

EL DELITO DE COMUNICACION FRAUDULENTA DE SECRETOS DE FABRICA

(Breve estudio de la figura del art. 284 del C. Penal)

Juan Domingo Acosta
Abogado

I. ASPECTOS GENERALES *

1. *Ubicación en la Ley*

En una primera aproximación al estudio de la figura delictiva objeto del presente trabajo, llama la atención la ubicación del tipo penal en el sistema seguido por nuestra Ley. En efecto, el delito tipificado en el art. 284 del C. Penal forma parte del Título VI del Libro II del C. Penal, que reúne a los "Crímenes y simples delitos en contra del orden y seguridad públicos cometidos por particulares", y, específicamente, se encuentra en el párrafo N^o 7, bajo el epígrafe: "Crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas".

Una simple lectura de los elementos del tipo penal permite apreciar que esta figura delictiva protege intereses fundamentalmente individuales, de los que es titular el sujeto pasivo, esto es, la fábrica, o mejor dicho, el empresario o propietario de ésta. El orden y la seguridad públicos no aparecen comprometidos en forma directa, sino que de una manera mediata, del mismo modo en que el homicidio, las lesiones, las injurias y el secuestro son delitos que, al proteger la vida, la integridad física, el honor y la libertad de desplazamiento, afectan también al orden y a la seguridad públicos, entendidos como la pacífica y organizada convivencia humana. Es decir, una protección por derivación o inclusión al prohibirse conductas lesionadoras de bienes jurídicos individuales y específicos.

A diferencia de lo que ocurre con esta figura, los restantes delitos de párrafo constituyen auténticos atentados en contra de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, sin perjuicio de que en el caso concreto una o más personas individuales puedan resultar perjudicadas por las conductas allí descritas. Así, las figuras contempladas en los arts. 285 y 286 no consisten en alterar el precio de un producto determinado como resultante de un acto aislado de contratación, sino que se trata de la protección del precio que ese producto o que un determinado trabajo tiene en el mercado, concepto este último que debe entenderse en un contexto más o menos amplio, pero que no debe identificarse necesariamente con el de mercado nacional. A su vez, la figura del art. 287 se refiere a conductas destinadas a alterar el natural desarrollo de un acto aislado como lo

* Art. 284: "El que fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de once a veinte sueldos vitales".

es una subasta pública, pero en el que la autoridad tiene una intervención sumamente importante y reglamentada. En todos estos casos existe un interés de la autoridad por la normal realización de estos actos y por mantener un determinado orden en las relaciones económicas, particularmente en el proceso de los precios. Por consiguiente, los conceptos de orden y seguridad públicos, en cuanto intereses de carácter colectivo, no son ajenos a estas figuras sino que están íntimamente comprometidos, lo que no ocurre en el caso del art. 284.

A modo de conclusión podemos señalar que al situar el delito objeto de este trabajo en el Título VI se ha incurrido en un error de técnica legislativa. Como se expondrá a continuación, la naturaleza del bien jurídico protegido en esta figura exige que sea tipificado entre los delitos en contra de la libertad, en uno de sus varios aspectos.

2. *Bien jurídico*

La tendencia moderna en la doctrina y en las legislaciones es la de considerar la protección penal del secreto en general como atentados en contra de la libertad, al menos en una de sus distintas expresiones o manifestaciones: el derecho a la intimidad que a toda persona se le reconoce¹. Este punto de vista se contrapone con el que ha predominado en las distintas legislaciones que, a lo largo de la historia y con no leves dificultades, han intentado explicar la protección penal del secreto como figuras derivadas del hurto, la injuria y las falsedades².

En la actualidad existe un amplio acuerdo entre los autores en el sentido de que la libertad, como bien jurídico de protección, constituye un concepto complejo, que admite una amplia gama de contenidos y expresiones diferentes perfectamente identificables entre sí, y que son una consecuencia del concepto de persona humana concebida como una unidad compleja, dotada de diferentes atributos y potencialidades, tanto en el ámbito estrictamente individual como en su dimensión social. En este contexto debemos entender por libertad "la facultad del hombre para desenvolver su personalidad y determinar su conducta conforme a su voluntad"³. Esta facultad carece de contenido y significación en sí misma, y los adquiere si se la refiere a las distintas potencialidades del ser humano y a las diferentes manifestaciones de su vida individual y de relación. Entre estas distintas manifestaciones hay algunas que dicen relación con atributos por así llamarlos físicos del hombre, y hablamos de la libertad de movimiento y de desplazamiento, de la libertad de trabajo, de la libertad económica, etc. Otras constituyen una exteriorización más directa de la vida espiritual del ser humano, y en este caso se menciona a la libertad de conciencia, la libertad de opinión, la libertad religiosa, la libertad de educación, etc.

Así, se le reconoce al hombre una esfera de intimidad y de reserva personal, en donde es soberano para adquirir sus propias convicciones y tomar sus decisiones. En este ámbito, ni el Estado ni los demás hombres tienen derecho a intervenir sin la autorización o consentimiento de su titular, salvo

¹ SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", T. IV, pág. 108, 1ª reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

² SOLER, Sebastián, *op. cit.*, T. IV, pág. 109.

³ ETCHEBERRY O., Alfredo, "Curso de Derecho Penal", T. III, pág. 143, Santiago de Chile, 1976.

que se contraponga un interés social actual, de tal magnitud que la paz y convivencia social exijan esta intervención. El Derecho, por su parte, tampoco está en condiciones de violar este espacio privativo y exclusivo del ser humano, salvo para protegerlo y salvo también el caso en que esté comprometido el orden o la seguridad públicos. La soberanía del hombre en este ámbito es absoluta con las solas excepciones señaladas, y se extiende incluso al derecho a que sus actos o ciertos hechos de su vida privada o de relación permanezcan en reserva, es decir, no sean conocidos por los demás. El Derecho Penal protege esta facultad del hombre que se expresa en el "derecho al secreto", sancionando con una pena penal al que lo transgrede. Pertenecen a esta protección las figuras de los arts. 146, 155, 156, 158 N° 5, 225 N° 6, 231, 242, 243, 244, 246, 247 y la que es objeto del presente trabajo, contemplada en el art. 284 del C. Penal.

Sin embargo, este punto de vista no es del todo pacífico, pues en el último tiempo se ha sostenido que las figuras penales que protegen el secreto industrial y comercial no constituyen atentados en contra de la libertad humana sino que lo son en contra de otro bien jurídico, de naturaleza diferente. Así, Bajo Fernández⁴ señala que estos delitos atentan en contra de otro bien jurídico y que consistiría en "la capacidad competitiva de la empresa". Este autor parte de la base de que el secreto industrial, al igual que las patentes, son un "medio de conseguir el comerciante la exclusividad en el uso de un objeto de interés comercial"⁵, y por ende, trata de estos delitos cuando se refiere a los atentados en contra de la libre competencia. Este presupuesto es en mi opinión correcto, pues la protección del secreto industrial importa una protección a la libre competencia, no desde el punto de vista de la libertad de los agentes económicos para intervenir en la economía ni de la libre formación de los precios, sino desde el punto de vista de la lealtad que debe existir entre las unidades que participan en los procesos económicos, y la que deben observar quienes forman parte de ellas. Sin embargo, el concepto de libre competencia constituye una formulación compleja, relativamente reciente, y que se concibe como una manifestación o derivación de a lo menos tres tipos de intereses diferentes: por una parte, a mi modo de ver, constituye una extensión de la idea de libertad humana, en una dimensión social muy específica como lo son las relaciones económicas. En segundo término, el concepto tiene también un claro contenido patrimonial, referido a la sujeción de los agentes económicos a ciertos principios y reglas respecto de las actuaciones y transacciones que realizan sobre sus patrimonios individuales. Finalmente, es también expresión de una "política económica" determinada, elegida por los ciudadanos y que el Estado protege y fomenta. En la concepción de Bajo Fernández parecieran primar los dos últimos factores reseñados, en desmedro del concepto de libertad. Este punto de vista puede resultar explicable dentro del ámbito del texto legal español respectivo, pues, a diferencia del nuestro, exige que la revelación del secreto se haga "en perjuicio del dueño", expresión esta última que introduce directamente el factor patrimonial en el tipo penal. Sin embargo, el texto del C. Penal chileno no contiene referencia alguna al perjuicio patrimonial, ni bajo la forma de una especial disposición subjetiva de parte del autor (como ocurre

⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial", pág. 281, Edit. Civitas S.A., 1979.

⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op. cit., pág. 277.

en el tipo español), ni como un resultado del delito, ni bajo ninguna otra forma. El nuestro no es un tipo de "defraudación", pero sí es una forma de fraude, y como veremos más adelante, este último concepto no siempre está referido a los delitos en contra de la propiedad.

Por estas razones estimamos que en nuestra Ley el delito de comunicación fraudulenta de secretos de fábrica constituye una figura delictiva en contra de la libertad, en una de sus manifestaciones, cual es la esfera de intimidad y reserva a la que tiene derecho toda persona. Sin perjuicio de lo anterior, y como veremos más adelante, la existencia de un interés de carácter comercial o industrial por parte del titular del secreto (la capacidad productiva y competitiva de la empresa) no es enteramente ajena a esta figura delictiva, pues fija un límite a la extensión de la protección que la Ley Penal da a la voluntad del ser humano en orden a la preservación de su esfera de reserva en el ámbito de las relaciones económicas.

3. Concepto de "secreto"

Por "secreto" entendemos "el conocimiento reservado a un círculo limitado de personas y oculto a otras"⁶. Acertadamente a nuestro juicio Bajo Fernández señala que lo característico del secreto es ese conocimiento reservado, pero no el objeto sobre el que éste incide, esto es, las cosas y los hechos que se guardan bajo el secreto. Lo mismo cabe decir respecto del vehículo material al que estas cosas o hechos se incorporan, como lo son, por ejemplo, los documentos, los planos y cartas⁷.

El concepto de secreto gira, entonces, sobre la base de ese conocimiento reservado, reserva que puede su origen en la voluntad de una o más personas, y en tal caso se dice que es un "secreto voluntario", o bien en un simple hecho fortuito, caso en el cual se habla de un "secreto fortuito" (el hecho no es conocido por terceros porque simplemente no ha trascendido). Para el Derecho Penal sólo tiene relevancia el secreto voluntario⁸, es decir, aquél en que existe una manifestación de voluntad expresa o tácita de su titular en orden a que el hecho permanezca oculto o reservado. En realidad, en las hipótesis de secretos fortuitos no puede hablarse siquiera de un secreto⁹. Sin embargo, esta manifestación de voluntad del titular puede revestir características muy precarias e incipientes, sin que se exteriorice en un hecho físico apreciable por los sentidos, como ocurre, por ejemplo, en las revelaciones que un cliente hace a su abogado sin que exista una petición expresa en el sentido de que deba guardarse la correspondiente reserva; la Ley le obliga a no revelar las confesiones que se le han hecho. En esta materia existe una amplia gama de situaciones diferentes que van desde la manifestación explícita de voluntad del titular, en forma verbal o escrita, hasta el caso ya expuesto de las revelaciones en el ámbito de una relación profesional. La correspondencia cerrada, el hecho de que ciertos documentos se guarden bajo llave, los mensajes en clave, son también expresiones más o menos explícitas de esta voluntad en orden a que un hecho o situación no sean conocidos sino por ciertas y determinadas per-

⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op. cit., pág. 278.

⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op. cit., págs. 278-270.

⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op. cit., pág. 279.

⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op. cit., pág. 279.

sonas, casos éstos que mencionamos sólo por vía ejemplar, pues, como es obvio, no es posible hacer una enumeración taxativa en esta materia.

Esto último hace que el límite entre el secreto voluntario y el simplemente fortuito se torne, en algunos casos, difuso, lo que introduce un grado de incertidumbre en el tipo penal. La cuestión radica en saber si existía o no la voluntad del titular del secreto en orden a que el hecho permaneciera en reserva. De otra parte, será necesario indagar si el autor del delito tenía conocimiento o al menos aceptaba la posibilidad de que el hecho revelado constituya un secreto por así disponerlo la voluntad de su titular. En los casos límites y en los que esta voluntad no se ha exteriorizado en forma más o menos clara, resultará útil considerar otros aspectos, como por ejemplo la naturaleza misma del hecho revelado (así, será naturalmente un secreto, aunque su titular nada diga al respecto, un determinado y único procedimiento ideado en una industria química para obtener determinados productos a un menor costo), o, también la especial relación en la que se confía el hecho reservado, como en el caso de la relación cliente-abogado, paciente-médico.

El concepto de secreto es una noción prejurídica y, por consiguiente, el tipo penal se limita a descubrir este hecho que tiene una realidad independiente y anterior a la norma. Sin embargo, y como lo adelantáramos en el punto anterior, en la noción específica del secreto como objeto de protección del delito del art. 284, y en la delimitación de su contenido, será decisiva la posición que se adopte respecto del bien jurídico por él protegido. En efecto, si como apunta Bajo Fernández el bien jurídico está constituido por la libre capacidad y el delito exige que como consecuencia de la divulgación se afecte la capacidad competitiva o productiva de la empresa, la noción de secreto será objetiva, y sólo podrán darse los presupuestos del tipo penal en la medida en que exista efectivamente un interés comercial o industrial amparado por el secreto. Por el contrario, si el interés jurídico-penal protegido es la libertad, al secreto le corresponderá una noción subjetiva, de tal manera que la obligación de reserva y sus límites únicamente estarán dados por la voluntad del titular, con independencia de la capacidad productiva y productiva de la empresa. La cuestión es importante y tiene consecuencias prácticas ya que si bien en la mayoría de los casos la manifestación de voluntad del titular coincidirá con la existencia de un interés industrial o comercial, habrá casos en los que estará presente dicha voluntad pero faltará el interés comercial o industrial y viceversa (por ejemplo, el titular autoriza o consiente en su divulgación). Hemos dado ya nuestras razones por las que estimamos que la concepción objetivista es ajena a nuestra norma legal. A estas razones cabe agregar otras dos: en primer término, tanto en el texto legal español como en el nuestro, el concepto de secreto está dado por el hecho de pertenecer a su titular, al sujeto pasivo, y no por la naturaleza de la cosa objeto del secreto. Así, en nuestra Ley se sanciona la comunicación ... "de los secretos de la fábrica..."; en el C. Penal español se castiga el descubrimiento ... "de los secretos de su industria..." (art. 399). Debe observarse que en ambos casos la Ley no emplea los términos "secreto industrial" o "secreto comercial", es decir, el acento se ha puesto en su pertenencia al titular del secreto y no en la naturaleza intrínseca del hecho objeto del mismo. No es porque se trate de un hecho de significación comercial o industrial que se determina la existencia de un secreto penalmente protegible, sino que por el hecho de que este secreto pertenece a una industria o fábrica. Sin embargo, y como veremos más adelante, lo anterior

no significa que se sancione penalmente la comunicación de cualquier secreto de la fábrica, sino que es necesario que se trate de un secreto de carácter comercial, industrial o relativo a la organización de la empresa. Se trata simplemente de destacar que la Ley ha puesto énfasis en el sujeto pasivo o titular del secreto y, por consiguiente, en su voluntad. Por otra parte, el punto de vista sustentado por Bajo Fernández conduciría necesariamente a sancionar a quien revela un hecho de interés comercial o industrial aún en los casos en que su titular autoriza expresamente su comunicación, lo cual se contradice con la eficacia justificante que él mismo, y en general todos los autores, le reconocen al consentimiento del titular¹⁰. Estimamos que las consideraciones expuestas son suficientes como para sostener lo que ha sido el punto de vista predominante en esta materia, es decir, la concepción subjetiva del concepto de secreto.

Con todo, la existencia de un interés comercial o industrial opera a nuestro juicio como una limitación de la noción subjetiva del secreto. En efecto, el tipo penal no sanciona la comunicación de cualquier secreto, sino que uno relativo a la fábrica en la que está o ha estado empleado el agente. El Derecho Penal no puede proteger cualquier manifestación arbitraria de la voluntad del titular en orden a que permanezca en reserva un determinado hecho. La pena penal, como recurso de "última ratio" sólo es aceptable en los casos en que existe un auténtico atentado en contra de los intereses vitales de una comunidad. La voluntad del ser humano bien puede extender ilimitadamente el concepto de secreto, pero ello no significa que a toda transgresión de esta voluntad deba imponérsele una pena. Por ello, se hace necesario que el hecho objeto del secreto tenga una significación comercial, industrial o relativa a la organización de la empresa, pues sólo en estos casos existirá un auténtico atentado en contra de intereses socialmente relevantes. Los casos en que un empleado descubra un secreto que es tal por la voluntad de su titular y que, sin embargo, no dice estricta relación con un interés de carácter comercial, industrial u organizacional, podrán ser reprimidos mediante sanciones de naturaleza laboral u otras, según el caso, pero no mediante una pena penal.

En otro ámbito de cosas, debe considerarse que la obligación de reserva que pesa sobre ciertas personas respecto de determinados hechos puede transgredirse de dos maneras diferentes: en primer lugar, por intrusión indebida en la esfera del secreto, y en segundo término, por propalación o revelación del mismo¹¹. En otras palabras, por el hecho de tomar conocimiento por sí el agente del secreto, o bien, por darlo a conocer a otras personas. Al primer grupo pertenecen las figuras de violación de correspondencia (arts. 146 y 156 del C. Penal) y el registro y apertura de papeles y documentos (arts. 155, 243, 244 y 245 del C. Penal). Al segundo grupo pertenecen las figuras de los arts. 158 N° 5 segunda parte, 225 N° 6, 231, 246, 247 del C. Penal y el delito de comunicación fraudulenta de secretos de fábrica del art. 284 del C. Penal.

Dentro de este último grupo podemos distinguir a su vez dos formas diferentes que puede asumir la violación del secreto: a) la transmisión de él mismo a una o más personas determinadas, y b) el descubrimiento del secreto, caso en el cual la revelación del secreto no va dirigida a una o más personas

¹⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op. cit., pág. 301.

¹¹ SOLER, Sebastián, op. cit., pág. 107.

determinadas, sino que el autor realiza un acto que permite su conocimiento a cualquier persona en general, como por ejemplo si lo publica en un periódico. Desde el punto de vista de nuestra Ley ambas situaciones se asimilan, son equivalentes y constituyen formas diferentes que puede asumir la revelación o comunicación.

Hemos definido al secreto como un conocimiento restringido a un cierto número de personas y vedado a otras. El número de personas que configuran este ámbito variará según el caso y, en definitiva, será la misma voluntad del titular la que determinará a quiénes habrá de extenderse lícitamente. Por ello es que en una fábrica o empresa, además del dueño o dueños de la misma, existirán otros, generalmente empleados o asesores, que tendrán lícito acceso al secreto. Naturalmente, las comunicaciones que entre ellos se hagan de los secretos de la empresa no podrán dar lugar a este delito, pues se habrán realizado dentro del ámbito en que el mismo titular ha permitido su conocimiento. Por el contrario, las revelaciones que alguna de estas personas realice a otro empleado o dependiente de la industria o a un tercero que tenga vínculos con la misma, sí podrán configurar el tipo penal, en la medida que concurren los restantes elementos de la figura delictiva.

Finalmente, surge la cuestión de si la revelación posterior de un secreto ya descubierto puede o no dar lugar a esta figura delictiva. Bajo Fernández se pronuncia afirmativamente sobre el punto, en la medida en que el aumento posterior de personas en el ámbito de conocimiento lesione el bien jurídico, es decir, dentro de su concepción, en la medida en que, a consecuencia de la revelación se afecte la capacidad competitiva de la empresa¹². A nuestro entender, la obligación de reserva subsiste aún en el evento de que el hecho constitutivo del secreto haya trascendido a terceros no autorizados a conocerlo por su titular, pero en la medida en que subsista también la voluntad del titular en orden a que el secreto no sea conocido por otras personas, y con la limitación de que debe existir comprometido siempre un interés de carácter comercial, industrial o relativo a la organización de la empresa.

II. LA CONDUCTA TÍPICA

La acción constitutiva del delito consiste en “comunicar fraudulentamente (los secretos de la fábrica en que está o ha estado empleado el autor)”. Se trata de una acción compleja, compuesta de dos elementos: en primer término, de una conducta material: “comunicar”, y en segundo lugar, de una especial modalidad o forma que debe asumir esta comunicación: “fraudulentamente”, es decir, con fraude, empleando fraude. Surge así una primera observación, cual es el hecho de que no se sanciona aquí el simple aprovechamiento o uso en beneficio personal que el agente haya podido hacer del hecho o cosa objeto del secreto, cuando este secreto no se ha revelado a terceras personas. Esa conducta podría configurar un delito en contra de la propiedad intelectual o industrial, pero no es punible de acuerdo a la figura del art. 284 del C. Penal.

El verbo “comunicar” significa revelar, descubrir, transmitir, dar a conocer un hecho o cosa, de cualquier forma o manera. Esta comunicación puede hacerse por cualquier medio que signifique la posibilidad de que una persona pueda

¹² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op. cit., pág. 283.

conocerlo, ya sea mediante la expresión verbal, escrita (una carta o publicación), o mediante un simple hecho material, como por ejemplo mediante la entrega física de un plano que contenga secretos industriales. La comunicación comprende tanto las hipótesis transmisión directa a una o más personas como los casos de descubrimiento de un secreto, a los que ya nos hemos referido.

El otro elemento constitutivo de la acción es la necesidad de que el autor obre mediante un fraude, o sea, que la comunicación del hecho reservado sea fraudulenta. El fraude, como lo señala Mera¹³, indica un modo de proceder o de actuar, modo que puede consistir en una de dos cosas: o bien empleando un engaño (y en tal caso se habla de fraude por engaño), o mediante abuso de confianza (fraude por abuso de confianza).

En el caso de la figura que nos ocupa, la modalidad de fraude por engaño no es concebible. El fraude recae en la acción de comunicar y no en el acto en virtud del cual el agente toma conocimiento del hecho reservado. Respecto de esta última circunstancia, generalmente el autor habrá tenido un acceso lícito al conocimiento del secreto. Sin embargo, es perfectamente posible que el que está o ha estado empleado en la fábrica no tenga acceso al conocimiento de un hecho determinado que se mantiene en reserva, pero que valiéndose de maniobras engañosas o abusando de la confianza que se le ha dispensado adquiera ese conocimiento para luego revelarlo a terceros. Pero esta hipótesis en la que es perfectamente concebible el fraude por engaño para adquirir el conocimiento sobre el secreto, no transforma al delito en un fraude por engaño, pues, como se ha dicho, la Ley exige que se proceda fraudulentamente en la acción de comunicar el hecho reservado y no en la de adquirir previamente dicho conocimiento. La comunicación del secreto no es imaginable en la hipótesis de un fraude por engaño, sino tan sólo en la de abuso de confianza.

De este modo, la expresión "fraudulenta" de que se vale el art. 284 debe entenderse como una exigencia de abuso de confianza. El delito es, en realidad, una modalidad de fraude por abuso de confianza, y se funda en la cualidad del sujeto activo (el que está o ha estado empleado) y sus relaciones particulares con el sujeto pasivo, o dicho de otro modo, con la fábrica de que es dueño el sujeto pasivo. Esta relación definida en la Ley mediante el verbo "emplearse" impone al sujeto activo ciertas obligaciones, entre las cuales se encuentra la de mantener reserva de los hechos que conoce en el desempeño de sus funciones en la empresa, y respecto de los cuales su titular ha manifestado su voluntad explícita o implícita en orden a que no sean transmitidos a otros. En este sentido, el titular del secreto, al permitir su conocimiento al agente, realiza un acto de "confianza", en el sentido de que conservará la reserva sobre este hecho. De allí que es necesario que el autor deba haber conocido este hecho en el desempeño de sus funciones en la fábrica o con ocasión de estas mismas funciones. Por ello es que no se configura el tipo penal si el agente adquirió este conocimiento de un modo ajeno a las relaciones con su empresa, y en el evento de que lo comunique a terceras personas, podrán adoptarse medidas o sanciones de carácter laboral, pero no de naturaleza penal¹⁴.

Vistas así las cosas pudiera pensarse que el empleo del adverbio "mali-

¹³ MERA FIGUEROA, Jorge Alejandro: "El delito de entrega fraudulenta", pág. 38, Primera edición, Edit. Encina, Santiago de Chile, 1971.

¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op. cit., pág. 283.

cioso" es redundante o superfluo. Sin embargo, la introducción de este término en el tipo penal cumple una función específica, cual es la exigencia de que subjetivamente el autor deba saber que el hecho que comunica es reservado, porque así lo ha dispuesto su titular. En otras palabras, debe tener conocimiento de su obligación de mantener la reserva del secreto y que al comunicarlo está quebrantando esta obligación. Por este motivo, el delito sólo es posible si el autor obra con dolo directo; el dolo eventual queda descartado a nuestro juicio. Por lo demás, así parece haberlo entendido la Comisión Redactora del C. Penal, pues en la Sesión N° 156 se acordó, por indicación del señor Altamirano, sustituir la palabra "malicioso", incorporada al texto del proyecto, por la indicación de que siempre debe existir fraude de parte del que hace la revelación. Se dejó constancia de que la responsabilidad que pesa sobre los trabajadores de la fábrica de mantener en reserva sus secretos no era ilimitada, pues "lo que importa es el rompimiento de los compromisos que contrajo el culpable de no revelar los secretos de que se le hizo confianza, hecho que puede ser muy grave y peligroso para el estímulo y adelanto de la industria".

Subsiste, sin embargo, la cuestión de si obra fraudulentamente en el sentido antes expresado el empleado que revela un secreto al que no tiene acceso, y que lo ha conocido ya sea por un hecho simplemente casual derivado de las relaciones con la empresa (ej. otro empleado se lo comunica), o valiéndose de un engaño o de otro medio, lo conoce. En nuestra opinión el problema debe resolverse conforme a los criterios ya señalados, es decir, la revelación que se haga en estos casos será punible en la medida en que exista un abuso de confianza. En este sentido hay que destacar que la voluntad del titular en orden a la obligación de reserva se refiere al hecho mismo constitutivo del secreto, y no a las personas que pueden conocerlo. En otras palabras, la obligación de reserva es general, pues afecta a todas las personas empleadas en la fábrica. La voluntad del titular es que el secreto no se revele por nadie, y no sólo que determinadas personas deban mantener el sigilo. De esta manera, si quien accede casual o lícitamente a la esfera del secreto en sus relaciones con la empresa sabe que un determinado hecho no debe ser conocido por otros, abusará de la confianza que se le ha dispensado. En nuestra opinión, la sola existencia de la relación de trabajo sumada al conocimiento de la obligación de reserva, son suficientes para configurar el abuso de confianza. La duda surge en éste por cuanto el titular no hace un acto concreto de confianza transmitiéndole al autor el conocimiento del secreto o permitiéndole su acceso. Sin embargo, estimamos que la sola existencia de la relación entre la empresa y el que se ha empleado en ella genera un conjunto de obligaciones recíprocas que se basan en un acto de confianza. Si a ello agregamos el conocimiento de la obligación de reserva, creemos que se ha perfeccionado el abuso de confianza y, por ende, el fraude.

Finalmente, es necesario señalar que la figura sólo admite la hipótesis por comisión. La acción material descrita como "comunicar" no es concebible en la forma de una omisión, pues es un acto fundamentalmente positivo. La obligación de guardar reserva se traduce en la de no revelar el secreto, no en la de impedir que otros lo revelen o adquieran un conocimiento no autorizado sobre él. A lo anterior cabe agregar el elemento subjetivo consistente en la necesidad de que esa comunicación sea fraudulenta, en la modalidad de fraude por abuso de confianza, lo que confirma la tesis de que sólo es admisible la realización de una conducta activa.

El delito no exige la producción de un resultado, no se requiere que a consecuencia de la revelación se cause un perjuicio patrimonial o de otra clase para el empresario. Se trata de una figura formal que se consuma con la sola revelación del hecho en que el secreto consiste. Surge sin embargo la cuestión de si basta para la consumación con la sola realización del acto destinado a poner en conocimiento de otro el secreto o si es necesario que el destinatario de esta comunicación adquiera materialmente este conocimiento. Así, puede ocurrir que el autor despache la correspondencia que contiene el secreto a su destinatario y, sin embargo, éste no la reciba jamás, por ejemplo, porque ha muerto en el intertanto. ¿Puede en este caso hablarse de un delito ya consumado?

Bajo Fernández¹⁵ señala que basta con poner en conocimiento de otro el secreto y no se requiere su comprensión e intelección total, siempre que este último esté en condiciones de lograr su comprensión. A nuestro entender, para resolver este problema es menester recurrir al plan ideado por el autor, de tal manera que el delito estará consumado cuando haya realizado todo lo que según su plan debía hacer para comunicar el secreto. Para estos efectos es útil la distinción entre las dos hipótesis en que puede consistir la comunicación: En el caso del descubrimiento del secreto, bastará con la realización de toda la conducta en que este descubrimiento consiste. En la hipótesis de la transmisión del secreto, es necesario que el autor realice todo aquello que de acuerdo con su plan debía efectuar para poner en conocimiento del destinatario el hecho reservado. El conocimiento efectivo por parte de este último no se requiere pues se introduce aquí un factor enteramente ajeno a la voluntad del autor. Mucho menos se exige la cabal comprensión por parte de aquél del hecho en que el secreto consiste.

De acuerdo con lo expuesto, es inconcebible el delito en el grado de frustración, pues es un delito meramente formal. La tentativa sí es imaginable, al menos en teoría, pues, por la naturaleza de la acción típica: "comunicar", resulta difícil su fraccionamiento en actos sucesivos.

III. OBJETIVO MATERIAL DEL DELITO: LOS SECRETOS DE FÁBRICA

La acción típica recae sobre un hecho material, que es el objeto de la revelación: el secreto de la fábrica. Sobre el concepto de "secreto", su contenido y límites ya nos hemos referido, así como también respecto de la circunstancia de que el secreto deba pertenecer a una "fábrica", y específicamente a aquélla en que está o ha estado empleado el autor. Sin embargo, este último concepto origina algunas dificultades pues la protección penal no se extiende a los secretos de toda clase de empresas, sino que una clase de ellas: las fábricas. En la economía moderna suele distinguirse entre dos grandes grupos o clases de empresas: en primer lugar, las llamadas empresas fabriles o de producción, y en segundo término, las empresas de servicios e intermediación. Las primeras intervienen en todo o parte del proceso de producción de bienes; las segundas no participan de estos procesos, sino que se limitan a prestar servicios de cualquier naturaleza, o cumplen la función de agentes intermediadores entre productores nacionales o extranjeros o entre éstos y los

¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op. cit., pág. 306.

consumidores. En la actualidad a ambas categorías se les reconoce igual importancia en la vida económica. Sin embargo, en el delito objeto de este trabajo se ha hecho una discriminación, pues se restringe la protección penal únicamente al caso de los secretos de una fábrica. Este último término se refiere naturalmente a las empresas de producción, a las instituciones fabriles, a las industrias. La expresión "fábrica" proviene del verbo "fabricar", que en el Diccionario de la Real Academia se le define como: "producir objetos en serie, generalmente por medios mecánicos"¹⁶. El mismo Diccionario define a la fábrica como el "establecimiento dotado de la maquinaria, herramienta e instalaciones necesarias para la fabricación de ciertos objetos, obtención de determinados productos o transformación industrial de una fuente de energía"¹⁷. Por su naturaleza, se excluyen de este concepto las empresas que no intervienen en los procesos productivos y que giran únicamente como prestadores de servicios o intermediadores en el mercado. Es posible que esta discriminación pueda tener su explicación en las concepciones vigentes en la economía decimonónica, en las que parecía imperar el concepto de industria y producción de bienes por sobre otras actuaciones en el mundo económico. En este contexto, la protección de los secretos industriales se identificaba con la de los secretos para producir los bienes, ya sean procedimientos, maquinarias empleadas, fórmulas químicas, etc. Sin embargo, una concepción económica moderna concibe a las empresas de intermediación y de prestación de servicios como agentes económicos de vital importancia, cumpliendo funciones tales como el financiamiento, distribución de bienes, regulación de los mercados, etc. Asimismo, es innegable el interés comercial que empresas como bancos, agencias de turismo, establecimientos de compra y distribución de bienes, etc., puedan tener respecto de que ciertos hechos, procedimientos, aspectos organizacionales, planes y proyectos, permanezcan en secreto o sean de un conocimiento reservado, especialmente en un esquema económico en el que impera la libre competencia. El tipo penal no protege los secretos de esta clase de empresas y se hace necesario adecuarlo a las exigencias de la vida económica moderna.

En nuestra opinión la protección penal se extiende también al caso de empresas mixtas, que desarrollan funciones tanto de producción como de intermediación y prestación de servicios, puesto que participan, al menos en parte, del concepto de "fábrica" ya reseñado.

Ahora bien, dentro del concepto restringido de "fábrica" pueden observarse distintas áreas o sectores: uno de carácter técnico-industrial, que dice relación con los aspectos productivos propiamente tales; otro de carácter netamente comercial y de mercado; y, finalmente, uno relativo a la organización de la empresa. Es evidente que en todos ellos pueden existir objetos o hechos respecto de los cuales exista un interés en que permanezcan reservados (por ejemplo, procedimientos de producción, planos de instalaciones, fórmulas químicas en el primero; rol de proveedores, nómina de clientes, proyectos de publicidad en el segundo; y aspectos relativos a las relaciones con el personal, organización de la empresa, en el tercero). Podemos preguntarnos entonces si la protección penal que otorga el art. 284 del C. Penal se extiende a todos o a

¹⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, T. I, pág. 625, 20ª edición, Madrid, 1984.

¹⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, T. I, pág. 625.

algunos de los secretos de estas distintas áreas o sectores. Rodríguez Devesa¹⁸ afirma que la protección sólo alcanza a los secretos relativos al área técnico-industrial y no a los demás. Por su parte, Bajo Fernández se adscribe a la solución contraria, afirmando que el delito se comete con la comunicación de los secretos pertenecientes a cualquiera de los tres sectores de la empresa, en la medida en que el secreto de empresa sea una condición de su capacidad competitiva en el mercado.

A nuestro parecer, la confusión deriva del hecho de tomar como concepto base el de "secreto industrial o comercial", término este último que es ajeno tanto a nuestra legislación como a la española, según lo hemos explicado. En nuestro texto, lo que se protege es "el secreto de la fábrica", no el secreto industrial, y la Ley Penal no discrimina entre una u otra área de la empresa. Por consiguiente, todo secreto de la fábrica estará protegido por esta norma penal, con independencia del sector concreto al que pertenezca. Sin embargo, la limitación a la que ya nos referimos en el sentido de que la protección penal supone, además de la voluntad del titular, la existencia de un interés de carácter comercial o industrial, debe también aquí observarse. Pero la existencia de un interés de esta clase no depende de un factor meramente orgánico como es la división de la empresa en áreas o sectores, sino de la naturaleza de los mismos en el contexto de la empresa considerada como un solo todo. Así, es perfectamente posible que existan intereses industriales y especialmente comerciales, incluso en el área organizacional.

IV. SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO

Sujeto pasivo del delito es el titular del secreto. Cabe entonces preguntarse quién es este titular. Desde luego, no lo es la fábrica, ya que ésta no es una persona, ni natural ni jurídica, es una cosa. En el Derecho Mercantil moderno se distingue claramente entre el establecimiento industrial o comercial y el propietario del mismo. Este último, el empresario o industrial (persona natural o jurídica) es el dueño de la fábrica y, naturalmente, es quien tiene interés en la preservación de sus secretos. Es por su naturaleza el titular del secreto, y en el caso de las personas jurídicas, se expresa a través de sus órganos y representantes. Sin embargo, en la actualidad proliferan contratos en que una persona arrienda o presta a cambio de una remuneración tecnológica a una empresa. En nuestra opinión, la revelación que un empleado de la fábrica pudiese hacer de estos secretos no configura el tipo penal, pues éste exige que el secreto pertenezca a la fábrica para la que trabaja, que en tal situación es una simple usuaria o arrendataria de la tecnología. Estimamos que no se darían tampoco los presupuestos del abuso de confianza, pues quien se ha empleado en la fábrica no tiene relación jurídica alguna con el dueño de esa tecnología. De mediar un aprovechamiento indebido de esta tecnología, podría configurarse un delito en contra de la propiedad industrial o intelectual, pero no la figura que nos ocupa.

Sujeto activo del delito es "el que ha estado o está empleado en la fábrica cuyos secretos revela". Se trata de un sujeto activo cualificado, por lo

¹⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., "Derecho Penal Español", Parte Especial, pág. 297, 7ª edición, Madrid, 1977.

que el delito es especial, y específicamente, especial propio, pues no existe en nuestra legislación penal un tipo básico respecto del cual esta figura constituya una simple calificación o agravación. Debemos afirmar en consecuencia la incomunicabilidad absoluta de esta cualidad personal fundante de la ilicitud de la conducta. Desde el punto de vista de la incomunicabilidad extrema, debemos afirmar también la impunidad de los sujetos intervinientes como coautores o partícipes que no reúnan esta cualidad personal.

Los términos de que se vale nuestra Ley para definir al sujeto activo del delito se diferencian en esta parte del tipo español. En este último el sujeto activo se ha definido mediante el empleo de sustantivos: "el encargado, empleado u obrero". El texto nacional, a diferencia del citado, lo define mediante una fórmula verbal: "el que está o ha estado empleado", es decir, en razón de una acción ejecutada por el sujeto. Esto, que pudiera parecer un simple matiz semántico, tiene a nuestro entender una gran importancia, pues sujeto activo del delito será toda persona que haya realizado la acción descrita, esto es, que se haya empleado en la fábrica. El verbo usado es, desde el punto de vista del sujeto activo, el de "emplearse", es decir, en su sentido natural, trabajar para . . . , ocuparse en . . . , servir a . . . Comprende por consiguiente a cualquier persona que presta algún servicio o trabajo para el titular, y específicamente en su fábrica. Estos servicios pueden tener el carácter de un contrato de trabajo, pero no deben entenderse reducidos a estos casos. También el miembro del directorio de la sociedad anónima propietaria de la fábrica, el administrador y mandatario que no es dueño ni socio, el agente y aun el asesor, trabajan, sirven a la empresa. Todas estas personas pueden tomar conocimiento de hechos reservados en el ejercicio de sus funciones, y la obligación de mantenerlos rige para ellos (o al menos debería regir) al igual que en el caso de los trabajadores en sentido estricto; desde el punto de vista del bien jurídico protegido y de los intereses del empresario, parece razonable no hacer una discriminación respecto de estas personas. Estimamos que el tipo penal permite la inclusión de todas ellas como sujetos activos potenciales del delito, pues si bien no son empleados en sentido estricto, sí están empleados en la empresa. Sin embargo, creemos que no basta para satisfacer las exigencias del tipo penal con el solo hecho de detentar algunos de los cargos señalados. Cuando se habla de emplearse se está haciendo una referencia a una relación o vinculación más o menos permanente con el empresario. Las asesorías esporádicas o interrumpidas no cumplen con esta exigencia, pues es menester que el sujeto haya incorporado a su vida habitual los servicios y gestiones que realiza para el empresario. Esto último no significa que este trabajo ha de ser el único que desempeña el agente, pero sí debe ser al menos uno de los que realiza en forma permanente y habitual. Creemos que es necesario siempre la existencia de un principio de confianza del empresario hacia el sujeto activo, confianza que da origen precisamente a la relación.

El tipo penal incurre en esta parte en una ambigüedad, pues el sujeto no se emplea o presta servicios para la fábrica, sino que para el empresario o dueño de ella. Lo que se ha querido decir a nuestro entender es que la naturaleza de los servicios proporcionados deben guardar relación con el funcionamiento y desarrollo del establecimiento fabril, de manera que el sujeto esté en condiciones de tomar conocimiento de sus secretos en el desempeño de esas mismas funciones. Obviamente, no es necesario que los servicios se presten materialmente en la fábrica misma. Quienes realicen trabajos para el

titular y que no estén relacionados directa o indirectamente con la fábrica misma y su funcionamiento no son sujetos activos del delito, y si en los hechos llegan a conocer un secreto que posteriormente revelan no incurrirán en la figura.

El vínculo a que nos hemos referido debe existir directamente entre el sujeto activo y el empresario, pues así lo exige el tipo y sólo en este caso se da este principio de confianza. Por ello es que el empleado de la firma auditora que se encuentra realizando un catastro de las existencias en la fábrica que contrató estos servicios, no comete el delito cuando revela sus secretos, pues su relación de servicios y su deber de lealtad es con el propietario de la empresa auditora y no con el dueño de la fábrica. Este último tendrá las acciones indemnizatorias en contra de la firma auditora por los perjuicios que le pudiera haber ocasionado.

La obligación de reserva existe mientras se presten los servicios y subsiste aún después de su expiración. La Ley, con razón a nuestro juicio, ha extendido la protección del secreto aún al caso de su revelación por quien "ha estado empleado en la fábrica". El tipo penal no hace ninguna distinción en orden a la época en que deben haberse prestado los servicios, de tal manera que el delito se cometerá cualquiera sea el tiempo transcurrido entre la expiración de estos servicios y la revelación del secreto, siempre y cuando subsista la voluntad del titular respecto de su reserva y el interés comercial o industrial a que nos hemos referido.

V. ANTIJURIDICIDAD Y PENALIDAD

Hemos señalado que el bien jurídico protegido por esta figura es la libertad en una de sus varias manifestaciones: la esfera de intimidad y reserva a que tiene derecho toda persona. Señalamos también que es la voluntad del titular la que determina que un hecho sea o no secreto, y la que fija sus límites. Esta forma de expresión de la libertad humana constituye un bien jurídico disponible, de tal modo que el consentimiento del interesado justifica la conducta de quien revela el secreto. No se trata aquí de un caso de exclusión de la tipicidad por el consentimiento del interesado, pues éste puede autorizar al agente para que comunique el hecho a una o más personas determinadas y, sin embargo, mantener su voluntad en orden a que el hecho permanezca en reserva respecto de los demás. El consentimiento del interesado justificará la conducta sólo en la medida que la revelación se haga dentro de los límites y a las personas que el titular autorizó. Fuera de estos límites no hay consentimiento y la conducta es antijurídica. La disponibilidad de este bien jurídico ha sido reconocida también por nuestra Ley Procesal al otorgarle el tratamiento de un delito de acción privada (art. 18 N° 3 del Código de Procedimiento Penal). Por este motivo, el perdón del ofendido extingue la responsabilidad penal de quien realizó la conducta típica (art. 93 N° 5 del C. Penal).

En materia de antijuridicidad se plantea la cuestión de si subsiste la obligación de mantener reserva de un hecho relativo a la fábrica cuando éste es un hecho ilícito (por ejemplo, se trata de un procedimiento para fabricar drogas por parte de un laboratorio que no está autorizado para estos efectos). Bajo Fernández¹⁹ sostiene que el deber de preservar el secreto subsiste, aun

¹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, op. cit., pág. 301.

cuando consista en un hecho ilícito, siempre y cuando de la revelación pueda resultar afectada la capacidad competitiva de la empresa. En nuestra opinión, el problema no debe resolverse desde el punto de vista de si tales secretos están o no protegidos por la Ley. Se trata de una cuestión de conflicto o colisión de intereses: el del titular, respecto de su voluntad en la preservación del secreto, y el del Estado en su interés por impedir y reprimir la conducta. Al sujeto activo le asiste entonces una obligación: la de preservar el secreto, a la vez que un derecho: el de denunciar el hecho ilícito ante las autoridades, derecho que le está expresamente reconocido en la Ley (art. 83 del Código de Procedimiento Penal). En consecuencia, si la comunicación del secreto que hace el autor consiste en formular una denuncia del hecho ilícito ante las autoridades, su acción estará justificada en los términos del art. 10 N° 10 del C. Penal, es decir, por haber actuado en el legítimo ejercicio de un derecho. En todo caso, es necesario destacar que lo beneficiará esta causal sólo si la comunicación consiste en la denuncia misma a las autoridades o se trata de un acto dirigido o encaminado a formalizar la denuncia. En los demás casos, la conducta no estará justificada.

Finalmente, en materia de penalidad, la Ley le asigna a este delito dos penas alternativas: una corporal, consistente en la de reclusión menor en su grado mínimo a medio, y otra pecuniaria de multa.

VI. VISIÓN CRÍTICA

De acuerdo con lo expuesto, parece razonable efectuar una revisión del delito con el objeto de adecuarlo a las exigencias de la vida económica moderna y a las necesidades de las empresas como agentes partícipes de los procesos económicos. A nuestro juicio, los aspectos de mayor relevancia que requieren una pronta solución serían los siguientes:

1) Eliminar la discriminación entre empresas de producción (fábricas) y de servicios e intermediación, extendiendo la protección a los secretos de toda clase de empresas.

2) Aclarar la persona del sujeto activo en este delito, de tal manera que quede en evidencia que la obligación de reserva abarca a todas aquellas personas vinculadas a la empresa y respecto de las cuales se les han confiado sus secretos.

3) Extender la protección penal al aprovechamiento indebido y en beneficio propio de los secretos de fábrica que pudieren hacer las personas vinculadas a ella.

4) Extender la protección penal o, al menos, aclarar que ésta se extiende a otras formas de espionaje industrial que recaen sobre aspectos muchas veces inmateriales tales como el *know how* y la transferencia de tecnología, entendidos como bienes jurídicos patrimoniales susceptibles de ser transferidos, transmitidos y protegidos aún más allá de la actual legislación sobre invenciones y marcas.

5) Sistematizar en un solo texto la protección de los secretos industriales y comerciales, y de la propiedad intelectual e industrial aplicada a las relaciones económicas, de tal manera que exista una protección penal unitaria y orgánica, habida consideración del bien jurídico que se protege.