

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL SECRETO INDUSTRIAL

Marisol Peña Torres

Profesora de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile

INTRODUCCIÓN

Con la visión y profundidad que caracterizaron toda su obra académica, don Enrique Evans de la Cuadra sostenía que la protección constitucional de la propiedad industrial comprende el derecho del dueño de un proceso tecnológico a impedir el uso de las técnicas industriales secretas por él desarrolladas que no se han hecho accesibles al público o al conocimiento público, a fin de protegerlas e impedir el uso de esas técnicas sin su consentimiento¹.

Esta sola consideración nos parece una razón más que suficiente para contribuir a la delimitación del alcance que reviste la protección constitucional del secreto industrial en una época en que la teoría de los derechos fundamentales se ha erigido en columna vertebral del constitucionalismo contemporáneo, apreciados estos derechos ya no solo como meros límites frente al poder del Estado, sino que como la expresión de valores derivados del pleno reconocimiento y respeto de la dignidad de la persona.

Para ello, tenemos presente que el siglo que se ha iniciado nos encuentra inmersos de lleno en el proceso de globalización que se ha asociado a “esa intensa e interesante acción a distancia, a la expansión y profundización de las relaciones sociales e institucionales a través del espacio y del tiempo, de manera tal que por una parte, las actividades cotidianas resultan cada vez más influidas por los hechos y acontecimientos que tienen lugar al otro lado del globo y, por otra parte, las prácticas y decisiones de los grupos y comunidades locales pueden tener importantes repercusiones globales”².

La globalización ha venido a reemplazar los paradigmas previamente existentes. Es así como el antiguo paradigma de la modernidad, basado en la idea de progreso lineal de la humanidad, ha sido reemplazado por un paradigma postmoderno que desconfiaba de las certezas previas y que cuestiona la existencia de valores objetivos e inmutables.

Tal como el paradigma postmoderno, existe otra visión del mundo que ha encontrado su campo propicio de desarrollo con el proceso de globalización. Es el denominado paradigma tecnológico que desafía incesantemente la capacidad creadora del ser humano. Es por ello que la creación y consolidación de adecuadas ventajas competitivas, en el ámbito económico, aparecen asociadas al dominio de las tecnologías de punta que incrementan la rapidez y eficacia de los procesos productivos.

¹ Se basaba, al efecto, en la precisión efectuada por don Santiago Larraguibel al interior de la Subcomisión que estudió el tema del derecho de propiedad en la Comisión Constituyente. En EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los derechos constitucionales*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996. Pág. 507.

² ROJO SALGADO, Argimiro. “Globalización, integración mundial y federalismo”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* N° 109, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, julio-septiembre 2000. Pág. 35.

Bajo esta perspectiva, el desarrollo de nuevos procesos tecnológicos está rodeado de un importante grado de secreto o reserva, pues, naturalmente, la divulgación de los conocimientos o información que los sustentan tiende a privar a su titular de importantes beneficios económicos que precisamente pueden ser disputados por una competencia desleal. De allí la necesidad que la Carta Fundamental considere el debido amparo al secreto industrial como un aspecto sustancial de la protección que se reconoce a la propiedad industrial.

PRECISIONES CONCEPTUALES REFERIDAS AL SECRETO INDUSTRIAL

Entendemos por secreto industrial o *trade secret*:

“Todas aquellas formas o tipos de información financiera, de negocios, científica, técnica, económica o de la ingeniería, que incluya modelos, planes, compilaciones, dispositivos de programas, fórmulas, proyectos, prototipos, métodos, técnicas, procesos, procedimientos, programas o códigos, sean tangibles o intangibles, hayan o no sido almacenados, compilados o físicamente memorizados en forma electrónica, gráfica, fotográfica o escrita si: a) el propietario ha adoptado medidas razonables para conservar esa información en secreto y b) si la información respectiva, independientemente de su valor económico, potencial o actual, no ha sido generalmente conocida y no está disponible para pasar al dominio público”³.

La importancia que hoy reviste la adecuada protección de la información secreta inherente a los procesos industriales, en un mundo de claras ventajas competitivas, ha llevado a la suscripción de acuerdos internacionales que protejan específicamente este aspecto. Es así como, en el seno de la Organización Mundial del Comercio, se ha adoptado el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), en el que se protege la información no divulgada contra la competencia desleal. Con dicho objeto la Sección 7 de dicho Acuerdo prevé, en su N° 2, que:

“Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, en la medida que dicha información:

- a) Sea secreta en el sentido que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión;
- b) Tenga un valor comercial por ser secreta;
- c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla”⁴.

³ HALLIGAN, R. Mark. “The Economic Espionage Act of 1996: The theft of trade secrets is now a federal crime”. <http://execpc.com/~mhalign>.

⁴ En la actualidad se encuentra pendiente en el Congreso Nacional el Proyecto de Ley que adecua la legislación vigente a los acuerdos de la OMC suscritos por Chile, entre los que se incluye el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (Boletín 02421-03, de 9 de noviembre de 1999). No obstante el examen detallado del proyecto, que se encuentra en primer trámite constitucional, revela que las modificaciones que se introducirían a la legislación nacional apuntan a la protección de los derechos de propiedad intelectual referidos a las marcas registradas en Chile, a fin de propender a la suspensión del despacho de mercancías que exhiban una marca idéntica a la ya registrada. No se incluiría, por ende, la protección de la información no divulgada que constituya secreto industrial.

La expresión “usos comerciales honestos” que utiliza esta norma ha sido interpretada como equivalente, por lo menos, a prácticas tales como el incumplimiento de contratos y el abuso de confianza, incluyendo también la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que ignoraran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas.

Está claro que la divulgación de información protegida por el secreto industrial suele envolver actos de competencia desleal. Así lo entiende la Ley de Competencia Desleal española⁵, cuyo artículo 13 considera a la violación de secretos como acto de competencia desleal. Señala precisamente dicha norma que:

“1. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de alguna de las conductas previstas en el apartado siguiente, o en el artículo 14 (inducción a la infracción contractual).

2. Tendrán asimismo la consideración de desleal la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo.

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

La necesidad de proteger adecuadamente el secreto industrial ha llevado a perfilar sus requisitos en los siguientes términos:

- a) El secreto debe referirse a información de aplicación industrial y/o comercial.
- b) El secreto debe tener un claro valor competitivo, lo que suele estar relacionado con el mercado potencial al que permitirá acceder y a las ganancias derivadas de un adecuado posicionamiento en él.
- c) La información referida al secreto debe tener carácter reservado, lo que implica adoptar los medios necesarios para guardar la reserva y el acceso restringido a dicha información. En este sentido, el establecimiento de cláusulas de confidencialidad que den testimonio de dicho carácter constituye uno de los medios más idóneos.

Sin perjuicio del avance que registran legislaciones más modernas como la española, puede sostenerse que tanto en Chile como en el resto del mundo la protección jurídica del secreto industrial ha adolecido de graves deficiencias. Las legislaciones civiles e, incluso, las penales, se han mostrado ineficaces o insuficientes para brindar adecuado amparo frente a su vulneración. Probablemente, ello se deba a que la forma tradicional de concebir el atropello a los secretos industriales se presenta vinculada a las relaciones de trabajo. Así, Cabanellas precisa que:

“La obligación de fidelidad del trabajador se traduce especialmente en la de mantener los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario, lo mismo durante el contrato que después de su extinción... La divulgación de los secretos de fabricación de los que el trabajador pueda haber tenido algún conocimiento, en razón de su trabajo, puede constituir delito castigado por la ley... Esta obligación de guardar los secretos de la empresa posee íntima relación con la de no competencia; porque una y otra tienen el mismo fundamento jurídico”⁶.

⁵ Ley N° 3/91, de 10 de enero.

⁶ CABANELLAS, Guillermo. *Contrato de Trabajo. Parte General*. Volumen II. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963. Pág 63.

De lo anterior fluye que la vulneración de un secreto al que se ha tenido acceso con ocasión del desempeño de una determinada actividad laboral suele constituir el fundamento para poner término al contrato de trabajo precisamente por infracción al deber de fidelidad al que se encuentra obligado el trabajador.

Sin embargo, las causales respectivas parecen inspirarse en la necesidad de evitar la competencia desleal más que en la protección de los secretos industriales en sí mismos. Así, el art. 160 N° 2 de nuestro Código del Trabajo permite al empleador poner término al contrato de trabajo, sin derecho a indemnización alguna, cuando el trabajador ejecute negociaciones dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador⁷. Naturalmente, ello supone que, previamente, se haya impedido, mediante una cláusula inserta en el propio contrato, la realización de conductas de esta naturaleza.

Nuestro Código Penal, entretanto, ha considerado el tema que nos ocupa dentro de los crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas. Así, específicamente, el art. 284 de ese cuerpo legal dispone que:

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

La constatación de la insuficiencia de las regulaciones actualmente existentes en orden a una eficaz protección del secreto industrial ha llevado a fortalecer los ordenamientos jurídicos existentes incorporando nuevos tipos penales. Es así como el 11 de octubre de 1996, el Presidente Bill Clinton firmó el “Acta de Espionaje Económico” que eleva al robo de secretos industriales a la categoría de un crimen federal que se configura respecto de cualquier persona que aproveche un secreto industrial en su propio beneficio o en el beneficio de otros sabiendo o presumiendo que esta ofensa perjudicará al propietario del secreto.

La ventaja de nuevas regulaciones penales como las descritas radica en que suelen imponer penas más severas para el robo de los secretos industriales que aquellas que se derivan de violaciones a otros derechos inherentes a la propiedad intelectual entendida ampliamente. Sobre estas bases, estas regulaciones se muestran más eficaces para prevenir la comisión de este tipo de conductas, sin perjuicio de que permiten perseguir, por la vía penal, no solo a quien divulga la información secreta (como es el caso del trabajador que entrega esta información a la competencia), sino que también al tercero que se aprovecha de ella con las evidentes ventajas económicas que ello importa.

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL SECRETO INDUSTRIAL EN CHILE

Planteadas la insuficiencia de los mecanismos legales actualmente existentes para proteger en debida forma los secretos industriales que otorgan a las empresas claras ventajas competitivas en el mercado, resulta necesario examinar si, pese a las deficiencias constatadas, es posible que los tribunales amparen los secretos industriales basándose en la sola norma constitucional.

Esta tesis lleva a examinar el desarrollo que ha tenido la protección constitucional de la propiedad industrial en nuestro país.

⁷ En fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 3 de enero de 1995, Rol N° 3.366-94, se lee que: “En cuanto a la competencia desleal, el Código del Trabajo solo contempla el caso en el artículo 160 N° 2 que dispone que el contrato termina sin derecho a indemnización alguna por negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador...” (Considerando 5°). En Gaceta Jurídica N° 175, pág. 154.

En tal sentido, puede sostenerse que la historia constitucional chilena no registra antecedentes de una protección de esta naturaleza sino hasta la Constitución Política de 1833. La regla general, en los textos precedentes, fue que el reconocimiento y protección de la Carta Fundamental recayó en el derecho de propiedad concebido en general. Asimismo, las referencias a “la industria”, en los textos constitucionales, fueron escasas⁸.

Así, recién la Carta de 1833 incluye una disposición según la cual, “*todo autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción por el tiempo que le concediere la ley; i si ésta exijere su publicación, se dará al inventor la indemnización competente*”. (art. 152)

A su turno, la Constitución Política de 1925 continuó con la esfera de protección iniciada por la Carta precedente, al asegurar a todos los habitantes de la República, “*la propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que le concediere la ley. Si ésta exigiere su expropiación, se dará al autor o inventor la indemnización competente.*” (art. 10 N° 11).

Del comentario que sobre el precepto transcrito realiza el profesor Rafael Raveau pueden deducirse las siguientes características del derecho de propiedad industrial:

1. Recae en los nuevos procedimientos e inventos en la industria. Estos inventos —agregamos muchas veces parten de investigaciones anteriores que han suministrado la primera idea a los inventores.
2. No consiste únicamente en que el inventor aproveche para sí el resultado de su ingenio, sino también en excluir a todos los demás de la fabricación de un objeto idéntico o muy parecido al que él ha inventado.
3. La propiedad se garantiza por el tiempo que confiere la ley, ya que si llegase a ser perpetua, la industria podría quedar monopolizada. Así, las legislaciones acuerdan a los inventores un plazo para que retengan la propiedad exclusiva de sus inventos, vencido el cual el objeto inventado pasa a ser de dominio público. Esta protección temporal viene a constituir una verdadera “remuneración” de los servicios de los inventores, al tiempo que un fomento a los trabajos de investigación⁹.

Bajo la vigencia de la Constitución Política de 1925 se dictó el Decreto Ley N° 958, de 1931, que reguló el ejercicio de la propiedad industrial respecto de las patentes de invención, las marcas comerciales y los modelos industriales.

La Constitución Política de 1980, siguiendo una línea que caracteriza a todo su Capítulo III, fortaleció la protección de la propiedad industrial declarando, en su art. 19 N° 25, incisos 3° y 4°, inmediatamente a continuación de la protección del derecho de autor, que:

“Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior ...”

⁸ El texto de la Constitución Política de 23 de octubre de 1822 contiene una referencia a la industria al sostener, en su artículo 222, que “*la industria no conocerá trabas, i se irán aboliendo los impuestos sobre sus productos*”. En ANGUITA, Ricardo. *Leyes promulgadas en Chile. Desde 1810 hasta el 1° de Junio de 1913*. Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, Santiago, 1913. Pág. 112.

⁹ RAVEAU, Rafael. *Derecho Constitucional Chileno y Comparado*. Editorial Nascimento, Santiago, 1939. Págs. 544-545.

Con el objeto de establecer el exacto alcance de la disposición recién transcrita de la Carta de 1980 útil resulta reproducir algunas ideas básicas de la discusión sostenida al interior de la Comisión Constituyente sobre el derecho que nos ocupa.

Desde luego, destaca la opinión vertida por el comisionado Alejandro Silva Bascuñán, quien sostuvo que existen temas que no necesitan estar en la Constitución porque están implícitos en ella agregando que “el precepto (del art. 19 N° 25) es bastante amplio”, comprendiendo los descubrimientos industriales¹⁰.

Por su parte, don Pedro Jesús Rodríguez sostuvo que la redacción de este precepto debía comprender el término “procesos”, porque, “a su juicio, ahí está la tecnología”¹¹.

A su turno, don José María Eyzaguirre, Presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, se refirió al contenido al derecho de propiedad industrial precisando que “(el señor Silva Bascuñán) tiene razón cuando dice que la propiedad de las creaciones intelectuales, literarias o artísticas, como asimismo la propiedad industrial, contienen algo más que el simple derecho de propiedad patrimonial para poder traficar, comerciar o circular dentro del comercio con ellas, ya que involucran otros valores que son ajenos al concepto del derecho real de dominio; son valores de orden moral o intelectual distintos de la propiedad y que la Carta también debe garantizar”¹². De ello colegía don Pedro Jesús Rodríguez que “al asegurar la Constitución Política la protección del autor sobre su creación, del inventor sobre su descubrimiento y de los procesos, cree que debe comprender no solo los aspectos patrimoniales, sino también los morales”, opinión con la que discrepó el comisionado don Sergio Diez, para quien el aspecto moral solo se presenta respecto de la propiedad intelectual, no así de la propiedad industrial¹³.

No obstante lo anterior, fue en la Subcomisión destinada a proponer los aspectos relativos a la regulación constitucional del derecho de propiedad donde se efectuaron las intervenciones más ilustrativas para determinar el alcance de la protección a la propiedad industrial desde el punto de vista que nos interesa.

La proposición de redacción de la norma que hoy figura en el art. 19 N° 25 del Código Político se debe a don Santiago Larraguibel, quien justificando su propuesta expresaba que la frase según la cual la protección de la propiedad intelectual como de la propiedad industrial “por el tiempo y en la forma y condiciones que establezcan las leyes”¹⁴ significa que “la Constitución establecería el principio general y las leyes determinarían los detalles como el tiempo, la forma y condiciones de uso de la propiedad”¹⁵.

Agregaba el señor Larraguibel que “debe darse jerarquía constitucional a ciertos presupuestos básicos en materia de propiedad industrial y transferencia de tecnología. En cuanto a esto último expresó que si bien es la ley la llamada a regularla, conviene sentar como precepto de carácter fundamental la prohibición de transferir, divulgar o dar a conocer aquella tecnología que teniendo la condición de reservada, se utilice en nuestras industrias básicas o estratégicas, sin obtener previamente la autorización correspondiente de los Ministerios de Defensa Nacional y de Economía”¹⁶.

Congruente con lo anterior don Arturo Alessandri Besa sostuvo que “una de las enmiendas que deberían introducirse en el nuevo texto es la protección del secreto industrial. La norma constitucional, en su concepto, debería ser amplia y abarcar no solo la patente, la marca y el modelo industrial, sino además, todos los descubrimientos industriales”¹⁷.

¹⁰ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 197, de 1° de abril de 1976. Pág. 3.

¹¹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 201, de 13 de abril de 1976. Pág. 17.

¹² Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 197, de 1° de abril de 1976. Pág. 15.

¹³ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión N° 201, de 13 de abril de 1976. Págs. 10-13.

¹⁴ La redacción actual del Art. 19 N° 25 remite al legislador solo el establecimiento del tiempo por el cual se brindará protección a la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas.

¹⁵ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. Informe de la Subcomisión del Derecho de Propiedad. Anexo de la Sesión N° 197, de 1° de abril de 1976. Pág. 33.

¹⁶ *Ibidem*. Pág. 34.

¹⁷ *Ibidem*.

Del debate reproducido pueden extraerse las siguientes ideas fundamentales:

1) La protección a la propiedad industrial está establecida en forma amplia en la Constitución Política. Por ello, debe entenderse que los conceptos contenidos en el inciso 3° del art. 19 N° 25 (patentes de invención, marcas comerciales, modelos y procesos tecnológicos) están establecidos solo de manera ejemplar y no taxativa. Confirma este aserto la expresión “u otras creaciones análogas” contenida en la misma norma.

El alcance amplio de la protección de la propiedad industrial no solo deriva de la propia redacción del inciso 3° del art. 19 N° 25, sino que también de lo estatuido en el Convenio de París sobre la Protección de la Propiedad Industrial, promulgado por Decreto Supremo N° 425, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1991, que sostiene, en su artículo 1° N°s, 1) y 2) que:

- “1) 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 comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal.
2) La propiedad industrial se entiende en su acepción más amplia y se aplica no solo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados o naturales, por ejemplo: vinos, grano, hojas de tabaco, frutos, animales, minerales, agua minerales, cervezas, flores, harinas”.

Las prescripciones del aludido Convenio de París han venido a complementar la regulación contenida en el art. 19 N° 25 de la Constitución Política, con efecto obligatorio e imperativo para todos los órganos del Estado, según se desprende de la parte final del inciso 2° del artículo 5° de la Carta de 1980, agregada en agosto de 1989¹⁸, que establece que:

“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos [esenciales que emanan de la naturaleza humana], garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Sobre el particular, ha dicho el profesor José Luis Cea que:

“Este precepto [la parte final del inciso 2° del art. 5°] incorpora al listado del artículo 19 todos los derechos, deberes y garantías fundamentales que se encuentren en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país”.

“Decimos que dichos tratados aumentan y suplementan lo asegurado en el artículo 19° de nuestro Código Político...”¹⁹.

2) La protección a los procesos tecnológicos, contemplada en el art. 19 N° 25 de la Constitución, comprende la prohibición de transferir, divulgar o dar a conocer la tecnología de carácter reservado constitutiva de un secreto industrial. Ello se deriva del espíritu que el constituyente quiso infundirle a la protección de los referidos procesos y al hecho de que, tal como lo expresara el comisionado don Alejandro Silva Bascuñán, existen elementos implícitos en la protección constitucional de un derecho. En efecto, el amparo de los procesos tecnológicos previsto por el constituyente no produciría efectos reales si la reserva o el secreto inherente al desarrollo de esos procesos fuera abiertamente vulnerada con el grave

¹⁸ Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.

¹⁹ CEA EGAÑA, José Luis. *El Sistema Constitucional de Chile*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile, Santiago, 1999. Pág. 114.

perjuicio económico que ello implica. Nada más natural, entonces, que sostener que la protección a la tecnología, independientemente de que haya o no sido patentada, supone amparar el secreto que la rodea, pues en caso contrario este se desnaturaliza y debilita.

3) En base a lo expresado, sostenemos que la protección del secreto inherente a los modernos desarrollos tecnológicos es de la esencia de esta forma de propiedad industrial, recordando que como ha sostenido el Tribunal Constitucional, la esencia de un derecho es aquello que le es consustancial, de manera tal que si le priva de ello, el derecho deja de ser reconocible²⁰.

Habiendo sentado la tesis de que el secreto industrial forma parte de la protección que la Carta Fundamental asegura a todas las personas, naturales y jurídicas, e incluso a los entes morales, cabe analizar de qué forma el legislador ha venido a concretar esta protección.

Para ello diremos que, en el año 1991, se reemplazó la legislación vigentes desde 1931, sobre propiedad industrial, la que, por cierto, no contemplaba preceptos que abarcasen la protección del secreto industrial. La Ley N° 19.039 vino entonces a establecer un nuevo régimen de propiedad industrial en Chile²¹ obedeciendo, como se lee en el Mensaje respectivo, al propósito de:

“Modernizar integralmente el sistema sobre propiedad industrial, basado en el imperativo prioritario de establecer mecanismos idóneos y diversificados, que impulsen a las empresas para invertir recursos en investigación y desarrollo y en la obtención de nuevas tecnologías, que permitan acrecentar la real competitividad de los productos nacionales, tanto en el mercado interno como en el extranjero”.

Entre las ideas matrices o fundamentales del proyecto que dio origen a la Ley N° 19.039 se consideró la de “regular la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, en consonancia con las normas constitucionales que la garantizan”.

Extrañamente, la discusión legislativa de este proyecto registra antecedentes que se alejan de esta idea fundamental. En efecto, en el debate sostenido al interior de la Cámara de Diputados se definió a la propiedad industrial como:

“El derecho de dominio que se ejerce sobre una obra inmaterial, novedosa, que tiene una finalidad industrial definida y útil, o bien sobre un signo o expresión que permite distinguir un producto o servicio de sus similares. Jurídicamente se formaliza en el otorgamiento de las patentes y certificados de autor de invención, que protegen las invenciones, los modelos de utilidad, que se refieren a las pequeñas invenciones, los diseños y dibujos industriales, que amparan los ornamentos bidimensionales o tridimensionales de los objetos y las marcas comerciales, que se refieren a los signos distintivos de una industria o comercio”.

Dos problemas apreciamos en esta definición. El primero consiste en limitar el derecho consistente en la propiedad industrial a obras “novedosas”. Puede ocurrir perfectamente que un proceso tecnológico no sea absolutamente novedoso si parte de prácticas o procedimientos ya conocidos, a los cuales se incorpora un *plus* que conduce a un producto distinto de los anteriores. Luego, limitar el concepto a las obras novedosas podría implicar la introducción

²⁰ Sentencia de 4 de febrero de 1987, Rol N° 43, considerandos 20 y 21.

²¹ Previamente se había dictado la Ley N° 18.935, de 1990, modificando el régimen de las patentes de invención y ampliando la posibilidad de obtener este privilegio a los medicamentos de toda especie, preparaciones farmacéuticas medicinales y sus preparaciones y reacciones químicas.

de una diferenciación en el amparo de la propiedad industrial que no ha estado en el ánimo del constituyente.

El segundo problema que apreciamos se relaciona con el hecho que si la protección a la propiedad industrial se formaliza jurídicamente solo a través del otorgamiento de patentes y certificados otorgados por la autoridad administrativa, querría decir que no están protegidos aquellos procedimientos o expresiones que no reúnen los requisitos como para acceder a dichas patentes o certificados. En este punto estimamos también que el legislador está coartando indebidamente el alcance de la protección constitucional del secreto industrial limitándola exclusivamente a los procedimientos patentables.

Cabe preguntarse, entonces, ¿qué ocurriría, a la luz de la tesis planteada en la Cámara de Diputados, si un trabajador de una empresa se aleja de esta para incorporarse a la competencia ofreciendo proporcionar la información reservada de los procesos tecnológicos en los que le cupo participación, pero que no estaban patentados por no reunir los requisitos de novedad y nivel inventivo que se exigen para conferir una patente de invención? ¿Cómo se impide que esa información secreta sea efectivamente divulgada en desmedro de la empresa perjudicada? ¿Debe esperarse acaso la consumación del daño económico para simplemente plantear la respectiva acción ordinaria de indemnización de perjuicios?

Planteamos el tema de esta forma, porque en lo que respecta al secreto industrial, la eficacia de la protección tendrá usualmente más importancia para impedir que la divulgación se produzca antes que para compensar el evidente perjuicio económico que de ello se deriva.

Al entrar en vigencia la Ley N° 19.039 quedó claro que quienes obtengan el certificado que acredita una patente de invención gozarán de la exclusividad para producir, vender o comerciar en cualquier forma el producto u objeto del invento y, en general, realizar cualquier otro tipo de explotación del mismo, privilegio que se extiende a todo el territorio de la República hasta el día en que expire el plazo de concesión de la patente (Art. 49). Por esta vía sería posible, en consecuencia, invocar la protección de los tribunales de justicia²² para impedir a terceros el uso de información no divulgada que sea constitutiva de secreto industrial.

Sin embargo, la legislación aludida no se hace cargo de la protección a los procedimientos no patentados, particularmente en el caso de que se vulnere el secreto o reserva que es consustancial. Esta constatación es particularmente grave en el caso del *know how* que, tal como precisa don Enrique Evans de la Cuadra:

“Es el conjunto de habilidades humanas compuesto de conocimientos, técnicas y experiencias de operación, necesariamente aplicable en un proceso productivo. El *know how* no es patentable, ni tiene protección institucional”²³.

LA FUERZA VINCULANTE DIRECTA DE LA CARTA FUNDAMENTAL COMO GARANTÍA DE UNA EFICAZ PROTECCIÓN DEL SECRETO INDUSTRIAL

Si los instrumentos legales existentes no brindan una adecuada protección al secreto industrial, alejándose del espíritu del constituyente, es necesario determinar cómo podría ampararse por los tribunales ordinarios la inminente divulgación de procesos tecnológicos secretos y no patentados antes de que se consume el perjuicio que ello supondría.

²² En marzo del año 2000, el ex Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle remitió a la Cámara de Diputados un Proyecto de Ley tendiente a crear el Instituto de Propiedad Industrial, al cual se otorgan atribuciones de órgano jurisdiccional de primera instancia para pronunciarse sobre el otorgamiento o rechazo de los derechos de propiedad industrial y conocer los juicios que se promovieren en relación a esos derechos. (Boletín N° 2469-03). Este proyecto, hasta hoy, se encuentra en su Primer Trámite Constitucional.

²³ EVANS. Ob. Cit. Pág. 507.

Afirmamos que la respuesta debe encontrarse en la ya reconocida fuerza vinculante directa de la Constitución que impide que el principio de supremacía constitucional se transforme en una falacia, sobre todo, de cara a la indispensable protección a los derechos fundamentales de la persona.

Con este fin entendemos que la fuerza normativa de la Ley Fundamental —o fuerza vinculante o aplicación directa de esta— significa que:

“... Ella obliga por sí misma y que los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediatamente y simultáneamente a todos los órganos del Estado”²⁴.

Precisamente, el Estatuto que empieza a regir el 11 de marzo de 1981, sienta un criterio definitivo e incuestionable que vincula la aplicación directa de sus disposiciones con la efectividad del principio de supremacía constitucional.

Es así como el artículo 6° de la Carta precisa, en sus primeros dos incisos, que:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

Interpretando este precepto, ha dicho el Tribunal Constitucional que:

“(El art. 6° de la Constitución) en sus incisos 1° y 2° consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la ‘supremacía constitucional’ sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de ‘vinculación directa’ de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados”²⁵.

No obstante, como señala el profesor Miguel Angel Fernández:

“(es) el conjunto de acciones y recursos, contemplados en la Constitución y en la ley (...), el que hace real la fuerza normativa de la Carta Fundamental, pues es mediante aquellos instrumentos que se obtiene, especialmente de la Judicatura, la vigencia efectiva de los preceptos fundamentales”²⁶.

La fuerza vinculante directa de la Constitución Política adquiere particular importancia cuando se trata de la adecuada defensa de los derechos fundamentales que han sido entendidos por el Tribunal Constitucional español como “la esencia misma del régimen constitucional”²⁷. Asimismo, ha agregado que:

“Los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, limitados en su número y contenido en formulaciones concretas, constituyen según prescripción expresa derecho directamente

²⁴ BULNES ALDUNATE, Luz. “La fuerza normativa de la Constitución”. En *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 1998. Pág. 137.

²⁵ Fallo de 27 de octubre de 1983, Rol N° 19, considerando 10°.

²⁶ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Angel. “La fuerza normativa de la Constitución”. Ponencia presentada a las XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Santiago, noviembre de 2000 (no publicada).

²⁷ STC 1/1985, de 9 de enero. En FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Doctrina Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 13 N° 39. Septiembre-diciembre 1993. Pág. 209.

aplicable... (Así) están asegurados en su núcleo institucional mediante la inviolabilidad, sin excepciones, de su contenido sustancial”²⁸.

O como sostiene el ilustre profesor francés Louis Favoreu:

“En realidad nada se saca con proclamar los derechos y libertades con un lujo de detalles, si al mismo tiempo el constituyente entrega al legislador la labor de poner en ejercicio estos derechos o si la opinión dominante es que estos derechos no son de aplicación inmediata”²⁹.

A la luz de lo expresado, el principio de la fuerza vinculante directa de la Constitución –que obliga por igual a los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo– revestirá el carácter de un imperativo especial para los jueces llamados, en virtud de sus facultades conservadoras, a tutelar los derechos fundamentales. Como se sabe, existen ordenamientos constitucionales que han consagrado expresamente este imperativo como es el caso del Art. 1º párrafo 3 de la Constitución de la República Federal de Alemania, de 1949, que ordena:

“Los siguientes derechos fundamentales vincularán a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial a título de ley directamente aplicable”.

Además, como apunta Otto Bachof:

“... la defensa y protección de la Constitución y de sus sistema de valores constituye la labor y el deber más nobles de todos los órganos estatales y, sobre todo, del legislador. Pero, en caso de duda, es el juez el que tiene de hecho la última palabra ...”³⁰

Luego de efectuadas estas precisiones generales es el momento de ocuparnos de la forma concreta en que el juez ordinario puede contribuir a amparar el secreto industrial en todos aquellos casos en que no exista la posibilidad de obtener una patente de invención.

En este sentido, debe tenerse presente que la remisión que el constituyente efectúa al legislador en el art. 19 N° 25 se refiere al tiempo por el cual se garantizan, respectivamente, las patentes de invención, las marcas comerciales, los modelos, los procesos tecnológicos y otras creaciones análogas.

Sin embargo, no debe pensarse que la tarea del legislador en la concreción de la protección de la propiedad industrial, que garantiza la Carta Fundamental, se encuentre solo limitada a establecer el tiempo de la protección. En efecto:

“La obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución (...), no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”.

El legislador es quien en mayor medida resulta obligado por lo que acabamos de decir, pues es él quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental constitucionalmente positivizado quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”³¹.

²⁸ BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987. Pág.42.

²⁹ Citado por BULNES ALDUNATE, Luz. Ob. Cit. Pág. 138.

³⁰ BACHOF, Ob. Cit. Pág. 47.

³¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Ob. Cit. Pág. 210.

Luego, es una obligación del legislador brindar adecuada protección al secreto industrial, porque, como hemos sostenido, la información que le es inherente constituye un elemento de la esencia del respectivo derecho. De esta forma, si el legislador omite esa protección incurre en una inconstitucionalidad por omisión que genera las responsabilidades consiguientes. Este es precisamente el sentido que inspira la afirmación de que hoy “las leyes solo valen en el ámbito de los derechos fundamentales” en lugar de que “los derechos fundamentales solo valgan en el ámbito de la ley”³².

Por lo demás, la Ley Suprema de 1980 no ofrece duda alguna, en este sentido, al brindar:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”³³.

CONCLUSIÓN

Si hasta hoy el legislador no ha cumplido con la obligación que se deriva del propio Estatuto Orgánico, en lo que al amparo del secreto industrial respecta, apartándose además de las directrices provenientes de los instrumentos internacionales sobre la materia, es posible sostener que el juez ordinario —y, por cierto, el tribunal de protección— debe brindar dicho amparo al tenor de lo que la Carta Fundamental directamente preceptúa, considerando, para ello, todos los antecedentes provenientes de la historia fidedigna del establecimiento de la norma contenida en el Art. 19 N° 25.

Esta interpretación fluye de la igual protección en el ejercicio de los derechos que la Constitución Política garantiza a toda persona en el inciso 1° del Art. 19 N° 3, de forma tal que:

“Aquí hay una facultad a los tribunales para otorgar amparo a las personas que tengan sus derechos violados, aunque no se establezca una competencia específica, porque se establece un caso de jurisdicción general de los tribunales de justicia y de obligación de conocer esa violación”³⁴.

Ello se traducirá en que podrá el tribunal decretar todas aquellas medidas que, en forma precautoria y anticipada, conduzcan inequívocamente a evitar que se divulgue la información constitutiva de un secreto industrial que no goza del amparo proveniente de una patente de invención, de forma de impedir el aprovechamiento —y por qué no decirlo— y el enriquecimiento ilícito que supone aprovechar ventajas económicas a costa del sacrificio en el patrimonio de otro.

Sostenemos esta conclusión, con mayor razón cuando la doctrina ha admitido en forma generalizada la tutela de los derechos fundamentales cuando su lesión proviene de otro particular y considerando además que:

“Cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos (fundamentales) y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia, previo el análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión”³⁵.

³² KRÜGER, Herbert, citado por BACHOF, Otto. Ob. Cit. Pág. 41.

³³ Art. 19 N° 26.

³⁴ EVANS, Ob. Cit. Pág. 26.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional español 55/1983, de 22 de junio. En FERNÁNDEZ SEGADO, Ob. Cit. Pág. 221.