

Santiago, veintiséis de agosto de dos mil ocho.

**VISTOS:**

Con fecha 13 de diciembre de 2007, Lorena Foweraker Sotomayor, abogado de la Sección Criminal Valparaíso de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso, en representación de Antonio Hernán Vargas Díaz, ha formulado una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 299 N° 3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar, en la causa Rol N° 8386, seguida ante la Fiscalía Naval de Valparaíso y el Juzgado Naval de la Primera Zona Naval, por el delito de incumplimiento de deberes militares, señalando que las normas impugnadas contrarían lo preceptuado en el artículo 19 N° 3, inciso final, de la Constitución.

**Gestión pendiente.**

En el auto de procesamiento, de 23 de noviembre de 2006, se indica que el requirente Vargas Díaz, que se desempeñaba como Condestable Artillero del Departamento de Habitabilidad de Valparaíso, omitió cumplir con los deberes militares relacionados con su cargo, desatendiendo deliberadamente sus funciones mínimas al no revistar diaria y personalmente la Sala de Armas de ese Departamento, por un espacio aproximado a un mes, lo cual impidió que constatará las existencias físicas del armamento de guerra allí depositado y sujeto a su control, no obstante rendirse parte diario al Comandante del Departamento, informándole que el cargo no presentaba novedades.

Señala el documento que esta omisión, que constituye un incumplimiento trascendental de los deberes militares, que se encuentran contemplados en el Reglamento de Disciplina de la Armada, aprobado por Decreto Supremo N° 1.232, de 21 de octubre de 1986, y especificados además en la Reglamentación Institucional, como lo es la Ordenanza de la Armada, aprobada por el Decreto Supremo del Ministerio de Defensa Nacional N° 487, de 21 de abril de 1988, en sus artículos 11 y siguientes, 21, 43, 44,

272, 278, 303 y 1295 A y siguientes, en el Manual de Artillería 5-61/1, aprobado por Resolución C. J. A. N° 6512/1 de 21 de julio de 1975, y en las Ordenes Permanentes Internas de la propia Repartición, permitió que otros miembros de la Institución que cumplían con su Servicio Militar Obligatorio, sustrajeran armamento de guerra y diversa munición desde la Sala de Armas de la repartición en dos ocasiones distintas. Añade más adelante que *"el incumplimiento de los deberes militares imputado cobra mayor trascendencia cuando con su omisión se imposibilitó, por una parte, detectar oportunamente el robo de las armas y, por otra, que las autoridades navales respectivas a partir de la primera apropiación recaída sobre armamento menor tomaran las providencias necesarias para evitar la segunda sustracción sobre armamento de guerra de mayor envergadura, facilitando con ello que los terceros vendieran a su vez las armas y municiones sustraídas a otras personas, quienes finalmente las utilizaron en un delito de robo con violencia ocurrido en Santiago el 3 de noviembre de 2006, hechos que constituyen el delito de incumplimiento de deberes militares, previsto y sancionado en el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, en relación con los artículos 431 y 433 del mismo texto legal"*. Con estos antecedentes, se somete a proceso a Hernán Vargas Díaz como autor del delito señalado.

Una vez agotada la investigación se decretó el cierre del sumario y se emitió el dictamen fiscal el 20 de agosto de 2007, que, en su considerando TERCERO, indica que los hechos descritos son constitutivos del delito de incumplimiento de deberes militares, previsto y sancionado en el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar en relación con los artículos 431 y 433 del mismo texto legal, contemplados en el Reglamento de Disciplina de la Armada, aprobado por Decreto Supremo N° 1232, de 21 de octubre de 1986, y especificados además en la Reglamentación Institucional, como lo es la Ordenanza de

la Armada, aprobada por Decreto Supremo del Ministerio de Defensa Nacional N° 487, de 21 de abril de 1988, en sus artículos 11 y siguientes; en el Manual de Artillería 5-61/1, aprobado por Resolución C. J. A. N° 6512/1, de 21 de julio de 1975, y en las Ordenes Permanentes Internas de la propia Repartición, conductas por las cuales fue procesado en calidad de autor Hernán Vargas Díaz.

Finalmente, de acuerdo a los artículos 1º, 5º, 145, 146, 209, inciso final, y 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, en relación a los artículos 431, 433 y 306 del mismo Código y a los artículos 11 N° 6 y 68, inciso segundo, del Código Penal, el Fiscal solicita al Juez Naval de la Primera Zona Naval que condene a Hernán Vargas Díaz a la pena de 61 días de presidio militar menor en su grado mínimo y demás accesorias legales como autor del delito de incumplimiento de deberes militares.

**Normas impugnadas.**

El artículo 299 del Código de Justicia Militar, cuyo numeral 3º ha sido impugnado, establece:

***“Artículo 299.** Será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, el militar:*

*1° Que no mantenga la debida disciplina en las tropas de su mando o no proceda con la energía necesaria para reprimir en el acto cualquier delito militar, según los medios de que al efecto disponga;*

*2° El que por negligencia inexcusable diere lugar a la evasión de prisioneros, o a la de presos o detenidos cuya custodia o conducción le estuviere confiada;*

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

Por su parte, el artículo 431 dispone:

***“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.*

*En ellos se señalarán las autoridades a quienes corresponde el derecho de sancionar las faltas de disciplina, atendidas a las categorías del hechor y a la mayor o menor gravedad de las infracciones.*

*Las penas disciplinarias que podrán imponer serán: Amonestación, reprensión y arresto militar hasta por dos meses respecto de todo militar; suspensión del empleo, retiro, disponibilidad, calificación y separación del servicio, tratándose de oficiales; y rebaja en el grado, deposición del empleo y licenciamiento del servicio, tratándose de individuos de tropa o de tripulación.*

*Podrán también imponerse a los suboficiales, cabos y soldados otros castigos disciplinarios menores, como servicios extraordinarios o especiales, presentaciones y otros, en los cuales no se rebaje la dignidad de los suboficiales ni se comprometa la salud de los infractores."*

Por último, cabe consignar el artículo 433, que señala:

*"Artículo 433. Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito."*

Los fundamentos del requerimiento respecto de las normas impugnadas son los siguientes:

**a. Artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar.**

Expresa la requirente que esta norma infringe el artículo 19 N° 3, inciso final, de la Carta Fundamental, que prohíbe la creación de "leyes penales en blanco", esto es, normas penales imperfectas en cuanto a los

elementos propios de dichas disposiciones: la hipótesis y la sanción. En esta causa, la norma impugnada no describe conducta alguna, sin que exista disposición reglamentaria que señale de forma clara cuáles son los deberes que han de sancionarse penalmente. Además, las normas citadas en el dictamen del Fiscal hacen mención en forma vaga a deberes o virtudes morales o responsabilidades genéricas o de carácter disciplinario.

En apoyo a sus argumentos, la peticionaria menciona la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, indicando que el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar forma un todo inseparable del artículo 431 de dicho cuerpo normativo, en el sentido de que el primer artículo citado debe entenderse remitido al segundo, ya que encomienda una labor de complemento a la potestad reglamentaria, manifestándose en decretos supremos en los cuales se describa expresamente los deberes militares que deben entenderse infringidos para los efectos de lo dispuesto en el artículo 299 N° 3. Además, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 433 del mismo Código, que señala que, según las circunstancias anexas al hecho, el incumplimiento de un deber militar puede ser sancionado disciplinaria o penalmente, circunstancias que calificará el juez del caso. Así, se permite al juez crear un delito, lo que la Constitución reserva a una ley. Por lo tanto, si se quisiera invocar cualquiera de los deberes militares contenidos en el Reglamento de Disciplina de la Armada y Ordenanza de la Armada, que son Decretos Supremos, su tipificación podría indistintamente dar lugar a una sanción administrativa o penal, según las circunstancias anexas al hecho, lo que claramente infringiría, en el caso concreto, lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, pues permitiría al juez crear un delito donde la Carta lo reserva únicamente a la ley.

Además, señala la requirente que el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar no contiene una conducta

punible claramente especificada. En efecto, el Dictamen Fiscal invoca como normas de complemento el Manual de Artillería; sin embargo, la labor de complemento no puede tener como fuente formal un Manual. De igual forma se menciona el Reglamento de Disciplina de la Armada y la Ordenanza de la Armada, ambos aprobados por Decreto Supremo, pero ellos no describen conducta alguna o hacen referencias a responsabilidades genéricas. Por lo tanto, en el caso *sublite* el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar constituye además una ley penal abierta en cuanto habilita a los jueces militares a definir lo que es delito.

**b. Artículo 431 del Código de Justicia Militar.**

Indica el requerimiento que el Dictamen Fiscal, invocando como normas de complemento el Manual de Artillería, el Reglamento de Disciplina de la Armada y la Ordenanza de la Armada, no señala de manera concreta cuál es el deber militar supuestamente infringido, haciendo una remisión vaga a normas que describen responsabilidades genéricas o virtudes morales.

**c. Artículo 433 del Código de Justicia Militar.**

Finaliza la requirente señalando que esta disposición constituye una ley penal abierta, puesto que permite al juez crear el delito, lo que la Constitución entrega sólo a la ley.

Con fecha 3 de enero de 2008, la Segunda Sala de esta Magistratura declaró la admisibilidad del requerimiento, suspendiendo el procedimiento y pasando los autos al Pleno para su sustanciación.

Con fecha 14 de marzo de 2008, el Fiscal Naval subrogante de la 1ª Zona Naval evacuó sus observaciones al requerimiento señalando que el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar describe la conducta punible, remitiéndose a los reglamentos que indica el artículo 431, que en este caso es el Reglamento de Disciplina de la Armada contenido en el DS 1232 de 1986, concordando con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al

respecto, ya que el complemento de la conducta del artículo 299 N° 3 del citado Código está contenido en un decreto supremo y no en meras resoluciones.

Señala el Fiscal Naval que el referido Decreto Supremo contempla en el artículo 205 como deberes militares, aplicables al caso *sublite*: "a) omitir conscientemente el oportuno cumplimiento de disposiciones permanentes del servicio o cumplirlas en forma incorrecta; b) evidenciar descuido con consecuencias graves en el cumplimiento del deber o en la mantención de artículos asignados en forma permanente o temporal en función del cargo desempeñado; c) no cumplir con las medidas de seguridad prescritas para el personal o material." Estos deberes se encuentran consagrados en los artículos 21, 43 y 278 de la Ordenanza de la Armada, invocados en el auto de procesamiento respectivo. Por lo tanto, el juez no ha creado delito alguno, sino que la aplicación de las normas impugnadas trae como consecuencia necesaria la configuración del delito de incumplimiento de deberes militares, ajustándose plenamente al principio de legalidad y tipicidad.

Indica además el Fiscal Naval que la disciplina militar tiene su consagración más evidente en el establecimiento de los "*deberes militares*", pilar fundamental del funcionamiento de las Fuerzas Armadas, lo que se expresa en la tipificación del delito de incumplimiento de deberes militares. Si no lo fuera, el incumplimiento de un deber militar reglamentario sería sancionado sólo administrativamente y no penalmente, aunque de ello derivaran consecuencias penales. Por tanto, si bien el no cumplimiento de deberes militares reglamentarios constituye una infracción reglamentaria, puede constituir un delito en los casos que sea trascendente a juicio del Tribunal instructor, lo que ocurre en el caso *sublite*, ya que la omisión de Vargas Díaz impidió detectar oportunamente el primer robo de armas y que se tomaran las medidas necesarias para evitar

la segunda sustracción de mayor envergadura, facilitando la venta de las armas y la posterior perpetración del delito de robo con violencia.

Se ordenó traer los autos en relación y con fecha 3 de abril de 2008 se procedió a la vista de la causa, alegando el abogado representante de la requirente.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, en conformidad con el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política, esta Magistratura tiene la atribución de *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*;

**SEGUNDO:** Que esta Magistratura ha declarado reiteradamente, en consonancia con opiniones de la doctrina especializada, que la acción de inaplicabilidad consagrada en la reforma constitucional de 2005 difiere sustancialmente del recurso de la misma denominación que albergaba el Texto de 1925. En efecto, si bien en ambos casos los efectos de la declaración de inaplicabilidad se limitan al caso específico materia de la especie, la actual formulación de la acción se refiere a la confrontación con la Constitución de la aplicación de la norma y no de ésta en su manifestación abstracta. A través de este *“nuevo presupuesto esencial de la acción de inaplicabilidad”*, como lo ha calificado Enrique Navarro Beltrán (Inaplicabilidad e inconstitucionalidad de las leyes, en: Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año X, N° 10, 2006, p.60), se configura una relación concreta entre ambos tipos de normas, circunscrita a cada caso. El establecimiento de la declaración de inconstitucionalidad con efecto general, de un precepto legal ya declarado inaplicable, en el numeral 7° del artículo 93 de la Constitución ya citado,

delimita con mayor nitidez tal connotación "caso a caso" de la declaración de inaplicabilidad;

**TERCERO:** Que, en la especie, el requirente solicita declarar la inaplicabilidad del numeral 3º del artículo 299 del Código de Justicia Militar y de los artículos 431 y 433 del mismo cuerpo legal, ya transcritos, "*por ser dichas normas contrarias a lo dispuesto por el artículo 19 nº3, inciso final, de la Constitución Política de la República*" pues, perteneciendo a la categoría de "leyes en blanco abiertas", resultarían contrarias al principio de la legalidad de la ley penal, consagrado en aquel precepto constitucional. La argumentación sustentada en autos descansa sobre la transcripción completa textual de los considerandos primero al sexto, ambos inclusive, de la sentencia de esta Magistratura de fecha nueve de noviembre de 2006, recaída en causa de rol N° 468-2006, y de los considerandos segundo al décimo, ambos inclusive, décimo segundo al décimo cuarto, ambos inclusive, y décimo sexto de la disidencia del Ministro Sr. Jorge Correa Sutil a la misma sentencia, cuyo volumen alcanza a diez de las veinte fojas de que consta el escrito del requerimiento, e incluye el grueso del razonamiento doctrinario y jurisprudencial expuesto en esta Magistratura respecto de las denominadas leyes penales en blanco y su vinculación con los preceptos impugnados en aquella causa, todos dignos de tenerse en cuenta para la dilucidación de la presente *litis*;

**CUARTO:** Que, sin perjuicio de lo anteriormente descrito, esta Magistratura ha sentenciado que al establecer la reserva legal de la descripción de la conducta punible en el octavo inciso del numeral 3º del artículo 19, con la fórmula "expresamente", la Constitución ha garantizado el principio jurídico fundamental "no hay delito ni pena sin ley", pero, asimismo, ha tolerado la existencia de las denominadas leyes en blanco impropias o de reenvío, esto es, aquellas cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley o en una norma originada

en la instancia legislativa, y de aquellas leyes que indiquen expresamente la norma destino de remisión aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona. Esta delimitación significa que serán contrarias al precepto constitucional señalado las denominadas leyes penales en blanco propias y las leyes penales en blanco abiertas, esto es, aquellas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez;

**QUINTO:** Que, además de los fundamentos descritos, la anomalía jurídica de las leyes penales en blanco arranca de que ellas lesionan valores constitucionales. Como señala Welzel, el carácter muy general de normas descriptivas de punibilidad trae consigo la consecuencia de que "ni el ciudadano puede saber qué debe hacer u omitir, ni el juez puede distinguir qué es lo que debe castigar". El tratadista aludido recuerda que la necesidad de la especificación de la materia de la prohibición resguarda el principio *nulla poena sine lege* y que ella está asociada en la teoría del derecho penal del siglo XX desde que Beling propuso el requisito de la tipicidad de la conducta punible: "El "tipo" es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal".(Hans Welzel: Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 74-75);

**SEXTO:** Que la ubicación que esta Magistratura ha otorgado al artículo 299 del Código de Justicia Militar dentro de los criterios arriba señalados, depende de la calidad de la norma infralegal destino de la remisión en cada caso, en cuanto ella complementa o no la satisfacción de los requisitos de tolerancia constitucional ya señalados, bajo el supuesto de que "dejar de cumplir deberes

militares" o "incumplimiento de deberes militares" cumple con el mínimo de describir el núcleo fundamental de la conducta que se sanciona para entendimiento de los miembros de las Fuerzas Armadas, que deberá completarse en la norma destino de la remisión. Tal relación entre la norma remisoras y la remitida determina el grado de gravitación que los artículos 431 y 433 del Código de Justicia Militar pueden ejercer en los efectos constitucionales de su aplicación en una gestión pendiente;

**SÉPTIMO:** Que, en el caso de autos, la remisión para la determinación complementaria de la conducta punible, esto es, qué se entiende como incumplimiento de los deberes militares, se encuentra en el Reglamento de Disciplina de la Armada, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 1.232 de 1986, así como en la Ordenanza de la Armada, dictada mediante Decreto Supremo N° 487, de fecha 21 de abril de 1988, ambos del Ministerio de Defensa Nacional, cumpliéndose así con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 431 del Código de Justicia Militar: *"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."*;

**OCTAVO:** Que el citado Decreto Supremo N° 1.232 sustituyó, para la Armada, la vigencia del Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, establecido por el Decreto Supremo N° 1.445 de 1951, cuyo Capítulo I se titula "De los deberes militares" y respecto del cual esta Magistratura, en el considerando DECIMO de su sentencia recaída en autos de Rol N° 468-2006, señaló: *"... 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, N° 3, del Código de Justicia Militar que nos ocupa."*;

**NOVENO:** Que el Reglamento de Disciplina de la Armada, empero, presenta una estructura diversa a la del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas, enumerando con mayor precisión las conductas que importan faltas, ordenándolas en tres categorías o niveles - leves, graves y gravísimas - y describiéndolas "completamente", según la fallida expresión en la discusión constitucional sobre el último inciso del numeral 3º del artículo 19. Una de esas conductas descritas en la categoría "graves", en el artículo 205 del citado cuerpo normativo, se denomina "Negligencias", con la siguiente y precisa descripción: "*Evidenciar descuido, con consecuencias graves, en el cumplimiento del deber o de una mantención de artículos asignados en forma permanente o temporal en función del cargo desempeñado.*";

**DÉCIMO:** Que, sin embargo, la conducta descrita **no se encuentra dentro de una categoría de "deberes militares"**, como ninguna otra dentro del Reglamento de Disciplina de la Armada citado, a excepción de una referencia al *deber militar* que cumple el superior al sancionar o reprimir las faltas cometidas por los subalternos, establecida en el tercer inciso del artículo 104. Dicho cuerpo legal contiene un solo Título sobre conductas, denominado "De las Faltas", y, por lo tanto, no puede entenderse como norma destino de la remisión de descripción de la conducta punible establecida en el numeral 3º del artículo 299 del Código de Justicia Militar. La definición genérica formulada en la disposición 101 con que se inicia este cuerpo reglamentario: "Disciplina es una ordenación de *deberes* que tiende a un fin común ..." no puede aceptarse como equivalente a "deberes militares", dada la exigencia de precisión, indispensable para satisfacer la reserva legal en tratamiento en la especie;

**DECIMOPRIMERO:** Que, además, la voz "faltas" del Título II

del Reglamento de Disciplina de la Armada que nos ocupa, no puede entenderse comprendida dentro de aquellas a que se refiere el artículo 3º del Código Penal como una forma de delito atendida su gravedad. Y no lo es, porque así lo señala expresamente el artículo 201 que encabeza el citado Título del cuerpo en cuestión, al disponer: "Se considerarán faltas a la disciplina, las acciones u omisiones que signifiquen quebrantamiento de las obligaciones y deberes, como asimismo, el incumplimiento de órdenes o disposiciones reglamentarias que *no alcancen a constituir delito* y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 111". Este último, a su vez, dispone en lo pertinente al presente razonamiento: "El hecho de que una falta haya sido sancionada administrativamente, no impide que ella pueda ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias indiquen que puede llegar a constituir delito.";

**DECIMOSEGUNDO:** Que la posibilidad de extender el significado de las expresiones "obligaciones y deberes" usadas en el artículo 201 citado, al necesario complemento del núcleo de la conducta punible descrita en el artículo 299 del Código de Justicia Militar, se frustra al tenor del artículo 202 del mismo cuerpo reglamentario, que le sigue, el que dispone: "Todo hecho que revista el carácter de delito deberá ser puesto, ya sea directamente o en cualquiera de las formas señaladas en el artículo 131 del Código de Justicia Militar, en conocimiento del juez naval respectivo, el que resolverá". En consecuencia, antes de conocerla el juez, no se precisa quién determina el carácter de delito de una conducta determinada, por cuanto el que revista tal carácter no está establecido con claridad en la ley;

**DECIMOTERCERO:** Que la Ordenanza de la Armada determina la conducta punible en el caso *sublite* en su artículo 43: "El personal de la Armada, que tenga a su cargo material, será responsable de su eficiencia, para lo cual se

preocupará, preferentemente, de su mantenimiento y alistamiento operativo. Si por cualquier motivo del servicio debiera desatender esta obligación deberá informar a su superior directo". Esta norma forma parte del Título 3 del Capítulo I, denominado "De las obligaciones del servicio", expresión que, a pesar de su similitud de significado, no puede considerarse jurídicamente análoga a "deberes militares" en su connotación penal. Lo mismo puede señalarse respecto de la expresión "deberes" sin más, que la citada Ordenanza ocupa en su artículo 278, en el Título 2 del Capítulo VII, denominado "Del Superior": "El superior vigilará que sus subordinados cumplan siempre con sus *deberes* y observen una actitud que corresponda a la autoridad o posición de que estén investidos por su grado y por su cargo". Evidentemente, esta norma abarca deberes en un sentido genérico, sin determinar cuál dentro de ella tiene carácter penal;

**DECIMOCUARTO:** Que la consideración que esta Magistratura tuvo a la vista en la sentencia recaída en causa de Rol N° 468-2006, ya señalada, para reforzar la certeza jurídica que envuelve al personal de las Fuerzas Armadas al conocer el contenido de las normas que obligan a sus miembros, esto es, el formar parte de un grupo de sujeción especial, contribuye en el caso *sublite* a consolidar el carácter de **falta disciplinaria** que la conducta sancionada en cuestión importa. Fortalece lo aseverado el tenor del artículo 104 del Reglamento de Disciplina de la Armada, que dispone: "El presente Reglamento debe ser conocido por todos y será materia preferencial durante la instrucción divisional." Análogo tenor presenta el artículo 4° de la Ordenanza de la Armada, cuyo texto es el siguiente: "El personal de la Armada está obligado a conocer las disposiciones que esta Ordenanza establece para su puesto y grado, las

obligaciones y atribuciones de carácter general y las que conciernen a las personas con las cuales deba mantener relación en el servicio.”;

**DECIMOQUINTO:** Que el artículo 433 del Código de Justicia Militar, impugnado en autos, encuentra correlato en el artículo 111 del Reglamento de Disciplina de la Armada. En efecto, el primer precepto dispone: “Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito”, y el segundo precepto establece en su primer acápite: “El hecho de que una falta haya sido sancionada administrativamente, no impide que ella pueda ser sometida al ejercicio de una acción penal, cuando las circunstancias indiquen que puede llegar a constituir delito.”. Resulta nítido que no especificándose cómo se determina la existencia de las circunstancias para que una falta se convierta en delito, debe entenderse que sólo será el juez quien lo decida, lo que configura la presencia de una ley penal en blanco abierta, dada la falta de correspondencia entre el artículo 299 del Código de Justicia Militar y el Reglamento de Disciplina de la Armada, así como la Ordenanza de la Armada, en materia de remisión de descripción de la conducta punible ya tratada;

**DECIMOSEXTO:** Que, consecuentemente, tratándose la conducta punible de autos de una falta disciplinaria, aunque grave, según lo establece el Reglamento de Disciplina de la Armada, y no correspondiendo a la categoría de “deberes militares” según omisión del mismo cuerpo legal y de la Ordenanza de la Armada, esta Magistratura no ve vinculación entre la ley penal remisora, esto es, el número 3º del artículo 299 del Código de Justicia Militar, y las normas inferiores

complementarias ya citadas;

**DECIMOSÉPTIMO:** Que, desprendiéndose de lo anteriormente razonado, el artículo 431, inciso primero, del Código de Justicia Militar tampoco resulta atingente a la causa *sublite* por cuanto, si bien operó al dictarse por el Presidente de la República el reglamento correspondiente a la institución, en este caso la Armada, lo hizo sobre "las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar", pero sin abarcar expresamente a "los deberes militares", como es el caso del Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas ya citado;

**DECIMOCTAVO:** Que sin la cobertura conformada por la relación entre la norma remitora y la norma remitida para determinar la conducta punible, pormenorizada en los considerandos CUARTO y SEXTO de esta sentencia y exigible para su conformidad constitucional, no queda sino concluir que ha sido mediante la aplicación únicamente del artículo 433 del Código de Justicia Militar que se ha atribuido a una falta disciplinaria el carácter de delito, lo que produce, en este caso concreto, resultados contrarios a la Constitución, y así se declarará.

**Y VISTO** lo prescrito en los artículos 19, N° 3, inciso final, 93, inciso primero, N° 6, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política, así como en el artículo 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE FOJAS 1, DECLARÁNDOSE INAPLICABLE ÚNICAMENTE LA NORMA DEL ARTÍCULO 433 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, POR RESULTAR CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN EN EL CASO DE AUTOS. EN CONSECUENCIA, SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO RESPECTO DE LAS DEMÁS DISPOSICIONES IMPUGNADAS DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR.**

**DÉJESE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO.**

Adoptada con el **voto en contra del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto** respecto a la decisión que declara inaplicable el artículo 433 del Código de Justicia Militar, precepto cuya aplicación, a su juicio, no resulta contraria a la Constitución Política en atención a las siguientes consideraciones:

**Primero.-** Que el artículo 433 del Código de Justicia Militar, al permitir que una falta a los deberes militares o la disciplina se someta al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431 del mismo Código, lo que hace es permitir que a un mismo hecho se aplique una sanción disciplinaria y una sanción penal, lo que no se opone a la Constitución Política y sólo representa una excepción al principio *non bis in ídem*;

**Segundo.-** Que, de esta forma, resulta que el mencionado artículo 433 del Código de Justicia Militar no representa una figura de ley penal abierta que faculte al juez para crear un tipo penal, puesto que únicamente le permite apreciar si las circunstancias del caso, ponderadas conforme a lo dispuesto en la legislación aplicable y sus normas complementarias, configuran la existencia de un tipo penal que en la especie es el delito que, según el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, cometen los militares cuando sin incurrir en desobediencia dejen de cumplir sus deberes militares;

**Tercero.-** Que los hechos que motivaron la formación de causa contra el condestable artillero que ha recurrido de inaplicabilidad, consistentes en no revisar diaria y personalmente la sala de armas a su cargo a pesar de rendir parte diario informando que no había novedades, por su propia índole son de tal naturaleza que

una persona que lleva años de servicio en la Armada conoce con certeza que una actuación como la que hizo no se ajusta a la conducta que le es exigible como propia de sus deberes militares, y de ahí que la omisión en que incurría al no efectuar la revisión de la sala de armas que le incumbía, y la falta de veracidad en el informe al superior que emitía diariamente, queden incluidas en la conducta sancionada por el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar;

**Cuarto.-** Que de lo expuesto resulta que la aplicación del artículo 433 del Código de Justicia Militar en la gestión judicial pendiente con ocasión de la cual se interpuso el recurso de inaplicabilidad de que conoce este Tribunal no ha producido efectos contrarios a la Constitución, pues no ha sido en virtud del mismo que se ha atribuido a una simple falta disciplinaria el carácter de delito sino en razón de las circunstancias del caso que lo configuran como tal, razón por la que a juicio de este Ministro disidente debe rechazarse también en esta parte el recurso de inaplicabilidad interpuesto.

**El Ministro señor Jorge Correa Sutil** estuvo por acoger la acción impetrada en todas sus partes, declarando también la inaplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 299 número 3° del Código de Justicia Militar. A efectos de esta disidencia parcial, comparte lo razonado en la sentencia, con excepción de sus considerandos 6°, 7° y 8° y tiene en su lugar y además presente lo siguiente:

**Primero.-** Que tal como lo sostuvo en su voto disidente en la sentencia de fecha nueve de noviembre de 2006 recaída en causa de rol N° 468-2006, la expresión "deje de cumplir sus deberes militares", contenida en el numeral 3° del artículo 299 del Código de Justicia Militar, no cumple con el requisito de describir expresamente una conducta y, por ende, pretender

establecer penas conforme a ella infringe, de modo manifiesto y palmario, también en el caso de la gestión pendiente, el claro tenor de la exigencia constitucional contenida en el inciso séptimo del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental que precisamente prohíbe que ello se verifique. A objeto de no reiterar los argumentos que sustentan esta posición, se remite y da por reproducidos aquellos que vertiera en el voto disidente ya aludido, el que se encuentra publicado y disponible en la página web del Tribunal;

**Segundo.-** Que, además, a su juicio, lo razonado en el considerando sexto del fallo, en el sentido de que la calificación de una norma penal como en blanco, propia o impropia, o abierta, y, por ende, su constitucionalidad, depende de la calidad de la norma infralegal a la que aquella se remite, unido a lo razonado en los considerandos 12° a 17° del fallo, los que comparte, conduce necesariamente, por razones lógicas, a concluir que lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 299 del Código de Justicia Militar produce un efecto contrario a la Constitución.

En efecto, y tal como se razona en los considerandos 4° y 5° del fallo, la Constitución no tolera las leyes que la doctrina denomina penales abiertas. Tal como agrega el considerando sexto, cuando una norma penal de rango legal se remite a otra infralegal para que complete la descripción del tipo, la existencia y calidad de ésta, la remitida, es decisiva en la clasificación y, por ende, en la constitucionalidad del precepto legal que hace la remisión.

En la especie, los considerandos 12° a 17° demuestran clara y fehacientemente que las normas infralegales aplicables al personal de la Armada no establecen propia y específicamente deberes militares, en términos de complementar el tipo penal del artículo 299

número 3º del Código de Justicia Militar; que la posibilidad de considerar como tales algunas obligaciones y deberes que emplean algunos preceptos reglamentarios se frustra, como y por las razones demostradas en el considerando 12º; que expresiones reglamentarias similares en significado no pueden considerarse jurídicamente análogas a los deberes militares en su connotación penal, como lo razona el considerando 13º, y que las descripciones reglamentarias deben considerarse como faltas disciplinarias y no como incumplimiento de un deber militar propiamente tal, en términos complementarios al precepto legal que se impugna, tal como se demuestra en el considerando 14º.

En esas condiciones, y tal como se concluye en el considerando 16º del fallo, no es posible establecer vinculación entre la ley penal remisoras -el artículo 299 numeral 3º del Código de Justicia Militar- y las normas inferiores vigentes para el personal de la Armada. Siendo ello así, debe concluirse que existe una norma de rango legal que castiga con penas a aquel que deje de cumplir con sus deberes militares, sin que exista otra, de rango legal o inferior, que tipifique o describa más precisamente lo que sean los deberes militares y que resulte aplicable en la especie.

De ese modo, a juicio de este disidente, debe necesaria y lógicamente concluirse que la aplicación del artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, carente, como lo está -por las concluyentes razones que el fallo demuestra en los considerandos aludidos-, de una norma inferior que la complementa, faculta al juez a determinar, con entera discreción, lo que sea un deber militar incumplido. Eso hace que el artículo 299 número 3º del Código de Justicia Militar se aplique en la

especie como una norma penal abierta, lo que resulta contrario a la Carta Fundamental.

Redactó la sentencia el Ministro señor Mario Fernández Baeza; la disidencia y prevención, sus autores.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol N° 1011-07-INA.**

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente (S) José Luis Cea Egaña y los Ministros señores, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.