

Santiago, veintisiete de septiembre de dos mil siete.

VISTOS:

Con fecha 3 de mayo de 2007, Matías Mundaca Campos, en representación de Pablo Silva Martínez, Capitán de Carabineros de Chile, formula una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los **artículos 299 N° 3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar**, en la causa Rol N° 1292-2001, de la Primera Fiscalía Militar y de Carabineros de Valparaíso, actualmente en tramitación ante el Juzgado Militar de Santiago.

Las normas impugnadas señalan:

"Art. 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."

"Art. 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."

"Art. 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."

Expresa el requirente que el Capitán Silva Martínez fue sometido a proceso como autor del delito de incumplimiento de deberes militares, según el artículo

299 N° 3 del Código de Justicia Militar, siendo acusado por el Fiscal Militar como autor del delito referido.

La Segunda Sala de esta Magistratura declaró admisible el requerimiento, dándosele curso progresivo en el Pleno. Posteriormente, el 14 de junio pasado la Sala respectiva procedió a suspender el procedimiento.

Don Marcelo Cibié Bluth, Fiscal General Militar, en representación del Ministerio Público Militar, formuló sus observaciones al requerimiento, solicitando su rechazo.

Seguidamente, el abogado Gonzalo Uribe Gil, en representación de la parte perjudicada y querellante en la causa pendiente también formuló sus observaciones al requerimiento.

Se han acompañado informes en derecho de los profesores Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Alberto Naudon y de Patricio Zapata, por parte del Ministerio Público Militar.

LOS HECHOS:

De acuerdo al auto de procesamiento, se indica que el día 14 de noviembre de 2001, Cristián Gómez Martínez obliga a Víctor Moenen Strobel a salir a la calle del domicilio en que se encontraba, le dispara varios tiros en distintas partes del cuerpo, causándole heridas de diversa gravedad, llegando al lugar el Jefe del Tercer Turno de la Primera Comisaría de Viña del Mar, Teniente Pablo Silva Martínez (el requirente), acompañado de dos funcionarios de Carabineros, quienes se constituyen en el sitio del suceso encontrando al agresor con dos armas de fuego en sus manos y a sus pies, gravemente herida, a la víctima. Posteriormente llega personal del SAMU del

Hospital Gustavo Fricke de Viña del Mar, quienes fueron impedidos por el agresor de socorrer y prestar auxilios al herido, lo que se vio facilitado por cuanto Carabineros no habría realizado ninguna gestión tendiente a reducir al agresor, sin actuar de forma inmediata y oportuna, trayendo como consecuencia que la víctima agonizara y falleciera, no garantizándose la integridad de la persona del herido, hechos que, según el auto de procesamiento, configurarían el delito de incumplimiento de deberes militares, tipificado en el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar.

**PRIMER CAPITULO DE INAPLICABILIDAD: ARTICULO 299 N° 3 DEL
CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.**

Al respecto la requirente señala que esta disposición y sus normas integradoras, los artículos 431 y 433 del mismo Código, no satisfacen la normativa constitucional respectiva.

Expresa que este precepto no sólo no es claro en describir la conducta incriminada, sino que no describe conducta alguna, no existiendo siquiera una norma reglamentaria que señale claramente cuáles son los deberes cuyo incumplimiento se sanciona penalmente. Indica que, si bien existen reglamentos que señalan algunas conductas, existen otras normas en ellos que son expresión de deberes o virtudes morales.

Esta disposición no sólo es una ley penal en blanco sino que también es una ley penal abierta ya que deja entregada a los jueces militares la determinación, discrecionalmente, de lo que es delito y lo que no.

Señala posteriormente el requirente que el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas no es

aplicable a Carabineros de Chile y, por tanto, la remisión para describir la conducta punible no existe, ya que la reglamentación interna de Carabineros no contempla en ningún cuerpo reglamentario un listado único de deberes militares o policiales que pueda ser complemento coherente del artículo 299 N° 3, por cuanto el procedimiento policial está supeditado a las circunstancias de la situación de emergencia que se genere y ante la que se debe actuar.

En el caso del personal de Carabineros no puede considerarse que la norma impugnada contenga un núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de que su conocimiento esté asegurado para quienes afecta, en circunstancias que el Manual de Operaciones Multi-Institucional ante Emergencias recién fue promulgado por Decreto Supremo de 6 de marzo de 2002, después de acaecido el homicidio de Víctor Moenen.

El Ministerio Público Militar, respecto de este capítulo de inaplicabilidad, expone que el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar no es una ley penal en blanco ilícita.

Después de señalar las distinciones doctrinales existentes al respecto, expresa que, complementada la ley penal, cualquiera sea su clase, esa norma será penal como cualquier otra, cumpliendo exactamente las mismas funciones que en casos normales.

La única restricción del complemento es que debe estar referido a un supuesto de hecho, ya que la sanción y el núcleo de la tipificación deben estar siempre contenidos en la ley penal, como sucede precisamente en el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar.

Están perfectamente establecidos en este caso la acción prohibida, es decir, el núcleo del ilícito, el verbo rector y la sanción por la prohibición, usando la remisión sólo para complementar o completar el supuesto de hecho.

La misma norma se encarga de limitar su extensión, excluyéndose los delitos de desobediencia y el ilícito del artículo 294 del mismo Código.

Se describen la conducta incriminada, la pena y el núcleo, dejando a los reglamentos la descripción específica de los deberes, precisiones en que el incumplimiento será sancionado, permitiendo así captar los presupuestos de punibilidad de las acciones u omisiones sancionadas penalmente bajo ciertas condiciones precisadas por la normativa reglamentaria.

Siguiendo la historia de la norma constitucional pertinente, expone que el artículo 19 N° 3 no requiere que la conducta incriminada esté completa y precisamente descrita en la ley, sino que la conducta debe ser creada por ley, y basta que tenga una descripción somera, no completa, sólo contemplando el verbo rector, lo que cumple la norma impugnada.

En este capítulo, el abogado representante de la parte perjudicada señala que el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar no es una norma de ley penal en blanco, ya que en ella se encuentran perfectamente establecidos la acción prohibida, el núcleo del ilícito, el verbo rector y la sanción, haciendo uso de la remisión sólo para completar el supuesto de hecho.

El artículo 299 N° 3 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 captar los presupuestos de punibilidad de las acciones u omisiones sancionadas penalmente, cumpliendo así con la exigencia de tipicidad establecida por el artículo 19 N° 3, inciso final, de la Carta Política.

El fundamento de esta norma es la mantención de la disciplina, columna vertebral de las Fuerzas Armadas y de Carabineros.

**SEGUNDO CAPITULO DE INAPLICABILIDAD: ARTICULO 431 DEL
CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.**

En relación a esta disposición, la peticionaria indica que infringe el mismo principio de legalidad, al permitir que el Ejecutivo, mediante la dictación de reglamentos, determine conductas que puedan ser constitutivas de delito, lo que está reservado por la Constitución a la ley.

En este capítulo, el Ministerio Público Militar indica que esta norma tampoco debe considerarse inconstitucional, ya que a través de ella se da contenido de manera específica a los deberes militares relevantes y trascendentes.

Señala que la disciplina es fundamental para el adecuado funcionamiento de las Fuerzas Armadas y de Carabineros, lo que está consignado en los artículos 101 y siguientes de la Constitución.

La importancia que da el legislador a la disciplina militar, queda de manifiesto en el hecho de que el incumplimiento de deberes militares no se sanciona de forma aislada en la norma del artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, sino que existen otras normas

que se refieren a ella, como son los artículos 272, 287, 291, 330 y 388 del mismo Código.

Señala el Ministerio referido que si no se tiene la principal protección que la ley puede dar a la disciplina militar, que es la existencia y aplicación del delito de incumplimiento de deberes militares, de los artículos 299 N° 3 y 431 y 433 del Código, se le quitaría la forma principal de vida a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, sustrayendo a su personal de la principal fuerza que es la condición primera de su existencia.

La disciplina es estructural al modo de organización jerárquico de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, según lo indica el artículo 101 de la Constitución.

El tipo penal del artículo 299 N° 3 no contiene una descripción vacía del incumplimiento de deberes militares, ya que a lo largo de la carrera militar la disciplina va encarnando un conjunto de deberes que se incrementan grado a grado, lo cual haría imposible su detallada y exacta descripción penal típica en la ley. Este conjunto de deberes tiene distintas dimensiones, desde las accesorias hasta aquellas sustanciales.

La descripción se realiza a través de un conjunto de normas jurídicas, algunas de carácter administrativo y otras de tipo penal, las que son perfectamente conocidas, ya que el ascenso a los distintos grados jerárquicos supone haber alcanzado el grado de aprehensión del deber que hace a cada carabinero ir asumiendo, a medida que avanza, el ser responsable de la conducción y protección de un mayor número de personas colocadas bajo su cuidado.

La conducta está expresamente descrita en la norma impugnada ya que sanciona al carabinero que deje de cumplir sus deberes militares, con clara referencia a que no son aquellos hechos constitutivos de meras faltas a la disciplina ni a otros incumplimientos descritos en otras normas específicas.

El representante de la parte perjudicada indica al respecto que la existencia de los deberes militares es conocida por sus destinatarios, esto es, el personal de planta, ya que los cuerpos normativos correspondientes han sido publicados en el Diario Oficial. Por tanto, los deberes militares son un concepto de fácil comprensión para todos aquellos que forman parte de los cuerpos armados.

TERCER CAPITULO DE INAPLICABILIDAD: ARTICULO 433 DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.

Finalmente, expresa el requirente que el principio de legalidad se ve violentado por el artículo 433 del Código, que faculta castigar como delitos las faltas a los deberes militares "cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito".

El Ministerio Público Militar en esta parte indica que el artículo 433 impugnado no guarda relación con el delito de incumplimiento de deberes militares y sólo hace compatible la sanción administrativa con la interposición de acciones penales.

Esta norma sólo hace la distinción en torno a la responsabilidad de carácter administrativo y a la responsabilidad penal, que sin perjuicio de la sanción administrativa que se aplique al hechor, si además

podiere ser la conducta constitutiva de un ilícito penal, permite también que se ejerza la acción penal, de acuerdo al artículo 84 N°s 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal y al artículo 131 del Código de Justicia Militar.

Se trajeron los autos en relación y con fecha 19 de julio de 2007 se procedió a la vista de la causa, oyéndose los alegatos de los abogados de la parte requirente, del representante del Ministerio Público Militar y del abogado de la parte perjudicada y querellante.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución, es atribución de este Tribunal *"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 el artículo 93, inciso décimo primero, de la Constitución establece que, en tal caso, *"corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad."*;

TERCERO: Que el conflicto constitucional que se denuncia en el requerimiento radica en la aplicación presuntamente contraria a la Constitución de los artículos 299 N° 3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar;

CUARTO: Que, en resoluciones anteriores, como las contenidas en los roles N° 478, 546, 473, 517 y 535, este Tribunal ha precisado la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad y sus diferencias con la similar prevista en la Carta Fundamental con anterioridad a la reforma del año 2005, estableciendo que de la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior;

QUINTO: Que lo expresado deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una trascendencia mayor de la que se le atribuía antes de 2005, pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo

que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional.

De esta manera, el que en un asunto determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá formular igual declaración;

SEXTO: Que a las características ya referidas se añade el efecto exclusivamente negativo de la declaración de inaplicabilidad, traducido en que, declarado por esta Magistratura que un precepto legal preciso es inaplicable en la gestión respectiva, queda prohibido al tribunal que conoce de ella, aplicarlo. En cambio, en caso de desecharse por este Tribunal Constitucional la acción de inaplicabilidad intentada, el juez de la instancia recupera en plenitud su facultad para determinar la norma que aplicará a la resolución del conflicto del que conoce, sin que necesariamente deba ella ser la misma cuya constitucionalidad fue cuestionada sin éxito;

SEPTIMO: Que cabe agregar a ello, como antecedente relevante, lo razonado en sentencia de esta Magistratura de fecha 9 de noviembre de 2006, en orden a que:

"El texto definitivo del artículo 19, N° 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 ésta, junto con la determinación de la sanción prevista, contenga la descripción del núcleo central de la conducta punible merecedora de aquélla". 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";

OCTAVO: Que siguiendo las líneas jurisprudenciales establecidas en las sentencias roles N°s 24 y 468, cabe señalar que la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece el principio de legalidad de la norma penal en el artículo 19, N° 3, inciso final, del Código Político, con las

denominadas leyes penales en blanco, admite distinciones y matices, parámetro bajo el cual se toleran aquellas que contengan una remisión expresa de la ley a las normas reglamentarias, aun cuando dicha norma de complemento no sea originada en el proceso legislativo, y siempre que sea la norma de rango legal la que describa el núcleo central de la conducta punible;

NOVENO: Que, ya especificado lo anterior, cabe determinar si la aplicación del precepto en análisis ocasiona o no efectos contrarios a la Carta Fundamental;

DECIMO: Que, en dicho marco, y teniendo presente que el núcleo fundamental del tipo sería el incumplir deberes militares, resta a la norma reglamentaria derivada del artículo 431 especificarlos.

En la especie no se detalla por parte del Ministerio Público Militar, ni en la gestión pendiente ni en el presente proceso, cuáles serían los deberes militares infringidos por el requirente y que se contienen en dichas normas reglamentarias, ni tampoco cuál sería su fuente ni su entidad, dato que tampoco consta en el auto de procesamiento o en la acusación del proceso penal.

En efecto, y sin perjuicio de lo anterior, consta en el proceso que se instruyó una investigación por orden de la Jefatura de Zona de Carabineros, para determinar "la eventual existencia de errores en el procedimiento adoptado", la que concluye, en sede administrativa, por resolución N° 1, de 2 de enero de 2001, que no hubo errores de procedimiento por parte del procesado, requirente en esta causa;

DECIMOPRIMERO: Que la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, en su artículo

2º, declara que esta institución *"como cuerpo policial armado, es esencialmente obediente, no deliberante, profesional, jerarquizado y disciplinado y su personal estará sometido a las normas básicas establecidas en la presente ley orgánica, su Estatuto, Código de Justicia Militar y reglamentación interna"*.

A su vez, el Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile, N° 11, contenido en el Decreto Supremo N° 900 del Ministerio del Interior (publicado en el Diario Oficial de 17 de julio de 1967), dispone, en su artículo 2º, que *"para los efectos de este Reglamento, se entenderá por falta toda acción u omisión en que incurra el personal y que, sin alcanzar a constituir delito, lo aparte del cumplimiento de sus deberes profesionales o morales"*.

Los deberes disciplinarios se encuentran consignados en el Título IV y la clasificación de las faltas en el Título V;

DECIMOSEGUNDO: Que los textos mencionados precedentemente carecen de la regulación de alguna conducta que pueda aparecer incriminada en el proceso en que incide el requerimiento, limitándose a referir deberes que, por su naturaleza, resultan ajenos al ámbito penal.

En la especie, y aplicado el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar al caso concreto, todo indica que se pretende sancionar la infracción de eventuales deberes que no figuran de forma concreta y específica en normas legales ni reglamentarias y que, por ende, el inculpado y requirente no podía conocer con anterioridad a los hechos incriminados;

DECIMOTERCERO: Que lo anterior resulta de especial relevancia, pues el tipo de incumplimiento de deberes militares debe entenderse, en abstracto, en estrecha conexión con lo establecido por el artículo 431 del Código de Justicia Militar, que, en el marco normativo penal regulado por dicho cuerpo legal, habilita al Presidente de la República a dictar los reglamentos de cada institución que establezcan los denominados "deberes militares". Es del caso precisar que dichas normas reglamentarias constituirían el complemento del tipo de incumplimiento de deberes militares, el cual permite configurar y concretar las infracciones penales en cada caso.

Así, en el contexto del presente requerimiento, el precepto legal impugnado relativo al delito de incumplimiento de deberes militares ha de entenderse como un todo indisoluble, integrado por los artículos 431 y 299 N° 3 del Código de Justicia Militar;

DECIMOCUARTO: Que, constatado lo anterior, cabe examinar si, en el caso *sublite*, dicha ley penal en blanco es o no de aquellas que se encuentran admitidas o proscritas por nuestro ordenamiento, siendo necesario analizar el estándar de "densidad normativa" del tipo aplicado, para contrastarlo con las exigencias constitucionales de "descripción expresa" de la conducta penada;

DECIMOQUINTO: Que al no constar en el proceso criminal, ni tampoco en el de inaplicabilidad, cuáles son los deberes infringidos ni qué norma los establece, mucho menos resulta posible examinarlos para determinar si son

de aquéllos cuya trascendencia los incluye en el tipo residual de incumplimiento de deberes militares;

DECIMOSEXTO: Que de lo expuesto deriva que, en el caso concreto, el tipo penal establecido en el artículo 299 N° 3 ya citado, resulta incompleto, en términos que no se basta a sí mismo al faltar la concreción de los deberes cuya infracción se sanciona, y su eventual aplicación se verificaría sin que haya sido complementado suficientemente por una norma legal o reglamentaria.

Se trata - en su aplicación en este caso - de una ley penal en blanco abierta que no describe expresamente la conducta penada, ya que la suficiencia del tipo se encuentra a merced de la potestad reglamentaria, en el marco del artículo 431 ya citado, la que no ha sido ejercitada.

Corresponde a esta Magistratura determinar si es no contraria a la Constitución la aplicación del precepto legal invocado, pero éste no puede entenderse aisladamente, pues para producir efectos en el caso se le debe aplicar inseparablemente ligado al artículo 431, con el que se conforma la descripción del tipo penal;

DECIMOSEPTIMO: Que, como antecedente relevante, cabe expresar que la normativa que regula el actuar coordinado y conjunto de las fuerzas policiales y del personal de salud en terreno bajo situaciones de carácter crítico, no se encontraba dictada a la fecha de ocurrencia de los hechos que motivan el proceso en que incide el requerimiento.

En efecto, dicha regulación se instituyó con posterioridad, mediante el Decreto Exento N° 50 del

Ministerio de Transportes, de 6 de marzo de 2002, que aprobó el respectivo Manual, siendo refrendado por los Ministros de Interior, Defensa, Salud y Transportes y Telecomunicaciones, sin que dicha materia fuere considerada como propia de un Decreto Supremo reglamentario.

De lo antes dicho se pueden extraer dos consecuencias fundamentales: en primer término, que dicha normativa, al no regir previamente a las circunstancias que se investigan, no puede dar lugar a una aplicación conforme a la Constitución del tipo residual de incumplimiento de deberes militares, pues no se encontraba debidamente complementado al momento de acontecer los hechos. Por otra parte, es un elemento adicional para considerar que el artículo 431 del Código de Justicia Militar no puede recibir aplicación en la especie, toda vez que los deberes del policía en esta materia no se encuentran contenidos en un decreto supremo reglamentario como el exigido por dicho precepto, sino sólo en un simple decreto exento, que carece de relevancia penal pues no se ejercitó la atribución concedida de manera idónea.

En efecto, para configurar el delito de incumplimiento de deberes militares, los hechos deben encuadrar en alguno de los reglamentos a que se refiere el artículo 431 ya aludido, y en este caso dichos reglamentos no han sido invocados ni se ha imputado el incumplimiento de deberes que se encuentren contenidos en ellos;

DECIMOCTAVO: Que de lo anterior se concluye que no existe complemento reglamentario suficiente para que

el tipo de incumplimiento de deberes militares se baste a sí mismo. Así, la aplicación del delito de incumplimiento de deberes militares resulta contraria a la Constitución, al carecer de descripción constitucionalmente suficiente los deberes cuya infracción se sanciona en el caso concreto, por lo que no puede considerarse cumplido el mandato del constituyente en orden a describir expresamente la conducta penada, erigiéndose en una ley penal abierta.

Por ende, la aplicación del tipo imperfecto de incumplimiento de deberes militares en base a deberes diferentes de aquellos a que se refiere el artículo 431 del Código de Justicia Militar, produce efectos contrarios a la Constitución, al permitir la condena de una persona por delitos que no están suficientemente descritos por la ley, ni aun en su núcleo fundamental;

DECIMONOVENO: Que, como se ha visto -privado el artículo 299 N° 3 de complemento reglamentario por la inexistencia de un texto de esa naturaleza dictado en conformidad al artículo 431 del Código de Justicia Militar-, es menester dilucidar la eventual aplicación del artículo 433, en relación al 299 N° 3 del Código de Justicia Militar;

VIGESIMO: Que resulta útil recordar que en la sentencia recaída en el requerimiento Rol N° 468, que no hizo lugar a la inaplicabilidad del artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar, se hizo expresamente constar (considerando decimosegundo) que no se había pedido inaplicar dicho precepto en relación con el artículo 433 del mismo cuerpo legal, razón que impidió calificar la constitucionalidad de éste.

Con todo, la disidencia estampada por el Ministro señor Jorge Correa Sutil (motivaciones decimotercera, decimocuarta, decimoquinta y decimosexta) abundó en razonamientos sobre la vinculación existente entre los dos preceptos que se han citado y el efecto inconstitucional de la aplicación conjunta de ambos;

VIGESIMOPRIMERO: Que el mencionado artículo 433, que establece el cúmulo de responsabilidades disciplinaria y penal, entrega al juez la calificación como delito de toda falta contra los deberes militares y la disciplina, cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir una figura de ese carácter;

VIGESIMOSEGUNDO: Que carece de relevancia la tesis del Ministerio Público Militar que atribuye a la disposición un simple efecto reiterativo de la formalización de una denuncia criminal, toda vez que la acción penal se concede -como lo indica el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal- para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado;

VIGESIMOTERCERO: Que, en consecuencia, es el juez de la causa quien decide si las circunstancias que le sean anexas a una falta contra los deberes militares o la disciplina dan lugar a la configuración de un delito.

Al efecto, el sentenciador no interpreta simplemente el precepto legal o constata si los hechos de la causa están subsumidos en la descripción normativa, sino que -en ausencia de toda definición del tipo- resuelve discrecionalmente lo que es delito. En definitiva, crea el tipo;

VIGESIMOCUARTO: Que, en tal predicamento, se comprueba que la norma impugnada es una ley penal abierta y que los efectos que puede provocar su aplicación en la causa *sublite*, son evidentemente contrarios a lo prescrito en el artículo 19 N° 3, inciso octavo, de la Constitución Política;

VIGESIMOQUINTO: Que, al tenor de lo razonado anteriormente, se concluye que la aplicación -en la causa Rol N° 1292 - 2001, de la Primera Fiscalía Militar y de Carabineros de Valparaíso, actualmente en tramitación ante el Juzgado Militar de Santiago- de los preceptos contenidos en los artículos 299 N° 3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar, resulta contraria a la Constitución Política, lo que se declarará.

Y VISTO lo prescrito en los artículos 19 N° 3 y 93 N° 6 de la Constitución Política de la República y 30 y 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE DECLARA QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJA UNO. DEJESE SIN EFECTO LA SUSPENSION DECRETADA EN AUTOS.

Se previene que el Ministro señor Marcelo Venegas Palacios concurre a la resolución que acoge el requerimiento, teniendo únicamente presente lo razonado en los considerandos primero a décimo de la sentencia, ambos inclusive.

Los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Francisco Fernández Fredes concurren a la sentencia con la excepción de sus considerandos vigésimo, vigésimo primero, vigésimo segundo, vigésimo tercero, vigésimo cuarto y vigésimo quinto, en la parte que menciona al

artículo 433 del Código de Justicia Militar, los que no comparten, por las razones que se expresarán:

PRIMERO: Porque, como recuerda la sentencia, el artículo 433 del Código de Justicia Militar precisa: *"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"*.

SEGUNDO: Que el sentido de la norma transcrita se relaciona con el denominado principio *"non bis in idem"* en cuanto una misma persona no puede ser castigada dos veces por un mismo hecho. Sin embargo, por un mismo hecho pueden imponerse sanciones penales y disciplinarias a la vez, porque constituyen elementos diferentes (Renato Astrosa Herrera. Código de Justicia Militar Comentado. Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, P. 593).

TERCERO: Que, complementando lo expresado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha admitido la existencia de casos que, sin vulnerar el principio del *non bis in idem*, admiten una doble penalización. Entre ellos se encuentran las relaciones funcionarial, de servicio público y la del concesionario. Para aquella Magistratura, la razón de esta compatibilidad de sanciones descansa en el mismo argumento que con carácter general permite la concurrencia de aquéllas: la dualidad de fundamento. Agrega que la razón de la potestad disciplinaria tiene un componente esencialmente ético, ya que su finalidad, más

que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvación del prestigio y la dignidad corporativos, el servicio de los intereses generales y el funcionamiento eficaz de los servicios públicos. (Joaquín Meseguer Yebra. El principio "non bis in idem" en el procedimiento administrativo sancionador. Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p. 20). De allí que la posibilidad de dualidad de sanciones se dé en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, como las que caracterizan la carrera de los funcionarios de Carabineros de Chile.

CUARTO: Que en esta línea de argumentación, puede apreciarse que el artículo 433 del Código de Justicia Militar está destinado a permitir la compatibilidad de sanciones disciplinarias y penales, aun cuando no pueden coexistir la responsabilidad penal y la disciplinaria por un mismo hecho cuando primero se hubiere perseguido la responsabilidad penal y se hubiere condenado al responsable (Astrosa. Ob. cit, p. 594).

QUINTO: Que, asimismo, para que en aplicación de la norma recordada y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias impuestas pueda perseguirse la responsabilidad penal derivada del mismo hecho, es necesario que efectivamente se configure un delito que cumpla con el requisito de tipicidad que la Constitución establece en su artículo 19 N° 3, inciso final: *"Ninguna ley establecerá penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella"*.

SEXTO: Que no caben dudas que si tal requisito de tipicidad no se cumple, el juez llamado a instruir la causa penal no podría dar curso al ejercicio de la acción correspondiente, amparándose en el artículo 433 del

Código de Justicia Militar. De esta forma, suponer que la determinación de la existencia del delito, en base a sus circunstancias anexas, queda entregada al mero arbitrio del juez, por sobre lo que la Constitución establece, implica atribuir, a la norma referida, un significado que estos Ministros no comparten, pues no se desprende así del texto expreso del precepto, ni tampoco se aviene con aquella interpretación conforme a la Constitución que la jurisprudencia de este Tribunal ha enfatizado en forma permanente. Tal como se razonó, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 304, de 3 de febrero de 2000, para resolver sobre la constitucionalidad del precepto, sometido a control obligatorio, era menester indagar sobre el contenido teleológico de la Ley Suprema, para obtener el auténtico sentido de su preceptiva, a fin de que sus disposiciones cobren flexibilidad, **debiendo estarse siempre más a su contenido sustantivo que a lo meramente formal**. Corresponde, entonces, seguir el principio de buscar la interpretación de las normas que permite resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución (Eugenio Valenzuela Somarriva. Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 31, 2006, p.40).

SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, cuando el Código de Justicia Militar ha querido entregarle facultades interpretativas al juez de la causa lo ha dicho expresamente, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 433 del mismo Código. Así, por ejemplo, en el artículo 132, que expresa: *"El Juez Institucional que tome conocimiento, ya por denuncia, ya por requerimiento*

*del Fiscal General Militar o de otro modo, de haberse cometido un hecho punible, decretará la formación de un sumario para su investigación y castigo, salvo **que estime que el hecho merece sólo una sanción disciplinaria o constituye una mera falta**".*

OCTAVO: Que, en consecuencia, al haberse decidido por la sentencia de este Tribunal que el artículo 299 N° 3 en relación con el artículo 431 del Código de Justicia Militar son inaplicables en la causa Rol N° 1.292-2001, de la Primera Fiscalía Militar y de Carabineros de Valparaíso, por resultar contrarios a la Constitución, no tiene sentido declarar la inaplicabilidad del artículo 433 del mismo Código, pues el juez de la causa no estará en presencia de un delito que pueda perseguirse y sancionarse de conformidad con la Constitución, de modo que la compatibilidad de sanciones a que dicha norma se refiere, ya no podrá operar.

Redactó la sentencia el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake, la disidencia la Ministro Marisol Peña Torres y la prevención su autor.

Notifíquese por carta certificada, regístrese y archívese.

ROL N° 781 - 07 INA.

Se certifica que los Ministros señores Juan Colombo Campbell y Jorge Correa Sutil concurrieron a la vista de la causa y al acuerdo del fallo pero no firman por encontrarse ausentes con permiso.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente don Juan Colombo Campbell y los Ministros señores, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán

Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres, Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes. Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, don Rafael Larrain Cruz.