

# El debido proceso a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX\*

PATRICIO RUBIO CORREA

## SUMARIO

1. PRESENTACIÓN
2. EL ESTABLECIMIENTO DE LOS TRIBUNALES MILITARES A FINES DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL SIGLO XX
3. EL DEBIDO PROCESO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA (Y EN ALGUNOS CASOS A TRAVÉS DE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS)
4. PRINCIPALES CONCLUSIONES

## 1. PRESENTACIÓN

Este trabajo se ocupa del tema del debido proceso durante la etapa inicial de establecimiento de los tribunales militares en el Perú.

El período es propicio porque, como veremos a continuación, en 1898 se dicta el Código de Justicia Militar y se empieza a aplicar casi de inmediato. Es el período en el cual se debe desarrollar con fuerza y convicción los aspectos más importantes de esta jurisdicción especial que, más tarde, acumulará todos estos pasos iniciales como puntos de partida para su actuar cotidiano, bajo forma de antecedentes.

Las Constituciones peruanas no se habían ocupado aún del debido proceso en este tiempo, pero esta circunstancia no nos debe llevar a la conclusión de que aplicar a aquella época dicho concepto es un error histórico. Todo lo contrario. El debido proceso es

una construcción propia del Derecho anglosajón que ya existía en aquel entonces en dicha familia jurídica. Si bien los vínculos académicos entre ella y nuestra familia romano-germánica no eran tan intensos como en el presente, es obvio que la categoría conceptual existía.

Por otro lado, si bien no se había elaborado, estrictamente hablando, el concepto abstracto de debido proceso en el Perú, las Constituciones peruanas ya habían desarrollado especies del mismo en sus normas. La de 1823 fue la primera en hacerlo como demostraremos líneas más abajo. La Constitución de 1860, vigente en la época que tratamos, tenía un puñado de normas significativas al respecto.

Por estas consideraciones, estimamos que hacer un trabajo sobre debido proceso en los Tribunales Militares al concluir el siglo XIX y comenzar el siglo XX, es perfectamente legítimo desde el punto de vista académico.

Este trabajo está desarrollado fundamentalmente sobre materiales de época que hemos trabajado a partir de las compilaciones oficiales hechas para el período 1899-1906.

Estas publicaciones están organizadas en diversas partes homogéneas en los diversos tomos. Nosotros hemos tomado la parte jurisprudencial y de doctrina, así como los documentos vinculados a la modificación y aplicación del Código de Justicia Militar. Hemos tratado de recoger todo lo esencial en estos varios cientos de páginas, de manera que podamos fundamentar con instrumentos de época este estudio.

Existen dos partes sustantivas : la primera se refiere a la instauración propiamente dicha de los tribunales militares en el Perú, las normas principales y las discusiones que se presentaron al respecto; y, una segunda, en la que tratamos varios temas específicos sobre debido proceso, que abordaremos en base a instrumentos jurisprudenciales, y en base también a proyectos de ley de época.

## **2. EL ESTABLECIMIENTO DE LOS TRIBUNALES MILITARES A FINES DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL SIGLO XX**

La Constitución peruana de 1834 había establecido:

«Artículo 110°. Habrá también un Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de vocales y un fiscal nombrados por el Congreso. Asimismo, tribunales especiales para el comercio y minería.

La ley determinará los lugares donde deban establecerse estos tribunales especiales, el número de sus vocales, y sus respectivas atribuciones».

Sin embargo, el rastro de esta disposición se perdió rápidamente en la agitada historia constitucional de dicha década en la vida peruana y no volvió a repetirse.

No obstante, la necesidad de regularizar la jurisdicción militar era sentida y, por ello, se dieron los pasos decisivos a fines del siglo XIX.

Trataremos aquí los principales eventos del desarrollo de los tribunales militares en el Perú, así como también los detalles normativos del debido proceso establecidos en dichas Constituciones.

## **2.1. El orden previo a la dación del Código de Justicia Militar de 1898**

Hasta la dación del Código de Justicia Militar, la sanción dentro de las fuerzas armadas se regía por normas coloniales y sumamente atrasadas para los avances procesales y penales de la época:

«Conforme á las Ordenanzas Militares españolas, que rigieron entre nosotros hasta el año 1898, la administración de justicia militar dependía en lo absoluto del Poder Ejecutivo; pues, dado un delito militar, el Estado Mayor General ordenaba el enjuiciamiento, nombraba un juez fiscal, que al mismo tiempo, desempeñaba las funciones de juez instructor y juez fiscal, y terminaba formulando sus conclusiones ante un Consejo de Guerra, nombrado por el Ministro de la Guerra, sin sujetarse en el nombramiento de los vocales militares que debían componerlo, á ninguna regla positiva que asegurase la imparcialidad, sino á su propia voluntad, que estaba casi siempre, inspirada en la política militante; y así, cuando los delincuentes militares pertenecían á la comunión política de los Gobiernos, éstos les nombraban, generalmente, Consejos *ad-hoc* para salvarlos, ó para condenarlos, en caso contrario. Semejante sistema, por demás im-

perfecto, pecaba, pues, contra los más fundamentales principios que hoy consagra la ciencia del procedimiento judicial». (Exposición de motivos del proyecto de la comisión en minoría (Comisión Revisora del Código de Justicia Militar y de Marina) firmado por Gastón. En: ANALES DE JUSTICIA MILITAR. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907. pp. 385-386).

Puede apreciarse aquí la crítica descarnada en un documento oficial que, en sus aspectos principales, sostiene lo siguiente:

- No había tipificación ni graduación de penas.
- El juez instructor era nombrado para el caso sin ningún requisito. Lo propio ocurría con el fiscal.
- De igual manera se nombraba al Consejo de guerra que juzgaba.
- Se favorecía a los amigos y perjudicaba ex profeso a los enemigos.

En otro documento también oficial se dice lo siguiente:

«Antes de que se promulgara el Código de Justicia Militar, los Jefes de las diversas dependencias del Ejército eran los únicos y absolutos jueces de los delitos y faltas en que los inferiores incurrían. Ellos apreciaban, según su propio criterio, la gravedad de las acusaciones y cargos que se formaban contra sus subordinados, e imponían directamente las penas; todas ellas arbitrarias, porque no descansaban en ninguna ley.»

Con semejante sistema, era muy raro el juzgamiento militar que, conforme a las Ordenanzas se seguía, y más raros aún los Consejos de Guerra que sentenciaban. El superior ó jefe, castigaba con arrestos, más o menos largos y rigurosos, con la baja o expulsión, y con otros castigos que su manera de ver las cosas le inspiraban, las faltas y los delitos de los que a sus órdenes servían. De allí, que generalmente, se perdonaban delitos o no se les castigaba con la severidad necesaria, en tanto que se exageraban faltas, reprimiéndolas como delitos.

A este verdadero caos de justicia militar, ha puesto felizmente término el novísimo Código de la materia. Los delitos y las faltas graves se llevan al conocimiento de jueces militares que, apreciando imparcialmente los hechos, en su verdadera trascendencia y gravedad, imponen la pena merecida, comprobada la

delincuencia, ó absuelven en los casos de acusaciones infundadas. No ha querido el Código Militar dejar á los superiores, siquiera la facultad de castigar las faltas graves. La autoridad represora de éstas, se limitó solo á las de carácter leve». (Memoria que al Excelentísimo Consejo de Guerra y Marina, presenta el Jefe de la Zona Militar de Lima, General de Brigada don César Canevaro, fechada en Lima, el 16 de Setiembre de 1902. En: ANALES DE JUSTICIA MILITAR. Bienio 1901-1902. Tomo segundo. Lima, imprenta de El Lucero, 1907. pp. 291-292).

El general Canevaro es más explícito aún que Gastón en los detalles de la arbitrariedad: a menudo era el propio jefe el que imponía sanciones que constituían verdaderas penas, sin que intermediara el menor procedimiento ni las más elementales reglas de seguridad para la persona sancionada.

En verdad, era una regulación sin seguridad jurídica alguna, debiendo aclararse que ya desde nuestras primeras Constituciones había provisiones en ese sentido, recogidas por lo demás de la doctrina producida en Europa desde mediados del siglo XVIII. El atraso en esta materia es, históricamente, inaceptable. Peor aún en un país republicano como el nuestro.

«A pesar de la emancipación política del Perú, continuaron rigiendo las ordenanzas españolas de 22 de octubre de 1778, en las que estaban comprendidas las disposiciones disciplinarias, administrativas y judiciales sobre el Ejército.

En cuanto al ejercicio de las últimas, el Presidente de la República, en virtud de facultades heredadas de los Virreyes, que le fueron ratificadas por resolución de 19 de julio de 1827, nombraba un juez fiscal y designaba el personal de los Consejos de Guerra, para cada causa; y del fallo de éstos conocía en revisión, únicamente, el mismo Presidente, sin más restricción que no poder agravar la pena. La Constitución Política de 1834 creó un Consejo Supremo de Guerra y Marina, compuesto de Vocales de la Corte Suprema de Justicia y de Generales del Ejército y la Armada, que se interpolaban y precedían, siguiendo la antigüedad de su respectivo título ó despacho. La Constitución de 1839 guardó silencio sobre ese Consejo Supremo; y por equi-

vocado concepto sobre la vigencia de las leyes, volvió la facultad revisora al Presidente de la República.

Esa dictadura absoluta del Jefe del Poder Ejecutivo en materia de justicia militar, manifiestamente inconstitucional, burla sangrienta del sistema representativo y que convertía a los tribunales militares en secuaces de los odios y venganzas del Jefe del Estado, duró hasta el 20 de enero de 1898, en que principió a regir el Código de Justicia Militar, que puso fin a tanto absurdo y arbitrariedad». (Memoria del Excmo. Consejo Supremo de Guerra y Marina leída por su Presidente el señor General de División don César Canevaro, en la ceremonia de apertura del año judicial de 1905, fechada en Lima, 18 de marzo de 1905. En: ANALES DE JUSTICIA MILITAR. Bienio 1905-1906. Tomo cuarto. Lima, Imprenta El Lucero, 1908. pp. 236-237).

En esta cita, el mismo general Canevaro indica claramente que los recursos impugnatorios que eventualmente pudieran presentarse en los procesos existentes antes del Código de Justicia Militar del Perú, eran resueltos por el Presidente de la República a su entera discreción, sin reglas de fondo ni de procedimiento. Es muy fácil darse cuenta que la tolerancia con los amigos y la dureza con los enemigos, ya antes testimoniada, se reforzaba mediante estos mecanismos.

En síntesis, podemos decir que el procedimiento y las normas de sanción en materia militar, previas al Código de Justicia Militar, eran esencialmente arbitrarias, sin ninguna regulación, siquiera mínima, que pudiera dar razón de la modernidad ya existente en ese entonces en la doctrina y en las legislaciones.

## **2.2. La dación del código y su discusión subsiguiente**

El Código de Justicia Militar fue dictado en 1898 y entró en inmediata aplicación. Su importancia fue tal que, inclusive, se decidió dar publicidad a sus principales aspectos institucionales y jurisdiccionales a través de la publicación de los Anales de Justicia Militar que citamos a lo largo de estas páginas.

El Código dejó la sanción de las faltas menores a los jefes y, tanto las faltas graves como los delitos, fueron encomendados a las Zonas que actuaban como primera instancia, dejando la decisión definitiva al Consejo Supremo de Guerra y Marina.

Desde sus primeros momentos, los tribunales militares se dedicaron a establecer los márgenes de su actuación. Dos fueron los aspectos polémicos de ella y a los que nos dedicaremos con mayor énfasis en esta parte: el tema de la competencia de los jueces militares en diversas circunstancias de hecho; y, el de a quién correspondía resolver las contiendas de competencia con los juzgados ordinarios, así como a quién correspondía la última instancia: a los tribunales militares o a los ordinarios. Como se puede apreciar, no son sino dos caras de la misma moneda aunque institucionalmente distintas.

Durante varios años se haría jurisprudencia al respecto y surgirían las diversas posiciones en juego. Finalmente, en 1906 se publicarían dos leyes respecto de estos temas zanjando la discusión de aquel período.

### **2.3. Los asuntos de competencia de los tribunales militares**

Con relación a cuándo son competentes los tribunales militares para procesar a un militar, está el siguiente caso:

«En el curso de la instrucción seguida á D. y á fojas diecisiete declara el capitán A. que no se encontraba de servicio alguno en esos momentos; de donde resulta que no era fuerza armada para los efectos del inciso 4 del artículo 11 del Código de Justicia Militar, estando á lo dispuesto en el artículo 12 del mismo Código, según el cual sólo se reputará fuerza armada, á los individuos del Ejército en actos del servicio ó con ocasión de él.

En esta virtud, la ofensa de palabra y obra de que es acusado D. no constituye delito militar por lo que, conforme á lo ordenado en el inciso segundo del artículo 494 del Código citado, procede el sobreseimiento definitivo, y el Auditor lo propone así á US» (Dictamen del auditor de Guerra, firmado por Salamanca, el 6 de octubre de 1899. En: Anales de Justicia Militar Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907 (publicación oficial). p. 30).

Se dictó ejecutoria de conformidad con este dictamen, el 22 de diciembre de 1899. Puede apreciarse que en este caso se propone que cuando un oficial no está en servicio no es fuerza armada, por lo que se decidirá por la jurisdicción común, no la militar. Así se resolvió en el caso.

Hay, sin embargo, un caso que tiene resolución distinta. Es el siguiente:

El proceso trata sobre el siguiente hecho: el coronel G.T. insultó al señor Ministro de Gobierno y Policía, Coronel don D.J.P., a la una del día 3 de diciembre de 1899 en el Hotel Maury.

El auditor de la zona militar respectiva, consideró que no se trataba de un delito militar. Dijo lo siguiente:

«(...) delito que en concepto del Auditor, no es militar sino común; y por consiguiente, su juzgamiento no corresponde a la jurisdicción de guerra.

Abolido el fuero personal por nuestra Constitución Política, no pertenecen a la jurisdicción de guerra todos los delitos cometidos por los militares, sino que ella se determina únicamente, por razón del delito, por razón del lugar en que se cometa y por razón de guerra.

Evidente es, y no necesita demostrarse, que el delito de que se trata no es militar, ni por razón del lugar, ni por razón de guerra; y muy fácil es también persuadirse, de que tampoco lo es por razón del delito mismo.

Para ello, basta tomar en cuenta, que solo un militar en servicio puede delinquir como tal; fuera del servicio, delinque como un individuo cualquiera, que sólo puede cometer delitos sujetos á la jurisdicción de guerra, cuando la ley la ha hecho extensiva á ellos.

El Coronel T. no estaba en servicio; luego ha delinquido como un individuo cualquiera, y cometiendo un delito que pertenece á los tribunales comunes; porque la ley no le señala jurisdicción especial, ni por el hecho mismo, ni por la calidad de la persona agraviada; pues tal circunstancia, lo único que hace es reagravarlo, en mérito del respeto que se merece el principio de autoridad y las personas constituidas en dignidad, pero no le cambia su naturaleza». (Dictamen del Auditor de la Zona, firmado por Salamanca, el 18 de diciembre de 1899. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907. pp. 34).

La Zona Militar se inhibió en virtud de este dictamen. También se inhibió el juez del crimen (fuero común).

El caso llegó para solución de la contienda negativa de competencia ante el Consejo Supremo y ante él, el dictamen del auditor general del Consejo Supremo, fundamentó que el delito sí era militar con la siguiente argumentación:

«Prescindiendo, ya, por completo, del carácter militar del acusado, el hecho es, según el parte de acusación, que él ofendió de palabra y obra al Ministro y Jefe Superior de Policía; y por tanto, su delito se halla perfectamente incurso en el inciso 4 del artículo 11° del Código de Justicia Militar, que somete a la jurisdicción de guerra a todo individuo, sea militar o civil, que insulte a la policía, según la amplitud del artículo 12° del mismo Código».

Pero para contrarrestar la fuerza legal de este argumento, se ha dicho, por única razón, que cuando ocurrió el suceso en el «Hotel Maury» el Ministro de Policía, no estaba en funciones ni vestía el uniforme del Instituto.

Semejante alegación no puede ser tomada en consideración seria, porque es sabido que, el Ministro de Policía, sobre el cual pesa directamente la grave responsabilidad de la conservación del orden interior y la garantía del derecho de los ciudadanos, está en funciones, y tiene que estarlo, por fuerza ineludible, en todo momento y en todo lugar como lo están el Prefecto, el Intendente y aún el simple Comisario de Policía (...). (Informe del Señor Auditor General del Consejo Supremo, firmado por Gastón el 15 de febrero de 1900. En: *Anales de Justicia Militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907. pp. 48*). El Consejo Supremo declaró la competencia de los tribunales militares.

Este proceso muestra una solución inversa a la del caso anterior. Aquí se resuelve que el caso pertenece a los ámbitos castrenses porque el Ministro está en funciones permanentemente. Es verdad que la investidura de ministro puede permitir hacer diferencia en este caso en relación con el anterior, pero también queda un sabor particular a que en el caso de los ministros agraviados, los tribunales militares prefieren retener el caso.

En materia de qué delitos debe juzgar el fuero militar, hay un caso interesante de hábeas corpus:

En Cajamarca se interpuso una acción de hábeas corpus (en ese entonces se le llamaba recurso) contra una resolución judicial. El hábeas corpus fue declarado fundado y como consecuencia de ello se abrió acción penal contra el juez que emitió la resolución respectiva.

El dictamen dice textualmente:

«El Fiscal de V.E. dice: que en la ley de Hábeas Corpus, de 21 de octubre de 1897, hay dos procedimientos: uno que tiene por objeto dar eficacia á la garantía que declara el artículo 18 de la constitución, para que el derecho de libertad individual sea una realidad; y otro, esclarecer la culpabilidad y castigar á la autoridad que resulte culpable.

Para el primer procedimiento, es competente en todo caso, la jurisdicción ordinaria, pues se trata de una garantía constitucional. Para el segundo procedimiento, lo es el juez llamado á conocer de los delitos que la autoridad comete en el ejercicio de sus funciones» (Dictamen del señor fiscal del Excmo. Consejo Supremo de Guerra, firmado por Lama el 5 de diciembre de 1904. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1905-1906. Tomo cuarto. Lima, Imprenta El Lucero, 1908. pp. 45-46).

Por tales argumentos sostuvo que el juez encausado debía ser juzgado por los tribunales militares. Así se resolvió.

Se recoge para los tribunales militares la competencia para resolver el problema de función, en la medida que el juez ha actuado en ejercicio de sus tareas militares. Hay que notar que, siempre, se ha sostenido que la función central del hábeas corpus es devolver el derecho pero no es su objetivo fundamental el lograr la sanción del responsable. Desde este punto de vista, la resolución adoptada parece razonable.

También, en estos ámbitos, está el problema de la competencia de los tribunales militares para juzgar a civiles. El caso se presentó así:

«No podía ser de otro modo; porque no se explicaba que la agresión á un custodio del orden, que no es una agresión personal sino á la fuerza que representa, se castigara por los tribunales ordinarios, con las penas que el Código Penal señala á los deli-

tos comunes, de injurias y lesiones. Cuando un policía está de facción, su personalidad desaparece ante la personalidad de la ley; por consiguiente, toda agresión contra él, va dirigida á la fuerza pública y no al hombre. Esta verdad ha sido reconocida ya en casi todos los países; cuyos Códigos reputan y castigan como delito militar, el ataque á centinelas, fuerza armada y policía, en actos del servicio». (Memoria del Excmo. Consejo Supremo de Guerra y Marina leída por su Presidente el señor General de División don César Canevaro, en la ceremonia de apertura del año judicial de 1905, fechada en Lima, 18 de marzo de 1905. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1905-1906. Tomo cuarto. Lima, Imprenta El Lucero, 1908. pp. 241-242).

En este caso, de lo que se trata es de que un civil (denominado paisano) ha atacado a un miembro de la gendarmería mientras cumplía funciones de servicio. El Código de Justicia Militar indicaba que estos casos eran juzgados en tribunales militares y así ocurrió, como da cuenta la memoria que aquí citamos.

Casos como éste merecieron crítica extensa en aquel entonces. Se sostenía que a los civiles debía juzgarlos el fuero ordinario. Sin embargo, en este asunto no se hizo modificación alguna en los años que hemos trabajado.

En otro caso se discutió de quién, dentro de los tribunales militares, era la competencia para sancionar a un congresista que había sido acusado en un delito que tenía que ver con asuntos tipificados en el Código de Justicia Militar. Es el siguiente:

«Según los términos en que está concebida la autorización de la Honorable Cámara de Diputados para el enjuiciamiento del doctor D., acusado del delito de rebelión, este Ministerio cree que esa autorización no envuelve el desafuero del diputado enjuiciado, único caso en que debería ser juzgado por el Jefe de Zona; y en consecuencia opina, porque el Excelentísimo Consejo Supremo es competente para continuar la tramitación de este juicio, de conformidad con el inciso segundo, artículo noventa del Código de Justicia Militar, debiendo seguirse, por lo tanto, ante el mismo Consejo Supremo, los juicios que se refieren á los cómplices del encausado» (Informe del auditor general firmado por Gastón, sin fecha. En: Anales de Justicia Militar. Bienio

1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907 (publicación oficial). pp. 67-68.

La Resolución del Consejo Supremo de guerra del 30 de abril de 1900, resolvió de conformidad con el fiscal. El juicio terminó el 10 de agosto de 1900 por ley de amnistía.

En este caso, en nuestro criterio, se ha adoptado correctamente el principio de que el juicio debe seguirse ante el Consejo porque no hay desafuero. El desafuero lo habría privado, en el contexto normativo de entonces, de la prerrogativa del juzgamiento de excepción.

En otro caso se discute técnicamente si descartados los aspectos penales de un caso, los tribunales militares pueden conocer lo referente a la reparación civil. El planteamiento hecho fue éste:

Hubo un levantamiento en Loreto en el que los rebeldes utilizaron recursos del Estado para financiar sus actividades. Iniciado el juicio de rebelión, fue cortado por una ley de amnistía. La zona militar de Loreto obedeció la amnistía en la parte penal, pero estableció que «(...) los bienes del coronel Emilio Vizcarra, de don M.P. y M. y de don O. de la M. están afectos á la responsabilidad que les resulta, á cuyo efecto se remitirá copia de este expediente á los jueces ordinarios de Loreto».

La Resolución del Consejo Supremo fue: « (...) considerando: que no es potestativo de las autoridades militares, en ejercicio de la jurisdicción de guerra, decretar embargos, sino para, asegurar las responsabilidades civiles que puedan resultar de las actuaciones de la instrucción, conforme al artículo seiscientos sesentaicuatro del Código de Justicia Militar; que cortado, en virtud de la ley de amnistía, el progreso del juicio seguido contra don E.G.V., J.G.M., R.M.F., J.M., D.P., y O. de la M. por el delito de rebelión, han quedado éstos exentos de la jurisdicción militar, á que, por tal hecho, estuvieron sometidos; que si alguna responsabilidad civil debiera perseguirse, su esclarecimiento, declaración y ejecución, no es ya de la competencia de la jurisdicción de guerra; desaprobaron el auto de fs. ... su fecha ... en cuanto declara que los bienes del Coronel E.V., M.P. y O. de la M., están afectos a la responsabilidad que les resulta, á cuyo efecto se remitirá copia de este expediente, á los jueces ordinarios de Loreto; y los devolvieron» (Anales de Justicia Militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907. p. 125.).

En nuestro criterio, es correcto que la competencia para ver el problema de responsabilidad civil, cuando el problema penal no existe, corresponda a los tribunales ordinarios. Los tribunales militares muestran ponderación adecuada en este caso.

En general, sobre el tema de la competencia para juzgar, podemos ver que los problemas aparecen desde muy temprano y suelen ser siempre los mismos. Hoy, también se discute si los civiles deben ser sancionados por los tribunales militares (caso del terrorismo agravado existente en el Perú desde hace poco más de dos años); si los militares siempre pueden ser juzgados en los tribunales militares (como en el caso de los generales retirados ya mencionado), y si los militares siempre están en servicio dentro de ciertas circunstancias (como por ejemplo, en las zonas declaradas en emergencia).

Las respuestas siempre han sido las mismas y todas ellas están sujetas a discusión, entonces como ahora.

#### **2.4. El problema de la solución de las contiendas de competencia y de la última instancia de resolución**

El Código de Justicia Militar aprobado en 1898 estableció que las contiendas de competencia que vincularan a los tribunales militares entre sí, o con otros fueros, debían ser resueltas por los organismos militares en todos los casos.

La Corte Suprema de Justicia objetó este tema, indicando que era ella la instancia suprema de resolución de conflictos y, además, que existía una unidad en la función jurisdiccional que no debía ser rota. Por esa misma razón, la Corte Suprema planteó también que en ciertas circunstancias de importancia, ella debía ser última instancia de resolución de conflictos. Presentó dos proyectos de ley que fueron analizados y votados por el Congreso, como veremos a continuación.

Esta posición de la Corte Suprema generó fuertes discrepancias públicas con los organismos de la justicia militar como puede verse de esta cita:

« Pero si el primer cuidado de la Comisión Codificadora del 98, fué crear una administración de justicia militar independiente, por el contrario, el primer cuidado de la Comisión Reformadora (se refiere a los proyectos de reforma que fueron presentados al Congreso en referencia al Código de Justicia Militar), ha sido destruir esa independencia, reclamada por la naturaleza misma

de la institución militar, planteando su presidente, como cuestión previa, la necesidad de revisión de los fallos ó sentencias militares, por los tribunales ordinarios.

En armonía con sus convicciones, el Auditor General, combatió, desde luego, esa proposición; porque á su juicio, ese no era el objeto encomendado á la Comisión Revisora, sino el de reformar ó modificar los artículos de carácter positivo que habían encausado la censura social; hizo presente que no debía romperse completamente las bases fundamentales del Código, que son: la independencia absoluta de la administración de justicia militar de la civil, y su integridad como cuerpo de codificación, que estaba ya aprobado por el Congreso y en actual vigencia; que era desconocer la naturaleza de esa institución para la cual se estaba legislando, el confundir en un solo mecanismo dos órdenes de justicia, que por las circunstancias peculiares de cada una de ellas, por su propio objeto y su fin particular y muy especial, debían circunscribir su ejercicio en esferas diferentes; que tanto era así, que no se encontrará país civilizado que tenga legislación militar propia, en la que la jurisdicción militar se ejerza por la justicia civil (...) que lejos de fomentar el brillo de la carrera militar, con la revisión de los fallos de los Consejos de Guerra por los Tribunales comunes, se amenguaba el prestigio de esos Consejos, su influencia moral, el respeto y religioso acatamiento, que siempre debe inspirar y es necesario que inspire al militar digno y pundonoroso el fallo de sus propios jefes, base de una regular, sólida y buena disciplina militar; que todas las ventajas y los buenos efectos obtenidos por ese principio de separación é independencia de la justicia militar, desaparecerían en lo absoluto con la radical modificación contraria que se pretendía establecer, al sujetarse los fallos de los Consejos de Guerra á la revisión de los tribunales ordinarios, bajo cualquier forma que se hiciera; que esa subordinación, era un modo de aparentar la subsistencia de la jurisdicción de guerra; pero que en el fondo, equivalía tanto como suprimirla completo, y que, siendo esto así, debía declararse de una manera franca y categórica y con lógica, que en el Perú no debe existir administración de justicia militar independiente, sino simplemente un Código especial que, como los de Comercio, Minería y demás privativos, esté sujeto á la administración de la

justicia civil; pues, si según lo aprobado por la mayoría sólo se reconocen los juzgados militares de primera instancia, sería más conveniente y económico para el Estado, que desaparecieran todos los funcionarios judiciales militares en tiempo de paz; y que, por último, si la institución militar no debe ser independiente en el juzgamiento de los delitos militares que cometan sus miembros, si había de quedar subordinada en ese orden, á los tribunales ordinarios, preferible era, no obstante los graves inconvenientes primitivamente apuntados, que continuase bajo la tutela del Poder Ejecutivo, y ejerciendo éste la facultad revisora que le habían consagrado las Ordenanzas Militares españolas, puesto que es el encargado de sostener el orden público, que tiene por base la fuerza armada regular y á quien interesa, más que á ninguno otro Poder, la disciplina militar y la buena administración de justicia en conformidad con esa disciplina». (Exposición de motivos del proyecto de la comisión en minoría (Comisión Revisora del Código de Justicia Militar y de Marina) firmado por Gastón. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907. pp. 386-388).

Las normas aprobadas por el Congreso fueron, en primer lugar, la Ley N° 272 promulgada el 27 de octubre de 1906, que establece normas según las cuales las contiendas de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la de guerra serán resueltas por los tribunales ordinarios y que, en caso de duda entre una y otra, se dará preferencia a la jurisdicción ordinaria.

Los considerandos de la ley son:

«Que siendo la jurisdicción privativa una excepción de la ordinaria, conviene mantener, en todo caso, el principio consignado en los artículos 390° y 394° del Código de Enjuiciamientos Civil, por los cuales corresponde á los tribunales ordinarios resolver las contiendas de competencia que ocurran con los tribunales privativos, aún cuando éstos sean de la justicia militar;

Que es indispensable conservar el principio de la unidad del Poder Judicial, reconociendo en la Corte Suprema como el más alto Tribunal en el orden jerárquico, la facultad de definir en último grado la jurisdicción que corresponde á los diversos tribunales de la República».

La otra es la Ley N° 273 promulgada también el 27 de octubre de 1906 que transcribimos íntegramente por ser importante en todas sus partes:

«El Congreso de la República Peruana,

Considerando:

Que es necesario mantener la unidad del Poder Judicial, reconociendo en la Corte Suprema la jurisdicción en último grado, cualquiera que sea el fuero de las causas civiles y criminales, así como la especial que le corresponde en los juicios que se siguen contra los altos funcionarios públicos, conforme á las leyes;

Que con tal propósito, deben ser modificadas las disposiciones del Código de Justicia Militar, que destruyen esa unidad;

Ha dado la ley siguiente:

«Art. 1°. Corresponde á la Corte Suprema conocer el recurso de nulidad que interponga el Fiscal ó la parte del enjuiciado, en juicios del fuero de guerra, en los casos en que pueden interponerse conforme á esta ley.

Art. 2°. Corresponde al mismo Tribunal conocer originariamente, en las causas sujetas al fuero de guerra, que se sigan contra los Senadores, Diputados, Ministros de Estado, Magistrados de la Corte Suprema, miembros del Consejo de Oficiales Generales, Arzobispo, Obispos y Agentes Diplomáticos del Perú en el extranjero.

En la prosecución de estos juicios se observarán los trámites que corresponden á los que se siguen contra los altos funcionarios del Estado por delitos oficiales; pero se aplicarán las penas establecidas en el Código de Justicia Militar.

Art. 3°. El recurso de nulidad procede:

1. Contra los autos que resuelven los artículos jurisdiccionales.
2. Contra las sentencias que impongan la pena de muerte ó la de privación de la libertad por seis años ó más, ó la de degradación.

3. Contra las sentencias pronunciadas por la Sala Revisora del Consejo de Oficiales Generales, en las causas de que conoce originariamente este Consejo.
4. Contra las sentencias absolutorias en los juicios por delitos á los que el Código asigna las penas expresadas en el inciso 2 de este artículo. En este caso, podrán interponer el recurso el Fiscal ó la parte agraviada.

Art. 4°. En caso de guerra nacional, cuando el Consejo de Revisión ejerza sus funciones en campaña, fuera de la capital de la República, no se admitirá recurso alguno contra sus resoluciones.

Art. 5°. Compete á la Corte Suprema conocer del recurso de reposición contra las ejecutorias que hayan impuesto algunas de las penas graves que indica el inciso 2 del artículo 3.

Art. 6°. El Consejo Supremo de Guerra y Marina se llamará en adelante «Consejo de Oficiales Generales» y se compondrá de nueve vocales, seis de ellos Generales y tres Contralmirantes y de un Fiscal letrado.

En caso de no haber el número de Generales y Contralmirantes expeditos para formar el Consejo, se les sustituirá por Coroneles y Capitanes de Navío efectivos, respectivamente, por orden de rigurosa antigüedad. Si existieren dos ó más de estos jefes, igualmente antiguos, será preferido el que tenga mayor tiempo de servicio efectivo.

Art. 7°. Corresponde al Consejo de Oficiales Generales las funciones de orden jurisdiccional y administrativo que el Código de Justicia Militar concede al Consejo Supremo de Guerra y Marina, en cuanto no estén en oposición con esta ley. Rigen, asimismo, respecto de dicho Consejo, las demás disposiciones del referido Código, relativas a su organización.

(...).

Como puede apreciarse, la Corte Suprema de la República ganó en todos los casos: presentó dos proyectos de ley que fueron íntegramente aprobados en sus líneas fundamentales, y por tanto ella, la Corte, quedó como el máximo organismo de administración de justicia del país.

El General Canevaro, llamado a presidir el Consejo Supremo de Oficiales Generales luego de la aprobación de estas normas, declinó su participación por oponerse a ellas. En efecto, el 6 de noviembre de 1906, el general Canevaro recibió el oficio del Ministro de Guerra y Marina por el que se le comunicaba que era llamado a presidir el nuevo Consejo de Oficiales Generales que reemplazaba al Consejo Supremo de Guerra y Marina, según lo establecen las leyes aprobadas.

El general Canevaro declinó argumentando lo siguiente:

«En la memoria presentada por mí este año, como Presidente del Consejo Supremo de Guerra y Marina, expresé que la revisión de los fallos militares por la Corte Suprema de Justicia, tendía á amenguar la disciplina. Entonces, apoyado en el sentir de renombrados tratadistas, sostuve que los soldados, nunca son tan dóciles como deben, si no ven en el jefe que los manda un juez de fallo inapelable; y que cuando los oficiales del Ejército juzgan de los delitos militares, son más respetados y se ve la subordinación más sostenida, pudiendo responder mejor de su disciplina.

Las alteraciones que plantea la reforma adoptada, son de trascendencia. Me asisten temores de que desde el primer fallo que revise la Corte Suprema, enmendando la sentencia del más alto Tribunal Militar, se afecten los resortes en que reposa la moral del Ejército, que conviene conservar intacta, porque su importancia es siempre superior á todos los elementos materiales.

(...)

Por estos fundamentos, de acuerdo con los dictados de mi conciencia, habiendo combatido la constitución del nuevo Tribunal, considero no hallarme expedito, ni ser aparente para dar vida práctica á la reforma introducida en el Código de Justicia Militar y ruego á Us. tenga á bien aceptar mis excusas, procediendo á mi reemplazo» (Oficio del señor general de división don. César Canevaro, excusándose de presidir el Consejo de Oficiales Generales, dirigido al señor Ministro de Estado en el Despacho de Guerra y Marina, fechado en Lima, el 9 de noviembre de 1906). En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1905-1906. Tomo cuarto. Lima, Imprenta El Lucero, 1908. p. 33).

La Instalación del Consejo de Oficiales Generales se llevó a cabo y su jefe no fue el general Canevaro sino el Contralmirante Villavisencio. Los aspectos más notorios del acta respectiva son los siguientes:

«En la ciudad de Lima, capital del Perú, á los siete días del mes de diciembre de mil novecientos seis, á las tres y cuarto de la tarde, se reunieron en el salón de recepciones oficiales del Palacio de Gobierno, los señores Vocales y el Fiscal, nombrados para constituir el Consejo de Oficiales Generales, creado por ley de 27 de octubre último, en sustitución del Consejo Supremo de Guerra y Marina». (p. 35).

(...)

El Presidente del nuevo Consejo fue el Contralmirante Manuel A. Villavisencio quien dijo lo siguiente a los miembros del Consejo:

«El Congreso Nacional, inspirándose en altos preceptos de justicia, ha reformado la ley que creó el antiguo Consejo Supremo de Guerra y Marina, distribuyendo las atribuciones que éste ejercía, entre las Cortes de Justicia y el Consejo de que formáis parte.

Ha resuelto, al mismo tiempo, que los puestos en este Consejo sean ocupados por los merecimientos y rigurosa escala militar, teniendo en cuenta para remplazarlos, la clase y antigüedad de los servicios, dando así al elevado carácter que investís cada uno de vosotros, una independencia propia.

Es de esperar, por lo tanto, que sabreis mantener limpio y puro el honor militar, cumpliendo vuestros sagrados deberes con firmeza y justicia». (Instalación del Consejo de Oficiales Generales, acta fechada en Lima el 7 de diciembre de 1906. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1905-1906. Tomo cuarto. Lima, Imprenta El Lucero, 1908. p. 36).

## **2.5. Una apreciación de conjunto**

De esta somera revisión de la problemática discutida y resuelta durante los primeros años de vida de los tribunales militares en el Perú se puede apreciar que, aún desde el punto de vista institucional, se discute

si los procesos y la forma cómo se deciden, están siendo debidamente tratados.

La respuesta final obtenida fue que en materia de resolución de conflictos de competencias y en materia de última instancia, no había suficientes garantías con la resolución por los tribunales militares y que era preciso dar a los tribunales ordinarios esa preeminencia. Así ocurrió por las leyes N° 272 y N° 273.

La discusión de principios de siglo se reproduce en la actualidad, en otro contexto y con otra institucionalidad estatal, pero las grandes líneas permanecen y, en ese sentido, consideramos que la revisión que hemos hecho, muestra aspectos interesantes para la discusión actual.

## **2.6. El debido proceso en las constituciones peruanas de época**

Como ya hemos dicho, no había en aquel entonces entre nosotros un concepto de debido proceso, aunque él ya se conformaba en la jurisprudencia anglosajona.

Sin embargo, la preocupación constitucional por este aspecto del Derecho existía y, en prueba de ello, podemos mostrar las siguientes normas:

- La Constitución de 1823 dijo: «Artículo 106°. Los códigos civil y criminal prefijarán las formas judiciales. Ninguna autoridad podrá abreviarlas, ni suspenderlas en caso alguno».

Su artículo 117° señaló: «Dentro de 24 horas se le hará saber a todo individuo la causa de su arresto, y cualquiera omisión en este punto se declara atentatoria de la libertad individual».

- La Constitución de 1826 estableció: «Artículo 122°. Queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel de infamia trascendental. El código criminal limitará en cuanto sea posible la aplicación de la pena capital».
- La Carta de 1828 dijo: «Artículo 161°. Es un derecho de todos los ciudadanos el que se conserve la independencia del poder judicial. Ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes, substanciarlas, ni hacer revivir procesos concluidos».

Su artículo 163° dijo: «Las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo: toda severidad inútil a la custodia de los presos es prohibida».

El 125° expresó: «Se prohíbe todo juicio por comisión».

- La de 1834: «Artículo 123. La publicidad es esencial en los juicios. Los tribunales pueden controvertir los negocios en secreto; pero las votaciones se hacen en alta voz y a puerta abierta, y las sentencias son motivadas, expresando la ley, y en su defecto, los fundamentos en que se apoyan».

Su artículo 150° también estableció: «Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente».

- La Constitución de 1856 trajo la siguiente norma: «Artículo 16°. La vida humana es inviolable: la ley no podrá imponer pena de muerte».
- Finalmente, la Constitución de 1860, vigente en la época que tratamos, además de recoger las normas anteriores, añadió algunas nuevas sobre debido proceso que son las siguientes:

«Artículo 16°. La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado».

«Artículo 19°. Las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo. Es prohibida toda severidad que no sea necesaria para la custodia de los presos».

«Artículo 127°. La publicidad es esencial en los juicios: los Tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en alta voz y públicamente.

Las sentencias serán motivadas, expresándose en ellas la ley ó los fundamentos en que se apoyen».

«Artículo 129°. Ningún poder ni autoridad puede avocarse causas pendientes ante otro poder ú otra autoridad, ni sustanciarlas, ni hacer revivir procesos fenecidos».

### 3. EL DEBIDO PROCESO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA (Y EN ALGUNOS CASOS A TRAVÉS DE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS)

#### 3.1. Absolución de la instancia

En la época que tratamos existía lo que se llamaba la absolución de la instancia, a la que se refiere la cita que transcribimos a continuación:

«La comisión no niega la posibilidad de que en rarísimos casos, podrían quedar impunes algunos delitos; pero, para persuadirse de que ello constituye un argumento atendible, basta recordar lo que el orden social exige relativamente á la imposición de penas. Lo que ese orden requiere es, que no quede impune ningún delincuente cuya culpabilidad haya sido bien comprobada, mediante el empleo de los procedimientos que la ley tiene al efecto establecidos. Cuando concluído el proceso aparece dudosa la responsabilidad del acusado, se toca con la deficiencia de los medios humanos de esclarecer la verdad, que es uno de los límites naturales de la justicia social; y no hay derecho de adoptar temperamentos, como el de absolver de la instancia, que dejando las cosas en el estado que tenían antes del juicio hacen que éste quede sin objeto, privándolo del resultado que por su naturaleza le corresponde. Mantener al sospechoso, en la gravosa condición de acusado, durante un término que comunmente es de dos años, es llevar demasiado lejos la persecución del delito, hacer más de lo que el orden social exige, y atentar por consiguiente contra el derecho del enjuiciado, quien casi siempre espera en vano que contra él se presenten nuevas pruebas. Los rarísimos casos en que se alcanzaría la impunidad por la absolución de la instancia, así como aquellos en que recaen condenas sobre inocentes, resultan de la limitación de la justicia humana.

La absolución de la instancia, según Escrich, no fué de ley, sino de práctica; y Antonio Gomez, la rechazó desde entonces, diciendo: «Cuando no hay mérito para condenar al reo, lo hay para darle por libre; porque no pudiendo condenarse á nadie, sin que las pruebas sean tan claras como la luz, ha de declararse inocente al que no se puede decir absolutamente culpado; pues de otro modo, serían ilusorias las leyes que fijan los plazos para

probar y juzgar; se haría más ventajosa la posición del acusador que la del acusado, contra lo establecido por derecho; y se daría ancho campo á la calumnia y á persecuciones injustas».

En la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento criminal de España, se contienen las siguientes frases, que justifican la doctrina expuesta:

«La absolución de la instancia, esta corruptela que hacía del ciudadano á quien el Estado no había podido convencer de culpable, una especie de liberto, verdadero siervo de la curia, marcado con el estigma del deshonor, está proscrita y expresamente prohibida por el nuevo Código, como había sido condenada por la ciencia, por la ley de 1872 y por la compilación vigente. De esperar es, que las disposiciones de la nueva ley sean bastante eficaces, para impedir que semejante práctica vuelva de nuevo á ingerirse en forma más ó ménos disimulada, en nuestras costumbres judiciales». (Anales de Justicia Militar. Bienio 1901-1902. Tomo segundo. Lima, imprenta de El Lucero, 1907. Exposición de motivos del proyecto de Código de Justicia Marítima, presentado por Emilio Díaz, Toribio Raygada, Manuel A. Villavisencio, Juan B. Cobián, Manuel M. Valderrama, Miguel Antonio de La Lama y Víctor E. Ayarza, fechado en Lima, el 28 de mayo de 1902. pp. 330-331).

Producido el Código de Justicia Militar al finalizar el siglo XIX, esta comisión elaboró un proyecto de Código de Justicia Marítima que, luego, el Congreso juntaría con otras propuestas de reforma del primer código nombrado, con la finalidad de refundir todo ello en una modificación integral de la legislación militar (incluyendo en ella a los marinos).

Esta comisión, en la institución concreta que tratamos, se pronuncia por la eliminación de la absolución de la instancia, figura que como ellos mismos dicen provenía de la práctica más que de la ley y que consistía en mantener la condición de acusado a la persona encausada, porque no se la podía encontrar culpable.

Era una fórmula que atentaba contra el principio, no declarado de manera expresa en la constitución entonces, de que toda persona es inocente salvo que se pruebe su culpabilidad. El efecto práctico de la abso-

lución de la instancia era prolongar procesalmente la sospecha y mantener sobre el acusado la posibilidad de declarar su culpabilidad posteriormente.

La regla a la que se adscribe este proyecto de reforma es a que la resolución final del proceso penal debe declarar la culpabilidad y penar, o declarar la inocencia. No hay término intermedio.

Vista con ojos contemporáneos, ésta es una declaración de debido proceso porque obliga al juzgador a resolver definitivamente la condición del acusado al final de la instancia, impidiendo la prolongación de la situación de inestabilidad jurídica a que queda sometido todo encausado penal ante la perspectiva de poder ser condenado.

Indirectamente, protege también el honor y la buena reputación al forzar la declaración de inocencia cuando no se puede probar la culpabilidad.

Si bien esta norma se halló en un proyecto de ley que nunca pasó como tal a ser norma vigente, es interesante como testimonio de las preocupaciones por el debido proceso en la época que tratamos.

### **3.2. Aplicación de penas**

En el caso siguiente, se había castigado a menores de edad con una pena completamente distinta a la prevista para su caso. Los aspectos esenciales son los siguientes:

«En concepto del Ministerio, V.E. debe desaprobado la sentencia consultada, por adolecer del defecto señalado en el inciso 1 del artículo 93 del Código de la materia. El delito que se persigue y efectivamente está comprobado es el de ... pero la pena impuesta por el Consejo de Guerra, es absolutamente diferente de la señalada por la ley.

El artículo 307, en efecto, castiga el crimen ... ó sea aquel delito, con la pena de cárcel en primer grado es decir, con uno á ocho años de dicha (art. 204), ó con expulsión del Ejército, según los casos; correspondiendo a aplicación de la primera, en el caso que se juzga, por ser soldados los reos.

Pero el Consejo de Guerra, por la circunstancia de ser los enjuiciados menores de edad, se ha creído facultado para imponerles

la pena de cuatro años más de servicio militar obligatorio, que es, no solo en duración, sino en especie, enteramente diferente de la señalada por la ley; y ha procedido así, por una equivocada interpretación del artículo 208 del Código citado. Este artículo dice: «Al mayor de nueve años y menor de dieciocho, se le impondrá corrección ó pena discrecional pero siempre inferior á la señalada al delito».

Claramente se comprende, que el término, discrecional, empleado en ese artículo, no concede al Consejo de Guerra la absoluta facultad de imponer arbitrariamente ésta ó aquella pena, la que mejor le parezca ó quiera, porque eso pecaría, contra todo principio de Legislación, y en último análisis, el Juez se convertiría á la vez en Legislador. La verdadera interpretación de ese artículo, es que el Juez ó sea el Consejo de Guerra, tiene la facultad de graduar la pena en los casos que ocurran; esto, simplemente, para salir de ella ó variar su especie.

De otro modo, además, se correría el riesgo de que la pena no fuera adecuada á la naturaleza del delito, como sucede en el caso actual», (Informe del señor Auditor General, firmado por Gastón el 30 de junio de 1902). En: *Anales de Justicia Militar. Bienio 1901-1902. Tomo segundo. Lima, imprenta de El Luce-ro, 1907. p. 123).*

Tres asuntos importantes para el debido proceso discute el Auditor General en este caso que son los siguientes:

- Que no se puede aplicar sino la pena prevista para el delito cometido, lo que en otras palabras es respetar el principio de que «no hay pena sin ley». Este es uno de los puntos de partida del Derecho Penal moderno y uno de los principios elementales del debido proceso contemporáneo.
- Discute, en segundo lugar, que la pena aplicada sea de mayor duración que la que se establece para el tipo elegido. Es un aspecto complementario del principio «no hay pena sin ley», pero que aquí se combina con aquel otro que dice que en todo caso hay que estar a lo más favorable al reo. Si bien este último principio es utilizado para los casos de duda, la que no existe en el que ahora discutimos, sí es aplicable analógicamente a la absurda situación en la que el

juzgador cambia la naturaleza de la pena impuesta en el tipo respectivo.

- Finalmente, el auditor general discute un concepto trascendental para todo el Derecho y, en particular, para los casos de administración de justicia: el de discrecionalidad. Como sabemos, consiste en que la ley deje margen de decisión al juez para adaptar la regla a las variadas circunstancias. En este caso, la norma que permite la discrecionalidad del juez es el artículo 208° del Código de Justicia Militar de aquel entonces que ya está citado líneas arriba. Lo que el Auditor General dice es que no se puede confundir discrecionalidad con arbitrariedad pues, mientras la segunda es bastante amplia en sus posibilidades de elección, la primera, es decir la discrecionalidad, debe ser ejercitada con restricción dentro de los límites de la ley. Cuando se está hablando de un proceso penal, esta conclusión significa un aporte muy importante (y por lo demás moderno) a la conceptualización del debido proceso.

### 3.3. Confesión con cargos

Al fundamentar el proyecto de Código de Justicia Marítima, la comisión respectiva se refirió a la confesión con cargos, que arrinconaba al inculpado o acusado con la obligación de declarar y de enfrentar consecuencias de sanción y penalización por sus dichos. Se refieren a esta institución como una antigualla de la siguiente manera:

«Otras antiguallas que se mantienen en los proyectos de reforma, es la confesión con cargos, lucha aleve del juez contra el reo, del fuerte contra el débil.

«El enjuiciamiento criminal del fuero de marina, ha entrado en vía de verdadero progreso jurídico. Nada de reconvenciones ni cargos».

«Todos los criminalistas europeos, hállanse conformes en sostener, que no puede obligarse al procesado á declarar. Cuando se niegue á ello, no hay facultad más que para hacerle meras reflexiones.» (Maradiaga y Suarez).

«Los Códigos modernos sancionan esa doctrina». (Exposición de motivos del proyecto de Código de Justicia Marítima, presentado por Emilio Díaz, Toribio Raygada, Manual A.

Villavisencio, Juan B. Cobián, Manuel M. Valderrama, Miguel Antonio de La Lama y Víctor E. Ayarza, fechado en Lima, el 28 de mayo de 1902. En: *Anales de Justicia Militar. Bienio 1901-1902. Tomo segundo*. Lima, imprenta de El Lucero, 1907. p. 328).

El proyecto de Código de Justicia Marítima eliminaba esta institución en una modernización que era equivalente a prohibir la coacción en la confesión. Fue una forma de hacer antecedente a la norma contenida en el literal k) del inciso 20 del artículo 2° de la Constitución de 1979 (eliminado de la Constitución de 1993 pero que se mantiene en instrumentos internacionales), que decía: «Nadie puede ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad en causa penal contra sí mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad».

Como hemos dicho ya antes, el Código de Justicia Marítima no llegó a ser ley en la República, pero sirve para conocer las posiciones conceptuales que en aquel tiempo existían en materia de debido proceso.

### **3.4. Defensa**

El caso que trae esta interesante aproximación al Derecho de Defensa, trata del padre de un encausado ausente que había propuesto a cierta persona como defensor, ocurriendo que se había declarado nulo dicho nombramiento y, en consecuencia, nulas todas las diligencias practicadas con su intervención o a su solicitud. El padre del encausado apeló y el auditor de guerra opinó así en el caso:

«Cuando la ley, en el artículo 594 del Código de Justicia Militar, manda nombrar defensor de oficio al reo ausente, lo hace, porque no pudiendo nombrarle el mismo interesado, y en la necesidad de que tenga un defensor, debe hacerse de oficio este nombramiento, como en los demás casos en que no lo nombre el acusado.

Pero, lo que la ley, principalmente quiere, es que haya un defensor y que éste sea á entera satisfacción de la parte; por eso, en el artículo 115 se declara que su nombramiento es enteramente libre para el acusado. En esta virtud, el Auditor es de sentir que,

tratándose de reo ausente, cuando persona tan inmediata y tan interesada en la defensa, como el padre, lo que sucede en el presente caso, manifiesta su voluntad de que la defensa quede encomendada á persona, que reúna las calidades de ley, debe atenderse á esa designación por prestar mayor garantía al inculgado; por lo que, resolviendo U.S. la reclamación entablada, puede servirse ordenar que continúe el juicio, teniéndose al Doctor Don ... como defensor del Doctor don J.C. de C». (Dictamen del auditor de guerra, firmado por Salamanca el 22 de marzo de 1900. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907. pp. 59-60).

La zona militar decidió de conformidad con el dictamen y, en consecuencia, amparó a la parte interesada.

El auditor de guerra hace una interesante interpretación, vía *ratio legis*, para concluir que lo importante en la defensa es que ella proteja a la parte procesada de la manera como ella crea mejor considerar. No se trata de una formalidad sino del fondo: que la persona esté defendida de la mejor manera a su entender.

Por ello mismo, los formalismos deben ceder ante la sustancia: si la parte propuso a un defensor, él es quien debe asumir la defensa. Así se cumple de manera adecuada el fin de la ley.

Aunque en aquel entonces no había disposición constitucional que dijera que se protegía el derecho de defensa, esta ejecutoria es una protección precisa y contundente de dicho principio de debido proceso, hoy plenamente institucionalizado.

### 3.5. Independencia

El Presidente de la República había sido llamado a prestar declaración en un proceso e intervino de la siguiente manera, según consta del acta de la diligencia de toma de declaración que hizo el juzgado en Palacio de Gobierno:

«Manifestó también Su Excelencia, que en la fecha iba a dirigirse al señor Auditor General del Ejército y del Consejo Supremo, para que, en el doble carácter que inviste, y particularmente por el primero que le obliga a sostener los fueros é integridad de

las atribuciones del Gobierno, pida al Consejo Supremo reconsideración del acuerdo que llama al señor Coronel Valle-Riestra, entablándose, en caso de sostenérsele, la respectiva competencia, conforme al artículo cuarentinueve del citado Código de Justicia Militar». (Declaración de S.E. el Presidente de la República. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907. pp. 333-334).

Una vez producida la intervención del auditor general en tal sentido, el Consejo Supremo de Guerra y Marina tomó la siguiente resolución el 20 de julio de 1900:

«Que, por lo tanto, la presente resolución solo debe contraerse á la nota pasada por el señor Jefe de Zona, en la que transcribe las razones aducidas por su Excelencia el Presidente de la República para exonerarse de prestar la declaración ordenada por este Consejo.

Que si bien corresponde al Poder Ejecutivo expedir órdenes y decretos para el mejor cumplimiento de la Constitución y de las leyes, al Consejo corresponde la interpretación doctrinal en los juicios sometidos á su jurisdicción -artículo nono del Código civil- pues de otro modo, el Ejecutivo se convertiría en revisor de los fallos judiciales, contra lo dispuesto en el artículo noventitrés, inciso octavo de la Constitución Política, artículo cuarto del Código de Enjuiciamientos y primer del Código de Justicia Militar». (Anales de Justicia Militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907. p. 346)

El sentido de la resolución del Consejo Supremo fue mantener la validez del nombramiento de Valle Riestra aunque el efecto práctico fue que no se tomó declaración sustancial al Presidente de la República. Es interesante notar, sin embargo, que el Consejo Supremo de Guerra y Marina adoptó una posición de defensa de independencia en sus decisiones del propio Presidente de la República. El principio de independencia había sido establecido desde la Constitución de 1828, como ha ya sido establecido en este trabajo.

### 3.6. Ley civil o militar aplicable

Aunque tradicionalmente los tribunales militares han aplicado las normas del Código de Justicia Militar, muchas veces los delitos que cometen los uniformados pueden ser tipificados tanto en él como en el Código Penal común. Se presentan así dos problemas:

- El primero, si se preferirá una u otra tipificación.
- el segundo, si el juzgamiento será por los tribunales militares o comunes, cuando el delito es común.

Esto se discutió en el siguiente caso:

«A las 12 pm. del día 25 de setiembre de 1899, el gendarme A.B. del destacamento de la Comisaría Rural de Villegas y el peón de este fundo E. de la T., asaltaron las habitaciones del garitero Guillermo Martínez, dando culatazos á la puerta y haciendo dos tiros al aire para que abriese.

El gendarme penetró por la ventanilla y se sustrajo varias especies. Una hora antes, habían atacado el rancho de Gregorio Pomachagua. El Consejo de Guerra califica el delito como abuso de autoridad; pero el Jefe de la Zona Militar del Callao, de conformidad con el dictamen de su Auditor, lo ha calificado de asalto y robo, penado por el Código Penal común.

Los fundamentos que se dan en el mencionado auto del Jefe de la Zona y en el dictamen de su Auditor, son estrictamente legales. Más á juicio de este Ministerio, el delito está comprendido en los incisos 1 y 2 del artículo 327 del Código Penal Común, y nó en el artículo 328; por lo que corresponde al gendarme la pena de penitenciaría en primer grado ya l cómplice la T. la de cárcel, con las accesorias de ley y descuento del tiempo de prisión preventiva (...)» (Vista Fiscal firmada por Lama el 16 de marzo de 1901. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907. pp. 169-170).

El Consejo Supremo de Guerra y Marina resolvió de conformidad con este dictamen.

Con relación al primer problema que hemos planteado, es evidente que los Tribunales militares eligieron la tipificación común: no todo

delito que cometen los hombres de uniforme es de naturaleza militar. Aquí había tipificación del Código de Justicia Militar pero, por la forma como se desarrollaron los hechos, se prefirió la tipificación civil. La circunstancia de que no estuviera el gendarme en acto de servicio fue definitiva para ello.

En referencia a la discusión sobre el fuero personal o el fuero funcional, es decir, sobre si los delitos de los militares son juzgados en los tribunales militares porque son de las fuerzas armadas quienes los cometen; o si son juzgados allí porque su materia es militar, se resolvió aquí en virtud del principio de personalidad: se aplica la ley común pero en el tribunal militar.

Ambos asuntos han sido tradicionalmente discutidos y aún hoy tienen importancia. Por ejemplo, se presentaron en el enjuiciamiento que los tribunales militares hicieron de los generales retirados durante los años noventa (Bernal Ballesteros, Enrique.- La Constitución de 1993 y la jurisdicción militar. En : THEMIS, Revista de Derecho. Lima, Asociación Civil Themis-Revista de Derecho, número 31, julio de 1995).

En nuestro criterio, de lo resuelto aquí es interesante ver que no siempre los actos delictivos de los militares y policías deberán ser tipificados en el Código de Justicia Militar cuando haya tipo para ellos allí. Por el contrario, lo que se deberá hacer es discriminar si la tipificación aplicable es la militar o la común y proceder en consecuencia.

Este es un asunto importante en el debido proceso, desde que la aplicación de la ley correspondiente al caso, resulta esencial para ello y es una de las garantías esenciales del proceso contemporáneo.

### **3.7. Partes del proceso y su legitimación para actuar**

El tema de la legitimación de las partes para actuar dentro del proceso penal que corresponde a la competencia de los tribunales militares, se vio a propósito del siguiente caso:

«El Consejo de Guerra ha absuelto al coronel graduado T.C., del delito de desfalco de fondos del Escuadrón «Húsares de Junín» N. 1; y el Jefe de Zona, de conformidad con su Auditor, ha mandado ejecutar la sentencia; de lo que dá cuenta a

Vuecencia, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 51, inciso 9 del Código de Justicia Militar.

El Fiscal, sujetándose á la parte final de dicho inciso, dice: que el denunciador, sargento mayor don D.R., pidió, con insistencia, que se practicasen las diligencias probatorias que enumera a fs... y fs.... del escrito que ha presentado á Vuecencia, lo que le fué denegado por el Jefe de la Zona, el Instructor y el Auditor; fundándose en que, según el artículo 364 de dicho Código, la intervención de los perjudicados se reduce á auxiliar con datos á la justicia, y no se extiende á pedir la actuación de diligencias, ni á presentar recursos. De esas solicitudes denegadas, se ha formado cuaderno separado.

Cierto es, que el denunciador no es parte en el juicio, y por lo mismo, no puede formar artículos ni interponer recursos; pero tiene la obligación de suministrar los datos de que esté en posesión, y el Juez la de verificarlos, si no fuesen del todo, impertinentes é innecesarios; máxime si se considera, que el denunciador está interesado en que resulte, por lo menos, motivo fundado de sospecha de delito, para no quedar sujeto á la responsabilidad que se declara en el artículo 26 del Código Penal Común, fuente y complemento de los privativos»(Dictamen del señor fiscal del Excmo. Consejo Supremo de Guerra firmado por Lama, el 22 de marzo de 1901. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1901-1902. Tomo segundo. Lima, imprenta de El Lucero, 1907. pp. 23-24).

Lo que aquí se discute es si el sargento denunciante tiene atribuciones para participar en el proceso respectivo y cuáles son.

El fiscal de la zona de guerra ha adoptado una posición conservadora: su intervención se reduce a auxiliar con datos a la justicia y no puede pedir actuación de diligencias ni presentar recursos.

El Fiscal del Consejo Supremo tiene una posición más flexible: dice que no es parte en el juicio y por tanto no puede interponer recursos. Sin embargo puede suministrar datos y el juez debe verificarlos. No llega a dar legitimación para participar en el proceso a quien no es parte, pero sí exige que las pruebas que presente sean ameritadas por el juez.

Pertenece al debido proceso tanto lo uno como lo otro: la prohibición de que participe quien no es parte en el proceso; y el deber del juez de ameritar las pruebas que facilite el denunciante.

### 3.8. Pena de muerte

El tema polémico de la pena de muerte se vio en el siguiente caso:

«José Martínez, Gregorio Flores, Leandro Castillo y Toribio Solís, se concertaron para asaltar el contingente de dinero, que sabían se llevaba del Callao á la hacienda «San Agustín» los días sábados, para el pago de empleados; y al efecto, el 4 de Marzo de 1899, se estuvieron en acecho en el monte de la hacienda, con arma de fuego los tres primeros, desde la 1 á las 5 y media pm. en que divisaron á los conductores del contingente, Guillermo Inzúa y Ricardo Boza, custodiados por el gendarme Emilio Rosado; quien, procedía en servicio propio de su instituto, armado y con las prendas de su uniforme.

Dada la voz de asalto, convinieron en dirigir sus tiros sobre el gendarme, para matarlo, por ser el único que podía hacerles resistencia, á causa de estar armado; y lo efectuaron, logrando victimarlo.

No pudieron realizar el robo, á pesar de haber perseguido á los empleados haciéndoles fuego, por las buenas caballerías en que iban». (Dictamen del señor fiscal del Consejo Supremo firmado por Lama, el 16 de Enero de 1900. En: *anales de justicia militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907 (publicación oficial). pp. 106-107).*

«Los reos Martínez, Flores y Castillo, están convictos y confesos de los delitos de ataque á fuerza armada, asalto y robo frustrado; con las circunstancias agravantes de premeditación, reunión en banda y ejecución en despoblado, expresadas en los incisos 2, 10 y 11 del artículo 168° del Código de Justicia Militar.

(...)

Los tres reos indicados, se han hecho, pues, acreedores á la pena de muerte. Más teniendo en cuenta su condición de paisanos, según el artículo 167 del Código de Justicia Militar, y el esfuer-

zo que deben hacer los tribunales, para no imponer tan odiosa pena, sino cuando sea del todo ineludible la aplicación de la ley, este Ministerio pide la aprobación de la sentencia, que les impone veinte años de penitenciaría». (Dictamen del señor fiscal del Consejo Supremo firmado por Lama, el 16 de Enero de 1900. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907 (publicación oficial). pp. 107-109).

El Auditor General, por su parte, tuvo una opinión distinta:

«Ahora bien: aún cuando en la apreciación de estos hechos conviene el Consejo de Guerra, declarando que el delito de Leandro Castillo y sus cómplices, es el de homicidio calificado, no se ha creído con la facultad de imponerles la pena constitucional, por la equivocada creencia de que el artículo 16 de nuestra Carta Política que la establece, ha sido suspendido ó modificado por la ley secundaria y transitoria del 20 de diciembre de 1898 que mandó promulgar el Código de Justicia Militar; fundamento evidentemente erróneo, pues las prescripciones constitucionales deben observarse en todo caso, mientras no sean derogadas ó modificadas en el modo y forma que la misma Constitución establece, no pudiendo, por lo tanto, ninguna ley especial, enervar su fuerza obligatoria, ó aplazar su cumplimiento.

Además; si se consulta la verdadera inteligencia del artículo 2 de la mencionada ley de 20 de diciembre de 1898, se verá que en el ánimo del Legislador no estuvo ni pudo estar la idea de aplazar la pena de muerte en todo caso, aún en el de homicidio calificado en el que la señala expresamente la Constitución del Estado, sino, únicamente, para aquellos delitos que, sin revestir ese carácter, merecen la pena de muerte conforme al Código de Justicia Militar». (Informe del Auditor General firmado por Gastón, el 30 de abril de 1900. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907 (publicación oficial). pp. 101-112.). El auditor pidió pena de muerte y les dieron las mismas penas anteriores.

Aquí hay dos posiciones respecto de la pena a aplicar:

- La del Auditor General que es puramente positivista y mecánica: se ha cometido el delito previsto y la pena que debe aplicarse es la de muerte. Por tanto, ésa es la que pide.
- la del Consejo reflejada en la ejecutoria, que es la de ser flexible en la aplicación de dicha pena, analizando las consecuencias y buscando la solución más equitativa. Esta es la posición también del fiscal, transcrita más arriba, en la que se argumenta que un factor a tomar en consideración es que los encausados son paisanos (es decir, civiles en el habla de entonces) y, el otro, que la pena de muerte es odiosa y hay que aplicarla lo menos posible. Ya la Constitución de 1828 había dicho: «Artículo 122°. Queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel de infamia trascendental. El código criminal limitará en cuanto sea posible la aplicación de la pena capital». La Constitución de 1860, vigente en el momento, decía: «Artículo 16°. La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado». Se producía por consiguiente el supuesto previsto en la norma para aplicar la pena máxima, pero indudablemente ella ya estaba en retroceso (como lo muestra la Constitución de 1828) y la consecuencia, es la resolución que se dictó en este caso.

El tema tiene que ver con el debido proceso porque en materia penal, la pena máxima no es de aplicación automática e ineludible. Más bien, se piensa en ella restrictivamente. Es una posición que existía ya en nuestra constitución de 1828 y que se establece expresamente en la actualidad en los instrumentos internacionales (particularmente, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica).

La posición final de esta resolución del Tribunal es pues moderna y adecuada al nuevo debido proceso.

### **3.9. Recurso de revisión o reposición**

El tema fue planteado por la comisión que presentó el proyecto de Código de Justicia Marítima. Lo fundamentó de la siguiente manera:

«La comisión codificadora ha adoptado el recurso de reposición ó revisión de las ejecutorias, introducido en nuestra legis-

lación por el Código de Justicia Militar; que, como reconoce el proyecto de mayoría, «concilia en cuanto es posible, el respeto de la cosa juzgada con el principio de justicia, que obliga á reparar el daño causado por una condena fundada en un comprobado error judicial; recurso que está omitido en las leyes penales comunes y que constituye uno de los defectos más graves de éstas».». (Exposición de motivos del proyecto de Código de Justicia Marítima, presentado por Emilio Díaz, Toribio Raygada, Manuel A. Villavisencio, Juan B. Cobián, Manuel M. Valderrama, Miguel Antonio de La Lama y Víctor E. Ayarza, fechado en Lima, el 28 de mayo de 1902. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1901-1902. Tomo segundo. Lima, imprenta de El Lucero, 1907. p. 341).

Este recurso, como se sabe, tiene que ver con la rehabilitación judicial de quienes han sido condenados y, con posterioridad, se reconoce probadamente su inocencia. En tal caso, la cosa juzgada debe ceder ante la realidad. Se protege así el principio de respeto a la inocencia de la persona así como su honor y buena reputación.

La rehabilitación judicial es hoy uno de los principios del debido proceso penal y ha sido establecida en nuestra tradición constitucional reciente de manera expresa. Desde luego, conlleva la indemnización por los errores judiciales, también reconocida en nuestra Constitución de 1993.

Como puede verse, los codificadores de entonces la entendían como un compromiso entre la cosa juzgada y la justicia.

### **3.10. Reo ausente**

El tema de la condena del reo ausente se ventiló en el siguiente caso:

«El Teniente Coronel M.R.M. ha sido juzgado como reo ausente, por el procedimiento especial que, para este caso, señala el Código de Justicia Militar. Pues bien; conforme al artículo 594º, la sentencia, con las piezas de convicción, deben ser archivadas en la oficina de justicia militar, para reabrir el juicio, si el reo se presenta dentro del término de la prescripción de la pena impuesta; por eso, sin duda, y en resguardo de su misma defensa,

no quiere la ley que sea revisada para que el más alto Tribunal, no pronuncie al respecto, su última palabra, que debe ser siempre una ejecutoria; y por eso, también, en el artículo 380°, inciso 2 de la segunda parte, se manda formar pieza separada, después de la sentencia del Consejo de Guerra, cuando unos reos estén presentes y otros ausentes.

Así, para el Auditor, y en mérito de las disposiciones legales citadas, no procede la revisión en las sentencias condenatorias, por efecto mismo de la condición legal en que voluntariamente se coloca un reo con su ausencia; en consecuencia, debe US. declarar sin lugar la apelación interpuesta por el defensor del Teniente Coronel M.» (Dictamen del señor auditor de Guerra, firmado por Salamanca el 3 de marzo de 1903. En: *Anales de Justicia Militar. Bienio 1901-1902. Tomo segundo. Lima, imprenta de El Lucero, 1907. p. 225*). Se resolvió de conformidad con el dictamen antedicho.

Puede verse que la preocupación de la condena del ausente está presente en aquel momento. La solución dada en el presente caso no es exactamente la que nosotros reconocemos hoy: entonces se condenaba en primera instancia y se archivaba provisionalmente el proceso sin aceptar siquiera apelación alguna, con la finalidad de que un eventual recurso impugnatorio fuera resuelto cuando el ausente apareciera y ejercitara su defensa en presencia física.

En la actualidad, el efecto es el mismo: el proceso no concluye, pero no se produce la sentencia de primera instancia.

En todo caso, el no condenar irremediamente al reo ausente es un principio esencial del debido proceso penal y puede verse que en esta etapa de los tribunales militares peruanos modernos, se halla plenamente presente.

### **3.11. Retroactividad penal benigna**

El tema de la aplicación retroactiva benigna de la ley se vio en el siguiente caso:

«Tercero - que se trata del doble delito de abandono de destino y malversación, previstos en los artículos doscientos noventidós, inciso primero y trescientos ochentisiete, inciso primero, del

Código de Justicia Militar; en cuyo caso debe aplicarse la pena del delito mayor que es el de malversación, penado con cárcel en primer grado ó sea de uno á ocho años, considerando el otro como circunstancia agravante.

Teniendo presente, además, que el reo delinquiró antes de la promulgación del Código vigente, por lo que corresponde aplicar la pena señalada en la ley de veinticuatro de octubre de mil ochocientos noventisiete, esto es, cárcel en tercer grado, que según el Código Común son tres años de dicha pena, por serle favorable y que está dentro de los límites de la nueva pena;

Se condena á J.H.B. por los delitos que han sido materia del proceso, á la pena de cárcel en tercer grado, reagravada en un término; ó sea á cuarenta meses de la citada pena, con las accesorias de separación absoluta del servicio, inhabilitación absoluta, interdicción civil durante la condena y sujeción á la vigilancia de la autoridad, hasta por la mitad del tiempo de la condena, después de cumplida ésta» (Sentencia del Consejo de Guerra del 11 de noviembre de 1899. En: Anales de Justicia Militar. Bienio 1899-1900. Tomo Primero. Lima, Imprenta de «El Lucero», 1907 (publicación oficial). pp. 27-28).

La retroactividad penal benigna no había sido formulada en aquel entonces constitucionalmente, pero es uno de los principios elementales del debido proceso penal contemporáneo.

Consiste, como bien sabemos, en que al reo se le debe aplicar la ley más benigna de entre las que pueden regular en el tiempo su condena. Para ello hay que tomar en cuenta cuáles fueron las que estuvieron vigentes desde el hecho delictuoso hasta el momento de la sentencia y se aplica la más benevolente. Desde luego, incluye también la aplicación retroactiva a la sentencia, de la ley más benévola emitida después de la condena y antes del cumplimiento definitivo de sus consecuencias.

En este caso lo que se hace es lo siguiente: el delito fue cometido antes de la promulgación del Código de Justicia Militar, cuando la ley aplicable era más benévola. La sentencia se produce luego del código, pero se aplica la norma más benigna que es la anterior.

Es una aplicación correcta de este principio de debido proceso penal.

#### 4. PRINCIPALES CONCLUSIONES

- 4.1. La sanción en el ámbito castrense antes del Código de Justicia Militar de 1898 era caótica, desorganizada y arbitraria. Se prestaba para perjudicar a los enemigos y favorecer a los amigos.
- 4.2. La dación del Código de Justicia Militar en 1898 fue una modernización muy importante de la administración de justicia castrense en el Perú.
- 4.3. El Código de Justicia Militar generó de inmediato diversas discusiones vinculadas al tema del debido proceso. Principalmente las siguientes: se objetó diversos aspectos de su competencia para sancionar civiles y para sancionar a militares por delitos que no pertenecían exactamente al ámbito castrense. En esto, las decisiones de los tribunales militares permanecieron intocadas.
- 4.4. También se discutió sobre la autarquía jurisdiccional de los tribunales militares, o su sometimiento a la autoridad de la Corte Suprema. Se decidió dar preeminencia a este tribunal ordinario como suprema instancia de administración de justicia del Estado mediante las leyes N° 272 y 273, las que también le devolvieron la atribución de resolver las contiendas de competencia entre tribunales ordinarios y militares.
- 4.5. En todos estos casos institucionales, podemos decir que se avanzó significativamente a lograr normas y aplicación de principios del debido proceso.
- 4.6. El concepto de debido proceso no existía en nuestras Constituciones como construcción abstracta, pero sí existía en normas concretas, desde la misma Constitución de 1823. Hemos mostrado sus contenidos principales.
- 4.7. Durante su ejercicio jurisdiccional, los tribunales militares en su primera década de existencia hicieron un significativo trabajo de establecimiento jurisprudencial de normas sobre debido proceso en diferentes campos. Los que hemos identificado en los documentos de época son: eliminación de la absolucón de la instancia; propiedad en la aplicación de la regla de que no hay pena sin ley; eliminación de la regla de confesión con cargos; protección del derecho de defensa; protección de su independencia frente al Poder Ejecutivo;

determinación de reglas sobre la aplicación de la ley civil y militar según los casos; reglas para la legitimación para actuar de quienes son parte y de quienes no lo son en el proceso; intentos de no utilización indiscriminada y automática de la pena de muerte; establecimiento del recurso de revisión para la rehabilitación del reo inocente; protección al reo ausente; aplicación de la retroactividad penal benigna.