

## 9. CORTE SUPREMA - DERECHO PENAL

### DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN CLASIFICADA

I. DETERMINACIÓN RESTRICTIVA DEL ALCANCE DEL ARTÍCULO 255 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR. AUTORIZACIÓN PARA LA RECEPCIÓN POR PARTE DE UN TERCERO DE INFORMACIÓN O DOCUMENTACIÓN SECRETA SE TRADUCE EN SU INCORPORACIÓN EN UN REGISTRO DE PROVEEDORES. II. PARA DETERMINAR SI LA CONDUCTA REPROCHADA CONFIGURA EL DELITO ATRIBUIDO HA DE ATENDERSE AL MARCO FÁCTICO EN QUE LOS HECHOS SE HAN VERIFICADO. III. DETERMINACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA DECISORIA A LOS HECHOS DE LA CAUSA NO TIENE EL CARÁCTER AUTOMÁTICO. CONTEXTO DE COMUNICACIONES NO PERMITE CONCLUIR QUE ELLAS RECAYERAN SOBRE MATERIAS VEDADAS Y QUE ESTABAN DESTINADAS A UN TERCERO NO AUTORIZADO A RECIBIRLAS.

### HECHOS

*Consejo de Defensa del Estado interpone recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte Marcial de la Armada, que revocó el fallo de primer grado y absuelve a los acusados por el delito consumado de divulgación de información clasificada, previsto en el artículo 255 en relación con el artículo 436 N° 2, ambos del Código de Justicia Militar, y aprueba en lo consultado. La Corte Suprema rechaza el recurso de nulidad substancial deducido.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de casación en el fondo (rechazado)*

ROL: *13023-2015, de 15 de junio de 2016*

PARTES: *Fisco de Chile con Servando Jordán Jadrievic y otros*

MINISTROS: *Sr. Milton Juica A., Sr. Carlos Künsemüller L., Sr. Lamberto Cisternas R., Sr. Carlos Cerda F., Sr. Manuel Valderrama R., Auditor General del Ejército Sr. Felipe Cunich M.*

### DOCTRINA

- En la especie, la Corte Marcial de la Armada analizó los elementos del artículo 255 del Código de Justicia Militar, señalando que, por tratarse de una norma penal, su alcance ha de ser determinado restrictivamente, de manera que prescindieron del tenor literal de la disposición optando por precisar lo*

*“secreto” a partir de consideraciones que tomaran en cuenta su finalidad, de acuerdo a los criterios establecidos por la ley –seguridad del Estado, defensa nacional, orden público interior o la seguridad de las personas–, por estimar tal proceso más acorde a los propósitos del legislador, al principio de publicidad de los actos de la administración y las actuaciones de la entidad denunciante, que ha definido en su Reglamento de Publicaciones y Tramitaciones de la Armada lo que debe entenderse comprendido en las categorías de secreto, reservado, confidencial y ordinario. Asimismo, en relación al elemento “persona no autorizada” que contempla el artículo 255, sostuvieron que procedía determinar quién tiene la calidad opuesta, esto es, quien es persona autorizada para tales efectos, para poder establecer si el destinatario de las comunicaciones comprendidas en los hechos del juzgamiento tenía o no esa condición, señalando que lo definitorio para este propósito es la consideración de la Armada sobre la calidad del tercero destinatario. Para ello, sostuvieron que la autorización de la institución para la recepción por parte de un tercero de información o documentación secreta se traducía –a la época de los hechos– en su incorporación en un Registro de Proveedores al cual se recurría para efectuar los contactos, conversaciones, cotizaciones y las operaciones comerciales que fuesen pertinentes (considerando 3° de la sentencia de la Corte Suprema).*

- II. *Para determinar si la conducta reprochada configura el delito atribuido ha de atenderse al marco fáctico en que los hechos se han verificado, porque sólo un análisis de este tipo legitima el reproche que la norma penal lleva consigo, validando la imposición de la pena que se asocia a su configuración. Por eso, resulta procedente el ejercicio realizado por los sentenciadores del grado que, en aras del adecuado respeto del principio de legalidad, analizaron no sólo el tenor de las comunicaciones vertidas y su contenido, sino dirigieron su mirada al escenario en que ellas se formularon, a la naturaleza de las relaciones entre emisor y receptor y al vínculo de éste con la entidad denunciante, aspectos todos que fueron considerados para determinar si los hechos llevados a juicio eran de aquellos sancionados conforme lo dispuesto en el artículo 255 del Código de Justicia Militar, respuesta que fue negativa, como se ha señalado (considerando 6° de la sentencia de la Corte Suprema).*
- III. *Resulta insuficiente para los fines propuestos por el recurrente, el centrarse sólo en el carácter de la información abordada en las comunicaciones y en la impugnación de la calidad dada a su destinatario, mediante un simple ejercicio de subsunción, ya que la determinación de la aplicación de la norma decisoria a los hechos de la causa no tiene el carácter automático que ha descrito el Fisco, basado en criterios de antijuridicidad formal y no material, toda vez que ella siempre demanda un trabajo interpretativo complejo, que en este caso requiere recurrir a principios tales como el de merecimiento*

*y necesidad de pena, el de bien jurídico, de configuración normativa y del objeto material del delito, o a criterios que contribuyan a precisar la conducta realizada, que si bien han sido tenidos en cuenta –algunos– a la hora de legislar sobre la materia, deben ser nuevamente traídos a la vista al momento de juzgar, para desentrañar el plan del legislador. Dicha labor, en todo caso, ha de verificarse sobre una base de hechos funcionales a la pretensión acusadora, aspecto que en este caso falta, lo que permite concluir la corrección de las conclusiones de los jueces del grado, pues en semejante estado de las cosas, resulta acertado jurídicamente concluir la atipicidad de las conductas reprochadas ya que el contexto en que las comunicaciones traídas a juicio fueron emitidas no permite concluir que ellas recayeran sobre materias vedadas y que estaban destinadas a un tercero no autorizado a recibirlas (considerando 9° de la sentencia de la Corte Suprema).*

*Cita online: CL/JUR/4129/2016*

*NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 255 del Código de Justicia Militar; 535, 546 N° 4 del Código de Procedimiento Penal.*

## LO SECRETO Y LO PÚBLICO EN LAS COMPRAS MILITARES

RAFAEL COLLADO GONZÁLEZ  
*Universidad de Chile*

La Corte Suprema conoció de un caso en el que varios militares confidenciaron a un intermediario civil ciertas necesidades de compra de la Armada, confidencias que tuvieron como objetivo, de acuerdo a lo asentado en el fallo, celebrar contratos con empresas extranjeras.

Para rechazar el recurso del Consejo de Defensa del Estado, y absolver a todos los acusados, la Corte resume algunas de las consideraciones de la Corte Marcial que le servirán para arribar a su decisión. Entre ellas destaca la distinción entre documentos secretos, que ocupa la ley, e información clasificada, que utiliza el fallo de primera instancia. Indica la Corte que no resulta acertado utilizar esa expresión dado que la ley no la utiliza, limitándose a sancionar con una pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados al que divulgue información secreta.

En un dato que resulta importante para fundar su fallo, la Corte indica que es parte de la descripción típica el carácter subsidiario del delito, en el sentido de que constituirá divulgación de secretos militares todo aquello que no alcance a constituir traición. Esto, a juicio de la Corte, justifica la alta pena asignada a la divulgación de secretos. Dicho de otro modo, divulgar secretos militares es una forma de traición menor, pero al fin de cuentas, cercana a la traición.

Dada esta configuración, los hechos que le son sometidos a su decisión no pueden calificar como delito de divulgación de secretos, en el entendido de que la Armada requiere de tener contactos con personas civiles para adquirir armamento. La Armada, en su rol de comprador público, tiene pocas diferencias con otras entidades públicas, y por tanto los procesos de licitación o de venta directa que publique o a los que invite a participar a terceros son actos en los que no se ve involucrada, en principio, la seguridad nacional.

Al menos en la forma en que se informan los hechos del caso pareciera que, en el caso en concreto, efectivamente, no se vislumbran riesgos efectivos para la seguridad nacional. La información traspasada al civil por los militares no forma parte de un plano, mapa, documento o escrito secreto, sino que precisamente de un documento destinado a ser conocido por civiles ajenos a la Armada (licitación o compra directa), proveedores para ser exactos, eventualmente varios de ellos, si se quiere lograr una licitación competitiva.

La Corte asume una posición que resulta poco discutible, ya que imponer el carácter secreto a este tipo de información significaría una carga para las compras del Ejército que las harían muy difíciles de concretar, sino, imposibles. Este argumento está detrás de la ausencia de peligro concreto que argumentan tanto el fallo de la Corte Marcial como el de la Corte Suprema, sin perjuicio de que el delito del artículo 255 aparece como un delito de mera actividad, ya que se consuma con la divulgación a terceros no autorizados, sin requerir de un resultado adicional a la conducta. Esta discrepancia, en todo caso, no me impide concordar con el resultado de la Corte, ya que lo que está implícito en el argumento de la Corte es que la norma de comportamiento del artículo 255 no tiene como campo de aplicación la información que el Ejército debe traspasar a terceros.

Sin embargo, resulta extraño que el Consejo de Defensa del Estado haya omitido en sus alegaciones cualquier comentario sobre los riesgos que este tipo de conductas tienen para el patrimonio de la Armada. Un proveedor o intermediario, por regla general, no debiese conocer esta información sino por los canales regulares y con la suficiente transparencia para el resto de los potenciales proveedores que compiten con él en la licitación. Que un funcionario público entregue este tipo de información en el marco de un proceso de licitación resulta un acto por de pronto desleal o contrario a la probidad administrativa, ya que podría terminar afectando el proceso de licitación o, aun más, otorgando ventajas indebidas a un proveedor por sobre otro.

Como se aprecia, el real riesgo que representa la conducta denunciada no dice relación con la revelación de secretos militares, que no es el caso, sino con que las compras de la Armada puedan ser amañadas o producto de ellas se favorezca indebidamente a privados. Quizás sea éste el punto central a comentar de este fallo, la falta de una mirada económica frente al mundo militar, ya que esa mirada, y un escrutinio a la eficiencia del proceso de licitación, podría haber desnudado el

carácter incluso criminal que hechos que son atípicos del 255 del Código de Justicia Militar pueden tener desde la perspectiva del cohecho, la malversación de caudales públicos, la negociación incompatible o incluso el nuevo delito de colusión, vigente desde el 30 de agosto de 2016.

#### CORTE SUPREMA

Santiago, quince de junio de dos mil dieciséis.

Vistos:

En estos autos rol N° 8679-2011, del Juzgado Naval de la Primera Zona Naval, por sentencia de quince de junio de dos mil quince, escrita a fojas 6916 y siguientes, se absolvió a los acusados Carlos Arturo Fanta de la Vega, Servando Eduardo Vicente Jordán Jandrievic y Julio Covarrubias Castro, de la acusación formulada en su contra de ser autores del delito de divulgación de información clasificada previsto en el artículo 255 en relación con el artículo 436 N° 3, ambos del Código de Justicia Militar; a Luis Fernando Niemann Figari, Luis Roberto Opazo Ovalle y Juan Eduardo Illanes Laso de la acusación formulada en su contra como autores del delito de divulgación de información clasificada previsto en el artículo 255 en relación con el artículo 436 N° 4, ambos del Código de Justicia Militar. La misma sentencia condena a Luis Niemann Figari a la pena de dos años de presidio menor en su grado medio, como autor del delito consumado de divulgación de información clasificada, previsto en el artículo 255 en relación con el artículo 436 N° 2, ambos del Código de Justicia Militar, cometido en los meses de febrero-marzo de 2008 y al pago de las costas de la causa; a Julio Covarrubias Castro a la pena de un año de presidio

menor en su grado mínimo, como autor del delito consumado de divulgación de información clasificada, previsto en el artículo 255 en relación con el artículo 436 N° 3, ambos del Código de Justicia Militar, cometido el 10 de enero de 2005 y al pago de las costas de la causa; a Luis Roberto Opazo Ovalle a la pena de dos años de presidio menor en su grado medio, como autor del delito consumado de divulgación de información clasificada, previsto en el artículo 255 en relación con el artículo 436 N° 4, ambos del Código de Justicia Militar, cometido el 8 de agosto de 2008 y al pago de las costas de la causa; a Marcelo Alejandro Hozven Donoso a la pena de dos años de presidio menor en su grado medio, como autor del delito consumado de divulgación de información clasificada, previsto en el artículo 255 en relación con el artículo 436 N° 3, ambos del Código de Justicia Militar, cometido el 17 y 24 de marzo de 2006, 6 de agosto y 22 de octubre de 2008, noviembre y diciembre de 2007 y al pago de las costas de la causa; a Flavio José Montagna Caneda a la pena de dos años de presidio menor en su grado medio, como autor del delito consumado de divulgación de información clasificada, previsto en el artículo 255 en relación con el artículo 436 N° 4, ambos del Código de Justicia Militar, cometido el 23 de abril de 2008, imponiéndoles, además, la pena accesoria de suspensión de cargo y oficio pú-

blico durante el tiempo de la condena. Reuniéndose a favor de los condenados todos los requisitos del artículo 4° de la ley N° 18.216, se les remite condicionalmente la pena durante el mismo término de las sanciones privativas de libertad impuestas, abonando, en caso de revocación del beneficio, los días que estuvieron privados de libertad en esta causa.

Apelada esa decisión, la Corte Marcial de la Armada, por sentencia de doce de agosto de dos mil quince que rola a fojas 7325 y siguientes, la revocó en lo apelado, absolviendo a Luis Fernando Niemann Figari, Julio Rodrigo Covarrubias Castro, Luis Opazo Ovalle, Marcelo Hozven Donoso y Flavio Montagna Canela de las acusaciones formuladas en su contra; aprobando en lo consultado el mismo fallo, en cuanto absuelve a Carlos Fanta de la Vega, Servando Jordán Jadrievic, Juan Eduardo Illanes Laso, Luis Niemann Figari, Luis Opazo Ovalle y Julio Cobarrubias Castro de las acusaciones dictadas a su respecto, así como los sobreseimientos dictados respecto de Pedro Spencer Marín, Cesar López Pérez, Cristián Gantes Young y Cristián del Real Pérez, con declaración que lo son en carácter de definitivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 408 N° 2 del Código de Procedimiento Penal.

Contra el anterior pronunciamiento, don Michael Wilkendorf Simpfendorfer, Abogado Procurador Fiscal de Valparaíso del Consejo de Defensa del Estado, dedujo a fojas 7353 recurso de casación en el fondo, que se trajo en relación por resolución de fojas 7438,

previa vista al señor Fiscal Judicial, que evacuó su informe a fojas 7446 y siguientes.

Considerando:

*Primero:* Que el recurso formalizado por el Consejo de Defensa del Estado se funda en la causal 4ª del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, la que sostiene se configura al calificar erróneamente como atípico el actuar de los acusados Niemann, Covarrubias, Hozven, Opazo y Montagna, ya que postula que éste se encuadra en el artículo 255 del Código de Justicia Militar en relación con el artículo 436 del mismo texto y, consecuencialmente, los absuelve equivocadamente.

Denuncia, entonces, la infracción de los artículos 255 y 436 del Código de Justicia Militar, de los artículos 1°, 2° y 15 N° 1 del Código Penal y los artículos 19 y 20 del Código Civil.

Señala que la sentencia recurrida hace suyo el considerando 2° del fallo de primer grado, en que se contienen los hechos asentados, basando su decisión en tres aspectos: 1) la información divulgada no tenía el carácter de secreta; 2) Guillermo Ibieta sería una persona autorizada para conocer información secreta de la Armada de Chile y 3) el delito del artículo 255 sería uno de peligro concreto y no se habría acreditado el real riesgo para la seguridad de la nación. Impugnando estos tres aspectos, señala respecto del primero que los sentenciadores recurridos sostienen que la interpretación del artículo 436 del Código de Justicia Militar no tiene que ser literal sino teleológica, correspondiendo restringir el sentido y alcance

de lo secreto conforme parámetros que el legislador ha entregado en el inciso 1° de la norma citada. Indican que la Armada ha reglamentado la materia, clasificando los documentos en secreto, reservado, confidencial y ordinario, de acuerdo al reglamento de publicaciones y tramitaciones de la Armada, de modo que no todas las materias que el artículo 436 cita serían secretas necesariamente y concluye que la información divulgada no tiene ese carácter.

Así, entonces, postula que la Corte Marcial transforma la estructura de la disposición al exigir que los elementos enumerados tengan, además, la aptitud material de afectar la seguridad de Estado. Sin embargo, la norma es clara porque la exigencia referida al requisito de “relación directa” con la seguridad del Estado, la defensa nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas la hace la propia ley. La norma demanda la vinculación de los elementos con la seguridad del Estado y los restantes parámetros que indica cuando ellos no están enumerados, mediante la cláusula abierta “entre otros”, pero no cuando están expresamente establecidos.

A mayor abundamiento, indica que la prueba rendida en el proceso confirma el carácter de secreto de la información, citando al efecto determinadas piezas procesales que avalan, en su concepto, esa afirmación.

Respecto del segundo fundamento del fallo, esto es, la interpretación del elemento “persona no autorizada” sostiene que la sentencia atacada señala en sus considerandos 8° y 9° que Guillermo Ibieta era una persona autorizada

para conocer información secreta de la Armada, en los términos que refiere el artículo 255 del Código de Justicia Militar, por lo que la conducta de los acusados carecería de tipicidad. Indica que atendido que Ibieta era representante legal de la empresa Serlog Ltda., inscrita en el registro de proveedores de la Armada, estaba habilitado para conocer la información secreta de la Armada, conclusión que es contraria al tenor y espíritu de la norma que se trata de aplicar, ya que ella pretende que cada información de carácter secreto sólo llegue a las personas que tienen la autorización especial para conocer planos, mapas, documentos o escritos secretos que interesan a la defensa nacional o seguridad de la República.

Añade que la inscripción de un tercero como proveedor sólo habilita para ser contratante de insumos militares con la Armada, con lo que la información que el particular adquiriera será entregada sólo por las vías formales de la institución para cumplir fines de aprovisionamiento. Toda información ajena a la negociación en comento escapa del contexto de conocimiento, más si se refiere a la anticipación de licitaciones o a expresar necesidades de la Armada para que Ibieta contactara a oferentes que poseían dichos pertrechos o desistir ofertas, ya que no era un evaluador de todas las necesidades de la Armada para poder anticiparse a ellas.

Además, expresa que es un contrasentido sostener que Ibieta estaba autorizado por la Armada para conocer de esta información y que sea la Armada la que denuncie estos delitos.

Por último, indica que, contrariamente a lo sostenido por el tribunal, el delito de que se trata es de peligro abstracto porque la conducta se perfecciona por el solo hecho de develar la información secreta a personas no autorizadas, sin que sea necesario que ella se divulgue a más personas, ni que se produzca perjuicio como condición objetiva de punibilidad, de manera que pretender peligro concreto es alejarse de los requerimientos del legislador. Además, la propia norma incorpora la frase “el que sin alcanzar a cometer traición...” lo que confirma la calidad de delito de peligro abstracto, ya que no se requiere un resultado especial por parte del sujeto activo. La frase además tiene una función de solución de un eventual concurso aparente, estableciendo legalmente la subsidiariedad del artículo 255 en relación al delito de traición, pero no establece la necesidad de un resultado típico, como lo hace la sentencia atacada. De esta manera, constatada la realización de conductas que la ley describe bajo amenaza de pena, ellas no pueden ser eximidas de sanción a pretexto de la falta de comprobación de un resultado.

Por último, sostiene que se ha infringido las restantes normas citadas en el recurso porque se ha absuelto a los acusados de una conducta constitutiva del delito, en el cual intervinieron en calidad de autores.

Termina describiendo la influencia que estos errores han tenido en lo dispositivo del fallo y solicita que se acoja el recurso, confirmando, en sentencia de reemplazo que se dicte, el fallo de primera instancia.

*Segundo:* Que, para una adecuada comprensión del recurso, resulta necesario tener en cuenta que los jueces de segundo grado reprodujeron los hechos asentados en primera instancia que, en lo referido a lo impugnado, son los siguientes respecto de los acusados que indica:

a) Procesado Niemann Figari: Que un sujeto en servicio activo de la Armada de Chile, entre los meses de febrero y marzo del año 2008, informó a un tercero civil sobre la falta de capacidad de la Armada de Chile en la defensa submarina de puertos.

b) Procesado Opazo Ovalle: Que un sujeto en servicio activo de la Armada de Chile, con fecha 8 de agosto de 2008, informó a un tercero civil sobre la adquisición encargada a la Armada de Chile, por parte del Estado Mayor Conjunto, de vehículos militares blindados para el Cuerpo de Infantería de Marina, señalando las capacidades técnicas y ofensivas con las que debían contar los vehículos que pretendía adquirir la Armada de Chile, en el marco del proyecto Carros y posteriormente Cruz del Sur.

c) Procesado Montagna Caneda: Que un sujeto en servicio activo de la Armada de Chile, con fecha 23 de abril de 2008, informó a un tercero civil sobre la adquisición de vehículos militares blindados 4x4, en el marco del proyecto Carros y posteriormente Cruz del Sur, señalando las cantidades, tipos de vehículos con sus respectivos armamentos, capacidades técnicas y ofensivas con las que debían contar los vehículos que pretendía adquirir la Armada de Chile para dicha fuerza operativa.



d) Procesado Hozven Donoso. Que un sujeto en servicio activo de la Armada de Chile, con fecha 17 y 24 de marzo de 2006, noviembre y diciembre de 2007, 6 de agosto de 2008 y 22 de octubre de 2008, informó a un tercero civil, sobre la adquisición de munición mayor de 76/62 mm, 30 mm, y 40/70 mm para la Armada de Chile, señalando las cantidades y características técnicas, como también las capacidades de las Unidades Navales para efectuar tiros antiaéreos y antimisil, las condiciones de entrega y traslado de la munición y le remitió el contrato respectivo *Perdigón II*, vía correo electrónico. Además, le informó sobre las fallas ocurridas en la munición mayor adquirida por la Armada de Chile a la empresa italiana *Simmel Difesa*, mediante el contrato *Perdigón II*, como igualmente de los tipos de espoleta y procedencia de la munición 40/70 mm. Asimismo, le informó sobre los requerimientos de la Infantería de Marina para la adquisición de munición mayor de 155 mm, y de los fondos asignados para la adquisición de carros blindados para dicha fuerza operativa, señalándole los costos y asignaciones del presupuesto fiscal para la adquisición de munición por parte de la Armada de Chile.

e) Procesado Covarrubias Castro.

Que un sujeto en servicio activo de la Armada de Chile, con fecha 10 de enero de 2005, informó a un tercero civil sobre la adquisición de munición mayor de 76/62 mm y 30 mm, para la Armada de Chile, señalando las cantidades y aspectos técnicos de la referida munición.

Tales hechos fueron considerados por la sentencia de primera instancia como constitutivos del delito de divulgación de información clasificada, previsto y sancionado en el artículo 255 del Código de Justicia Militar, en relación con el artículo 436 N° 2 del mismo cuerpo legal respecto del procesado *Niemann Figari*; los enunciados en las letras b) y c) como constitutivos, respecto de los procesados *Opazo Ovalle* y *Montagna Caneda*, respectivamente, del delito de divulgación de información clasificada, previsto y sancionado en el artículo 255 del Código de Justicia Militar, en relación con el artículo 436 N° 4 de la misma codificación y, finalmente, los mencionados en las letras d) y e), constitutivos de los delitos de divulgación de información clasificada, previsto y sancionado en el artículo 255 del Código de Justicia Militar, en relación con el artículo 436 N° 3 del mismo texto legal respecto de los acusados *Hozven Donoso* y *Covarrubias Castro*, respectivamente, ilícitos en que los mencionados tuvieron participación en calidad de autores.

*Tercero:* Apelado dicho fallo, la Corte Marcial de la Armada lo revocó, sentando como presupuestos de lo decidido, además, los siguientes:

1.- Que la información aludida en el correo electrónico de 10 de enero de 2005 remitido por *Julio Covarrubias Castro* a *Guillermo Ibieta* de la empresa *Serlog* se enmarcaba dentro del proceso de negociación que culminó con la celebración del contrato denominado *Perdigón II*, por el que la Armada de Chile compró munición de 76/62 mm a la firma italiana *Simmel Difesa*.

2.- Que las materias aludidas en las comunicaciones entre Flavio Montagna Caneda y Guillermo Ibieta recaían sobre la adquisición de carros de combate para ser empleados en una fuerza de paz conjunta entre los Ejércitos y Armadas de Chile y Argentina, al amparo de las Naciones Unidas, cuyo proceso fue manejado abiertamente por los participantes en la negociación correspondiente.

3.- Que las comunicaciones cuyo contenido se reprocha a Marcelo Horzven Donoso y Luis Opazo Ovalle lo fueron con Guillermo Ibieta y se refieren o enmarcan en procesos de adquisiciones para la Armada de Chile.

4.- Que la información cuya emisión se censura a Luis Niemann Figari fue vertida en una conversación telefónica sostenida con Guillermo Ibieta, en la que no se comunicaron datos o noticias extraídas de planos, mapas, documentos o escritos secretos, sin que se demostrara en autos que Niemann Figari —que no formaba parte del Alto Mando Naval— haya tenido acceso a información de carácter estratégico contenida en documentos de naturaleza secreta.

Los jueces del grado arribaron a los hechos antes asentados después de tener en consideración el tenor del artículo 255 del Código de Justicia Militar, a partir del cual concluyeron que la conducta que el legislador sanciona tiene un carácter alternativo, el que consiste en realizar alguno de los verbos rectores “divulgar en todo o parte, entregar o comunicar” aquello que constituye el objeto material del delito, (“planos, mapas o documentos o escritos secretos que interesen a la defensa nacional o

seguridad de la República” o bien, “los datos o noticias extraídos de dichos planos, mapas, documentos o escritos”); comunicación, divulgación o entrega que ha de estar dirigida a un destinatario “no autorizado para ello”.

Para los efectos de determinar el carácter secreto de aquello que constituye el objeto material de esta figura, los referidos jueces estimaron necesario remitirse al artículo 436 del mismo Código, disposición que alude de manera general a los documentos secretos, entendiéndolo que lo son “aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas y, entre otros: 1.- Los relativos a plantas o dotaciones y a la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile y de su personal; 2.- Los atinentes a planos o instalaciones de recintos militares o policiales y los planos de operación o de servicio de dichas instituciones con sus respectivos antecedentes de cualquier naturaleza, relativos a esta materia; 3.- Los concernientes a armas de fuego, partes y piezas de las mismas, municiones, explosivos, sustancias químicas y demás efectos a que se refiere la ley N° 17.798 usados por las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile; y 4.- Los que se refieran a equipos y pertrechos militares o policiales”.

La revisión de las disposiciones indicadas, analizadas bajo el prisma que impone el principio de legalidad, les permitió concluir que lo que la figura en comento sanciona es aquello que genéricamente se puede denominar como

divulgación, comunicación o entrega de documentos secretos o de datos o noticias extraídas de dichos documentos secretos. En tal sentido estimaron, entonces, que no es posible proponer como *nomen iuris* de la figura la “divulgación de información clasificada”, como lo hizo el fallo apelado, ya que dicha expresión no es utilizada por el legislador y alude a un objeto material más amplio que el abordado por el tipo penal en cuestión, lo que infringe el principio de legalidad. Sentado esto, los mismos jueces acudieron a los criterios de interpretación de la ley, destacando la relación del tipo penal del artículo 255 del Código de Justicia Militar con el delito de traición que se contiene en el mismo título en que se encuentra la norma citada, vínculo además determinado por el propio legislador al describir la conducta, ya que precisa que se trata de un acto que no alcanza a ser constitutivo de tal delito, antecedente que es considerado de particular importancia por los referidos jueces al momento de interpretar la norma en comento, porque su referencia al delito de traición y la alta penalidad asignada a éste en abstracto, les lleva concluir que se trata de una figura de peligro para el bien jurídico protegido constituido por la seguridad exterior del Estado. Este peligro, precisan los jueces, no puede consistir en cualquier riesgo eventual, hipotético o teórico, sino que en uno concreto y serio, que acerque la conducta analizada a la figura más grave de la que se desprende, como es el delito de traición.

Sobre la base de tales presupuestos, la Corte analizó los elementos del artículo

255, señalando que, por tratarse de una norma penal, su alcance ha de ser determinado restrictivamente, de manera que prescindieron del tenor literal de la disposición optando por precisar lo “secreto” a partir de consideraciones que tomaran en cuenta su finalidad, de acuerdo a los criterios establecidos por la ley (seguridad del Estado, Defensa Nacional, orden público interior o la seguridad de las personas), por estimar tal proceso más acorde a los propósitos del legislador, al principio de publicidad de los actos de la Administración y las actuaciones de la entidad denunciante, que ha definido en su Reglamento de Publicaciones y Tramitaciones de la Armada lo que debe entenderse comprendido en las categorías de secreto, reservado, confidencial y ordinario.

Asimismo, en relación al elemento “persona no autorizada” que contempla el artículo 255, sostuvieron que procedía determinar quién tiene la calidad opuesta, esto es, quien es persona autorizada para tales efectos, para poder establecer si el destinatario de las comunicaciones comprendidas en los hechos del juzgamiento tenía o no esa condición, señalando que lo definitorio para este propósito es la consideración de la Armada sobre la calidad del tercero destinatario. Para ello, sostuvieron que la autorización de la institución para la recepción por parte de un tercero de información o documentación secreta se traducía –a la época de los hechos– en su incorporación en un Registro de Proveedores al cual se recurría para efectuar los contactos, conversaciones, cotizaciones y las operaciones comerciales que

fuesen pertinentes, asentando que la empresa Servicios Logísticos Limitada o Serlog —por sí o en representación de una multiplicidad de empresas nacionales o extranjeras— estaba inscrita en él al menos desde el año 2005, de manera que era considerado por la Armada de Chile como una persona apta y autorizada para intervenir en las diversas etapas de los procesos de cotización o de adquisición de insumos y productos militares.

Por último, los referidos jueces concluyeron que la prueba rendida no demostró que haya existido con las conductas específicas y singulares objeto de juzgamiento, alguna forma de peligro para el bien jurídico tutelado, concluyendo de esta manera que el ilícito en cuestión, por su ubicación en el código castrense, su alta penalidad y su vínculo con el delito de traición, es de peligro concreto, de manera que debe demostrarse la puesta en riesgo del interés tutelado, lo que no fue satisfecho.

De esta manera, considerando el contexto en que se verificaron las comunicaciones de Opazo Ovalle, Montagna Caneda y Horzven Donoso con Ibieta, los sentenciadores concluyeron que el objeto material de las conductas atribuidas a los acusados no tenían el carácter de secreto y que Guillermo Ibieta tenía la calidad de persona autorizada por la Armada de Chile para participar, en representación de las empresas inscritas en el Registro de Proveedores de la Armada en los respectivos procesos de cotización, tratativas y adquisición, por lo que determinaron su absolución.

Asimismo, respecto de Niemann Figari, considerando que la ley no sancio-

na conversaciones sobre materias secretas, sino la revelación de información de ese carácter contenida materialmente en documentos determinados a los que el agente haya tenido acceso, aspecto este último que no se demostró, no resulta posible sancionarlo, ya que semejante pretensión equivaldría a sostener que cualquier militar que converse sobre armamento, estrategias o capacidades, dando sus opiniones personales, sin revelar información contenida en documentos secretos, debería ser sancionado, lo que no es admisible por afectar el principio de tipicidad.

*Cuarto:* Que, previo al análisis de la causal cuya configuración se denuncia en el recurso deducido, resulta necesario tener en consideración que esta Corte Suprema ya ha señalado que el medio de impugnación que se revisa ha sido instituido para enmendar los errores cometidos en la aplicación de la ley y no puede extenderse a otras materias, por ser de derecho estricto, menos aún si ellas escapan al ámbito delimitado por las causales de nulidad sustantiva que el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal consagra. Así, entonces, en su conocimiento y estudio, este tribunal debe atenerse a los hechos sentados en la sentencia impugnada y, sobre la base de ellos, deducir si el fallo ha transgredido la ley que el recurso aduzca como violada al aplicarla o no aplicarla a esos hechos.

*Quinto:* Que el motivo de invalidación propuesto supone, como lo señala el artículo 546 de Código de Procedimiento Penal “que la sentencia o el auto interlocutorio, calificando como

lícito un hecho que la ley pena como delito, absuelva al acusado o no admita la querrela”.

Tal causal precisa, entonces, que la sentencia dé por probados los hechos de la forma que señala el recurrente para que ella sea pertinente y la infracción de las leyes que se representa, palmaria, lo que no ocurre en la especie.

En efecto, por una parte la sentencia atacada sitúa los hechos indagados en un contexto del cual el libelo prescinde absolutamente, como es –respecto de tres de los acusados, esto es, Covarrubias, Horzven y Opazo– que las comunicaciones reprochadas se dieron en el marco de procesos de licitaciones y ventas para la Armada de Chile; que otra de ellas (de Montagna) lo fue respecto de un proceso de adquisiciones de efectos destinados a una misión que involucraba entidades pertenecientes a fuerzas armadas de otros países, el que fue público; y finalmente, que Niemann vertió sus dichos en una conversación telefónica en la que no se comunicaron datos o noticias extraídas de planos, mapas, documentos o escritos secretos sin que se hubiera demostrado su acceso a información estratégica proveniente de tales instrumentos.

*Sexto:* Que tales conclusiones aparecen como imperativas de formular, ya que para determinar si la conducta reprochada configura el delito atribuido ha de atenderse al marco fáctico en que los hechos se han verificado, porque sólo un análisis de este tipo legitima el reproche que la norma penal lleva consigo, validando la imposición de la pena que se asocia a su configuración. Por eso,

resulta procedente el ejercicio realizado por los sentenciadores del grado que, en aras del adecuado respeto del principio de legalidad, analizaron no sólo el tenor de las comunicaciones vertidas y su contenido, sino que dirigieron su mirada al escenario en que ellas se formularon, a la naturaleza de las relaciones entre emisor y receptor y al vínculo de éste con la entidad denunciante, aspectos todos que fueron considerados para determinar si los hechos llevados a juicio eran de aquellos sancionados conforme lo dispuesto en el artículo 255 del Código de Justicia Militar, respuesta que fue negativa, como se ha señalado.

*Séptimo:* Que la conclusión a la que arribaron los jueces del grado aparece como correcta para este tribunal, desde el momento en que ella es fruto del estudio pormenorizado de los antecedentes del proceso y del aquilatamiento de los medios de convicción aportados al sumario, que les permitió determinar la existencia de un contexto que permite estimar lícitas las comunicaciones descritas, amparadas por la conciencia de proceder ante un interlocutor reconocido por la Armada de Chile; sin perjuicio de asentar que dos de los casos traídos a juicio no versaban sobre comunicaciones de aquellas que las normas en estudio tutelan.

*Octavo:* Que, conforme lo expresado, la pretensión del recurrente no puede ser admitida sin haber impugnado el referido marco fáctico, toda vez que los tipos penales descansan sobre una base de hecho que ha de ser analizada y desentrañada para permitir su invocación, de manera que, si los hechos tenidos en

cuenta por el legislador no se corresponden con los asentados en la causa, estos últimos han de ser modificados para admitir el éxito de la impugnación que se propone.

Tal labor, sin embargo, demanda, como lo ha dicho reiteradamente esta Corte, la denuncia de la causal prevista para tales fines, mediante la cual se sostenga la efectiva infracción de las leyes reguladoras de la prueba en el establecimiento de los hechos de la causa, ya que la demostración del quebrantamiento de dichas disposiciones es condición sin la cual no pueden modificarse los sustratos fácticos de la decisión que se ataca. Como tal carga no ha sido satisfecha por el recurso, la pretensión impugnadora no puede prosperar, ya que los hechos asentados dan adecuado soporte a lo decidido y no permiten la configuración de la causal propuesta.

*Noveno:* Que, de esta manera resulta insuficiente para los fines propuestos por el recurrente, el centrarse sólo en el carácter de la información abordada en las comunicaciones y en la impugnación de la calidad dada a su destinatario, mediante un simple ejercicio de subsunción, ya que la determinación de la aplicación de la norma decisoria a los hechos de la causa no tiene el carácter automático que ha descrito el Fisco de Chile, basado en criterios de antijuridicidad formal y no material, toda vez que ella siempre demanda un trabajo interpretativo complejo, que en este caso requiere recurrir a principios tales como el de merecimiento y necesidad de pena, el de bien jurídico, de configuración normativa y del objeto

material del delito, o a criterios que contribuyan a precisar la conducta realizada, que si bien han sido tenidos en cuenta –algunos– a la hora de legislar sobre la materia, deben ser nuevamente traídos a la vista al momento de juzgar, para desentrañar el plan del legislador.

Dicha labor, en todo caso, ha de verificarse sobre una base de hechos funcionales a la pretensión acusadora, aspecto que en este caso falta, lo que permite concluir la corrección de las conclusiones de los jueces del grado, pues en semejante estado de las cosas, resulta acertado jurídicamente concluir la atipicidad de las conductas reprochadas ya que el contexto en que las comunicaciones traídas a juicio fueron emitidas no permite concluir que ellas recayeran sobre materias vedadas y que estaban destinadas a un tercero no autorizado a recibirlas.

Por lo anterior, carece de influencia en lo dispositivo del fallo el yerro presuntamente cometido por los jueces del fondo al asignar al delito materia de la acusación fiscal el carácter de peligro concreto, al haberse zanjado adecuadamente la naturaleza de la conducta atribuida sobre la base del análisis de los antecedentes referidos.

*Décimo:* Que, en este estado de las cosas y contrariamente a lo sostenido por los recurrentes, del contexto de los sucesos que los jueces del fondo han determinado aparecen asentadas las circunstancias de hecho dotadas de relevancia jurídica que permiten concluir que tanto la calificación efectuada como lo que sucede a propósito de la participación atribuida a los recurrentes es

correcta por lo que los recursos serán desestimados al no haberse demostrado la ocurrencia de los errores de derecho denunciados, con influencia en lo dispositivo de lo resuelto.

Por estas consideraciones y visto, además, lo preceptuado en los artículos 535, 546 N° 4 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se rechaza el recurso de casación en el fondo promovido por don Michael Wilkendorf Simpfendorfer, Abogado Procurador Fiscal de Valparaíso del Consejo de Defensa del Estado, a fojas 7353, en contra de la sentencia de

doce de agosto de dos mil quince que rola a fojas 7325 y siguientes, la que, por consiguiente, no es nula.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas.

Pronunciado por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Carlos Cerda F., Manuel Valderrama R., y el Auditor General del Ejército Sr. Felipe Cunich M. Rol N° 13023-2015.