

## COMENTARIO DE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 9 DE NOVIEMBRE, ROL N° 468-2006

KAMEL CAZOR ALISTE\* / RODRIGO PICA FLORES\*\*

El presente comentario jurisprudencial, inexorablemente, tiene que partir formulando la siguiente pregunta esencial, ¿el artículo 299, numeral tercero, del Código de Justicia Militar, a la luz del artículo 19, número tercero, de la Constitución, contiene o no el núcleo básico o central de la conducta punible descrita? La sentencia llega a la clara conclusión de que el tipo penal, cuya inaplicabilidad se solicita, “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 (...), además de vincularse directamente al carácter de “disciplinadas” que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas” (Considerando 9°). Para llegar a esta conclusión, la *ratio decidendi* de la sentencia aborda lo relativo a la juridicidad de las leyes penales en blanco (Considerando 1° a 6°), y lo concerniente a la juridicidad del artículo 299, N° 3, del Código de Justicia Militar (Considerando 7° a 12°). Además de una prevención, posee dos votos disidentes.

Lo que hace referencia a la juridicidad de las leyes penales en blanco, el Tribunal, con un criterio interpretativo literalista y originalista, adhiere a la tesis que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro ordenamiento. Se indica que, “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 expre-

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Valladolid (España). Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Norte (Chile). Correo electrónico: cazor@ucn.cl

\*\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central (Chile). Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Norte (Chile). Correo electrónico: rpica@yahoo.es

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2007.

Fecha de aprobación: 19 de marzo de 2007.

samente 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” (Considerando 6°).

Determinado lo anterior, el Tribunal Constitucional se avoca al estudio de la juridicidad de la norma cuestionada, particularmente si el artículo 299, numeral tercero, se encuentra dentro de algunas de aquellas hipótesis que nuestro ordenamiento jurídico –dentro de lo constitucionalmente adecuado– permite de leyes penales en blanco. Para fundamentar tal adecuación –y concluir que el precepto del Código de Justicia Militar requerido “contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita” (Considerando 11°)–, el Tribunal señala que es equivalente a describir el “núcleo central de la prohibición” la expresión “deje de cumplir sus deberes militares”, ya que la remisión para describir la conducta punible se encuentra establecida en el propio Código Militar y cuya regulación se plasma en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas, N° 1.445/1951 (Considerando 8°).

De esto se desprende que la ley al tipificar el delito de “incumplimiento de deberes militares” no se basta a sí misma, remitiendo, en consecuencia, su descripción a la norma reglamentaria. Remisión normativa que, dicho sea de paso, se ajustaría completamente a la reserva legal del artículo 19, N° 3, inciso final, cumpliendo la densidad normativa que exige la Carta Fundamental, toda vez que se trata de una de las posibilidades regulatorias de tipificación que esta brinda. Con la única salvedad de que la norma reglamentaria debe constituir un todo jurídicamente armónico con la ley que remite, es decir, la regulación infralegal debe *complementar* el núcleo esencial de regulación previamente trazado por la norma legal, en este caso la “garantía de orden penal” de la tipicidad.

Cuestión perfectamente lógica y coherente con la propia fundamentación de la garantía normativa de la reserva de ley, que, como bien es sabido, se sustenta en el principio democrático y en la garantía del pluralismo político, pretendiendo reservar ciertas materias a la forma de ley en el entendido de que la intervención de los representantes de los ciudadanos, en un proceso legislativo caracterizado por los principios de contradicción y publicidad, produce una norma con mayor legitimidad que las demás. Perspectiva que, como bien dice el Tribunal Constitucional Español en sentencia N° 112/2006, “entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho”, siendo su significado último “el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal. Asunto que, en ningún caso, excluye la

intervención reglamentaria, ya que, en el contexto de las leyes penales en blanco, precisamente se plantea la posibilidad de remisión a normas reglamentarias. No se está, por ende, en el campo doctrinal de la reserva absoluta ni relativa de ley, sino en una especial forma de reserva que permite una peculiar integración de “legalidad” —entre la ley y el reglamento—, a fin de conformar la densidad normativa suficiente, que exige la garantía constitucional de orden penal de la tipicidad. Circunstancia que se cumpliría en este caso, especialmente si se trata de regular los deberes de disciplina que son consustanciales a la actuación de las Fuerzas Armadas.

Se coincide, eso sí, con el voto disidente del Magistrado Jorge Correa, en el sentido de 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 disposición igualmente aplicadas por el juez de la instancia— no como conductas, sino como disposiciones del ánimo o virtudes morales” (Considerando disidente 11°); lo que puede dar lugar a una peligrosa discrecionalidad de los jueces militares. Sin embargo, tampoco se debe olvidar que esta instancia de verificación se trata de un control concreto y no abstracto, esto es, que la “aplicación”, al caso particular, del precepto legal cuestionado resulte contraria a la Constitución. Razón por la cual no se deben olvidar en este asunto los “deberes militares” de una cadena de mando de oficiales del Ejército (dentro de los cuales se encuentra el requirente), que, por acción u omisión, propiciaron el fatal ejercicio en la montaña de los infortunados soldados. Por ello, en principio, se coincide con el voto disidente, al indicarse que el reglamento al completar la descripción legal, estaría propiciando que, en última instancia, sea el juez que establezca la conducta ilícita, perspectiva que si la verificamos *abstractamente* con la Constitución podrían haber argumentos en favor de la inconstitucional. Pero, como ya se ha dicho, aquí se debe argumentar en el contexto de un *control concreto*, cuya aplicación al caso particular pudiere ser contraria a la Carta Fundamental. A la luz de una interpretación sistemática y finalista de la Constitución Política, resultaría poco sustentable, especialmente por la gravedad y repercusiones políticas de los acontecimientos, que se hubiere declarado, en un primer momento, la inaplicabilidad y, posteriormente, la inconstitucionalidad *erga omnes*, del artículo 299, numeral tercero, del Código de Justicia Militar, con la consecuente impunidad en este ámbito de los principales responsables del mando involucrados.

Ahora bien, de lo analizado hasta este momento, no cabe duda de que se trata de un fallo polémico. Otro importante frente de críticas, podría también formularse desde la perspectiva del denominado principio interpretativo *favor libertatis*. El cual puede definirse como la aplicación de la regla de Derecho que garantice mejor el derecho protegido, seña-

lándose que “en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto”<sup>1</sup>, principio que podría haberse aplicado en este caso, y, según el cual, al estar la norma impugnada en el límite de lo permisible para una ley penal en blanco, el recurso debió ser acogido, y no rechazado como en la especie ocurrió.

Dicha crítica, si bien, en principio, se presenta como muy razonable y en términos lógico-jurídicos parece estar bien fundada, parte de la base de dejar de lado algunas de las grandes categorizaciones conceptuales de lo que hoy se entiende como jurisdicción constitucional, omisión que lleva a conclusiones diferentes de las que derivan de no hacerlo, consecuentemente dicha omisión es “decisoria” o determinante en el análisis. En efecto, nos referimos a dos distinciones conceptuales claves: por un lado, la diferenciación entre derecho y garantía; y, por el otro, la distinción entre jurisdicción constitucional de derechos fundamentales y jurisdicción constitucional de control de constitucionalidad de la ley.

En primer termino, es necesario diferenciar los derechos subjetivos de las garantías, distinción ya clásica, que ha derivado, en el pensamiento de Luigi Ferrajoli, en la actual conceptualización del Derecho como sistema de garantías autónomas de los derechos. En efecto, en base a la categorización que este autor italiano hace dentro de una concepción material, se debe entender por derechos fundamentales “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de estatus de personas”, y por garantías de los mismos el “conjunto de técnicas e instituciones destinadas a garantizar el efectivo respeto de la Constitución, su supremacía y los derechos”, en tanto constituyen “medios que la ley fundamental pone a disposición de los hombres para defender y sostener sus derechos frente al poder, la personas y los grupos”, que además son “la protección concreta que se brinda a los derechos”<sup>2</sup>. Dichas garantías, como se sabe, admiten diversas caracterizaciones, según el ámbito en el que operen dentro del sistema jurídico, así hay garantías jurisdiccionales, institucionales y legislativas, entre otras, y garantías genéricas y específicas. En ese orden contextual, se ha de entender el enunciado normativo del artículo 19, N° 3, inciso final de la Carta Fundamental, pues no constituye un derecho subjetivo público, sino que integra una garantía normativa específica de reserva legal, que establece, por una parte, la obligación del legislador de regular ciertas materias (conductas delictivas y penas), y, por la otra, establece los

<sup>1</sup> PINTO, Mónica (1997). “El principio pro homine, criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Vv. Aa. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editorial CELS-Editores del Puerto.

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, M. (1999). *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Madrid: Trotta.

límites y la densidad normativa de dicha regulación legislativa (“expresamente descrita en ella”).

Desde otra punto de vista, Mauro Cappelletti, formuló –a fines de los años 50– la distinción de las dos grandes ramas de la jurisdicción constitucional: la jurisdicción constitucional de libertades públicas (hoy conocida como de derechos fundamentales)<sup>3</sup> y la jurisdicción de control de constitucionalidad de la ley<sup>4</sup>. La primera referida al respeto de los derechos fundamentales en casos concretos, frente a actos de autoridad administrativa o de particulares; y la segunda referida a la supremacía del constituyente frente al legislador y la debida adecuación que han de guardar los actos legislativos con la Carta Fundamental. Cabe hacer presente que en la jurisdicción de derechos fundamentales, encontramos, en primer plano, las garantías jurisdiccionales específicas de los derechos fundamentales (por ejemplo, el amparo o el *habeas corpus*), y en la jurisdicción de control de la ley encontramos las garantías normativas (sean estas genéricas o específicas) y a la clásica función kelseniana de contraste de la ley con la norma constitucional.

Es de común conocimiento que en Chile la jurisdicción de control de constitucionalidad de la ley está concentrada en el Tribunal Constitucional, *ex ante* y *ex post*; pero, la jurisdicción de derechos fundamentales está entregada a los tribunales ordinarios (por ejemplo, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, por la protección y amparo). El vaso comunicante, y en realidad única vía para que el Tribunal Constitucional se transforme en Tribunal de derechos fundamentales, es el control de constitucionalidad de la ley en caso que el parámetro de control sea uno o más de los derechos contemplados en el catálogo de la Constitución. La joven disciplina denominada “hermenéutica constitucional”, ha construido una serie de reglas o criterios de interpretación, entre los cuales destaca, por un lado, el ya mencionado *favor libertatis* en materia de jurisdicción de derechos fundamentales, y, por el otro, la presunción de constitucionalidad de la ley, en materia de control de constitucionalidad de preceptos legales.

Desde este punto de vista, ¿sería el “Caso Antuco” una causa de derechos fundamentales?, ¿se trataría, al contrario, de un asunto de estricto control de constitucionalidad de la ley, en la medida que la norma constitucional invocada es una garantía y no un derecho subjetivo? Nuestra respuesta se inclina a favor del segundo de los interrogantes formulados. Por ello el principio *favor libertatis* no tendría cabida, pues

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, M. (1961). *La jurisdicción constitucional de la libertad*. Traducción de Héctor Fix Zamudio. México D.F.: Imprenta Universitaria.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, M. (1968). *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*. Milán: Giuffrè.

no habría *libertatis* involucrada, es decir, es un principio cuya aplicación en este caso es exorbitante, pues la *adequatio* del, tantas veces citado, artículo 299, numeral tercero, con el artículo 19, numeral, 3<sup>o</sup>, inciso final de la Constitución, se trataría, más bien, de un tema de respeto por el legislador de la garantía normativa de dicha disposición, por lo cual el principio hermenéutico en juego es la presunción de constitucionalidad (de cumplimiento de la garantía de orden penal por la norma legal impugnada). Por esta razón, como ya se ha dicho, correspondía a los requirientes demostrar en sede de inaplicabilidad, control concreto, que la aplicación de la norma impugnada, implicaba una violación de la garantía normativa específica constitucional, pues el precepto legal se presume constitucional, a menos que se demuestre lo contrario.

Quedaría claro, entonces, que la constitucionalidad del tipo penal de “incumplimiento de deberes militares”, no se trataría, en estricto sentido, de un tema de derechos fundamentales, sino de control de constitucionalidad de la ley, teniendo como parámetro una garantía de reserva legal específica, que impone que la regulación esté en un cuerpo legal en su sentido formal, y, además, requiere estándares cualitativos de dicha regulación, esto es, de densidad normativa de regulación que debe contener el núcleo básico de la conducta punible. Que posee la particularidad, como igualmente se ha dicho, de representar *una especial forma de reserva que permite una peculiar integración de “legalidad” —entre la ley y el reglamento—, a fin de conformar la densidad normativa suficiente que exige la garantía constitucional de orden penal de la tipicidad.* Relación de complementariedad que solo es sustentable por tratarse, como ya hemos deducido, de una garantía; pues, si nos encontráramos en el plano de la regulación de un derecho fundamental puro y simple, la reserva legal sería absoluta y, por ende, con casi nulas posibilidades de regulación del reglamento, que en ningún caso podría “complementar” aquello que la Constitución le reserva absolutamente a la ley.