de ropa que desarrolle nuevos estilos o modas: empleados con videocámaras acuden a las principales exhibiciones de moda en todo el mundo (como se analizará en el próximo capítulo, los modelos industriales, en el sector de la moda, que no se reduce al de las prendas de vestir, pueden constituir objeto de secreto empresarial y, en concreto, de secreto industrial, siempre que reúna los requisitos configuradores; supongamos que, en el ejemplo propuesto, no es así). Si encuentran una prenda que creen que encaja en su nicho de mercado, envían electrónicamente e vídeo a la oficina central, donde se seleccionan los diseños prometedores, que son detallados y creados en formato digital y mandados a copiar, con especificaciones de material y color, a productores de Hong Kong, Korea, Singapur y Taiwan. Los proveedores, a su vez, envían por avión un juego de muestras. Si se decide ir adelante, se hace el pedido telemáticamente. La empresa puede tener un nuevo modelo en la tienda en menos de ocho días. Se ha reducido el tiempo en más del 20%, logro que puede determinar la ventaja competitiva.

se prefiere, interno-- a la propia empresa (descentralizada horizontalmente, con el proceso de producción y comercialización segmentado e intercomunicada a través de Internet o de satélites), de forma que la información se moverá por «circuitos de confidencialidad internos»⁸⁵³, o bien puede tratarse de terceros ajenos a la empresa pero cuya implicación deviene, igualmente imprescindible, en cuyo caso transitará por «circuitos de confidencialidad externos», que, a su vez, podrán ser circuitos establecidos institucionalmente. Como se observa, pues, todos estos circuitos o cauces legales por los que se mueve la información deben coligarse para que sea posible el correcto funcionamiento del mercado. Todo ello se ve especialmente vigorizado, en la medida en que los flujos financieros son mundiales y que los mercados financieros operan en tiempo real y se hallan casi permanentemente abiertos⁸⁵⁴. La posibilidad de comunicarse y de negociar en tiempo real facilita la simultaneidad de ciertos procesos en todo el mundo, como, por ejemplo, los bursátiles.

En esta medida, el concepto del secreto de empresa asume, pues, un inequívoco contenido de **carácter dinámico**. Este entendimiento resulta, por otra parte, completamente postulable si se tiene en cuenta la configuración del secreto como **bien esencialmente económico vinculado a la competencia e inserto de lleno en el mercado**. Ahondando en esta visión dinámica de la información, se advierte que, en puridad, estos circuitos por los que transita serán, habitualmente, telemáticos, lo que suscitará peligros y modalidades de ataque especialmente insidiosas para el objeto de tutela. Así, la advertencia de estos peligros que se ciernen sobre el objeto jurídico lleva a reflexionar sobre las nuevas necesidades de tutela y, en concreto, sobre las

⁸⁵³ Como se ha expuesto, con la digitalización de las comunicaciones, la división internacional del trabajo adquiere una nueva dimensión.

⁸⁵⁴ Así, RAMONET, I., *Un mundo sin rumbo, op. cit.*, p. 275, afirma que «una de las contribuciones más grandes de las nuevas tecnologías a la economía contemporánea ha sido la aceleración de los movimientos de capitales».

facultades que deben integrarlo. Tal como se propuso, en la esfera de los bienes de la personalidad y, en concreto, en el derecho a la intimidad (artículo 18.4 CE), originalmente por MORALES PRATS⁸⁵⁵ y tal como ha ratificado el Tribunal Constitucional en consolidada doctrina⁸⁵⁶, la interpretación del bien jurídico tutelado debe partir de estas nuevas realidades, entre las que destaca la circulación de información económica sensible, en clave esotérica (alfanumérica), por medio de terminales conectadas a distancia (redes telemáticas de comunicación).

En suma, si la necesidad de una **protección jurídica eficaz** de los intereses referidos resulta indiscutible ⁸⁵⁷, desde luego, como advierte MORALES PRATS⁸⁵⁸, siguiendo a PULITANÒ⁸⁵⁹, la eficaz salvaguarda de los bienes jurídicos, mediante la adecuada selección de las técnicas de tutela, exige atender a los **condicionamientos de orden fáctico y valorativo**, esto es, a los presupuestos indispensables para una prognosis racional de eficacia. En definitiva, lo anterior supone desplazar la discusión de «los cielos de la ideología» al terreno de lo «racionalmente verificable» en la determinación de los objetos y de las técnicas de tutela idóneas.

Precisamente a estos dos aspectos –objeto de protección y técnica de tutela-- ceñiremos la reflexión.

⁸⁵⁵ MORALES PRATS, F., en **La tutela penal de la intimidad:...**, *op. cit.*, pp. 46 y ss. y en “Problemática jurídico-penal de las libertades informáticas...”, *op. cit.*, pp. 308 y ss.

⁸⁵⁶ Así, vid. STC 254/1993, de 20 de julio (RTC 1993, 254); STC 94/1998, de 4 de mayo (RTC 1998, 94); STC 202/1999, de 8 de noviembre (RTC 1999, 202); STC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 290 y RTC 2000, 292).

⁸⁵⁷ Expresamente así lo reconoce MIR PUIG, S., “Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal”, en **El Derecho penal...**, *op. cit.*, p. 152.

⁸⁵⁸ MORALES PRATS, F. “Técnicas de tutela penal...”, *op. cit.*, pp. 76-77.

⁸⁵⁹ PULITANÒ, D., “La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche”, en **Beni e tecniche della tutela penale, Materiali per la riforma del codice**, Milano, 1987, p. 34.

l) En primer lugar, en cuanto al primero de ellos, a nuestro parecer, **el bien jurídico no puede reducirse en su significado a meras facultades de exclusión de terceros, sino que debe aglutinar facultades de control y de gestión sobre los datos que se mueven en los circuitos telemáticos.**

El secreto de empresa y el bien jurídico tutelado se han ido transmutando⁸⁶⁰, como ha ocurrido con la tutela de la intimidad⁸⁶¹, de modo que no pueden integrarse por un contenido meramente negativo, del que únicamente dimanen facultades de exclusión de carácter formal⁸⁶², como si la definición del objeto tutelado se relegase al propio **concepto formal o instrumental (esto es, al secreto).**

Así, desde una visión dinámica del secreto de empresa, debe reclamarse como contenido positivo del bien jurídico tutelado, esto es, del interés económico del empresario en mantener la reserva, **las facultades de control sobre la circulación y el destino de los datos que se mueven en circuitos telemáticos.**

⁸⁶⁰ Como se sabe, en esta investigación, se ha adoptado un concepto **material-prejurídico** (vinculado al contexto) y **dinámico** del bien jurídico (así, vid. MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, J.M., **Manual de derecho...**, *op. cit.*, p. 283), esto es, un bien jurídico cuya determinación corresponde a una instancia prejurídica, la sociedad, lo que implica una dinamicidad –y, en esa medida, el no sometimiento a la estática de la Constitución– constitucionalmente orientada. Esta concepción sociológico-constitucional deviene particularmente importante, en este ámbito, para que el bien jurídico pueda cumplir adecuadamente su función de guía de la interpretación (función exegética).

⁸⁶¹ El derecho a la intimidad es también un bien jurídico, cuya tutela se ha arbitrado sobre la instrumentalidad del secreto. Como se ha ido sugiriendo, varias **semejanzas y paralelismos** –invocados a título de similitud y no de identidad– estructurales comparten la tutela de la intimidad y la del interés económico del empresario. Así, por ejemplo, de una parte, su necesaria interpretación desde una perspectiva dinámica, integrando las facultades de control. De otra, como se verá, su proyección sobre el ejercicio de otros derechos o facultades y su necesaria articulación con bienes jurídicos institucionales o colectivos.

⁸⁶² MORALES PRATS, F., en “Problemática jurídico-penal de las libertades informáticas...”, *op. cit.*, p. 329.

En esta línea parece integrarse la regulación de la protección del secreto en el marco del Acuerdo ADPIC, que, en su artículo 39.2, atribuye a las personas físicas y jurídicas la posibilidad de impedir a terceros la divulgación, adquisición o utilización, sin consentimiento, de «la información que **esté legítimamente bajo su control**». En este sentido, asimismo, el artículo 6-*bis* l.i. (ley especial sobre patentes para invenciones⁸⁶³) italiana, regulador de la violación de secretos empresariales y, en concreto, comerciales como acto de competencia desleal, siguiendo la fórmula empleada en el Acuerdo ADPIC, establece que constituye competencia desleal, «la revelación a terceros, o la adquisición o utilización por terceros (...) de información empresarial en la que se incluye la información comercial **sujeta al legítimo control de un competidor**»⁸⁶⁴.

Ahondando en esta línea interpretativa y en la configuración de la naturaleza de estos delitos y, por ende, de los propios intereses tutelados,

⁸⁶³ Como se expuso (vid. supra), la ley especial sobre patentes para invenciones italiana, aprobada por real decreto n. 1127, de 29 de junio 1939, ha sido fruto de una reforma operada por decreto legislativo n. 198, de 19 de marzo de 1996, en cuya virtud se adecua dicha ley a los mandatos del Acuerdo TRIPS (en concreto, vid. art. 14 DL num. 198, de 19.3.1996, adeguamento della legislazione interna in materia di proprietà industriale alle prescrizioni obbligatorie dell'accordo relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale concernenti il commercio). Ante la insuficiencia del art. 2598.3 del Código civil italiano, regulador de los actos de competencia desleal, para proteger la «información no divulgada» a la que alude el art. 39 Acuerdo TRIPS, el legislador italiano tipifica en el artículo 6-*bis* l.i. la violación de esta información secreta como acto de competencia desleal.

⁸⁶⁴ El art. 6-bis l.i. establece: «1. Fermo il disposto dell'art. 2598 n.3 del codice civile, costituisce atto di concorrenza sleale la rivelazione a terzi oppure l'acquisizione o utilizzazione da parte di terzi in modo contrario alla correttezza professionale di informazioni aziendali ivi comprese le informazioni commerciali soggette al legittimo controllo di un concorrente ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme, o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete. 2. Costituisce altresì concorrenza sleale la rivelazione a terzi oppure l'acquisizione o utilizzazione da parte di terzi in modo contrario alla correttezza professionale di dati relativi a prove o di altri dati segreti la cui elaborazione comporti un considerevole impegno, e alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche».

debe señalarse que se protege un interés individual (interpretado en el modo expuesto) pero inequívocamente articulado con bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y de terceros. Esto es, según se ha advertido, se trata de circuitos de confidencialidad estrechamente coligados, que, reclaman para el correcto funcionamiento del mercado, la no ruptura de ninguna de estas cadenas de confidencialidad, de modo que reina un profundo interés por parte de todos los sectores afectados en que así sea. Así, por ejemplo, el secreto de empresa relativo al proyecto de una inversión bursátil puede moverse dinámicamente e implicar a diversos terceros a medida que va circulando. Así, en este proceso de tránsito, pueden suscitarse los siguientes circuitos de confidencialidad. En primer lugar, por ejemplo, el circuito de confidencialidad interno que afecta a todo o parte del **staff** de la empresa; el circuito externo que implica al abogado que gestionará la operación (secreto profesional); el circuito que afecta al **partner** del producto financiero; el circuito institucionalizado que supervisará la operación (CNMV); el circuito oficial que ejercerá controles administrativos (Banco de España), entre muchos otros. Pues bien, la óptima funcionalidad todos estos circuitos descansa y pende, en primer lugar, de que no se vulnere el secreto de empresa y, a continuación, de que la confidencialidad no se rompa en ninguno de ellos. En esa medida, la salvaguarda del bien jurídico es presupuesto de garantía de otros intereses, cuya estructuración y, por ende, articulación se produce a modo de red.

Así, esta proyección institucional (económica y jurídica) que tiene la adecuada salvaguarda del secreto evidencia, de nuevo, la necesidad de una reinterpretación dinámica que en este ámbito se requiere. De proseguir con una perspectiva estática y con una concepción limitada a facultades de control, se continuará incurriendo en una visión desarticulada del bien jurídico.

II) Los argumentos formulados anteriormente deberán presidir cuidadosamente la protección del bien jurídico, en cuyo arbitrio, como se ha señalado, quizá no sean operativas las técnicas de tutela tradicionales o clásicas, sino que se precisen técnicas adecuadas que permitan captar la perspectiva material de injusto que integra el delito, que no será posible radicar en el daño producido y, en ocasiones, ni tan siquiera en la puesta en peligro concreto del bien jurídico⁸⁶⁵. No se desconoce que uno de los mayores recelos suscitados en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos radica en que se favorece la introducción de la técnica de creación de delitos de peligro abstracto⁸⁶⁶. Sin embargo, a tenor de las conclusiones alcanzadas y como se expondrá al analizar las acciones típicas, frente a los peligros suscitados en este ámbito, el empleo de tipos delictivos de peligro abstracto puede ser una técnica idónea, siempre que se cumplan dos requisitos esenciales. En primer lugar, que la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión; en segundo término, que la prohibición se refiera directamente a bienes jurídicos claramente determinados⁸⁶⁷. Así pues, según advierte PORTILLA CONTRERAS, respecto a la introducción

⁸⁶⁵ Así, vid. MORALES PRATS, F. "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos", en *Intereses difusos...*, *op. cit.*, p. 77.

⁸⁶⁶ Se muestran contrarios a aceptar la naturaleza penal de los bienes colectivos HASSEMER, W., "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale", en *Dei delitti e delle pene*, 1984, nº 1, pp. 110 y ss. y, en nuestra doctrina, MIR PUIG, S., "Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal", en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 152-154 y en "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", en *El Derecho penal...*, *op.ult. cit.*, pp. 164-167. Para una revisión crítica de estos posicionamientos, vid. PORTILLA CONTRERAS, G., "Principio de intervención mínima...", en *op. cit.*, pp. 737 y ss.

⁸⁶⁷ Así, la recomendación número 9 del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre «El concepto y los principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa», celebrado en El Cairo en 1984, establece que «El empleo de tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y en tanto la prohibición se refiere directamente a bienes jurídicos claramente determinados. La creación de delitos de peligro no está justificada cuando obedezca exclusivamente al propósito de facilitar la prueba de los delitos» (estas recomendaciones pueden consultarse en TIEDEMANN, K., *Poder económico...*, *op. cit.*, pp. 183-185).

de los delitos de peligro abstracto, la solución debería pasar por la exigencia de concreción de los valores a proteger, esto es, de la individualización de los bienes tutelados⁸⁶⁸. En esta medida, se justifica el notable interés que, en esta investigación, asumía la delimitación y deslinde del bien jurídico protegido en los delitos reguladores del secreto de empresa.

En cualquier caso, será necesario que esta nueva reconfiguración del bien jurídico informe la interpretación y/o integración de los concretos tipos de injusto previstos en los artículos 278 a 280 CP⁸⁶⁹.

Concluido el análisis y la caracterización del bien jurídico protegido en estos delitos, se está en disposición ya de proyectar las conclusiones alcanzadas en el estudio e interpretación de los dos elementos en los que mayor incidencia asume la configuración jurídica acometida, esto es, el objeto material y las acciones típicas.

⁸⁶⁸ PORTILLA CONTRERAS, G., "Principio de intervención mínima...", en *op. cit.*, p. 740.

⁸⁶⁹ El análisis y la proyección de esta reconfiguración se abordará, con detalle, en el estudio de las acciones típicas de estos preceptos.