



Revista de Derecho - Universidad
Católica del Norte
ISSN: 0717-5345
revistaderecho@ucn.cl
Universidad Católica del Norte
Chile

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO POR LUIS PINEDA PEÑA
RESPECTO DEL ARTÍCULO 299 N° 3° DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR ("CASO
ANTUCO"). ROL N° 468-2006

Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 14, núm. 1, 2007, pp. 249-272
Universidad Católica del Norte
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041320007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO POR LUIS PINEDA PEÑA RESPECTO DEL ARTÍCULO 299 N° 3º DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR (“CASO ANTUCO”)

ROL N° 468-2006

Santiago, nueve de noviembre de dos mil seis.

VISTOS:

Con fecha 15 de marzo del presente año, el señor Luis Enrique Pineda Peña ha interpuesto un requerimiento para que se declare la inaplicabilidad del artículo 299, N° 3º, del Código de Justicia Militar, por contravenir el artículo 19, N° 3º, inciso final, de la Constitución Política, en el proceso Rol 310-2005, del Tercer Juzgado Militar de Valdivia, del cual conoce actualmente la Corte Marcial por haberse deducido recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva de primera instancia.

Expone que los días 17 y 18 de mayo de 2005, en la VIII Región, Provincia de Bío Bío, en el sector de Antuco, entre el destacamento Los Barros y otros accidentes geográficos fallecieron un gran número de soldados y personal de planta, que se encontraban en ejercicios en la alta montaña.

Fue la denominada tragedia de Antuco, que ha enlutado al Ejército de Chile y ha acarreado un sinnúmero de consecuencias lamentables tanto para las familias como para dicha rama de las Fuerzas Armadas.

El requirente, en su calidad de Teniente Coronel, era el Jefe de la Plana Mayor del Regimiento Reforzado N° 17 Los Ángeles, con sede en la ciudad del mismo nombre.

A raíz de lo sucedido, se inició el proceso criminal antes mencionado en el Tercer Juzgado Militar de Valdivia, el 19 de mayo de 2005.

El 25 de mayo del mismo año, la Corte Marcial resolvió designar un Ministro en Visita Extraordinario para la investigación de los delitos de incumplimiento de deberes militares y cuasidelito de homicidio por los hechos ocurridos.

En dicho proceso, el requirente fue condenado por sentencia definitiva de primera instancia a la pena de 541 días de presidio militar menor en su grado mínimo y a la accesoria legal de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de in-

cumplimiento de deberes militares, descrito y sancionado en el artículo 299, N° 3°, del Código de Justicia Militar, en relación con el artículo 433 del mismo cuerpo legal. En contra de dicha sentencia dedujo recurso de apelación, el cual se encuentra pendiente.

Expresa el requirente que el artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Constitución, establece: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

Señala que la intención del Constituyente fue eliminar las denominadas leyes penales en blanco o abiertas y consagrar el principio de tipicidad, esto es, que toda ley que establezca penas describa las conductas que se sancionan en forma precisa, clara y patente.

Cita luego las opiniones de los profesores Eduardo Novoa, Alfredo Etcheberry y José Luis Cea sobre las leyes penales en blanco o abiertas. Este último indica que la Constitución exige que la conducta que se sanciona, es decir, el tipo, esté de antemano expresa y claramente figurado en la ley, por medio de la explicación que ella misma haga de sus cualidades y circunstancias definitorias.

De manera que la Carta es exigente y no se cumple su prohibición si el Legislador entiende que describir la conducta punible es solo nombrarla, sin precisar las características de ella y los supuestos de hecho que la hacen típica o encuadrable.

Por ende, aunque la Constitución no ha excluido la posibilidad de aprobar una ley penal en blanco, sí ha prohibido leyes abiertas con enunciados o bosquejos ambiguos, configurados en concreto discrecionalmente por la Administración sin la publicidad de las leyes.

Analiza luego el requirente el origen del precepto constitucional y concluye que la Carta Fundamental quiso evitar el establecimiento de figuras penales tan amplias y faltas de precisión que pudieran ser motivo de una aplicación arbitraria tanto por el juez como por la autoridad.

Entra luego a referirse al precepto contemplado en el artículo 299, N° 3°, del Código de Justicia Militar, objeto del presente requerimiento.

Este dispone: "Será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, el militar:

3° El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares".

Manifiesta que la expresión deberes militares es demasiado amplia y no se basta a sí misma, motivo por el cual viola el ordenamiento constitucional. Agrega que ella no está definida ni descrita en el Código de Justicia Militar.

Por otra parte, hace presente, en relación con la acción de inaplicabilidad, que no se trata de entrar a discutir a través de ella si se cumplió o no con deberes militares. Esto sería una revisión de los hechos que le corresponde a los tribunales del fondo.

Por su naturaleza, esta solo se dirige a demostrar en abstracto que el artículo 299, N° 3º del Código de Justicia Militar contraviene el artículo 19, N° 3º, de la Carta Fundamental.

Agrega que, en repetidas oportunidades, la Corte Suprema ha señalado que la acción de inaplicabilidad tiene como único objetivo resolver, después de un análisis detenido, si hay contradicciones entre las normas legales y las constitucionales y cita al efecto diversas sentencias de dicho Tribunal.

Más adelante se refiere al informe evacuado por la Fiscal de la Corte Suprema con ocasión de una acción de inaplicabilidad deducida respecto del artículo 299, N° 3º, del Código de Justicia Militar, en el cual ella consideró que esta debía acogerse. Cita parte de la sentencia de dicho tribunal de 16 de julio de 2002 en la cual, recogiéndose su opinión, se indica: "...la Señora Fiscal de esta Corte solicita que se acoja el recurso". Agregándose: "Afirma que el artículo 299 número 3º del Código de Justicia Militar constituye un ejemplo de leyes penales abiertas, pues dispone que incurre en delito de desobediencia el que "deje de cumplir sus deberes militares", pero omitiendo toda especificación respecto de cuáles son los deberes a que se hace referencia. No se encuentra en esa norma descrita completamente la conducta incriminada. Además el número 3º del artículo 19, inciso final, de la Carta Fundamental consagra el principio de legalidad o reserva, en cuya virtud solo la ley puede crear delitos y establecer sus penas, circunstancia que se vulnera en las leyes penales en blanco. Se exige que la conducta que se sanciona debe estar claramente descrita de un modo perfecto".

En la última parte de su presentación, el requirente toma en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia con respecto a la materia en debate.

Luego de indicar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos está vigente en Chile desde el 5 de enero de 1991, expone que el artículo 5º de la Carta Fundamental establece que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En consecuencia, resulta evidente, a su juicio, que el Tribunal Constitucional debe respetar tanto los derechos que le confiere la Ley Suprema cuanto dichos tratados. Y menciona al respecto la sentencia de 25 de noviembre de 2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Lori Berenson Mejía vs. Perú*" en la cual esta declaró: "Con respecto al principio de legalidad penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad,

particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”.

Con fecha 12 de abril de 2006 se declaró admisible el requerimiento y el 14 de junio del presente año se suspendió el procedimiento en la causa en que este incide.

El 9 de junio de 2006 el Ministerio Público Militar formuló sus observaciones, solicitando el rechazo de la acción deducida.

En tal sentido señala, en primer término, que el artículo 299, N° 3°, del Código de Justicia Militar no es una norma de ley penal en blanco ilícita.

En él se encuentra perfectamente establecida la acción prohibida, es decir, el núcleo del ilícito, el verbo rector y la sanción, haciéndose uso de la remisión solo para completar el supuesto de hecho, como queda de manifiesto con un análisis morfológico de la norma.

En efecto, el núcleo es dejar de cumplir deberes militares. Y la pena es la de presidio militar menor en cualquiera de sus grados o la pérdida del estado militar.

La remisión que hace la disposición tiene por objeto dotar de contenido complementario extrapenal al tipo ya descrito, y solo se refiere a los deberes militares a que alude el precepto. De este modo, la conducta típica está establecida en la ley penal.

Cita al profesor Sergio Yáñez, quien, en relación con las leyes penales en blanco, sostiene: “En general se estima que ellas deben ser aceptadas por las legislaciones penales, siempre que cumplan con las condiciones de certeza de toda norma penal, ya que constituyen un caso específico de ellas. Si la ley penal en blanco describe lo esencial de la conducta punible, que constituye el núcleo del tipo penal, satisface las exigencias constitucionales aunque se entreguen a otras instancias de jerarquía inferior precisiones sobre condiciones en que estas conductas serán sancionadas. El precepto legal debe permitir a los ciudadanos captar los presupuestos de la punibilidad o, por lo menos, “alertarlo” que ciertas acciones u omisiones pueden llegar a estar sancionadas bajo ciertas condiciones precisadas en la disposición reglamentaria”. Agrega el profesor Yáñez: “Lo que es inaceptable y viola los preceptos constitucionales, es que la ley en blanco constituya una “cláusula general”, que no describa las acciones u omisiones prohibidas y que entregue esta determinación a la norma administrativa”.

Concluye afirmando que el artículo 299, N° 3°, del Código de Justicia Militar describe lo esencial de la conducta incriminada, dejando al reglamento la descripción específica de los deberes, es decir, precisiones en que el incumplimiento será castigado, pero permitiendo, sin lugar a dudas, a los ciudadanos, captar los presupuestos de punibilidad de las acciones u omisiones sancionadas penalmente, cumpliendo con la exigencia

cia de tipicidad establecida en el artículo 19, N° 3º, inciso final, de la Constitución Política de la República.

En segundo lugar se refiere a la necesidad de la existencia y aplicación de la norma que se impugna en el sistema normativo y funcional militar.

Expresa que la disciplina es pilar fundamental para el adecuado funcionamiento de las Fuerzas Armadas. En el delito de incumplimiento de deberes militares su fundamento radica, precisamente, en la mantenimiento de ella, la cual constituye la columna vertebral de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, que perderían, sin disciplina, su cohesión y tornarían estéril su empeño de forjar combatientes esforzados y entregados al cumplimiento del deber.

Expone que, a lo largo de la carrera militar, la disciplina va encarnándose en un conjunto de deberes que se incrementan grado a grado, lo cual hace imposible su detallada y exacta descripción típica pero que, no obstante, exige de todas formas su protección penal para asegurar el funcionamiento del sistema institucional y proteger la vida de las personas que conforman las instituciones armadas. La descripción de dichos deberes se realiza en un conjunto de normas jurídicas, algunas de carácter administrativo y otras de carácter penal, todas las cuales son conocidas, puesto que el ascenso en la jerarquía supone haber alcanzado ese grado específico de aprehensión del deber, que hace a cada militar ir asumiendo, a medida que avanza en su carrera, su responsabilidad en la conducción y protección de un mayor número de personas colocadas bajo su cuidado.

La existencia de sus deberes militares es conocida por sus destinatarios, esto es, el personal de planta de las Fuerzas Armadas, por cuanto los cuerpos normativos que la contienen han sido debidamente publicados en el *Diario Oficial* conforme a las formalidades legales. Pero, además, siempre ha existido una constante preocupación del Ejército en que así sea. Por ese motivo, ello se les enseña y recuerda a lo largo de toda la carrera militar. De esta manera, el concepto de deberes militares es una noción de fácil comprensión para todos quienes forman parte de los cuerpos armados y no puede estimarse que tenga una vaguedad o amplitud que dificulte su adecuado entendimiento.

Indica, en tercer término, que la Constitución no prohibió la existencia de leyes penales en blanco. De acuerdo a su artículo 19, N° 3º, inciso final, no es necesario que la conducta incriminada esté completa y precisamente descrita en la ley, sino que la conducta ilícita debe ser creada por ley, pero basta que esta tenga una descripción somera, no completa, del tipo penal.

En la especie, la conducta punible está expresamente descrita en la norma que se objeta, toda vez que se sanciona al militar que deje de cumplir sus deberes de igual naturaleza, haciendo clara referencia

a que se trata de aquellos no constitutivos de meras faltas a la disciplina, ya que estos últimos tienen sanción y tipificación especial; como tampoco de los otros incumplimientos de deberes descritos en preceptos específicos del Código de Justicia Militar, entre los cuales se encuentran los delitos de desobediencia, sustracción indebida al servicio, abandono de servicio, abandono de destino y abandono del puesto de centinela.

Así lo entendió, en su oportunidad, la Corte Suprema, al rechazar el recurso de inaplicabilidad a que se refiere la sentencia de 16 de julio de 2002, en la cual declaró: "Que la exigencia establecida por el constituyente en el inciso final del artículo 19 N° 3º de la Carta Fundamental pareciera que pretende excluir constitucionalmente las denominadas en doctrina, leyes penales en blanco; en que la determinación de las conductas punibles queda, en ocasiones, entregada a organismos o autoridades administrativas, encontrándose relacionadas con la potestad reglamentaria. Sin embargo, el análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política lleva a la conclusión que lo que se incorporó al precepto constitucional es el llamado principio de la tipicidad y, por lo mismo, no consagra una prohibición a la existencia de leyes penales en blanco". Agregó más adelante: "...en el caso de autos, la norma tachada de inconstitucional castiga con una pena determinada al militar que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294 deje de cumplir con sus deberes militares. Dicho precepto efectivamente no describe completa y expresamente la conducta que se sanciona, pues no señala cuáles son los deberes militares cuyo incumplimiento conlleva una pena. Sin embargo, define la esencia de la conducta punible, que es infringir por un militar los deberes que le impone su rango y categoría, complementándose la norma con las contenidas en los artículos 431 y 433 del Código de Justicia Militar".

Concluye el Ministerio Público Militar expresando que en la especie no cabe duda que un grave incumplimiento de los deberes militares, que costó la vida a cuarenta y cinco personas, tiene tal trascendencia y relevancia que es constitutivo de delito, el cual, desde un punto de vista de política criminal, debe tener una sanción suficientemente ejemplarizadora, porque esa es la única forma que los agentes del Estado, encargados de velar por aquellas personas que han sido puestas bajo su cuidado, las protejan de manera eficaz.

Con fecha 9 de junio de 2006, el Ministerio Público Militar acompañó sendos informes en derecho. El primero, de los profesores Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Alberto Naudon. El segundo, del profesor Patricio Zapata.

Por su parte el requirente, con fecha 16 de agosto de 2006, adjuntó la opinión legal del profesor José Luis López.

Habiéndose traído los autos en relación el día 28 de junio del presente año, se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados de las partes el día 17 de agosto del presente año.

CONSIDERANDO:

1. Sobre la juridicidad de las leyes penales en blanco

Primero. Que las denominadas “leyes penales en blanco”, categoría a la que el precepto legal impugnado en la especie pertenecería según el requirente y cuyo carácter lo convertiría en infractor del orden constitucional, han sido tratadas ampliamente en la doctrina y en la jurisprudencia, incluyendo en esta la referencia al artículo 299, Nº 3, del Código de Justicia Militar.

Según una de sus numerosas definiciones, las leyes penales en blanco “son aquellas leyes que solamente contienen una cominación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar. De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma sancionatoria y norma complementaria. El tipo de la ley en blanco solo se forma con la norma complementaria” (Hans- Heinrich Jescheck: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, pág. 150). En consecuencia, las leyes penales en blanco no cumplen con el doble presupuesto de la ley penal conocido genéricamente como el principio de la legalidad o, delimitadamente, como reserva legal: la descripción de una hipótesis de hecho y la consecuencia jurídica para el evento de que tal hipótesis se cumpla. En otros términos, la conducta punible y la pena que se le aplica. Como lo afirma el profesor Enrique Cury, la tradicional fórmula acuñada por Feuerbach “nullum crimen nulla poena sine lege” (“no hay delito ni pena sin ley”) incluye dos fórmulas diferentes en un solo enunciado, el que “desde el punto de vista de sus consecuencias dispone dos sentidos. Ni el hecho puede ser considerado delito si no existe una ley que le confiera tal carácter, ni una pena puede serle impuesta si no existe una ley que se la atribuya”. (Enrique Cury: La ley penal en blanco, Ed. Temis, Bogotá, 1988, pág. 7).

Segundo. Que la relación entre las leyes penales en blanco y el principio de la legalidad de la ley penal descrito, presenta diversas alternativas a la luz de las clasificaciones que la doctrina ha formulado. Una línea doctrinal dominante señala que las leyes incompletas denominadas en blanco son incompatibles con el principio de la legalidad de la ley penal, si el complemento relativo a la descripción de la conducta punible no se encuentra remitido expresamente a otra norma de igual rango, lo que la doctrina denomina “leyes penales en blanco impropias” o “normas

de reenvío" (Eduardo Novoa), y si la conducta no está descrita claramente. Si el complemento descriptor de la conducta punible se encuentra en una norma infralegal, reglamento o instrucción, y si la descripción resulta genérica, imprecisa o parcial, aun cuando cumpla con aquel presupuesto relativo al rango de la norma, la ley penal en blanco vulneraría el principio de la legalidad de la ley penal, con todas las consecuencias jurídicas que su aplicación acarrearía. La doctrina las denomina "leyes penales en blanco propias" y, cuando la descripción de la conducta punible está entregada a un juez, "leyes penales en blanco abiertas". La doctrina también distingue entre distintos ámbitos materiales de remisión, según la instancia normativa en la que se ha originado la norma que contiene el complemento y si ella pertenece o no al ámbito penal, independientemente de su rango. (Respecto de estas clasificaciones de las leyes penales en blanco, ver el trabajo de Dulce María Santana Vega: El concepto de ley penal en blanco, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 27 y siguientes).

Tercero. Que en la línea doctrinal expuesta, esto es, que tanto las leyes penales en blanco propias como abiertas vulneran el principio de la legalidad de la ley penal, se ubica la proposición que la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política aprobó como artículo 19, Nº 3, inciso final, en el anteproyecto entregado a la Junta de Gobierno el 18 de octubre de 1978: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se pretende sancionar está expresa y completamente descrita en ella". Esta formulación la propuso el profesor Raúl Bertelsen, argumentando que con ella "no quepan reglamentos ni disposiciones emanadas del Gobierno para desarrollar la ley penal, ya que ella debe bastarse a sí misma y si no se basta a sí misma, no hay delito ni pena". (Opinión que consta en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 399 del 12 de julio de 1978). Después de la opinión coincidente del Consejo de Estado, en cuyas actas quedó constancia del sentido prohibitivo que el precepto así redactado tenía para la existencia de las leyes penales en blanco, la Junta de Gobierno eliminó la palabra "completamente", dejando solo la expresión "expresamente". No existen evidencias de historia fidedigna de esta modificación, que permitan aclarar su significado.

Cuarto. Que el texto definitivo del artículo 19, Nº 3, inciso final, de la Constitución Política, subsistente hasta la actualidad, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico. Este criterio está basado en el sentido que se atribuye a la supresión de la expresión "completamente", ya mencionada en el acápite anterior, y en el carácter atenuador asignado a la solitaria subsistencia de la expresión "expresamente" frente a los requisitos que predominantemente la doctrina atribuye a la

legalidad de la ley penal. En el lenguaje de la sistemática penal, se ha sostenido que el señalado precepto constitucional consagró el principio de la tipicidad de la ley penal, estableciendo la obligación de que esta, junto con la determinación de la sanción prevista, contenga la descripción del núcleo central de la conducta punible merecedora de aquella. Esta misma Magistratura señaló, en sentencia Rol N° 24, de fecha 4 de diciembre de 1985, lo siguiente: "Es evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo sentido a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa". La Corte Suprema, en fallo Rol N° 4790-2002, de fecha 16 de julio de 2002, declaró: "Que la exigencia establecida por el constituyente en el inciso final del artículo 19, N° 3, de la Carta Fundamental, pareciera que pretende excluir constitucionalmente las denominadas, en doctrina, leyes penales en blanco, en que la determinación de las conductas punibles queda, en ocasiones, entregada a los organismos o autoridades administrativas, encontrándose relacionadas con la potestad reglamentaria. Sin embargo, el análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución lleva a la conclusión que lo que se incorporó al precepto constitucional es el llamado principio de la tipicidad y, por lo mismo, no consagra una prohibición absoluta a la existencia de las leyes penales en blanco".

Quinto. Que la interpretación sobre el alcance del inciso final del número 3 del artículo 19 descrita, no es unánime en la doctrina ni en la jurisprudencia chilena, en las que se presentan matices y diferencias. El profesor Alfredo Etcheberry estima que la exclusión de la expresión "completamente" no altera sustancialmente el espíritu vigente al incluir el precepto, consistente en consagrar la legalidad de la norma penal en su amplitud, esto es reserva y tipicidad. Al recordar que la formulación del anteproyecto señalaba que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella", el tratadista señala: "Las palabras claves, por cierto, son las dos últimas, ya que aparentemente se establece una prohibición absoluta de disociar la descripción de la conducta" (tipificación) por un lado, y la "imposición de la pena" por otro: ambas deberían brotar directamente de la ley penal. Al parecer tal fue el propósito que inspiró el precepto, según las actas de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Constitución. Y es de hacer notar que eso no varió por la circunstancia (cuya razón se ignora a ciencia cierta) de que la exigencia primitiva de una descripción "completa y expresa" de la conducta se haya reducido a requerir una descripción expresa. En efecto, la prohibición de disociar "conducta descrita" y "pena establecida" proviene según se ha dicho, de los dos últimos vocablos: en

ella, que no fueron alterados". Concluye el autor admitiendo que con el texto constitucional comentado "podría aceptarse la validez de leyes en blanco propias, siempre que fueran parcialmente en blanco, y no totalmente". Por su parte, el profesor Enrique Cury, al referirse a las exigencias relativas de las leyes penales en blanco e indicar las determinantes de la descripción de la conducta sancionada, sostiene que "incluso si se hubiese conservado la redacción primitiva del precepto constitucional, las leyes penales en blanco no hubieran quedado proscritas del ordenamiento jurídico, no obstante el propósito manifestado de sus redactores en tal sentido. Esto porque, como se ha visto, el tipo penal no solo contiene la descripción de una conducta, sino otras referencias (las circunstancias) que, aunque exógenas a ella, concurren a determinar su punibilidad; más aún, en algunos casos la imposición de la pena puede encontrarse condicionada por factores que ni siquiera integran el tipo (condiciones objetivas de punibilidad, excusas legales absolutorias, obstáculos procesales)"(ob. cit., pág. 74).

Sexto. Que, según lo expuesto, la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece la legalidad de la ley penal en el artículo 19, N° 3, inciso final, del Código Político, con las denominadas leyes penales en blanco, depende de la ubicación que estas tengan en las diversas clasificaciones que la doctrina les atribuye según las condiciones mínimas que aquellas debieran cumplir y que la jurisprudencia ha incorporado en sus resoluciones. Bajo tal criterio, están permitidas por nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, o sea, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible se encuentra en otra ley o en norma originada en la instancia legislativa, penal o no. Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aun cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa, y en la que se describa el núcleo central de la conducta punible. El primer grupo de las permitidas se ajustan a la exigencia del rango legal de la remisión; el segundo, a las exigencias de la tipicidad.

II. Sobre la juridicidad del artículo 299, N° 3 del Código de Justicia Militar

Séptimo. Que al disponer "Será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados o con pérdida de su estado militar, el militar: 3º El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares", la norma bajo tratamiento jurisdiccional ha sido mencionada como perteneciente al espectro de las leyes penales en blanco, tanto por la jurisprudencia como por alguna doctrina. Especialmente asertiva es la opinión de la Señora Fiscal de la Corte Suprema, doña Mónica Maldonado Croquevielle, en el infor-

me acompañado a la sentencia ya mencionada en el considerando séptimo de autos, que en su parte pertinente señala: "Es efectivo que el artículo 299 número 3 del Código de Justicia Militar constituye un ejemplo de ley penal abierta. Dispone que incurre en delito de desobediencia el que "deje de cumplir sus deberes militares", pero omitiendo toda especificación respecto de cuáles son los deberes a que hace referencia (Sentencia Corte Marcial, 18 de abril 1956, Rev. D. y J. Tomo LIV, 2^a Parte, Secc. 4^a, pág. 403). No se encuentra en esa norma descrita completamente la conducta *incriminada*". La sentencia pronunciada en la especie, sin embargo, no acogió tal criterio con la siguiente afirmación para rechazar el recurso de inaplicabilidad deducido: "Que, en el caso de autos, la norma tachada de *inconstitucional* castiga con una pena determinada al militar que sin *incurrir* en desobediencia o en delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir con sus deberes militares. Dicho precepto efectivamente no describe completa y expresamente la conducta que sanciona, pues no señala cuáles son los deberes militares cuyo *incumplimiento* conlleva la pena. Sin embargo define la esencia de la conducta punible, que es *infringir* por un militar los deberes que le impone su rango y categoría, complementándose la norma con las contenidas en los artículos 431 y 433 del Código de Justicia Militar".

Octavo. Que, no obstante las opuestas interpretaciones presentes en el debate jurisdiccional expuesto, es indudable que una calificación nítida para el precepto bajo examen fluye de dos principales argumentos doctrinarios. Por una parte, se admite que la expresión "deje de cumplir sus deberes militares" es equivalente a describir el "núcleo central de la prohibición", para utilizar el concepto jurisprudencial constitucional español, tratándose de una conducta atribuible solo a los militares, quienes, en tanto grupo de sujeción especial, conocerían sus deberes y, por lo tanto, las consecuencias de su no cumplimiento. Por otra parte, la remisión para describir la conducta punible se encuentra establecida en el propio cuerpo legal Código de Justicia Militar, al disponer el inciso primero de su artículo 431: "El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar". Fundado en esta norma, se encuentra vigente el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, N° 1.445, de fecha 14 de diciembre de 1951, con modificaciones, cuyo Capítulo I, integrado por 28 artículos, se denomina "De los Deberes Militares". Con todo, esta remisión legal al Reglamento se cuestiona tanto por el rango de esta norma como por la debilidad de cognoscibilidad o de conocimiento claro acerca de la conducta punible, tomando en cuenta que no consta la publicación en el *Diario Oficial* del mencionado Decreto Supremo 1.445, seguida a su dictación.

Noveno. Que, sin perjuicio las observaciones expuestas y siguiendo el grueso de lo razonado precedentemente, puede afirmarse que la con-

ducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del “núcleo central” de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los “deberes militares” no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de “disciplinadas” que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas.

Décimo. Que la heterogeneidad de las conductas establecidas en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas ya mencionado, no obsta para que algunas de ellas efectivamente tengan un contenido preciso y se entiendan como un complemento coherente del artículo 299, Nº 3, del Código de Justicia Militar que nos ocupa. Desde luego, poseen tal calidad los artículos 12 y 20 del cuerpo legal que respectivamente disponen: (artículo 12) “Los militares, de acuerdo con su jerarquía, tienen la responsabilidad del puesto que ocupan, deben cumplir las prescripciones reglamentarias y las órdenes de sus superiores, y hacer uso de iniciativa en aquellos casos no establecidos, pero que obedezcan a razones de necesidad, dignidad u honor” (artículo 20): “Antes de dar una orden es preciso reflexionar, para que ella no sea contraria al espíritu o letra de las leyes y reglamentos en vigor, esté bien concebida, se pueda cumplir con el mínimo de tropiezos o roces, y, muy especialmente, para que no haya necesidad de una contraorden”.

“Toda orden del servicio impartida por un superior debe cumplirse sin réplica, salvo si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o parezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema, con razón, que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito. En tales casos podrá el inferior suspender momentáneamente el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediatamente cuenta al superior”.

“Si este insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos en que fue dada”.

“Las responsabilidades que resultan del cumplimiento de las órdenes corresponden al superior que las dicta. Los subalternos no pueden reclamar de ellas ni comentarlas”.

“Los superiores que dan órdenes y los que deben ejecutarlas están obligados a adoptar las medidas y providencias conducentes a la mejor ejecución de ellas”.

Decimoprimer. Que, consecuentemente, el artículo 299, numeral tercero, del Código de Justicia Militar contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta.

Decimosegundo. Que la acción de inaplicabilidad de autos se ha deducido en los siguientes términos: "En definitiva pido se declare que el referido precepto legal del artículo 299 N° 3 del C. de Justicia Militar no me es aplicable en los autos Rol 310-2005, del Tercer Juzgado Militar de Valdivia y del Rol 110-2006 de la I. Corte Marcial de Santiago. Los tribunales deberán prescindir de su aplicación en este proceso". Como se observa, no se ha solicitado la inaplicabilidad del precepto referido en relación con el artículo 433 del mismo cuerpo legal, como se sustenta la sentencia ya señalada, y, en consecuencia, no resulta relevante para la calificación de juridicidad en la especie del artículo 299, N°3, del Código de Justicia Militar.

Y Visto lo prescrito en los artículos 5°, 19 N° 3° inciso final, 93 N° 6° e inciso decimoprimer y 101 inciso tercero, de la Constitución Política; y la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

Se Resuelve rechazar el requerimiento de inaplicabilidad deducido a fojas 1. Déjese sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos.

Se previene que la Ministra señora Marisol Peña Torres concurre al fallo teniendo presente además las siguientes consideraciones:

Primero: Que, sin perjuicio de lo razonado en el considerando 9° de la sentencia, resulta fundamental entender que la afirmación contenida en él, en el sentido que el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del "núcleo central" de la conducta punible pudiendo operarse la complementación del mismo por una norma de carácter reglamentario que consigne específicamente cuáles son los deberes militares, como ocurre en la especie, cumple con la exigencia de certeza que hace conciliable una ley penal en blanco impropia con el principio de tipicidad que garantiza la Constitución Política en el inciso final de su artículo 19 N° 3. Se descarta así la aprensión manifestada por esta propia Magistratura, en sentencia de 22 de abril de 1999, en la que se expresó: "... la vaguedad e imprecisión con que se encuentra redactado el precepto no se compadece en forma alguna con el principio de certeza jurídica que inspiró al Constituyente al disponer la exigencia de tipificar las figuras delictivas y, por el contrario, abre un peligroso espacio al subjetivismo para el intérprete de la norma. La descripción del delito que se hace en ella, sin ninguna otra exigencia o complementación, es extraordinariamente genérica y ello permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito que se propone establecer". (Rol N° 286, Considerando 6°).

Segundo: Que si la complementación operada por el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas al núcleo esencial de la conducta punible contenida en el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, esto es, el incumplimiento de deberes militares, cumple con el objetivo de certeza perseguido por el constituyente, ello se ve reforzado por el hecho de que, como señala la sentencia, en su considerando 9º, “los deberes militares no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas …”, pues estos se familiarizan con ellos en la formación que reciben a través de sus Escuelas Matrices, en aplicación de lo preceptuado en la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas que precisa que “la formación y perfeccionamiento del personal de planta de las Fuerzas Armadas será impartida por las respectivas Instituciones de acuerdo son sus propios planes y programas de estudio”. (Art. 18).

Tercero: Que lo anterior confirma que el personal militar se encuentra sometido a una relación de “sujeción especial”, como se afirma en el considerando 8º de la sentencia, no aplicable o predicable exactamente de otros personales que integran la Administración del Estado. Esta relación de sujeción especial se ve, por lo demás, confirmada por la norma contenida en el artículo 19 N° 3 inciso 2º, de la Constitución Política que señala: “*Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos*”.

Cuarto: Que, en concepto de esta previniente, los deberes militares, que emanan de las misiones y naturaleza propias de los cuerpos armados, en cuanto órganos del Estado, no solo constituyen una derivación del carácter “disciplinado” que la Constitución Política les ha reconocido, como pudiera desprenderse de lo argumentado en el considerando 9º de la sentencia. Por el contrario, los deberes militares descritos en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas también constituyen un reflejo de los otros rasgos que singularizan a las Fuerzas Armadas, al tenor de lo dispuesto en el inciso final del artículo 101, y que consisten en ser cuerpos obedientes, no deliberantes, profesionales y jerarquizados.

Es así como el deber militar contenido en el artículo 8º del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas es expresión del deber de obediencia que las caracteriza. “El subordinado que al ser observado o castigado por un superior, replicare y no guardare el respeto debido, comete grave falta”.

Entretanto, el artículo 28 del mismo cuerpo reglamentario constituye un reflejo de la característica de no deliberancia que singulariza a los cuerpos armados: “El militar no debe mezclarse en política. Se le prohíbe

pertenecer a asociaciones de carácter político y concurrir a actos de esta índole".

En el mismo sentido constituye una expresión del carácter profesional de las Fuerzas Armadas, el deber militar contenido en el artículo 14 del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas: "El ejercicio del mando, en cualquier actividad militar, debe llevar en sí el firme propósito de cumplir la misión o tarea recibida, sin tratar de eludir responsabilidades".

Por último, y en relación con el carácter jerarquizado propio de los institutos armados, el Reglamento que se comenta indica, en su artículo 12 que: "Los militares, de acuerdo con su jerarquía, tienen la responsabilidad del puesto que ocupan, deben cumplir las prescripciones reglamentarias y las órdenes de sus superiores, y hacer uso de iniciativa en aquellos casos no establecidos, pero que obedezcan a razones de necesidad, dignidad u honor".

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Jorge Correa Sutil, quien estuvo por acoger la acción de inaplicabilidad impetrada en autos, sobre la base de los siguientes antecedentes:

Primero: Concuerdo con el fallo en que la Constitución Política permite las leyes penales en blanco, a condición que esas leyes describan, con suficiente sustancia, el núcleo esencial de la conducta que tipifican como delito y que prohíbe bajo todo respecto las leyes penales abiertas. A mi juicio, el inciso tercero del artículo 299 del Código de Justicia Militar cuya inaplicabilidad hemos sido llamados a examinar es contrario a la Constitución en los dos aspectos señalados. En efecto, estamos ante una ley penal en blanco que no describe el núcleo esencial de la conducta respectiva y ante una ley penal abierta. Ambas situaciones son intolerables para la Constitución. Los razonamientos Segundo a Décimo Segundo que siguen demuestran, a juicio de este disidente, que la ley penal impugnada es una en blanco que no describe el núcleo esencial de una conducta, mientras los razonamientos Décimo Tercero y siguientes convencen a este disidente acerca del carácter abierto de la norma en análisis.

Segundo: Que, si bien es efectivo, tal como describe el fallo que antecede, que ha existido abundante debate acerca del exacto sentido y alcance de las garantías de reserva legal y tipicidad, contenidas en el numeral 3º del artículo 19 de la Constitución, tal debate nunca ha puesto en duda, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, incluida la de este Tribunal, que la disposición constitucional señalada exige, a lo menos, que el núcleo esencial de la conducta sancionable se encuentre descrito en la ley. Al haberse eliminado la exigencia de que la conducta quede "completamente" descrita en la ley, resulta plausible sostener que la norma constitucional referida ya no exige que la descripción completa y minuciosa de una conducta que se penaliza quede hecha en la ley. Tal aserto, sin embargo, no equivale a afirmar que la Constitución permite que la

ley no contenga ninguna descripción de la conducta punible. Si bien se retiró la exigencia de que la conducta penalizada quedara completamente descrita en la ley, es igualmente cierto que la Carta Fundamental mantuvo la exigencia de que la conducta punible fuera “expresamente descrita en ella”. Ningún debate debe hacernos olvidar que la Constitución, a lo menos, exige que la conducta punible quede expresamente descrita en la ley. Negar este mínimo resultaría contradictorio con el claro tenor del precepto, le privaría de todo sentido y alcance y haría desaparecer tan elemental resguardo a la seguridad y a la libertad que nuestra Carta recoge de la tradición constitucional de la que es heredera.

Tercero: En su tenor literal, el artículo 19 número 3, inciso final dispone que la ley no debe establecer penas “sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Las expresiones “en ella”, no pueden entenderse sino como la exigencia de que sea la ley, y no una norma de inferior jerarquía, la que describa la conducta punible. En su acepción segunda el Diccionario nos dice que se describe una cosa cuando se la representa por medio del lenguaje “refiriendo o explicando sus distintas partes, cualidades o circunstancias”. Por su parte, el vocablo “expresamente” exige que la tal descripción que debe de hacer la ley resulte clara, patente o especificada, según el significado que da la Real Academia a la expresión. La descripción expresa de una conducta en la ley, en consecuencia, exige, a lo menos, que las cualidades de un obrar humano queden referidas, explicadas o definidas con claridad y especificidad en el propio texto legal. La exigencia de la Constitución no se satisface si la ley no define o explica de manera clara y patente una conducta punible.

Cuarto: La finalidad de la norma constitucional ayuda a entender su sentido y reafirma lo dicho. El objetivo principal de esta norma es proteger a la persona frente al poder punitivo del Estado. Cuando se trata de la libertad, todos los países con tradición liberal exigen al Estado que, para castigar legítimamente a una persona, previamente la pongan sobre aviso acerca de las consecuencias penales que tendrá la conducta en cuestión, aviso que debe contenerse en una ley; esto es, en una norma debidamente discutida en el Congreso y suficientemente publicada, cuyo contenido servirá además para controlar la objetividad en la actividad judicial (e independiente) de aplicación. Esos son los resguardos que, siguiendo una larga tradición, la Constitución chilena decidió adoptar para defensa de la seguridad y de la libertad. De ese modo renunció a castigar conductas si ellas no estaban antes descritas en la ley; y renunció a hacerlo, cualquiera fuera el reproche moral que suscitaran luego esas conductas. El análisis de los conceptos dogmáticos de la tipicidad no debe hacernos olvidar que ellos han sido consagrados para servir a este fin que, por ser considerado esencial a un régimen democrático que respeta los derechos fundamentales, ha sido incorporado en muchos países, incluido Chile, al texto constitucional.

Quinto: De lo razonado se sigue necesariamente que este principio constitucional perdería todo su sentido si permitiera que la ley no describiera la conducta y se limitara a remitirse a un reglamento o al criterio del juez para permitirles a uno u otro definir la conducta punible. La ley que obrara así no cumpliría con la clara exigencia que le impone la Constitución y desprotegería el fin de resguardo de la libertad que se le ha exigido. En efecto, ante una ley vacía de contenido explícito suficiente, el sujeto imperado carecería de la noticia previa acerca de aquella conducta suya que legítimamente habrá de producir la reacción punitiva del Estado. Tal norma privaría, además, al sujeto imperado de la garantía de que la conducta punible hubiera sido aprobada luego de un debate con participación de mayorías y minorías. Ante normas legales vacías de contenido se pierde además la posibilidad de fiscalizar que los fallos judiciales se ajusten a derecho y se abre el campo al arbitrio judicial excesivo.

Sexto: No solo los estudiosos del derecho penal, como los que se citan en el fallo están contestes en exigir que la ley describa la conducta punible, al menos en sus aspectos esenciales. También los principales estudiosos del Derecho Constitucional, incluidos los chilenos, concuerdan en este sentido y alcance del precepto constitucional. Entre los autores nacionales, Alejandro Silva Bascuñán ha señalado que “La exigencia de que la conducta esté expresamente descrita en la ley representa la consagración a nivel constitucional del principio de la “tipicidad de la ley penal”, mediante cuyo respeto se asegura que la ley describa en forma clara y patente la conducta punible,...”. Más adelante este mismo autor afirma que “según el constituyente, basta que la conducta que se sanciona esté clara y esencialmente descrita en la ley...” y luego resume su posición afirmando que “... a nuestro juicio, y en armonía con la jurisprudencia anotada, la supresión del adjetivo ‘completo’ (del principio de legalidad penal propuesto en el proyecto de la Comisión Ortúzar), no puede entenderse que con ello se autorice a la norma jurídica de jerarquía inferior a la de la ley, alterar, modificar o cambiar la sustancia de la norma legal, sino concretar, precisar, detallar, puntualizar la esencia ordenativa contenida en el precepto legal”. (Alejandro Silva Bascuñán; Tratado de Derecho Constitucional. Tomo XI. Págs. 175, 178 y 180, énfasis y paréntesis añadidos). Con ello, Alejandro Silva deja en claro que, a su juicio, la norma legal debe contener una sustancia o esencia ordenativa que describa en forma clara y patente la conducta punible, de lo que naturalmente carecen las normas vacías de contenido. Del mismo modo, el profesor José Luis Cea ha señalado que “la Constitución exige que la conducta que se sanciona, es decir, el tipo, esté de antemano expresa y claramente figurado en la ley, por medio de la explicación que ella misma haga de sus cualidades y circunstancias definitorias. De manera —agrega este autor— que la carta es exigente y no se cumple su

prohibición si el legislador entiende que describir la conducta punible es solo nombrarla, sin precisar las características de ella y los supuestos de hecho que la hacen típica o encuadrable. Por ende, aunque la Constitución no ha excluido la posibilidad de aprobar una ley penal en blanco, sí ha prohibido leyes abiertas con enunciados o bosquejos ambiguos, configurados en concreto discrecionalmente por la Administración y sin la publicidad de las leyes" (José Luis Cea Egaña; Tratado de la Constitución de 1980. P. 285, énfasis añadido).

Séptimo: La jurisprudencia de este Tribunal siempre ha sostenido la tesis que aquí desarrollamos; esto es, que la Constitución exige que la ley describa, en ella misma, al menos el núcleo esencial de la conducta. Este mismo fallo recuerda, en su considerando cuarto la doctrina invariable de este Tribunal en el sentido de aceptar que normas infralegales completen la descripción de la conducta punible, pero siempre que lo hagan "en aspectos no esenciales", los que están solo reservados al dominio legal. Las leyes que han sido validadas por este Tribunal han debido pasar el examen de que el núcleo esencial de la conducta que se sanciona esté expresa y perfectamente definido en la propia ley, de forma tal que los sujetos obligados hayan quedado alertados por la propia ley acerca de las conductas penalmente sancionables (considerando 5º de la causa rol 24 y 8º del rol 306) y han sido considerados inconstitucionales aquellos que no han descrito las conductas punibles de manera expresa o con expresiones vagas o imprecisas (considerandos 59 del rol 43; 12 de la causa rol 163; 10 y 12 del rol 244 y 6º del rol 286). Así ha obrado este Tribunal, en defensa del "principio, universalmente reconocido, (que) surge como suprema protección de los derechos del individuo, ya que asegura al hombre la facultad de actuar en la sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos" (considerando 18 del rol 46). Incluso cuando se ha tratado de examinar normas que no establecen sanciones penales sino multas administrativas, hemos señalado que "el principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su "núcleo esencial", como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior (Sentencia Rol N° 479, considerandos 14º y 20º) y que la "densidad normativa" requerida por el principio de tipicidad viene exigida en razón de la seguridad jurídica de los administrados, para que los obligados tomen noticia al menos del núcleo esencial de la conducta que les resulta obligatoria, bajo apercibimiento de sanción. (Sentencia Rol N° 480, considerando 22º).

Octavo: Si la Constitución ha exigido y exige que las leyes penales, incluso las leyes penales en blanco, describan al menos el núcleo esencial de una conducta, con la finalidad de protección de la seguridad y de la libertad ya anotados; es a ese estándar al que debemos someter al numeral 3º del artículo 229 del Código de Justicia Militar impugnado de incons-

titucionalidad en esta causa. Este precepto legal no cumple con ese estándar mínimo; no describe siquiera el núcleo esencial de una conducta, porque no describe conducta alguna; incumplir deberes militares no es una conducta que quede descrita o explicada en sus cualidades o circunstancias, ni siquiera las más esenciales, no constituye la descripción patente y clara de una conducta. Las palabras dejar de cumplir sus deberes militares, por sí solas, no representan un modo de obrar específico que un sujeto pueda determinar y distinguir de otros modos de obrar, a menos que los tales deberes estén descritos. Por exigencia de la Constitución, la descripción de tales conductas, ahora los deberes militares, debieran estar contenidas, al menos en su núcleo esencial, de manera clara y patente, en la propia ley. Pero sucede que ninguna ley define, ni siquiera en sus rasgos más esenciales, lo que sean los deberes militares, cuyo incumplimiento se sanciona penalmente. Si la única conducta que se describe en la ley no contiene otros datos que “desobedecer las obligaciones”, “infringir las normas” o “incumplir deberes”, ello equivale a no decir absolutamente nada acerca de los deberes u obligaciones que se tienen, pues la norma, el deber o la obligación quedan necesariamente descritas en otra norma o en ninguna, pero no “en ella misma”, como exige la Constitución. En esas circunstancias es forzoso concluir que la aplicación del precepto legal, por carecer de toda descripción de la conducta que sanciona penalmente y ausentes otras normas legales que le acompañen y describan el núcleo esencial de la conducta –los deberes militares– resulta contraria a la Constitución. Se infringe la Constitución porque la ley hace punible una conducta sin describir expresamente esa conducta en ella misma; esto es, en una ley. Para cumplir con el principio de tipicidad, como lo ha dicho tantas veces este Tribunal es necesario que el núcleo esencial de la conducta esté descrito en la Ley. En este caso no es la ley, sino otras fuentes normativas, las que describen los deberes militares. En consecuencia la conducta punible sencillamente no está descrita, ni siquiera en su núcleo esencial en una norma de rango legal; y por ende, el precepto en cuestión resulta contrario a la Constitución Política.

Noveno: Pero aun aceptando que las expresiones “deje de cumplir sus deberes militares” describieran mínimamente el núcleo esencial de una conducta, ello tampoco sería suficiente para aceptar sin más la constitucionalidad del precepto. Para la Constitución, una ley penal en blanco es tolerable, en la medida que la conducta quede en definitiva descrita completamente en alguna parte. Así lo estableció este mismo Tribunal en el caso de la Ley de Drogas cuando señaló que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, siempre que ella fuera desarrollada o precisada en aspectos no esenciales, por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa (considerando 3º de la Sentencia Rol N° 24). En consecuencia, si una ley no describe suficientemente la conducta, esta, el menos, debe quedar descrita en un Regla-

mento, que debe completar tal descripción, pues, de lo contrario, sería el juez el que establecería la conducta ilícita. En tal evento, estaríamos ante una ley penal abierta y ello, fuera de toda discusión, pugna con la Carta Fundamental.

Décimo: Este disidente concuerda con el fallo en cuanto a que la existencia de una ley que hace una referencia a una conducta cuya descripción remite a un reglamento resulta constitucionalmente más tolerable cuando se trata, como en la especie, de una norma que solo obliga a un grupo de sujetos que, por pertenecer a una institución obediente, deben conocer determinados reglamentos. En tal caso, puede estimarse que una de las finalidades principales del principio de tipicidad, como es la presunción de que el individuo conoce la norma que lo obliga, puede estimarse cumplida con normas de inferior jerarquía a la ley. Pero este razonamiento exige, como requisito indispensable, que la norma inferior describa los deberes, cuyo incumplimiento la ley sanciona. Esta descripción, según exige la Constitución, debe ser la de una conducta. En efecto, no debe olvidarse que, tal vez la más primigenia de las garantías de la libertad frente a la actividad punitiva del Estado es que lo que se sancione sea una conducta; esto es, un obrar externo de la persona, perceptible por los sentidos. Solo las conductas y no los pensamientos, características físicas o morales, disposiciones de ánimo o intenciones no expresadas pueden ser objeto de sanciones penales. Esta es la garantía que la Constitución establece: que la conducta quede descrita en ella. Si resulta plausible relajar esa exigencia por las peculiares características de la profesión militar, no podría exigirse menos que la conducta quede descrita en un Reglamento, pero lo que no podría tolerarse es que se sancione otra cosa que conductas. En consecuencia, si los deberes militares no los define el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas (en adelante, el Reglamento) como conductas, la norma constitucional tampoco puede estimarse satisfecha.

Decimoprimerº: Que si bien las normas del Reglamento que se han aplicado en la causa penal definen algunos deberes militares como conductas, tales como las citadas en el considerando décimo del fallo, no es menos cierto que define otros tantos deberes –en disposiciones igualmente aplicadas por el juez de la instancia– no como conductas, sino como disposiciones del ánimo o virtudes morales. En efecto, algunas de las normas reglamentarias que han servido para condenar a los requerientes en primera instancia no describen conductas (actividad humana perceptibles por los sentidos), sino ausencia de virtudes morales y disposiciones de ánimo, como lo son el “amor al servicio”, la “honrada ambición”, el “constante deseo de ser empleado en las ocasiones de mayor riesgo y fatiga” o el “gran espíritu de sacrificio, ajeno a todo propósito egoísta”. (Art. 6 del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas); también la “falta de carácter, capacidad y conocimiento” (Art. 7º), la

“honradez profesional” y la “equidad y benevolencia exentas de toda debilidad” (Art. 16 del mismo Reglamento). Que un juez quede facultado para sancionar el incumplimiento de virtudes o de estados de ánimo es intolerable para la Constitución, pues el texto fundamental exige, ante todo, que se sancionen conductas (expresamente descritas en la ley).

Decimosegundo: El razonamiento contenido en el numeral anterior no implica inmiscuirse en la constitucionalidad de un Decreto, sino simplemente en la verificación de la constitucionalidad de la ley. Si la ley se remite a un reglamento, es deber de esta Magistratura verificar que el tal reglamento exista y contenga lo que la ley le ha delegado. No se trata de examinar el contenido de los preceptos reglamentarios a la luz de la Constitución. Pero si hemos de relajar la exigencia de legalidad de los preceptos penales para permitir que la exigencia no la cumpla la ley sino un reglamento, al menos debemos verificar que el tal reglamento cumpla con la exigencia constitucional de describir conductas y las faltas al Reglamento que se han imputado en la especie a los requirentes describen no solo conductas sino pensamientos, virtudes y estados de ánimo como los descritos.

Decimotercero: Pero lo más inaceptable de la norma cuya inaplicabilidad se nos solicita examinar es que no es solo una ley penal en blanco, sino que es además una ley penal abierta, en cuanto habilita a los jueces militares a definir, con entera discrecionalidad, lo que es delito y lo que no lo es. Por ser este juicio enteramente discrecional y por hacerse con posterioridad a los hechos, resulta imposible que los sujetos imperados puedan predecir su criterio, aunque conozcan perfectamente sus deberes militares. En efecto, al declarar el artículo 299 inciso tercero del Código de Justicia Militar que debe sancionarse con pena privativa de libertad a quien incumpla los deberes militares, no solo se remite a un Reglamento para definir los tales deberes, sino que también se remite a lo dispuesto en el artículo 433 del mismo cuerpo legal, que faculta a castigar como delitos las faltas a los deberes militares “cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito”.

Decimocuarto: Lo dispuesto en el artículo 299 impugnado, resulta incomprensible como norma penal si se le considera separado de lo prescrito en el artículo 433, ambos del Código de Justicia Militar, pues la conducta de incumplir los deberes militares solo resulta sancionable penalmente “cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito”. La ley no contiene otra definición o especificación de las tales circunstancias. De ese modo, ambas normas habilitan al juez para, con entera y total discreción, y sin otro parámetro que examinar las circunstancias del hecho, resolver si el incumplimiento en cuestión constituye o no un delito. La sentencia de primera instancia así lo establece con toda claridad al señalar que “son los Tribunales de Justicia Militar las únicas autoridades llamadas a establecer si un deter-

minado deber militar cuya infracción no está específicamente configurada en el Código, importa o no un deber trascendente, o sea, de aquellos cuya infracción compete a la jurisdicción militar' (...) el artículo 433 del mismo Código en comento, establece que un mismo hecho, puede ser constitutivo de falta a la disciplina y/o delito, por lo que los Deberes Militares a que se refiere el artículo 299 N° 3 del Código Castrense, deben tener especial relevancia penal ..." (Considerando 10°). Luego la sentencia, siguiendo la misma línea argumentativa, agrega: "Que además de lo anterior, debe considerarse que tales deberes deben ser de aquellos que la doctrina denomina 'trascendentes', lo que determina el Tribunal Militar en cada caso concreto..." (considerando 12°). Con lo precedentemente expuesto, el fallo concluye condenando al señor Luis Enrique Pineda Peña "como autor del delito de Incumplimiento de Deberes Militares, ilícito descrito y sancionado en el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, en relación con el artículo 433 del mismo cuerpo legal" (Considerando 51°, letra b). En consecuencia, el fallo establece con toda claridad la aplicación del artículo impugnado habilita al juez para determinar, sin sujetarse a parámetros objetivos si la infracción al deber militar resulta penalmente sancionable o si solo ha de tratarse como una falta.

Decimoquinto: Que efectivamente y como recuerda el considerando 12° del fallo, la parte requirente no nos ha solicitado declarar inaplicable lo dispuesto en el artículo 433, sino solo lo establecido en el numeral 3° del artículo 299, ambos del Código de justicia Militar. Pero es igualmente cierto que el artículo 299 no produce, en el caso, efectos penales si no se le vincula con el artículo 433, que establece que el incumplimiento de deberes militares debe considerarse como falta o como delito dependiendo de las circunstancias que le sean anexas. No es nuestro deber determinar sino la constitucionalidad del precepto legal invocado, pero este no puede entenderse aisladamente, pues para producir efectos en el caso, cuya constitucionalidad debemos juzgar, se le aplica inseparablemente ligado al artículo 433, con el que forma la descripción del tipo penal, según se desprende de las citas de la propia sentencia condenatoria contenidos en el considerando anterior.

Decimosexto: De lo razonado en los considerandos Décimo Primero a Décimo Quinto que anteceden se concluye que la norma penal impugnada, de aplicarse en el caso que nos ocupa permite al juez con completa discrecionalidad, y sin sujeción a parámetros objetivos establecidos en normas anteriores al caso, determinar si una conducta resulta o no penalmente sancionable. Ello viola el principio de legalidad de las sentencias penales consagrado en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución y viola la letra y finalidad de una de las principales garantías de la seguridad y de la libertad que el constitucionalismo democrático está llamado a defender.

Decimoséptimo: Por muy dramático que sea un suceso y repudiable que sea una conducta, el Estado no tiene derecho a sancionar penalmente a una persona, sino en los casos en que la conducta realizada ha sido previamente descrita en la forma y por los medios que la Constitución exige. Solo de ese modo se respetará la dignidad de las personas a las que se juzga y se legitimará la acción punitiva del Estado. La Constitución, para proteger la libertad, ha sido exigente al establecer los requisitos que deben cumplirse para juzgar penalmente a las personas y a ella debemos atenernos.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake quien estuvo por acoger la acción de inaplicabilidad interpuesta en atención a las siguientes consideraciones:

Primero: Que si se conviene con la mayoría, que leyes penales en blanco son “aquellas que solamente contienen una cominación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar”, necesario es inferir que el precepto cuestionado no ostenta ese carácter.

En efecto, la norma que describe o completa la descripción del delito no puede emerger autónomamente, sino que requiere ser autorizada explícitamente por la que determina la pena. La remisión o reenvío es un supuesto indispensable para que racionalmente se complementen disposiciones diversas, integrando su contenido, y provoquen consecuencias jurídicas unívocas que reflejen su unidad esencial.

Segundo: Que, en este caso, la disposición cuestionada no deriva la precisión del comportamiento presupuesto de la sanción a otra norma. Tal omisión impide considerarla como ley penal en blanco y constríñe el examen de su constitucionalidad simplemente a verificar –en su texto y solamente en él– la descripción expresa de una conducta.

En esa tarea hermenéutica se arriba forzosamente a la conclusión de que el precepto, por su contenido vago y genérico, es una norma penal abierta que no da cumplimiento a la exigencia de tipicidad que impone la Ley Fundamental, por los sólidos razonamientos que desarrolla la disidencia manifestada por el Ministro Correa Sutil.

Tercero: Que el debate doctrinal originado por las llamadas “leyes penales en blanco” y sus conclusiones –particularmente fecundo en el extranjero–, no puede ser trasladado mecánicamente al sistema jurídico nacional, omitiendo la consideración de los valores y principios que constituyen las bases de nuestra institucionalidad definidas por la Constitución Política de la República y la consistencia medular de los derechos esenciales que esta reconoce.

Cuarto: Que en nuestro ordenamiento constitucional no es posible complementar o regular los derechos fundamentales con normas de jerarquía inferior a la ley, ni tampoco ella puede delegar la regulación de esas

materias en la Administración. La dictación de una ley penal en blanco propia es incompatible con la Constitución, como se verá.

Quinto: Que el artículo 63 N° 2 de la Carta Política dispone que son materia de ley las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley, y el artículo 19 N° 26 radica exclusivamente en los preceptos legales, previo mandato de la Constitución, la regulación, complemento o limitación de las garantías que ella establece; de suerte tal que completar el tipo penal –tarea que supone su regulación o complemento– por una norma inferior a la ley está evidentemente impedido por la garantía constitucional contemplada en la disposición que se invoca.

A su vez, el citado artículo 63, en sus numerales 20 y 3, confiere a la ley la prescripción de toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico y –supuesto particularmente aplicable en la especie, por ubicarse la norma tachada de inconstitucional en el Código de Justicia Militar– define como materia de ley las que son objeto de codificación.

Sexto: Que la delegación de facultades legislativas sobre materias que correspondan al dominio de la ley, por disposición del artículo 64 de la Constitución, no puede extenderse a las que estén comprendidas en las garantías constitucionales.

Séptimo: Que, por otra parte, si el mandato legislativo al administrador tiene por objeto la dictación de normas reglamentarias, resulta absolutamente ineficaz o superfluo, porque o bien incide en materias cuya naturaleza las vuelve indelegables o bien incursiona en un ámbito propio del ejercicio de atribuciones exclusivas del Ejecutivo, a cuyo efecto este no requiere de autorización alguna.

Octavo: Que la materialización de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República solo es válida en aquellas materias que no sean propias del dominio legal. Este concierne, como se ha dicho, a la descripción expresa de la conducta punible, cuya reglamentación no es posible legitimar.

Noveno: Que, finalmente, la potestad reglamentaria de ejecución tampoco se puede ejercer para completar la tipificación de un delito, pues su objeto es facilitar el cumplimiento de las normas legales en la realidad, estándose vedado introducir o agregar elementos que aquellas no contengan.

Redactó la sentencia el Ministro señor Mario Fernández Baeza y la prevención y disidencias sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 468-2006.