

PUBLICACIONES ESPECIALES DEL FUERO MILITAR POLICIAL

LA JUSTICIA MILITAR EN LA HISTORIA DEL PERÚ
PRIMERA PARTE:
DESDE SUS ALBORES HASTA 1899

José Francisco Gálvez Montero



FUERO MILITAR POLICIAL

2017

La Justicia Militar en la Historia del Perú
Primera parte: Desde sus albores hasta 1899
de José Francisco Gálvez Montero

FUERO MILITAR POLICIAL DEL PERÚ
General de Brigada EP (R) Juan Pablo Ramos Espinoza
Presidente del Fuero Militar Policial

Contralmirante CJ Julio Enrique Pacheco Gaige
Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Coronel (R) Juan Manuel Centenaro Reyes
Director Ejecutivo del Fuero Militar Policial

Capitán de Navío CJ Carlos Melchor Schiaffino Cherre
Director Académico del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Comité editorial:
Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo
Técnico Supervisor Segundo AP. Luis Urbina Huapaya
Empleada Civil CAS Yasmina Santos Agapito

Corrección de estilo: General PNP (R) Jorge López Zapata
Diseño y diagramación: Socorro Gamboa García
Diseño de Portada: Nicol Huamanchumo Farfán

LA JUSTICIA MILITAR EN LA HISTORIA DEL PERÚ
PRIMERA PARTE: DESDE SUS ALBORES HASTA 1899

José Francisco Gálvez Montero
Publicación: septiembre de 2017
Primera reimpresión: julio de 2024

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2017-11444

Editado por: FUERO MILITAR POLICIAL
Av. Arenales 321, Santa Beatriz, Lima Cercado
Telf.: (511) 6144747

Impreso en RHD Soluciones Gráficas SAC con RUC 20602890997
Jr. Callao 263, Cercado de Lima
Tiraje: 1000 ejemplares

IMPRESO EN EL PERÚ / PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	15

CAPÍTULO I

Sanciones y juzgamiento, albores de la justicia militar

Las instituciones y el derecho en la antigüedad	25
El Derecho en Roma	28
El Derecho Penal Militar en Roma	29
El Derecho Penal en los pueblos germánicos	32
Instituciones y el derecho sancionador en el reino visigodo	38

CAPÍTULO II

Las normas protectoras del rey, los fueros y ordenanzas militares

Instituciones y el Derecho en Castilla	47
Instituciones y el Derecho Indiano	53
Etapas del Derecho Indiano	54
El Fuero Militar en el nuevo mundo	62

CAPÍTULO III

La Casa de los Borbones y las ordenanzas militares

El ascenso de la Casa Borbón a España	69
Decreto de abolición de fueros (1707)	70
Las ordenanzas militares	71

Los fueros Militar y de Marina	72
Audidores generales en el virreinato peruano (1679-1825)	73
Las ordenanzas para la Armada	79
El Real y Supremo Consejo de Guerra	80
Las milicias	81
— Anexo: Relación de Auditores Generales de Guerra en el virreinato peruano 1679.1825 (A.G.G.) 1679-1825	82
— Anexo: Mapa conceptual del Supremo Consejo de Guerra	85
— Anexo: Mariano Melgar y Valdivieso, patrono del cuerpo jurídico	100
— Anexo: Casos de delitos vistos en fuero militar en España	101

CAPÍTULO IV

Los fueros militares durante la República; 1821-1839

El Derecho en la independencia	107
El Ministro de Guerra en el Poder Ejecutivo	116
Los procesos judiciales	123
El Consejo Supremo de Guerra, 1834	131
El Tribunal de la Acordada	135
El proceso de codificación en el Perú	137
El proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú de 1827	139
— Anexo mapa conceptual del Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú de 1827	141
— Caso del esclavo patriota en el Fuero Militar	142

CAPÍTULO V

La corriente anticaudillista y el Fuero Militar en la Convención Nacional (1855)

La adecuación del fuero militar en el tránsito a la Convención	155
El contexto político	158
El liberalismo doctrinario a mediados del siglo XIX	163
El Fuero Militar en el Reglamento de Tribunales y en la Constitución de 1856	178
José Gabriel Gálvez Egúsquiza	185

CAPÍTULO VI

Las reformas y la administración de justicia durante la Guerra del Pacífico

El contexto político	191
Las Ordenanzas de 1878	198
La Guerra del Pacífico, 1878-1883	199
El Código penal y de procedimientos en materia militar (Arequipa, 6 de setiembre de 1883)	208
Libro Primero: Materia de justicia	209
Libro Segundo: De los Delitos y las penas	210
Libro Tercero: Enjuiciamiento	212
— Anexo: “Causa seguida al Capitán de Navío Lizardo Montero Flores y otros, por el delito de insubordinación”	219
- Antecedentes del proceso	219
- Episodios pasados aclaran más el contexto de los hechos	224
- El Consejo de Guerra de Oficiales Generales	226
- La defensa oral a favor de Grau	228
- La sentencia del caso Grau	231

CAPÍTULO VII

El Código de Justicia Militar, 1898 y el Consejo Supremo de Guerra y Marina (1899)

El contexto político	237
La reorganización de las Fuerzas Armadas	238
El Código de Justicia Militar, 1898	241
El Consejo Supremo de Guerra y Marina, 1899	248
COROLARIO	255
FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA	261

PRESENTACIÓN

Se dice por los entendidos que la justicia militar es de larga data, tan larga, que se pierde en los albores de la humanidad. Desde entonces, su evolución ha sido constante, en parangón con la evolución de los ejércitos y los medios y métodos de hacer la guerra, siendo hoy mismo evidente su necesidad, para reglar la disciplina y el orden en dichos ejércitos.

En el Perú, la necesidad de la justicia militar se aprecia, incluso, en la etapa pre-inca, en las culturas guerreras como la Mochica y la Chimú y, con meridiana claridad, entre los incas, guerreros conquistadores de gran parte de América del Sur.

Durante el virreynato, siguiendo las ordenanzas militares de cada época y las leyes de indias, más puntualmente, la justicia militar estuvo presente por más de trescientos años, tanto que las últimas ordenanzas militares de Carlos III, de 1768, se mantuvieron vigentes hasta bien entrada nuestra vida republicana.

El 20 de diciembre de 1898, setenta y siete años después de la independencia de nuestra nación, se promulgó el primer código de justicia militar. Al año siguiente, el 23 de marzo, prestaron juramento los miembros del primer Consejo Supremo de Guerra y Marina, instancia máxima de la jurisdicción militar en ese entonces, dando inicio a la nueva organización de la jurisdicción militar.

Durante los ciento veinte años transcurridos desde entonces, la justicia militar ha escrito una buena parte de la historia del Perú, particularmente, durante las azarosas etapas de las revueltas, montoneras y “revoluciones” que nos tocó vivir, haciendo que la democracia perdure entre nosotros.

Esta publicación aspira mostrar esa historia, en los varios tomos que pretendemos se escriba. El título original de la obra: “Historia de la Justicia Militar en el Perú”, ha sido cambiado por el de “La Justicia Militar en la Historia del Perú”, porque refleja, en nuestro concepto, de mejor forma, la participación de la justicia militar en la vida del Perú.

En este primer tomo de la “Justicia Militar en la Historia del Perú”, cuyo autor es el doctor José Francisco Gálvez Montero, reconocido historiador y profesor universitario, se muestra los alcances de la justicia militar en el virreynato y la época republicana del siglo XIX, que esperamos sea el marco adecuado para el tratamiento histórico de la jurisdicción militar contemporánea, que se inicia con la promulgación del primer código de justicia militar en 1898.

Finalmente, debemos expresar nuestro agradecimiento a todas las personas que hacen posible esta publicación, que habiéndose hecho esperar, llenará el vacío histórico que por tantos años se hizo esperar.

Juan Pablo Ramos Espinoza
General de Brigada
Presidente del Fuero Militar Policial



General de Brigada
JUAN PABLO RAMOS ESPINOZA
Presidente del Fiero Militar Policial

INTRODUCCIÓN

El término justicia militar nos evoca autoridad, disciplina, subordinación y lealtad. Características propias de quien pertenece a una organización social, política, religiosa y militar. Pertenencia de la cual provienen atribuciones y derechos en función de la persona; si es del lugar, goza de facultades plenas, cuenta con la edad respectiva y actúa por propia voluntad al momento de incorporarse al grupo. De la misma manera, todos o algunos de sus actos son fiscalizados por su organización o por ser de materias distintas, existen jueces para cada uno de ellas. El análisis de sus actos se produce a través de mores o costumbres (normalmente orales), cuyos orígenes se remontan a la existencia y pervivencia de la comunidad desde tiempos ancestrales. Análisis basado en la interpretación realizada por un grupo exclusivo con características religiosas en base a la moral recogida por las costumbres. De ahí que los actos puedan tener diversas connotaciones.

Más adelante, a esta fuente del derecho se incorporaron las normas emanadas por la propia autoridad a las que llamaremos leyes, que en su origen también eran verbales, circunstancia que no significó de inmediato la abolición de lo anterior sino su complemento, ya que los magistrados o jueces analizaban los hechos en función de las reglas que mejor se adecuaban, dando lugar a la implementación de un sistema jurídico llamado casuístico.

Este modelo se fue enriqueciendo con la especialización y desarrollo de las funciones correspondientes a los grupos religiosos, familiares, políticos y militares; donde el derecho pasaba de ser personal a ser impersonal al involucrar cada vez un mayor número de personas en ser juzgadas, hechos que nos permiten trazar un sucinto arco temporal desde la antigüedad hasta Roma; cultura con naturaleza guerrera, que debido a su visión expansionista, se vio en la necesidad de crear sanciones para evitar el debilitamiento de las legiones o ejércitos con los que

pudo dominar al mundo de entonces. Paralelamente, haremos referencia a la manera como los pueblos germánicos impartían justicia con el propósito de mostrar el primer atisbo de la jurisdicción militar en el reino visigodo.

El estudio del derecho como costumbre, ley o materia jurídica, no puede ser ajeno a identificar en cada momento donde radica el poder, sin el cual las reglas más elementales no se cumplirían. Que ante una conducta existe una norma que establece la sanción, drástica o leve, que si va acompañada de la destitución inmediata o su reincorporación a la entidad respectiva; dependerá finalmente de quien detenta el poder. Prosiguiendo con nuestra explicación cronológica y temática, distinguimos que nuevamente las conductas de los militares o caballeros de las armas fueron reguladas durante la Edad Media no sólo por sus mores sino por la influencia de la religión a través del derecho canónico; pero que poco a poco, fue la necesidad de defensa de los reinos la que creó las costumbres castrenses propias del Arte de la Guerra y con ellas las de las compañías de Lanzas, Arcabuces y Alabardas en 1557.

Progresivamente este modelo casuístico permite apreciar que del horizonte europeo se fue gestando hacia el nuevo continente un derecho propio para los territorios descubiertos y por descubrir, y que en algunos casos fue también local. De esta manera, los reinos de Castilla en ultramar gozaron de personería propia. Primero, las empresas del descubrimiento y conquista en el Nuevo Mundo, así como la defensa ante los ataques de piratas y corsarios motivaron la necesidad de expedir normas vinculadas a la Armada del Sur desde 1585. Pasada la ocupación territorial, en una segunda etapa, se fueron trasladando instituciones del poder monárquico. A los adelantados y gobernadores, prosiguieron los virreyes y capitanes generales, así como las reales audiencias. Además del fuero real o regio, la justicia no fue ajena que en su administración en América que se instituyeran las jurisdicciones privativas donde las medidas correctivas y sanciones penales fueron materia de los tribunales eclesiástico, militar, de la Santa Hermandad y del Santo Oficio. En el caso castrense, la jerarquía involucraba tanto a los señores oficiales generales, subalternos y funcionarios civiles. La Recopilación de Leyes de Indias (1680) así como en las ordenanzas para los ejércitos nos ilustran la manera paulatina este proceso de adecuación.

Durante el siglo XVIII la corriente de pensamiento del liberalismo influyó en el ámbito jurisdiccional militar. De esta manera, cada vez más seguida, las reales ordenanzas fueron rediseñando los parámetros que hasta antes se hallaban regladas principalmente por las costumbres. Así no sólo se contemplaba un ejercicio inductivo sino deductivo al momento de analizar los casos. Al Consejo de Guerra se sumaron las diferentes normas para el ejército y la marina.

Fue así que progresivamente las ordenanzas españolas de 1728, inspiradas en sus similares francesas, incorporaron instituciones como el tribunal militar dentro de las llamadas Reformas Borbónicas que fortalecieron este fuero privativo y cuya actuación no fue ajena para combatir revoluciones y *levantamientos*; sancionando tanto a militares como a civiles. De ellas, las más significativas han sido *las ordenanzas de S.M. para el régimen de disciplina, subordinación y servicios de sus ejércitos* (1768) y la ordenanza naval (1802).

El proceso emancipador, a través de los reclamos sociales, económicos y políticos puso a prueba los nuevos lineamientos de las disposiciones castrenses. Desde los albores del siglo XIX, las protestas fueron más recurrentes, una de las cuales fue la insurrección de Cusco de 1814 a cargo de los hermanos José y Tomás Angulo, a los que se sumó el brigadier y ex Presidente de la Real Audiencia del Cusco Mateo Pumacahua, movimiento que logró la adhesión de los pueblos del sur, entre ellos, Arequipa. En dicha ciudad, Mariano Melgar y Valdivieso, joven arequipeño, se identificó con las protestas, incorporándose a las fuerzas rebeldes, siendo nombrado auditor de guerra. Al año siguiente, el ejército del virrey José de Abascal pudo sofocar el movimiento, capturando y procesando a los inculpatos entre ellos a Melgar, quien fuese sentenciado al fusilamiento. En homenaje a este prócer, el gobierno peruano decidió establecer el Día del Cuerpo Jurídico Militar como fecha de su natalicio y nombrarlo Patrono del Cuerpo Jurídico Militar, el 12 de agosto de 1964.

El régimen político establecido con la independencia del Perú prosiguió con las innovaciones aportadas por el liberalismo que supo conjugar la vigencia de las normas antiguas con las provenientes del siglo XIX, expedidas por el nuevo régimen político como el reglamento de

tribunales del 10 de abril de 1822, expedido por el general José de San Martín y Matorras, el cual estableció la continuidad del fuero militar y eclesiástico. Aunque el siglo XIX de la historia política peruana se ha recreado con los golpes de Estado a través de los caudillos, resulta importante separar las regulaciones del estamento jurisdiccional militar, de aquellas normas que obedecieron a la coyuntura revolucionaria, pues al concluir ésta, la vida castrense retomó su propio desenvolvimiento al interior de los cuarteles.

A mediados del siglo diecinueve surgió un sentimiento anti caudillista que demandó la pretensión de la Convención Nacional o Congreso de la República por un mayor establecimiento de la ley, como parámetro imparcial por desaparecer todo vestigio del virreinato peruano: reorientar el incipiente Derecho Constitucional a partir de la vigencia y protección de los derechos, entre ellos la protección de la vida por lo cual fue abolida la pena de muerte.

Bajo la batuta de José Gabriel Gálvez Egúsquiza, este sentimiento propició un revisionismo liderado desde el recinto parlamentario debatiendo la necesidad de la estabilidad en los cargos administrativos y judiciales, los ascensos en el ejército y la marina a partir del grado de sargento mayor o su equivalente, así como la necesidad de la pervivencia de los fueros eclesiástico y militar, bajo el argumento que “Si la ley era igual para todos, no podía hacer distingos donde no los hubiera”.

Este planteamiento hizo pensar que las reformas de la Convención Nacional eran anti militares cuando en realidad su propósito iba dirigido a neutralizar el poder del caudillo en funciones, como se puede constatar del establecimiento del Presidente del Consejo de Ministros, figura importante luego del Presidente de la República, en la marcha de la administración de los negocios del país. Esto demuestra que Gálvez enarbó la lucha en favor de la institucionalidad del país a la cual se oponían sectores de la sociedad y que años más tarde corroboró con su arrojo al comandar el Torreón de la Merced en el Callao ante la presencia de la Escuadra española en el Pacífico y fallecer en pleno combate, el 2 de Mayo de 1866. Como homenaje, el Tribunal Supremo Militar Policial decidió, por unanimidad, conferirle el título de Patrono de Fuero Militar Policial el año 2015.

A diferencia del fuero eclesiástico que fuese abolido con la Constitución de 1856, el militar prosiguió su funcionamiento. La Carta de 1860 retomó la propuesta y aprobación para los ascensos castrenses sólo para los oficiales generales y almirantes. En 1863, durante el gobierno del general José Antonio Pezet, se nombró una comisión bicameral para adecuar las leyes y ordenanzas militares a tenor de la Constitución de 1860 y del Código Penal de 1861, la cual concluyó su trabajo con el Código Militar de 1865, que nunca llegó a entrar en vigencia. Más adelante, el gobierno expidió las Ordenanzas Militares de 1878, las que no llegaron a imprimirse en totalidad, lo que motivó que en plena Guerra del Pacífico, el Congreso aprobase el Código Penal y de Procedimientos en materia militar en Arequipa en 1883, pero prosiguieron en vigencia las ordenanzas de S.M. para el régimen de disciplina, subordinación y servicios de sus ejércitos (1768). Finalmente, al culminar la guerra y con el arribo de los civiles al poder, se creyó conveniente reformar a los institutos castrenses, para lo cual el gobierno de Nicolás de Piérola invitó a la misión francesa para que se hiciera cargo de la restructuración del ejército, fundándose la Escuela Militar de Chorrillos, la cual propuso, además, planteamientos que se incorporarían al Código de Justicia Militar de 1899.

Esta exposición sucinta evidencia el proceso permanente de adecuación de costumbres y prácticas que se hicieron castrenses, incorporadas al diseño estatal y, por ende, al fuero militar como legal que versa en la redacción de la Historia del Fuero Militar sustentado en los documentos de la época; texto que servirá para afianzar la identidad institucional con la misión de divulgar el rol de la justicia militar que ha ejercido en nuestro país.

Quiero aprovechar esta ocasión para agradecer los buenos oficios de los señores Oficiales Generales y Almirantes, General EP Juan Pablo Ramos Espinoza, Presidente del Fuero Militar-Policial, Contralmirante AP Julio Pacheco Gaige, Director General del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, General FAP Arturo Giles, vocal del fuero, al General PNP Jorge López Zapata y al General EP Roger Araujo Calderón, por su sugerencias y a los señores oficiales Capitán de Navío AP Carlos Schiaffino Cherre y Teniente Coronel EP Roosevelt Bravo Maxdeo por su apoyo desinteresado en cada etapa de esta investigación.

Mi gratitud al equipo de trabajo conformado por los señores David Dumet Delfin, Luis Peredo Medina, Julia Bárcena Rafael y Andrea León por las pesquisas y transcripciones que permitieron hacer entendible este texto.

Finalmente, un tributo especial a mi familia que creó las condiciones necesarias para la culminación de este trabajo. Gracias.

José Francisco Gálvez Montero

Lima, febrero 2017



JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ MONTERO

Nació en Lima en 1960. Es Doctor en Historia por la Universidad Complutense de Madrid y Abogado por Pontificia Universidad Católica del Perú; es además, profesor universitario.

Investigador del Instituto Riva-Agüero y del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

Ha publicado, entre otras obras:

La Historia de la Presidencia del Consejo de Ministros (Lima, 2015).

La Historia del Derecho en el Perú (2008). Lima, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

La pasión por la política (2002): *Breve Historia del Congreso de la República (1822-1968)*. Fondo Editorial del Congreso de la República. Lima.

El Poder Legislativo: Arquitectura, Arte e Historia (2014). En coautoría con Juan Günther, José García Bryce, Luis Eduardo Wuffarden, José Ragas Rojas y Fernando Ayllón. Lima, Fondo Editorial del Congreso de la República. Segunda edición.



CAPÍTULO I

Sanciones y juzgamiento:
albores de la justicia militar

Las instituciones y el derecho en la antigüedad

La vida de las sociedades humanas ha girado en función a la identidad y pertenencia al tipo de organización social correspondiente al individuo; sea la familia, el clan o la corporación respectiva. En ellos, el bien jurídico supremo constituía la preservación de la propia sociedad, cuyo grado de institucionalidad pervivía gracias a la costumbre, transmitida y mantenida oralmente en un principio y que más tarde sería acompañada por la norma pronunciada por la autoridad o ley que al inicio también era oral.

En el mundo occidental, podemos indicar que las reglas sociales se hallaban ligadas fuertemente a las causas religiosas, las cuales se encontraban amparadas por la moral y la ética, referentes obligados de todos los habitantes y cuya interpretación dependía exclusivamente de los sacerdotes. La celebración de los actos requería de fórmulas y protocolos, sin los cuales éstos carecían de vigencia y con los que progresivamente iba naciendo el derecho. Característica que perduraría hasta el siglo XVIII gracias al derecho canónico medieval.

Diversas culturas optaron por un derecho consuetudinario, local y estructurado, acorde con los usos del lugar. Algunos ejemplos nos ilustran el período pre-romano como la *lex Talion* (recordada por la frase: ojo por ojo y diente por diente), la que indicaba que ante un tipo de conducta debía existir un tipo de reciprocidad. Su aplicación estuvo supeditada al status de los actores, de manera tal que si una persona (denominación que implicaba la capacidad jurídica que tenía un individuo) había matado a un esclavo —considerado como bien— disponía de una serie de alternativas para compensar su pérdida, sustituyéndolo con uno similar o resarciendo al propietario con la entrega de recursos.

Trabajos de André Aymard y Jeannine Auboyer al final de los años cincuenta del siglo XX, hacían referencia que en la cultura mesopotámica el hombre que era libre, del lugar y poseía recursos, contaba con una amplia capacidad jurídica para la celebración de actos. En la misma proporción, las sanciones por conductas antisociales y antijurídicas se caracterizaban por ser diferentes a las aplicadas a extranjeros o esclavos; no por ello se puede afirmar acerca de la existencia de impunidad. Desde aquellos albores notamos que

la impartición de justicia era indispensable para continuar con la pervivencia de la sociedad, donde las sanciones eran concedidas en función del daño ocasionado, de la autoridad e interpretación como constatamos de las “leyes” del Código de Hammurabi¹:

“Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia (y) depositado el documento sellado, si, a continuación, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso.

Si un señor roba la propiedad religiosa o estatal, ese señor será castigado con la muerte. Además, el que recibió de sus manos los bienes robados será (también) castigado con la muerte”.

Sanciones de carácter ejemplarizador y público y que buscaban la pervivencia de la sociedad frente a todo tipo de conducta, proveniente de una persona o de aquél que representara a la autoridad, que pudiese interrumpir el normal

desenvolvimiento de la comunidad. Avalado por un sistema de prácticas consuetudinarias impuestas en favor de la sociedad y salvo que no la afectase, se tomaba en consideración al individuo.

Valiéndose de la modalidad escrita, el derecho gozó de un orden que hizo posible la difusión de normas en sus colonias, tratando de regular la conducta de otros hombres, en Grecia la tenencia y más tarde propiedad de la tierra diferenció a aquel que poseía el *genos* o vínculo con la tierra, incorporándolo al clan u organización familiar, de aquel que solamente la trabajaba en calidad de jornalero o *thetes*. La libertad era importante, pero debía ir aparejada de esta versión de propiedad inmueble que más adelante se alternaría con la de los bienes muebles, identificados con el comercio, manufactura, talleres y la construcción de naves.

Así, en la ciudad de Atenas la conjunción de estos derechos se convertiría en requisito para gozar de participación política o democracia que implicaba votar y ejercer un cargo, a lo que se sumaba contar con 18 años como mayoría de edad e incluso ser oriundo del lugar. Sin embargo,

1 AYMARD, André y Jeannine AUBOYER: *Oriente y Grecia Antigua*. Barcelona. Editorial Destino. 1969.



Themis, diosa de la justicia o ley eterna.

estos derechos se complementaban con obligaciones exigibles a los ciudadanos en beneficio de la polis, como el pago de impuestos y de contribuciones extraordinarias y hacer el servicio militar. La puesta en peligro de la ciudad demandaba que todos se pusieran de acuerdo para defender su patria, sirviendo en el puesto que le tocara. Pasada la circunstancia, retornaba a realizar sus intereses privados.

Otro de los cargos públicos por desempeñar era el relacionado con la administración de justicia. Como sostiene la profesora Beatriz Bernal Gómez, se diferenciaban según las materias: comunes o especiales. En las primeras participaban todos los ciudadanos aptos para el puesto, representando cada uno a las diez tribus por un período anual sin reelección. Los magistrados comunes se desempeñaban asistidos por el secretario y el tesorero, ya que algunas sanciones de las conductas antijurídicas no podían eximirse mediante pago alguno.

“Los magistrados especiales se clasificaban en militares y fiscales, se escogían por votación y, antes de ocupar el cargo, tenían que hacer una declaración de sus bienes y de las circunstancias anteriores a su oficio ante un tribunal de derecho (juicio de Dokimasia). Asimismo, cuando terminaban sus funciones o eran depuestos, estaban obligados a rendir una detallada cuenta de sus bienes ante una

comisión de auditores públicos. En el caso de los diez magistrados militares (uno por cada tribu), llamados **estrategas**, la elección estaba a cargo de la Asamblea y podían ser reelectos. Dentro de sus funciones estaba la administración de la armada naval y militar y eran presidentes natos de todos los tribunales en que se juzgasen casos relativos a su rama. Tenían también la facultad de convocar a la Asamblea para que conociera de asuntos militares. Los arcontes (9 más un secretario representante de los arcontes menores) representaban a las diez tribus y eran escogidos por sorteo. Cada arconte tenía una función específica, generalmente de índole religiosa o judicial. Así, El Arconte en Jefe representaba simbólicamente al Estado, dirigía las fiestas religiosas y tenía jurisdicción en asuntos de derecho de familia; el Arconte Rey representaba visiblemente al Estado, era el máximo funcionario religioso y era el presidente nato de los tribunales que conocían de homicidios; el Arconte Polemarco, además de ciertas funciones de carácter religioso, era el que resolvía los litigios con los extranjeros y los Arcontes Menores (Thesmothetae), que eran seis, vigilaban los tribunales de justicia ocupando por turno su presidencia”².

El Derecho en Roma

En Roma, durante la etapa monárquica, encontramos el caput que literalmente significa cabeza; que hacía referencia en el ámbito del derecho a los distintos status (o posiciones jurídicas) de las personas físicas. En ellas se reconocía a los tres estados o status: libertad (libertatis), ciudadanía (civitatis) y familia (familiae). La posición en la sociedad de cada individuo determinaba la amplitud o disminución de su capacidad jurídica (aptitud para ser titular de bienes y derechos); no obstante, la personalidad natural (o capacidad de obrar, entendida como la aptitud de actuar válidamente en Derecho) no se le negó a nadie.

Más adelante, estas facultades se volcaron en la redacción del Derecho Civil o *ius civile* sólo para los descendientes de las 34 tribus lideradas por los *pater familias*; pero conforme la necesidad requirió de más hombres, los romanos libres pero no propietarios como los plebeyos, fueron incorporándose a estos estados, como lo logrado con las XII Tablas.

Del status de ciudadanía se derivaban los derechos de: sufragio, es decir el voto en los comicios o asambleas, así como el ocupar cargos públicos

2 BERNAL GÓMEZ, Beatriz. *Historia del Derecho*. México. UNAM. Nostra Ediciones S.A. 2010; pág. 50.

como el de magistrados o pretores (jueces), pero de la misma manera se hallaban obligados a pagar contribuciones e integrar las legiones o ejércitos, las cuales más adelante se extendieron a los miembros de las otras corporaciones.

El Derecho Penal Militar en Roma

Estos autores reconocen que el mérito de la cultura romana en el desarrollo del derecho fue haber construido un sistema legal con mayor elaboración donde vislumbramos la existencia de la ley (no necesariamente escrita), la doctrina, la jurisprudencia y la manifestación de voluntad como alternativas de la costumbre.

Como señala Francisco Jiménez y Jiménez³, Roma no sólo ha sido considerada la cuna del Derecho sino la del Derecho penal militar debido al afán expansionista de conquista que requirió del poderío de sus ejércitos y de la disciplina de sus miembros. La permanencia de un conflicto

bélico desde el período de Roma República demandó la necesidad de incorporar nuevos conceptos en las relaciones de subordinación alrededor de la disciplina y el orden. A ello se sumaría, la estrategia utilizada en la lucha contra Aníbal y Cartago, en el año 218 a.c. que durara años:

“...fecha en la que Roma envió un ejército al mando de Cneo Escipión para combatir contra Aníbal, desembarcando en Ampurias, hasta el año 19 a.c, año en el que —bajo el emperador Augusto— se impuso *la pax romana*, dominación que posteriormente se prolongó, ya como provincia del Imperio de Roma, hasta el año 467, con la caída del Imperio occidental romano”.⁴

Una institución que distinguió dos tipos de delitos, según los profesores Francisco Fernández Segado y Fernando de Querol y Durán⁵, los militares cometidos por efectivos contra otro de la misma naturaleza o contra la institución que mayormente se hallan relacionados con la disciplina y subordinación, propios de una organización

3 JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, Francisco: *Introducción al Derecho Penal Militar Español*. Madrid. Civitas. 1987; p. 177 y ss.

4 PASCUAL SARRIA, Francisco Luis: “Bosquejo histórico del derecho penal militar español en la antigüedad”. *Revista de Historia Militar*, núm. 80, año XL. Madrid. 1996; pág. 53.

5 Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La jurisdicción militar en su perspectiva histórica” en *Revista Española de Historia Militar*, núm. 56 y 57, tomo I. Madrid 1991.

QUEROL y DURÁN, Fernando de: *Principios de Derecho Penal Militar Español*. Tomo I. Editorial Naval. Madrid. 1945.

castrense y los delitos comunes cuya materias estaban relacionadas con todos los habitantes de la comunidad, debido al imperio que aplicaba la autoridad sobre ellos, incluso los militares.

Como señala Pascual Sarria, estos conceptos de delitos fueron concebidos según las circunstancias y más adelante se sistematizaron en el cuerpo legal conocido como *Pandectas* o *Digesto*, segundo libro del *Corpus Iuris Civilis* o Código de Justiniano (525). Por ejemplo, el alejamiento del puesto asignado al militar según la circunstancia, el tiempo y la voluntad del infractor podía tener doble connotación. Si la persona era detenida después de merodear por otros lares, era considerado desertor, por el contrario, si vagabundeaba y luego regresaba voluntariamente, era retardado.

“También se castigaba la cobardía del que salía de descubierto cuando atacaba el enemigo o se iba de la trinchera siendo penado con la muerte, al que abandonaba el servicio, con la pena de degradación o *gradus defectio*; a quien abandonaba la guardia del gobernador o de otro mando se le castigaba como al desertor; al que no se presentaba a tiempo al terminar un permiso se le penaba como al retardado o al desertor en función del tiempo transcurrido desde la ausencia; quien se pasaba al enemigo y luego volvía era castigado muy duramente, siendo sometido a tormento y condenado a las

fieras o a la horca; aquel que fuera sorprendido pasándose a las filas enemigas se le aplicaba la pena capital; quien perdía o entregaba sus armas de guerra con la pena de muerte o cambio de destino o *militari mutatio*; el hurto de armas a otro compañero, con la pérdida de grado militar o *censio hastaria*; la desobediencia al hacer en guerra algo prohibido por el jefe o no cumplir lo ordenado con la pena capital; por abandonar las filas a la pena de fustigación o cambio de destino; el que atravesaba empalizada o saltaba el muro para entrar en el campamento, con pena de muerte; y si atravesaba el foso, con la pena de expulsión de la milicia o *misio ignominiosa*; a quien incitaba a la sedición militar grave se le castigaba con la muerte; la sedición surgida de altercado leve, con la degradación; la conspiración para la indisciplina o la desertión de una legión entera, con la expulsión de la milicia; y el no proteger al jefe o abandonarle en combate frente al enemigo, si como consecuencia de dicho abandono muriere, se le castigaba con la pena capital.

En los delitos militares contra la disciplina se castigaron los denominados crimines de pereza, de desobediencia y de desidia; imponiéndose la pena de muerte en los siguientes supuestos: al que atentara contra su jefe o le desobedeciera; al primero en abandonar las filas; al que simulara enfermedad por miedo al enemigo; al que hiriese a un camarada con espada (si lo hería con piedra era expulsado de

la milicia); al que no defendiera a su superior pudiendo hacerlo y al que abandonase a su jefe o centurión ante bandidos. Los traidores eran condenados igualmente a muerte y los liberados del juramento militar, sometidos a tormento. A quien abandonaba la guardia de palacio se le castigaba con la pena capital y la venta de armas era equiparada a la desertión.

Además se cometían diversos supuestos delictivos no estrictamente militares y que resultaban de aplicación a civiles, entre ellos se comprendía a quien eludiera el servicio militar, siendo reducido a la esclavitud; al padre que evitaran la obligación de acudir al servicio militar del hijo en caso de guerra, castigándolo con las penas de destierro y confiscación parcial de sus bienes, así como al que mutilara al hijo en guerra para ser inútil, con la pena de deportación. Por último, y en este apartado también, se castigaron algunos delitos que aún siendo de naturaleza común, como el robo en campamento, el falso testimonio y las faltas contra las buenas costumbres, se aplicaban a militares⁶⁷.

Relación de conductas que constituían parte del adoctrinamiento en beneficio de la preservación del instituto y que plantean un catálogo de “delitos” o costumbres militares con la finalidad que sus infractores sepan a lo que se exponían en caso de quebrantar sus reglas.

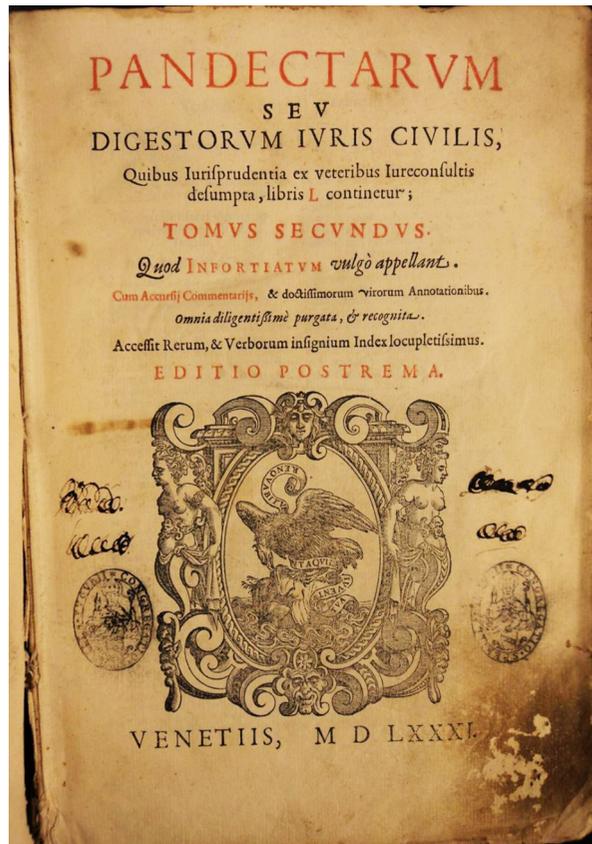


Las fasces romanas (Roma monárquica), símbolo de magistratura.

Fascis en su raíz latina, o en la castellana “haces”, conformado por varas unidas a un manojillo cilíndrico, las que simbolizaban a los 34 pater familiae, colocando en la parte superior la cabeza de un hacha, poder sobre la vida y la muerte.

6 PASCUAL SARRIA, Francisco Luis: ob. cit.; pág. 54 y ss.

El Derecho Penal en los pueblos germánicos



Corpus Iuris Civilis: Pandectarum 1581.

En Germania, las costumbres resolvieron con una cierta estabilidad los conflictos que se presentaban imponiendo soluciones, para lo cual recurrían a las prácticas ancestrales u ordalías o la ley de Dios. El profesor Cesare Cantú en 1873 demostró que las principales instituciones jurídicas de los pueblos denominados bárbaros, respondían a su propia lógica y cuyas prácticas formaban parte de las tradiciones provenientes de las tribus germánicas, entre la que destacaban los Godos, Itálicos y Galos.

Para realizar esta caracterización, el autor, en primer lugar, retrata la forma de vida y organización de dichos pueblos, siendo que, en su mayoría, tales pueblos se conformaban por sujetos «libres y nobles, sometidos a príncipes hereditarios o a jefes electivos⁷».

De esto se deriva que su organización social estuviera caracterizada por la idea de los pares o comunes, donde el rey era considerado el primero entre sus iguales; encargados de juzgar (en épocas de paz) y dirigir (en tiempos de guerra),

7 CANTÚ, Cesare: *Historia Universal: Época VIII, IX, X y XI*; Volumen 3; Constitución Política de los Bárbaros. Madrid, 1876; pág. 132.

siendo inicialmente muy restringida la actividad legislativa de esto, probablemente por la escasa producción escrita en estos pueblos.

Puede apreciarse que la formación del derecho en los pueblos bárbaros interactuaba como algunas figuras propias de Roma. Las atribuciones de los condes y duques eran correlativas a la de los cónsules antes del Imperio⁸. Si bien, como hemos dicho, podía existir el rey en Germania, la autoridad de este personaje estaba limitada por la asamblea, la misma que también ejercía tareas de gobierno, de jueces (para resolver causas de los iguales), de legisladores (si abolían alguna ordenanza) o de soberanos (cuando decretaban la guerra, práctica que podría ser un antecedente a la figura de las Cámaras de los Lores del derecho anglosajón. A ello le agregamos el papel del sacerdote en los delitos contra la sociedad, quien era el único que juzgaba.

Especial atención merece la determinación de la ley aplicable en esta etapa. Cantú es enfático al señalar que si bien coexistieron muchas normas, atendiendo al número de Estados o pueblos, no resulta verosímil considerar que sea una prerrogativa absoluta a una de las partes exigir que se le juzgue

bajo «su ley»; es más verosímil considerar que existía posibilidad de que, por ejemplo, en los contratos, se pacte un tipo de ley aplicable. Asimismo, precisa respecto de la ley romana, que: «Cuando se dice que los Bárbaros dejaron a este o aquel pueblo la ley romana, no se entienda como una liberalidad, sino antes bien como una condena, pues que esto lo excluía de los cuidados del legislador y de los privilegios de la raza conquistadora⁹».

Respecto a la solución de conflictos, el derecho de los pueblos germánicos recurría a los tribunales, en función del tipo de persona de la comarca. En primer orden, destaca el autor las tres clases de tribunales que se podían encontrar: «La corte del rey (curia regis) (...) la corte señorial (...) y la del conde¹⁰».

En segundo orden, destaca el autor, los elementos que componían el procedimiento. Aquí resalta la nota característica de los procedimientos bárbaros que componía el esclarecimiento de los hechos o la dilucidación de la verdad a partir de los juramentos, las *faidas* o indemnización, las ordalías o desafíos o retos que debía cumplir el acusado y el duelo.

El juramento suponía un recurso a la confianza puesto que no solo la parte lo realizaba, sino que

8 CANTÚ, Cesare: ob. cit.; pág. 134.

9 CANTÚ, Cesare: ob. cit.; pág. 138.

10 CANTÚ, Cesare: ob. cit., pág. 142.

debía estar acompañado de un tanto de personas que corroborarán o atestiguarán a su favor. Será en esta época que surgirá la práctica de jurar acumulando las manos de uno y otro testigo, cada una encima de la otra. Esto derivará en la práctica que hoy vemos de jurar ante un elemento sagrado, como puede ser la biblia (como en los Estados Unidos) o con la mano alzada (como en nuestro propio país).

En lo que respecta a las *faidas* podemos encontrar en ellas un antecedente a la indemnización de nuestros días. A fin de cambiar la venganza del fuero privado al público, también se previó la sustitución de la venganza personal por una condena de una multa o composición.

El duelo judicial también supondría una forma de reglamentar el enfrentamiento, sometiendo a la parte que reclamaba venganza a una lucha hombre a hombre, limitándose así la expansión del conflicto.

Finalmente, las ordalías o juicios de Dios constituían un aspecto central en los procesos de la época, elementos que por lo general se citan para evidenciar las bondades del sistema «racional» del liberalismo que reemplazó a esta forma de resolver conflictos. Las pruebas de Dios, como pasar el fuego o no ahogarse, suponían un

razonamiento fundado en la religión: si un ser supremo era omnipresente, sería ilógico que permita que triunfe aquel que no tiene derecho o es indigno; de ello derivaban —aunque ciertas objeciones hubo— que dicha práctica era justa y aproximaba a la verdad divina.

Otros rasgos prerromanos en los pueblos germánicos se hallaban en el quehacer diario como era la importación de justicia comunitaria y donde los vínculos de dependencia de los jefes eran electivos y no consanguíneos. La guerra constituía la parte más importante de sus actividades. Hasta las primeras décadas de la Edad Media, los germanos se habían organizado en clanes y no en familias y por tanto, al no existir vínculos consanguíneos filiales entre todos ellos, el líder del grupo dejaba de ser el centro de la familia para convertirse en el guerrero elegido:

“A ningún jefe general obedecían como nación, sino que estaban divididos en parentelas y en agregaciones de clientes o adictos, cada una de las cuales regulaba los intereses particulares en las asambleas generales. La dependencia era, no como en otras partes efecto del nacimiento en este más bien que en el otro lugar, sino producto de una obligación personalmente contraída; era la fe de un hombre libre prestada a un jefe.”¹¹

11 CANTÚ: ob. cit.; pág. 132 y ss.

Otro cambio importante fue que los jefes dejaban de ser investidos de superioridad divina, a diferencia de la sociedad romana donde persistía que el emperador romano e incluso el mismo pater familias constituían figuras sacras. Él era un líder no solo político y social, sino también religioso, a diferencia de los bárbaros, quienes no atribuían a su líder ninguna cualidad u atributo por el simple hecho de su cargo y, por el contrario, regulaban su conducta con la buena fama que se veía enriquecida con las virtudes, liberalidades, y el valor; principios que representaban el equilibrio entre los reyes, sacerdotes, nobles, libres y siervos. Pero, por otro, lado los jefes disponían del control de los bienes y derechos de sus allegados incluso el derecho de propiedad. No existía aún el concepto de bienes propios, arraigado como los romanos. Los bienes tenían una carga comunitaria, y el jefe tenía dominio sobre los mismos. “...era preciso ponerse a las órdenes de uno solo, que a veces quedaba por toda su vida Árbitro del pueblo a quien guiaba, no atreviéndose este ya a acometer ninguna empresa ni a tomar ningún acuerdo sin él y dándole la mejor parte de la cosecha y del botín”.¹²

12 Ibid, 132.

13 Ibid, 133.

La justicia era doméstica y ejercida con las formas y leyes de su propio grupo, a diferencia de la sociedad romana donde la justicia poco a poco fue adquiriendo un carácter estatal, los bárbaros tenían su propio sistema: “...en Grecia y Roma la encontramos enteramente colectiva; el Estado lo era todo, nada el ciudadano, el cual no conservaba la individualidad sino a fuerza de heroísmo, y adoptaba ciertos vicios para ejercer en grande ciertas virtudes: en Germania por el contrario era personal, gozando cada uno del derecho propio y del fuero doméstico, por cuyo medio todos participaban de los ultrajes causados a sus parientes y compatriotas.”¹³ Los jueces eran nombrados por estos jefes.

La manera como se procedía no era ajena a la idea de venganza, pues independientemente de un “juicio” comunitario, existía el derecho a vengar la ofensa cometida, el “juicio comunitario” por lo tanto no solucionaba el conflicto de manera absoluta, ni traía la paz. “La justicia, además, no era un principio exterior social, positivo, igual en todas partes, que concentrara los sentimientos del individuo una idea general, sino una disposición particular del corazón la penalidad era una relación de hombre a hombre; y de aquí se derivaba

*el derecho de componerse con el perjudicado, quitando a la sociedad el derecho de perseguir al reo después de haber satisfecho este al ofendido”.*¹⁴

Excepto para las guerras externas, los acuerdos se votaban por mayoría la cual se verificaba con el sonido de las armas. *“Para las cosas que solo importaban a una población, se reunían únicamente sus jefes de familia en los casos de mayor consideración, esto es, cuando el brazo de todos era necesario, toda la nación se reunía, deliberaba y ejecutaba. Convocada la asamblea, correspondía al sacerdote mantenerla en orden y silencio; el jefe hacía la proposición, los grandes exponían su parecer, y la generalidad desaprobaba o aprobaba agitando y chocando las armas”.*¹⁵

El grupo respondía solidariamente para pagar la deuda al ofendido, así como para recibir la indemnización. *“Para que todos cooperasen a la seguridad pública, los individuos del común eran responsables de los actos de cada uno. Si un individuo era atacado, tomaban los otros partes por él como compensación de esta carga, ninguno podía vender sus bienes sin consentimiento de su concejo.”*

La persona no era el fin supremo de la sociedad sino el clan o grupo. Los bárbaros podían resarcir económicamente los atentados contra la vida, si no se pagaba la suma se podía declarar la guerra particular contra el criminal, pero los delitos contra el grupo, se pagaban con la vida directamente: *“Los delitos contra la sociedad entera se castigaban corporalmente; los atentados contra la vida o los bienes se podían arreglar mediante un precio”, “El que no la pagaba era separado del común, negándosele la protección legal, y entonces podía ser llamado por el ofendido a guerra particular (faida). También en las multas por delitos contra la propiedad tenía parte todo el concejo, por cuanto podía turbarse su tranquilidad (freda)”.*¹⁶

La penetración de la cultura romana a la germánica marcó cambios a nivel organizativo y casuístico. En primer lugar, en el poder se mezclaron tres sistemas de instituciones: La monarquía, hereditaria y sagrada, o electiva y guerrera; Las asambleas de libres que discutían acerca de los intereses comunes, se instituyó el patronato aristocrático del jefe sobre la banda, del señor sobre sus criados y colonos.

14 Idem.

15 Ibid.; pág. 132.

16 Idem.

Progresivamente aumentaron la desigualdad entre el jefe y sus pares, Además de los impuestos, los botines de guerra adquiridos eran bienes inmuebles, que les otorgaba a los jefes un domicilio permanente y rentas más altas, lo que hizo acrecentar la diferencia entre sus iguales Se cambiaron los servicios personales por concesiones patrimoniales. al establecerse las comunidades bárbaras pudieron desarrollar actividades económicas, las que luego se convertiría en impuestos. Se utilizaban las normas para equilibrar esa igualdad perdida: Los gobernantes bárbaros de algunas zonas intentaron volver al derecho romano, tratando de encontrar el equilibrio y la paz social romana. Así se vio fortalecida la hacienda pública pero dentro en comunidades. La recaudación de impuesto se institucionalizó y se empezaron a fijar montos.

Desaparecida la figura del emperador romano, surgió la del conde que sustituía al jefe y por lo tanto solo tenía autoridad sobre un grupo. Con ello, se instituyeron cientos de condados en la Edad Media. Luego de la importación de instituciones romanas en los pueblos germánicos presenciamos la vigencia del principio de personalidad jurídica según la cual, la norma se aplicaba en razón del grupo al cual pertenecía el infractor,

“... la ley personal parece propia de los pueblos que no tenían aun territorios fijos, como los Francos-Salios, los Bávaros, los Alemanes, los Sajones y los Frisones.” “Sin embargo este nombre de *lex* no quiere decir para mí un código especial y determinado, sino el derecho en general, las costumbres En donde estaba establecido el derecho personal, ¿de qué manera se aplicaba? Cada cual tenía la obligación ó el privilegio de sujetarse al de su nación; la mujer seguía el de su marido, la viuda volvía a la ley de sus padres; los emancipados, entre los Borgoñones, vivían bajo la ley de la nación en que habían nacido; y los demás bajo la romana; y el hijo espúreo elegía a la que quería por no tener padre cierto”.¹⁷

Con la llegada de los romanos, los pretores o magistrados fueron colocados por el poder. Más adelante, en las comunidades donde se intentó seguir el modelo de justicia Justiniana, cada conde o jefe elegía al juez.

En cuanto a la sociedad, esta fue dividida por feudos: Durante el feudalismo el hombre no se consideró ya de tal stirpe, sino de tal feudo, y las instituciones germánicas se arraigaron en el norte, no tanto como derecho personal sino como costumbre local. La impartición de justicia,

17 Idem.

progresivamente, fue asignada a una nobleza germánica con privilegios y atribuciones, correspondiéndole la magistratura y los empleos de su administración.

Entre la finalización del medioevo tardío e inicio de la monarquía, se produjeron cambios significativos: los reyes comenzaron a ganar territorio entre los condes. Se consideró que la tierra de nadie pertenecía al rey o a la iglesia y para limitar a la nobleza otorgaron derechos a la plebe. “El intento del rey debe ser, pues, reprimir a la nobleza que limita su poder, y para esto elevar a la plebe y a los esclavos, garantizarles algunos derechos con leyes positivas, y someterlos a tribunales reales”¹⁸. En la transferencia del poder se fue tomando en cuenta la línea sucesoria donde se conjugan los intereses de la nobleza, en la que la genealogía es importante para el acceso al poder y que se vuelve más complejo donde la justicia no es ajena a este desarrollo.

En este nuevo orden político se otorgaron privilegios o derechos a diversos estamentos que se resumen en fueros y jurisdicciones, que en algunos reinos abarcan distingos sociales, económicos y

hasta raciales. “En cuanto a la gente del campo, una parte de ellos son cultivadores libres, y otra a siervos del terreno; pero aquí también el monarca ha concedido grandes privilegios a los siervos de la corona; de tal manera que constituyen una clase media entre los esclavos y los libres, y por este camino llegará la plebe rusa a tener los derechos de hombre”¹⁹.

No es de extrañar que la posesión que la entrega de tierras para su usufructo generase tanto la obligación de retribuir con parte de la producción además aceptar lealtad y fidelidad hacia su benefactor con lo cual se creaban las relaciones de vasallaje y milicias así como la de servicio en caso que el principal demande apoyo. Relación que se ve fortalecida por al carácter comunitario de los pueblos germánicos.

Instituciones y derecho sancionador en el reino visigodo

Con la incursión del Imperio Romano en las Hispanias se produjo una mixtura entre el derecho provincial o propio de la península y el derecho civil proveniente de Roma, concebido

18 Idem.

19 Ibid., pág. 141.

con norma personal sólo para los romanos y que se extendiera gradualmente luego a los latinos o extranjeros (normalmente regulados por el derecho de gentes) que se habían acercado en territorios controlados por aquellos. La infiltración en el Imperio desde finales del siglo IV por los pueblos germánicos: forma violenta y pacífica. Esta última a través de acuerdos de ayuda militar concertados por las autoridades imperiales. Los germánicos²⁰ buscaron tierras donde asentarse. Los suevos, vándalos y alanos penetraron violentamente (409) y para combatirlos, las autoridades romanas llamaron a los visigodos para rechazarlos, quienes ya se encontraban instalados en diversos lugares del imperio. Por el *foedus* (tratado) del año 416, se les exigió expulsar a las demás tribus. Otro tratado se encargó del sistema de reparto de tierras correspondiendo dos tercios a los visigodos y un tercio a los galorromanos. La mayoría de visigodos eran campesinos sobre los cuales existieron familias aristocráticas, las que recibieron tierras en Aquitania. Ante la desaparición del Imperio Romano de Occidente, esta concesión quedó como definitiva y Eurico terminó convirtiéndose en rey independiente (507), estableciendo la capital en Toulouse.

Así se fue forjando un sistema jurídico para los visigodos que comprendía un conjunto de disposiciones para todos los habitantes, germanos o no. Hecho que nos plantea la aplicación de la ley del lugar. La población campesina jurídicamente libre se sometió a relaciones de protección de un señor libre poseedor de tierras, que podía ser el rey, relaciones que a la postre debilitaron la libertad. En caso que fuese otro jefe, competía con el poder político visigodo, pudiendo hacerle perder eficacia, favoreciendo el arraigo del señorío y con ello la existencia del fuero privado de nobles. De esta época se produjeron las relaciones de clientelaje con el monarca: Fidelidad regia (*fideles regis*), sincera servidumbre (*sincerum servitium*), custodia y protección (*custodia et vigilantia*). Como contraparte el rey proporcionaba a los campesinos el derecho de uso (iure precario) sobre las tierras, por lo cual debía tributar con parte de la producción y además reconocían al rey como autoridad, adoptando el papel de sus súbditos, lo cual fue confirmado a través de las Leyes Teodorocianas (que incluyeron tanto a visigodos y galorromanos) y fueron dadas por Teodorico (419-451) y Teodorico II (453-466). Leyes que se complementaron con el Edictum *Theodorici regis* (texto basado en leges

20 Vid. TOMÁS y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid. Tecnos. 1997.

y iura del Derecho Romano Post Clásico). Con Eurico, los visigodos comenzaron a tener leyes escritas que anteriormente se había aplicado por sus costumbres, lo cual fue recogido en el Código de Eurico (476) que sustituyó a las normas que antiguamente había pronunciado el pretor romano y reunió las tradiciones germanas; pero además:

“...se ocupó de regular la situación de los soldados privados bucelarios, que rodeaban a los grandes señores oponiéndose incluso al monarca y estando unidos a ellos por el patrocinio”²¹.

Posteriormente Alarico produjo la *Lex Romana Visigothorum* o Breviario de Alarico, que reunió las leges y iura que comprendió la adaptación de las Institutas de Gayo, las Sentencias de Paulo, la Responsa de Papiano, algunas construcciones provenientes de los *Codex Gregorianus* y *Hermogenianus* e interpretación del propio Breviario, textos aclarados por sus redactores. La difusión del Breviario influyó en la práctica documental, cánones conciliares y la redacción de fórmulas en los siglos VI-IX, haciéndose Epítomes (resúmenes) del mismo. A estas normas se sumaron la Ley del Rey Teudis (546) sobre costas procesales

y el Codex Revisus (Leovigildo 568 - 586) o versión revisada del Código de Eurico que completaba y corregía la legislación de este rey.

Sin embargo, la norma más importante que identifica a los visigodos fue la promulgada por los reyes Chidasvinto y Recesvinto denominada el *Liber Iudiciorum* o *Liber Iudiciumm* (654), recopilación de leyes promulgadas por los reyes visigodos divididas en libros y éstos en títulos, indicándose el rey que las dictó. En dicho texto se puede observar el vínculo entre el principio territorial del derecho, es decir, la vigencia de una norma en un territorio determinado frente al principio de personalidad jurídica o conjunto de facultades o derechos que le asistían a una persona por el status que ocupaba en la sociedad. Diferencia que se percibe a través de sus elementos formativos provenientes del derecho romano, pueblo visigodo y la iglesia que a través del derecho canónico no constituía un ordenamiento diferente al secular, sino que era parte integral de la sociedad, ya que la religión se había convertido en el puente entre la Hispania Romana y el reino visigodo. Algunas leyes fueron precedidas de la expresión *antiqua*, que reflejaba a las normas anteriores.

21 PASCUAL SARRIA, Francisco: ob.cit.; pág. 58.

Cabe indicar que desde el año 300 ya se habían realizado los concilios o reuniones de los miembros de la iglesia con los representantes de la sociedad o nobles: Elvira (300), Zaragoza (380) y Toledo (400), cuya incidencia era tan importante que por ejemplo luego que el Concilio VIII de Toledo revisara las normas, Recesvinto las promulgaba. En el *Liber* predominó la influencia de la tradición jurídica romana no siendo ajena la recepción romanista de la compilación de Justiniano.

En el Libro IX, Título II: De los que no van a la hueste y huyen de ella, establece la noción de enemigo y quienes deben repeler su ataque, no importando su origen.

“... E por ende establecemos en esta ley, que deste dia adelante, quando que quier que los enemigos se levantaren contra nuestro regno tod omne de nuestro regno si quier sea obispo, si quier clérigo, si quier conde, si quier due, si quier ricombre, si quier infanzon, ó qualquequier omne que sea en la comarca de los enemigos.²²

Posteriormente, Ervigio (681) promulgó la nueva redacción del *Liber* incluyendo disposiciones

de los nuevos concilios y el siguiente monarca Egica (693) añadió 15 leyes al texto, lo que se conoció más adelante como la *Vulgata del Liber*. Después del año 711, el *Liber Iudicum* se aplicó en distintas regiones hispánicas, pues se consideró que era el derecho propio de la población.

En cuanto a los delitos y entre ellos los relacionados a las milicias, hallamos los de naturaleza política y militar que comprendían:

“... traición al rey, el reino o el pueblo, en los que se incluían la conspiración, la sublevación, la ayuda militar al extranjero, la desertión, la falta de cumplimiento de deberes militares, etc., ya la *infidelitas* o infracciones de un mandato real. Aquí es perceptible la huella del concepto germánico de traición (*Landesverrat*) fuertemente populista. No faltan tampoco los delitos típicos de los funcionarios, particularmente los jueces en el desempeño de sus cargos (por ejemplo, el soborno, la ignorancia, LI, 2-1-21, etc.) No hubo una clasificación de delitos públicos y privados (*crimina* y *delicta*) al modo romano²³.

22 FUERO JUZGO. En latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española. Madrid. Por Ibarra, impresor de Cámara de S.M. 1815; pág. 160.

23 PÉREZ-PRENDES y MUÑOZ ARRACO; José Manuel: *Interpretación histórica del Derecho. Notas, esquemas, prácticas*. Madrid. Servicio de publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1996; pág. 449.

*Muestra del Códice murciano
del Fuero Juzgo*



Del atemplamento de las le-
yes. de todos los curtos e de todos
los malos deshechos. e
como el rey manda
los mezas q se han
medurados en dar el
mudo.

None ungui omne
q a en la peder. Sen su guar-
da el pueblo. q lo no agrane
de deshechas. ni de deshechos. ni
de otras lanas e q se don ref-
cudo.

II. TITULO ' DE LOS QVE NON VAN EN LA HVESTE, '

É DE LOS QVE FVYEN ' DELA.

- I. *Si aquellos ' que son sinescales ' de la hueste dexan tornar algun omne de la hueste por precio, ó fincar en su casa.*
 II. *Si aquellos que mandan la hueste toman algunas cosas de las casas daquellos que mandan ir á la hueste.*
 III. *Si los sinescales ' que deven ordenar la hueste, dexan ' la hueste, ó se tornan para sus casas, ó si dexan algun omne que non constriogan que vaya en la hueste.*
 IV. *Si los que deven ordenar la hueste se tornan de la batalla para sus casas, ó si dexan á otros tornar.*
 V. *Si los que ordenan la hueste reciben algun precio por dexar algun omne fincar en su casa que non es enfermo.*
 VI. *De los que toman el pan ó la tabada por engano, ó ' la vida en la hueste.*
 VII. *Qual guatardán ' deve aver si que recibe siervo alieno ó otras cosas de los enemigos.*
 VIII. *De los que non son en la hueste en el día ó en el tiempo establecido '.*
 IX. *Que ' deve ser guardado si guerras á en España.*

I. Ley antigua. ' *Si aquellos que son sinescales de la hueste dexan tornar algun omne delá por precio, ó fincar en su casa '.*
 nes, peche diez moravedis. Y el que ha de guardar dies, peche cinco moravedis. Y estos dineros deven ser partidos entre la compañía que ó avie de mandar.

II. Ley antigua. ' *Si aquellos que mandan la hueste toman algunas cosas de las casas daquellos que mandan ir á la hueste.*

Si el que ha en guarda mil caballeros en la hueste, toma ' precio de algun ' omne de su compañía, que lo dexa tornar para su casa, quanto tomare pechebo en nueve doblés al señor de la hueste. E si non recibió del nada; mas dejólo tornar á su casa, y era sano, é non lo quiso consentir que saliese ' de su casa, que fuere en la hueste ' , el que lo fizo peche veinte moravedis. Y el que oviere quinientos omnes de guardar en la hueste, é ficiere esto, peche XV. ' moravedis. Y el que ha de guardar cien om-

Los mandaderos ' del señor que constrienen ' los omnes que vayan en la hueste, si los ' toman algunas cosas de las casas, é los fuerzan ' sin su grado ' , si les podiere ser probado, quanto tomaron pechebo en IX. ' doblés, é demas reciba cada uno L. azotes '.

LIBRO IX. TITULO II.

161

gun omne levare ménos de la mitad de sus siervos consigo en la hueste, sea ' toda pesquerada la mitad de sus siervos, é quanto fallaren que levó ménos de la mitad, todos sean en poder del rey, é faga dellos lo que quisiere. E pues toda esta cosa así es ordenada de suso, agora devemos poner freno á la cobdicia ' daquellos que mandamos que fagan ir los omnes en la hueste: é por ende establecemos, que nengun omne, nin nengun conde, nin duc, nin rico omne, nin nengun omne del pueblo que ha de mandar omnes, que non dexa ' que vayan en la hueste por nengun ruego, nin los dexa partir de la hueste por nenguna escusacion: é si lo ficiere, ó tomare alguna cosa de ellos por ende, ó gela dixeren ellos, si es omne de los mayores ' de la corte lo que tomó estréguo á quien lo tomó en quarto ' duplos, é peche al rey treinta sueldos doro solamente, por que lo oá tomar. E si es omne de menor guisa, lo que tomó estréguo en duplo, é demas reciba L. ' azotes. Y esta ley mandamos que vala desde las kalendas ' de noviembre ' adelante, que fué fecha dos años andados que regnamos '.

IX. *Que deve ser guardado si guerras á ' en España.*

La entencion que nos avemos ' por salud del pueblo, nos constrenne ' que así como faremos ley por departir los paytos dellos, así fagamos ley que uno ayude al otro para lidiar ' , é para se defender. Ca nos creemos que sea provecho de cada ' un omne, que sea constrenido por hacer bien: é las cosas que non fueren ' tan bien ordenadas fasta en esauqi, que sean racionadas desde adelante por el ayuda de Dios. E por ende queremos tolier las malas costumbres de los omnes, porque vienen muchos danos en la tierra, que quando los enemigos vienen en

nuestro regno, ó quieren entrar, é los nuestros omnes ' comarcan con ellos, que quieren lidiar con ellos, algunos dellos se desesperca ' á las veces por odio malo, á las ' de veces por pereza, á las veces por coyta ' de la tierra, é non quieren ayudar los unos á los otros á lidiar: é así los que quieren amparar ' el pueblo, porque non an nenguna ayuda, facense á fuera con miedo: que si quisieren seer ardidios, que los maten los enemigos ' . E por ende establecemos en esta ley, que deste día adelante, quando ' que quier que los enemigos se levantaren contra nuestro regno, tod omne de nuestro regno, si quier sea obispo ' , si quier clérigo, si quier conde, si quier duc, si quier ricombre, si quier infanzon ' , ó qualquier ' omne que sea en la comarca de los enemigos, ó si fuere legado ' de la frontera acerca dellos, ó si llegar ' allí á ellos por aventura ' doza tierra, todo ' que sea cerca de la frontera fasta C. millas daqui lugar ó se fixa la lid ' , depues que se lo diexere el rey ó su omne, ó pues que lo ó sabe por si en qual manera ' se quier, si man á mano non fuere premo con todo su poder para defender el regno, é si se quisere escusar en alguna manera, é non quisere ayudar á los otros mano á mano por amparar ' la tierra, si los enemigos ficieren algun danno, ó cativaren algun omne de nuestro pueblo, ó de nuestro regno, aquel que non quiso salir contra los enemigos por algun miedo, ó por escusacion, ó por engano, é non quiso seer presto por amparar ' la tierra, si es obispo ó clérigo, é non oviere onde faga enienda del danno que ficieren los enemigos en la tierra, ó se echado fora ' de la tierra, como mandare el principe. Y esta pena mandamos que ayan los obispos, é los sacerdotes, é los diaconos, é los otros clérigos que non an dignidad, que sean penados segund como dice ' en la ley de suso. E de los otros le-

Fuero Juzgo, Libro IX, Título II:
De los que no van en la hueste y de los que huyen de ella.

Fuero Juzgo, Libro IX, Título II:
De los que no van en la hueste y de los que huyen de ella.

CAPÍTULO II

Las normas protectoras del rey,
los fueros y ordenanzas militares



Instituciones y el Derecho en Castilla

Como señala el profesor Francisco Tomás y Valiente²⁴, en Castilla la existencia de una tradición jurídica occidental había permitido que el derecho fuese escrito, recopilatorio y tenía como elementos formativos a un conjunto de sistemas normativos integrados por el derecho canónico, feudal, regio o real y finalmente el municipal o urbano.

En mayor o menor grado la integración ocurrida en Castilla tuvo su consecuencia en el aspecto jurídico-político, recogiendo una definición bajomedieval según la cual; la Corona representaba el conjunto de reinos y señoríos que tenían como titular a un mismo rey, constituyendo una unidad indivisible que como tal era transmitida hereditariamente de unos reyes a otros. Así, los diferentes reinos en torno a Castilla conservaban un mayor o menor grado del principio de personalidad jurídica y el de territorialidad, aplicado a los súbditos o vasallos del rey. Bajo

el privilegio del monarca que concedía privilegios a diferentes ciudades como una extensión de su poder soberano y para promover la economía del lugar con la concesión de autorizaciones mercantiles; Alfonso X mandó redactar el Fuero Real o Fuero del Libro, Libro de los Concejos de Castilla y Fuero Castellano (1254). Esto hace que sea considerado como derecho de Castilla ya que dicho fuero fue asignado a las localidades de Béjar, Madrid, Peñafiel y Santo Domingo de la Calzada. Hasta 1272 la propuesta de los monarcas castellanos fue extender el Fuero Juzgo y el Fuero Real como los derechos municipales, lo que fuera corroborado durante el reinado de Alfonso XI, incluso los jueces, cuyo nombramiento provenía de los fueros, sería gradualmente dependiente del rey.

Innovaciones jurídicas cuyo propósito fue unificar los fueros que se hallaban dispersos por efecto de la presencia árabe, tanto en el sur como en el norte de la península. Éstos que eran municipales se hallaban íntimamente relacionados con los

24 TOMÁS y VALIENTE, Francisco: *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid. Tecnos. 1997.

aspectos de custodia y vigilancia para repeler a los musulmanes realizados por los pobladores. El Derecho penal militar comprendía una serie de disposiciones relacionadas con el reclutamiento de tropas así como sanciones para aquellos que no concurren al llamado de las milicias concejiles, en nombre del rey.

“Los monarcas medievales se encontraban con frecuencia en situaciones comprometidas para hacer respetar su autoridad al carecer de un ejército propio o con el que repeler o contener las agresiones, ya fueran éstas internas o externas²⁵”.

Debido a los constantes enfrentamientos los fueros municipales fueron conocidos también como de frontera o Extremadura, por la necesidad de contar con hombres dispuestos a librar batalla para la defensa de la comarca. De ahí, las recurrentes sanciones contra los desertores y los omisos. Por ejemplo:

“En el Fuero de León, otorgado por Alfonso V de Castilla, *dados en las Cortes o concilio misto celebrado en dicha ciudad el día primero de agosto de era 1058* (¿1020?) se contenía el deber de acudir según la costumbre, al ejército

o fonsado con el rey, con los condes o los merinos, no estableciendo sanción alguna.

El Fuero de Terrel (*Forum Turolli*) concedido por carta puebla del rey Alfonso II de Aragón, el primero de octubre de 1176, es una de las normas más importantes para fijar disposiciones de Derecho Penal Militar Sustantivo, regulando delitos y penas. De entre ellos cabría reseñar como más importantes: la violación de la tregua del rey o del concejo, el dormirse estando en vigía, vela o portero o dar voces que se le imponían penas de multa o colonia a pagar al sobrevela que le descubra, el robo de víveres se castigó con la mutilación de las orejas, el deber de concurrir a la hueste o responder al apellido, el llevar armas a tierras de moros o enviar datos o mensajes al enemigo o facilitar víveres o caballos, el fraude en el reparto del botín, que era castigado con la pena infamante de tresquilado en cruces; al que huya de la lid; al que entregue fortaleza al enemigo si lleva aparejada la pérdida del castillo, con la pena de descuartizamiento y a quien desobedezca al gobernador de la cabalgada se le pena con la pérdida de la mano derecha, así como quien conciba acciones rebeldes o sediciosas²⁶.

25 PASCUAL SARRIA, Francisco: ob. cit.; pág. 61.

26 PASCUAL SARRIA, Francisco: ob. cit.; pág. 64.

Al crearse un derecho aplicable a los procesos para que los castellanos llegasen sin dilaciones, el monarca estableció nuevas interpretaciones y las leyes de Estilo, señalándose casos ejemplares de jurisprudencia del tribunal de la corte. Las Partidas o Libros de Leyes (1260), obra dividida en siete secuencias, cuya autoría se atribuye a Alfonso, el Sabio aunque según Alfonso García-Gallo fue obra de juristas anónimos de finales del siglo XIII y principios del XIV. En cuanto a su contenido, las Partidas fueron redactadas con lenguaje puro y castizo, siendo influenciadas por el *Corpus Iuris Civile* (Justiniano), los decretales y la Biblia (iglesia), el *Libri feudorum* (nobleza), así como de filósofos de la Antigüedad (Aristóteles, Séneca y Cicerón) o del medioevo (Boecio), teólogos escolásticos. Cada Partida fue dedicada a una materia jurídica. La primera Partida trata de la Fe Católica y de la organización de la Iglesia y demás cuestiones del Derecho Canónico. La segunda trata del poder político, de los emperadores y los reyes, su poder, sus oficiales y obligaciones para con el pueblo, así como la lealtad del pueblo al rey; se ocupa también aquí de cuestiones militares y de la tenencia de castillos y fortalezas por los caballeros. La tercera Partida trata del Derecho Procesal o desarrollo de los juicios. La cuarta de la persona. La quinta de los contratos y otras instituciones del Derecho civil. La sexta del derecho sucesorio. La séptima del Derecho penal.

Es la Partida Segunda: *De los Emperadores é de los reyes é de los otros grandes señores de la tierra que la han de mantener en justica é verdad*, encontramos en el:

“Título XIX: *Que deve ser el Pueblo, en guardar al Rey de sus enemigos. Ley III: Como deve guardar el Pueblo la tierra, e venir en hueste contra los que se alçaren en ella...que ninguno non se pudiesse escusar por honra de linaje, ni por privança que oviessse con el Rey, nin por privilegio que tuviese del Rey, nin por ser de orden...son traidores. Ley IV: Como deve guardar el Pueblo la tierra, e venir en hueste quando los enemigos de fuera entrassen en tierra para fazer daño de pasada. ...pierdan el amor al Rey, a quien no quisieron acorrer é son echados del Regno. Ley V: Como deve guardar el Pueblo la tierra, e venir en hueste quando los enemigos de fuera cercassen alguna Villa, o Castillo, ó tierra del Rey ...omes honrados...sean echados del Regno y deserredados de quanto oviessse... de menor guisa...deven morir. Ley VI: Como deve guardar el Pueblo la tierra, e venir en hueste quando los enemigos de fuera entrassen en la tierra, para lidiar con el Rey a dia señalado. Ley VII: Como el Pueblo deve venir en hueste, quando el Rey su Señor entrasse en tierra del enemigo, para facerles mal de pasada. Ley VIII: Como el Pueblo deve venir en hueste, quando el Rey se quisiere cercar Villa ó Castillo de sus enemigos. Ley IX: Como el Pueblo deve venir en hueste, quando el Rey oviessse aver batalla con sus enemigos, dentro de la tierra dellos.*

Título XXVIII: *Como se deven castigar, e escarmentar, todos los omes que andan en guerras, por los yerros que fizieren*²⁷.

El capitán Pascual Sarria sostiene que el título XXVIII ofrece un catálogo de sanciones partiendo de la distinción entre castigo o amonestación de palabra:

“Los delitos comprendidos y sus penas son los siguientes:

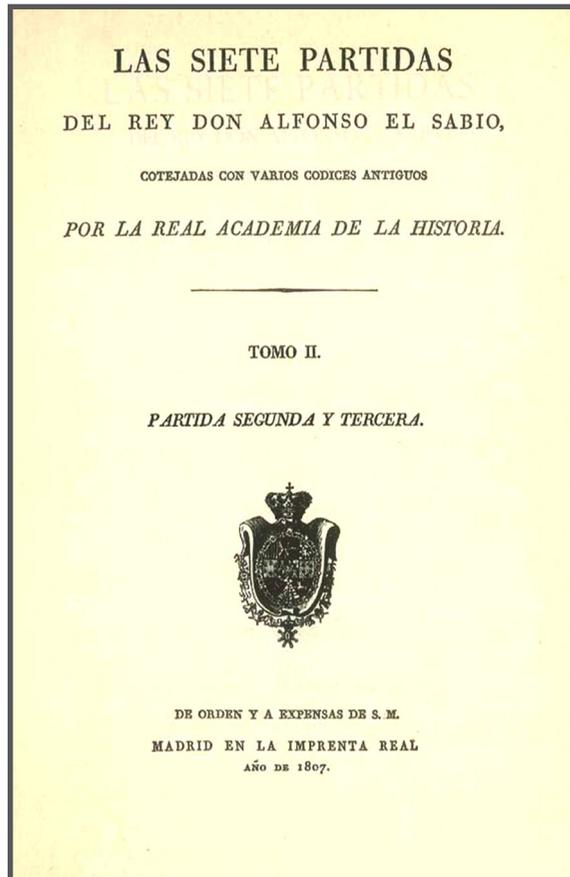
A los que dieran sabiduría a los enemigos, se fueran con el enemigo o vinieran con el enemigo contra los suyos, se les castigaba como traidores con pena de *matarles cruelmente rastrándolo o desmembrándolo*; el no dejarse acaudillar y meter en desacuerdo a la gente con la pena *del Rey o del Cabildo...yendo el caballero en asno o a pie con cadena o sogas en el cuello y atado a alguna bestia; el organizar peleas era castigado con la pena de ser metido en fuertes prisiones*; si hería a un compañero, *que le corten el miembro que lisió; si lo mataba, que lo soterrasen so el muerto*, y si lo deshonoraba de palabra o de hecho, con la pena de prisión; el hurto entre compañeros, con pena de multa de pagar el doble o el cuádruple y que *lo señalasen*

cortándole las orejas, e la mano con que furtase; se castigaba también a quienes estando encargados de custodiar la vianda, no la guarden y la gasten antes de tiempo, con la *pena de dejarles a pan y agua u de esto tan poco, que pudiesen tan solamente sostener su vida*; los que se nieguen a colaborar con la justicia, *con la pena de ser expulsados de la cabalgada y perder todos sus bienes*; y por último, en la ley XII se castigaba a los que no guardasen las posturas entre sí o con los otros en guerra que quedaban al albedrío del Rey.

En la Partida VII, *De las acusaciones e maleficios que los omes facen é que penas merecen aver por ende*, en el título II se castigaban las traiciones denominándolas *laese maiestatis crimen* y considera que la *traycion es la vil cosa et peor que puede caer el corazón de home* (ley I), castigando al traidor y a quien le ayuda o aconseja diciendo que *debe morir por ende, et todos sus bienes deben ser de la Cámara del Rey*. Por último se contenían normas atinentes a la Marina de Guerra, así la ley III, del título XXIV de la II Partida, *De la guerra que se faze por la mar*, dando potestades de justicia sobre la flota, y a los cómitres o comandantes de navío para juzgar a sus tripulantes²⁸.

27 Las Partidas de Alfonso X, el Sabio [1807]. Madrid en la Imprenta Real. Tomo II.

28 PASCUAL SARRIA, Francisco: ob. cit.; pág. 71.



Las Siete Partidas de Don Alfonso X, el Sabio [1807].
Madrid en la Imprenta Real.

Esta obra adquirió enorme prestigio siendo traducida al catalán, portugués, gallego e incluso al inglés, para aplicarse a los territorios norteamericanos (antes españoles) en el siglo XIX. Las Partidas exaltaban el poder del rey como vicario de Dios en la tierra y que era tan poderoso en su reino como el emperador en su imperio, siendo una de las expresiones más importantes hacer leyes (imagen del Derecho común). En Castilla, el poder político era ejercido entre el monarca y las cortes, de quienes provenían las leyes de carácter general, aprobadas por el primero y promulgadas por las segundas, dando existencia al Derecho real, siendo su referente el Ordenamiento de leyes. Disposiciones que sólo podían ser derogadas por leyes posteriores: Ordenamiento de Burgos de 1315 y 1338; Ordenamiento de Villa Real de 1346, Ordenamiento de Segovia de 1347 y el Ordenamiento de Alcalá de 1348 promulgado en las Cortes de Alcalá de Henares. Desde aquí puede hablarse de un sistema jurídico castellano (Ordenamiento de Alcalá), el mismo que se extenderá a Canarias y Granada, estableciendo el orden de prelación siguiente: El Ordenamiento de Alcalá mandaba que se aplique en primer lugar el mismo Ordenamiento, al cual se incluyeron otras disposiciones del rey.

En segundo lugar, se aplicarían los fueros municipales (otorgándose prioridad al Fuero real

vigente en las ciudades y villas). El Ordenamiento indicaba que el rey podía modificar los fueros, aplicándose sólo los que estuvieran en uso y no vayan “contra Dios e contra razón”, sobre todo en materia penal militar. En tercer lugar, se aplicarían las Partidas (a través de ellas el derecho común), adquiriendo validez como derecho positivo y supletorio. En cuarto lugar, se ratificó el poder del rey en dar leyes y de gozar de la facultad de interpretar el Derecho castellano. Sólo el rey podría dar ley nueva. Mantuvo las disposiciones que regulaban la protección en favor del monarca, castigando la rebeldía, sedición, traición y la desobediencia del pueblo en las treguas propuestas por éste. En quinto lugar, se estableció que se enseñen en las universidades derecho romano y canónico.

Este sistema se vio fortalecido con el Ordenamiento de Olmedo, desde 1445, con la concepción absolutista que el poder real se aplicaba sin contratiempos, de ahí que “el vigor de la ley dependa del príncipe” (*quod principi placuit legis habet vigores*), así el rey Juan II (1407-1454) gozaba de la capacidad de crear Derecho por sí solo. Pese a ello la norma, aunque fuese promulgada no se desvinculaba de la voluntad que le dio origen. Los monarcas posteriores dictaron pragmáticas basándose en su poderío real y absoluto. Normas que fueron consideradas con fuerza suficiente para derogar las leyes dadas por las Cortes,

lo que significó que el derecho pactado por el rey podía ser derogado.

Este sistema normativo fue perfeccionado a partir de 1469 por Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, complementando las pragmáticas con las leyes de las cortes. A ellos se agregó que políticamente, Castilla reforzó en la práctica el concepto de corona como conjunto de territorios sean reinos, ducados, marquesados y condados que tienen al monarca como su titular, forman una unidad indivisible y son transferidos por herencia. Planteamiento utilizado para incorporar a las Indias, más adelante América, como dominio de Castilla.

Estas características permiten indicar que, aun existiendo la ley y el imperio de la costumbre, a mayor grado de poder del monarca, mayor era su arbitrio que el sistema continúe siendo casuístico, donde el derecho era creado en base a circunstancias o casos, a los cuales se incorporaban la doctrina y la jurisprudencia, gradualmente a nombre del rey.

La conformación de un progresivo ejército permanente dio lugar a alternar la vigencia de los fueros privativos con la expedición de ordenanzas militares, cuyo objetivo estuvo orientado para que las diferentes fuerzas de los condes, duques y cabildos dependiesen de la corona. Lo cual se vería complementado con el otorgamiento de los

títulos nobiliarios a los generales y almirantes así como mercedes a quienes se batiesen en nombre del monarca.

Como sostiene el capitán Francisco Pascual, el tema jurídico militar se fue desarrollando vinculado al fortalecimiento de la realeza. Se puede indicar que el derecho castrense no se ejerció por magistrados, que versaba sobre materia penal que se circunscribía a delitos, amparados por la moral, la costumbre y la ley. Podría afirmarse que el derecho penal militar se encuentra íntimamente ligado con los ejércitos permanentes durante la Edad Moderna.

“En este período que abarca del siglo XV al XVIII se pueden distinguir dos tipos de regulaciones: las llamadas ordenanzas particulares promulgadas durante los siglos XV y XVI, que eran dictadas por el monarca o por quien ejercía el mando supremo militar en su nombre, y que se dirigían a regular las tropas en una operación o territorio determinado y en ocasiones para un cuerpo militar concreto; y de otro, durante el siglo XVIII y con la llegada de la dinastía de la Casa de Borbón, aparecen las ordenanzas generales y navales españolas, destinadas a reglamentar todo el Ejército Real.

Ello se vio favorecido con la Guerra de Sucesión, que permitió el restablecimiento del comercio internacional y la recuperación del erario público, procediéndose a la reforma del Ejército y de la Marina de Guerra, copiándose el modelo francés del Ejército Nacional por Felipe V, quien siguió los consejos de su abuelo Luis XIV de Francia; la aparición de la Armada Real con Fernando VI fue obra de su ministro, el marqués de la Ensenada²⁹”.

Instituciones y el derecho Indiano

La incorporación de las Indias, más adelante América, a la Corona de Castilla y luego España no sólo significó el dominio político sino la creación de su derecho, cuyos elementos formativos provenían de Castilla y de la Edad Media, fue así que éste no escapó al modo casuístico a la usanza de entonces. La aplicación de las leyes castellanas en el Nuevo Mundo se hizo respetando el orden de prelación vigente en la Península, tal como había sido definido en 1505 por las Leyes de Toro. Es decir: 1º las propias Leyes de Toro, 2º las leyes anteriores a éstas, 3º el Fuero Real, y 4º las Partidas. Pero,

29 PASCUAL SARRIA, Francisco Luis: “Bosquejo histórico del derecho penal militar español en el Estado moderno”; pág. 62 y ss.

paulatinamente, se fue elaborando un derecho especial para América, el llamado Derecho indiano que primó sobre el de Castilla, que quedó con el carácter de supletorio.

Éste era un conjunto de leyes y disposiciones promulgadas por los reyes y por sus subordinados con el objeto de establecer un régimen jurídico especial para las nuevas tierras descubiertas. Este sistema jurídico tuvo como fuentes al Derecho de Castilla, las costumbres de los indígenas, Bulas Pontificias, capitulaciones establecidas entre la corona y los colonos, así como las costumbres desarrolladas en los asentamientos de españoles.

La monarquía trata de conciliar el poder de la corona con los hábitos que imperaban por la tradición y planteando una solución a los conflictos de intereses. En cuanto a la ley, sostenemos que es la norma elaborada de acuerdo a un procedimiento por la autoridad y refleja un orden bajo un poder organizado y dominante encarnado por el monarca. La doctrina elaborada por juristas o cuerpo de letrados encargados de ampliar el conocimiento del derecho, sea de la ley o la costumbre, a través del uso de métodos procurando una interpretación integral en dicho contexto, para lo cual hace uso de juicio de valor en la aplicación de las normas aludidas sobre una realidad americana.

Etapas del Derecho Indiano

Primera etapa (1491-1511): Las bulas y las capitulaciones fueron fuente normativa inicial, donde originalmente regía el derecho de Castilla, el mismo que fue cediendo en la medida que se expediera el conjunto de leyes reales específicas para las Indias, en cuyos elementos formativos percibimos además principios del Derecho común bajo medieval y del derecho natural. En la primera etapa, la política de las Bulas pontificias se situaba dentro de la mentalidad medieval a finales del siglo XV. El interés colonizador de Portugal sobre el Atlántico hizo que el Papa le otorgase los derechos sobre Guinea, Madera y las Azores y otras islas. Derechos reconocidos por los Reyes Católicos a cambio que Portugal reconociera los dominios castellanos sobre las islas Canarias. Juan II de Portugal al enterarse del descubrimiento de Colón quiso alegar derechos sobre dichas tierras. Ello demandó a los Reyes Católicos solicitar al Papa Alejandro VI (Borgia), oriundo de Valencia, bulas análogas a las concedidas a los portugueses. La Bula *Inter coetera* del 3 de mayo de 1493 hacía donación de todas las islas y tierras descubiertas y por descubrir navegando en el Atlántico por occidente hacia las Indias. La segunda Bula *Eximie devotionis*, de la misma fecha concede a los reyes en dichas tierras los mismos privilegios del que gozaban los portugueses en las tierras e islas africanas. La

tercera Bula, también llamada *Inter coetera* del 4 de mayo de 1493 fija una línea de demarcación entre las tierras e islas portuguesas y las castellanas, trazando una línea imaginaria de norte a sur a cien leguas al oeste de las Azores, estableciéndose que lo ubicado a la derecha pertenece a Castilla y lo de la izquierda a Portugal. Se declaró a Isabel y Fernando señores de tales islas y tierras “con plena, libre y absoluta potestad, autoridad y jurisdicción”.

Se impuso a los reyes la obligación de instruir en la fe cristiana a los habitantes de dichas islas y tierras. Según Las Partidas (P II, 1, 9) una de las cuatro maneras de adquirir el rey señorío sobre una tierra era el “otorgamiento del Papa”, considerándose la Bula como título jurídico suficiente para justificar el dominio sobre las Indias.

Otro instrumento jurídico de esta etapa fueron las capitulaciones o contratos unilaterales concedidos por la corona a los expedicionarios (Adelantados o Gobernadores), con la finalidad de extender sus dominios a los territorios recién descubiertos en nombre de Castilla y en nombre de la fe católica. De ello se desprende el dominio de dicha autoridad y la aplicación de un proceso de evangelización vinculado al poder ya que el rey ante todo era vicario de Cristo y entre sus obligaciones se hallaba la de llevar la fe a sus territorios. La Capitulación que caracteriza este período se inició con la de Santa Fe de la Vega

de Granada el 17 de abril de 1492 suscrita entre los Reyes Católicos Isabel y Fernando y Cristóbal Colón, la que estipula en cinco cláusulas los beneficios que gozaría el descubridor genovés: 1. Otorgamiento del título de Almirante del Mar, de las Islas y de Tierra Firme que descubra, el mismo que podrá ser transmitido a sus sucesores. 2. El nombramiento de visorey (virrey) y Gobernador General de las tierras descubiertas, con la facultad de otorgar empleos. 3. Otorgamiento del título honorífico de Don. 4. Otorgamiento de la décima parte de las ganancias de las tierras descubiertas. 5. Se le faculta a administrar justicia en los nuevos territorios, incluidos los pleitos de comerciantes. A esta capitulación se añadieron posteriores normas referidas a la burocracia o administración real, la administración de justicia, la situación de los indígenas o naturales y el régimen económico. En esta etapa se desconocía la verdadera dimensión de lo descubierto, por lo cual existieron dificultades en la organización del dominio así como la forma de aplicarlo. El control de la corona se efectuó a través de sus funcionarios o representantes, de ahí que directamente fuese mínimo, lo que podemos percibir a través de la situación del indígena. Si bien se reconoció que era persona, es decir disponía de capacidad jurídica, gozaba de libertad y era súbdito de la corona de Castilla, su situación jurídica se apartaba de estas características y era obligado a

prestar tributo mediante su trabajo. La Instrucción Real de 16 de septiembre de 1501 determinó que:

“... siendo los indios como buenos súbditos y vasallos nos paguen nuestros tributos y derechos cuyo cobro estaría a cargo de los curacas y principales y como para coger oro y hacer otras labores que nos mandamos hacer necesario aprovecharnos del servicio de los indios, compelerlos heis a trabajar en las cosas de nuestro servicio, pagando a cada uno el salario que justamente pareciere que debiere haber, según la calidad de la tierra”.

Laborando acorde con Real Cédula de 20 de diciembre de 1503. “... como personas libres como lo son y no como siervos y haced que sean bien tratados dichos indios”. Por testamento de Isabel de Castilla se encargó a una comisión de letrados integrada por Díaz de Montalvo, Galíndez de Carvajal y Palacio Rubio, este último vinculado con la redacción del requerimiento, la redacción de un texto llamado Leyes de Toro (1505) que ordenó la legislación producida desde el Fuero Juzgo y que reunía el fuero real con los de carácter privativo: eclesiástico, municipal y noble. A través de sus 83 leyes o preceptos se pronunció en diferentes materias como matrimonio, sucesiones, propiedad, obligaciones, criminal, así como en derecho procesal. Su vigencia trascendió el Ordenamiento de Alcalá pues la primera

ley de Toro establecía la prelación de ésta sobre cualquiera y derogó además una pragmática que había concedido valor legal a las opiniones de los juristas Bartolo, Baldo y Juan Andrés.

Segunda etapa (1511-1566) Durante este período se polemizó acerca de los derechos a dominar las nuevas tierras y a explotar a sus habitantes. Por ello, se revisaron instituciones básicas de la colonización y se discutió sobre la legitimidad de la presencia castellana. En la Escuela de Salamanca los debates fueron llevados a cabo por el Cardenal Cisneros, confesor de la reina Isabel y por Francisco de Vitoria iniciándose primero con el hecho de reivindicar la *hominidad* de los indios, es decir declarar su condición de hombre. En segundo lugar, eran solidarios y libres, considerándolos vasallos y súbditos de la Corona de Castilla, pero al mismo tiempo sujetos a las campañas de evangelización dada su condición de no cristianos o infieles, quedando dependientes a la labor de los encomenderos, cuya avaricia por generar riqueza a expensas de los propios indígenas fue evidente, contribuyendo a ello la falta de educación y las costumbres de los naturales. Hechos que fueron considerados por la Escuela de Salamanca para promover en adelante una legislación tutelar en las Indias. En tercer lugar, se sostuvo que los indios eran dueños de sus bienes, reconociéndoles sus comunidades lo que implícitamente significaba aceptar

su derecho a permanecer en los territorios del Nuevo Mundo y ser gobernados por sus autoridades o curacas. Por la sola concesión o libre voluntad de los pueblos de indios, soberanos por derecho propio o también por delegación de la comunidad del orbe en defensa de seres inocentes, el Emperador podía tener un tipo de dominio, soberanía y jurisdicción sobre los habitantes de las Indias Occidentales. En interés de los súbditos de aquellos países descubiertos, el monarca tenía derecho a hacerse cargo de la administración, proporcionando gobernadores para su pueblo, para lo cual utilizaban el derecho de gentes.

Dentro de las ordenanzas particulares expedidas por Carlos I de España y V de Alemania, figura la relacionada con el reino de Nueva España o México:

“De notable importancia por su contenido normas penales fueron las *Ordenanzas militares hechas en la ciudad de Taxcatecle por Hernán Cortés, como Capitán General y Justicia Mayor de Nueva España*, el 22 de diciembre de 1520, para regular el régimen y gobierno de las tropas españolas en aquellos dominios, bajo el

reinado de Carlos I. En ellas, se sancionaban, entre otras, las siguientes conductas de las tropas: la blasfemia y el juego de naipes con penas de multa de diez y veinte pesos de oro, el burlarse de otra compañía con pena de veinte pesos, el que *durante la vela se hallasen durmiendo ò ausente de lugar donde debiere velar, pague cuatro castellanos... é demás que está atado medio día*; el no acudir a la lucha o no obedecer a sus jefes o desmandarse ante el enemigo con pena de muerte para la tropa y con cien pesos para los *hijosdalgo*. También se castigaron delitos comunes cometidos por militares, como los robos y saqueos, con penas de multa de veinte pesos de oro”

Años después, mientras los ejércitos mantenían el poder de la Corona en Europa, se hizo necesaria fortalecer la vigilancia y juzgamiento de aquellos soldados que infringieran las normas de convivencia castrense y sobre todo en el ejército acantonado en Flandes. Así, como señala el profesor Francisco Fernández Segado, el Emperador Carlos V creó el cargo de Auditor General en 1533, cargo que recayó en Juan Stratus para “poder tener este ejército en buena disciplina y justicia”³⁰.

30 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La jurisdicción militar en la perspectiva histórica”. En: *Revista Española de Derecho Militar* (Madrid). Ministerio de Defensa del Reino de España. Número 56, julio – diciembre de 1991. pág. 24.



Ordenanzas de la Noble Villa de Bilbao, Bilbao. 1711

Mientras tanto, la protección para los naturales fue confirmada por el monarca con las Leyes Nuevas del 26 de noviembre de 1542, recalándose la libertad de los indios. Sin embargo, hallamos una colisión entre dicha libertad y el interés económico de la Corona por el aprovechamiento de recursos, lo cual se solucionó con su supervisión del pago de jornales con condiciones mínimas de trabajo, pero con un tiempo máximo. Para ello el derecho regio estipulaba como en Europa que todos los hombres pobres, ociosos y vagabundos serán obligados a trabajos. La Corona sostuvo que los servicios, aunque exigidos, eran remunerados. Circunstancia confirmada por las Leyes de Burgos de 1512 que mantuvieron el principio del trabajo forzado, pero justificado por el ocio natural de los indios. Las Leyes Nuevas de 1542 señalaron el fin de las encomiendas, sustituyéndolas por los corregimientos.

La preocupación de la Corona por mejorar la administración de las Indias la llevó a establecer el Consejo de Indias en la ciudad de Sevilla, no sólo como control para mercaderías y personas al Nuevo Mundo sino como superior jerárquico de los virreinos creados o por crearse en América, además de efectuar la supervisión judicial del Derecho indiano. Se establecieron los Ayuntamientos o cabildos que reunían al conjunto de habitantes de un mismo término jurisdiccional,

regido en sus intereses vecinales por un ayuntamiento. Derecho municipal concebido como un derecho secular del Estado especialmente de los municipios o cabildos creados durante el establecimiento del virreinato. Para ello el rey Felipe II dio mediante Ordenanza:

El orden que se a de tener en descubrir y poblar

Nº 85: Asimismo tendremos cuenta de favorecer y hacer merced a los nuevos descubridores, pobladores y pacificadores y con sus hijos y descendientes, mandoles dar solares, tierras de pasto y labor y estancias y con que, a los que ouieren dado y ouieren poblado y residido tiempo de cinco años, los que tengan en perpetuidad; y los ouieren hecho y poblados ingenios de açucar y los tuvieren y mantuvieren, no se les pueda hacer execuçion en ellos ni en los esclavos y herramientas y pertrechos con que se labraren; y mandamos que se les guarden todas las preeminencias, privilegios y concesiones de que disponemos en el libro de españoles.

Nº 93: Declaramos que se entiende por vecino el hijo o hija o hijos del nuevo poblador, o de sus parientes dentro o fuera del cuarto grado, teniendo sus casas y familias distintas y apartadas y siendo casados y teniendo cada uno casa por sí. Respecto al crecimiento de los asentamientos: "... siempre quede bastante espacio a donde la gente se pueda salir a recrear y salir los ganados sin que hagan daño".

*Nº 133: Dispongan los solares y edificios que en ellos hicieran, de manera que en la habitación de ellos puedan gozar de los aires de medio día y del norte, por ser los mejores de él*³¹.

Tercera etapa (1566-1700) Fue la consolidación del Derecho Indiano tanto por las instituciones castellanas que terminaron de importarse en América sino la labor de los juristas como Juan de Matienzo, oidor de la Real Audiencia de Lima, autor del Gobierno del Perú, donde sostenía, entre otros temas, acerca de la compatibilidad del trabajo forzado de los indios con su condición de vasallos:

*“... nadie dexará de creer y entender que es bien inclinalles y compelelles al trabaxo, para que ocupados en algo, se olviden es madre de todos los vicios, mayormente en estas partes que tan poca razón tienen*³²”.

Afirmación confirmada más adelante por el rey Felipe III, quien a través de la Real Cédula de 24 de noviembre de 1601: indicó

“... que los indios vivan con entera libertad de Vasallos, cesan los repartimientos y los demás servicios personales, que los indios vayan a trabajar con quien quisieren y por el tiempo que les pareciera su voluntad sin que nadie pueda detener contra ella. Que vayan a trabajar concertadamente y las justicias los obliguen. Ordeno y mando que sean compelidos a ello en la forma y por los mas suaves medios”.

Durante esta etapa fallece fray Bartolomé de Las Casas, ex encomendero, en 1566 y defensor de los derechos de los indígenas del Nuevo Mundo. El Consejo de Indias con Juan de Obando inician la tarea de recopilar la abundante legislación producida para estos territorios produciéndose en 1680 la Recopilación de Leyes de Indias (R.L.I), la que reunió a las diferentes normas³³:

1. La Real Cédula: Despacho expedido por alguno de los consejos, en que se tomaba alguna determinación o se proveía a pedido de parte, debía ser rubricada por el Rey y ministro del

31 ALTAMIRA, Rafael y otros: *Contribuciones a la Historia Municipal de América*. México. Instituto Panamericano de Geografía e Historia. Comisión de Historia. 1951; pág. 13.

32 MATIENZO, Juan de [1567]: *Gobierno del Perú*. Lima. Instituto Francés de Estudios Andinos. 1967.

33 BASADRE GROHMAN, Jorge: *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Lima. EDIGRAF. 1967; pág. 15.

consejo correspondiente y refrendada por el secretario.

2. La Pragmática: Decisión con fuerza de ley general que tenía por objeto reformar algún abuso o daño.

3. El Real Decreto: Orden rubricada por el Rey en que participaba una resolución suya a organismos dentro de la Corte o alguno de sus ministros.

4. La Real Resolución: Consistía en la determinación que el Rey tomaba, en algún caso que se le sometía a consideración.

5. La Real Orden: Se conocía con este nombre una disposición de un ministro del Rey expedida a su nombre.

6. Carta u orden circular: Toda orden que se expedía para una o varias provincias.

7. Los estatutos, ordenanzas y constituciones: Normas que establecían los consejos, juntas colegios y otros organismos para su mejor gobierno. Los virreyes, presidentes y otras autoridades también dictaban ordenanzas.

8. El Real Acuerdo: Sentencia emitida por la Real Audiencia con presencia del virrey.

En estos años también se produjo abundante literatura jurídica indiana, refiriéndose el

distanciamiento progresivo del Derecho castellano.

Cuarta etapa: (1700- siglo XIX y XX) en este período se produce el cambio dinástico, la entronización de los Borbones. Con ellos variaron las relaciones de poder de la monarquía con los otros estamentos de la sociedad: la nobleza, la iglesia y los otros reinos incorporados a la corona que gozaban de fueros o jurisdicciones, bajo un régimen de pacto. Luego de la guerra de sucesión, el rey se volvió absoluto o Déspota Ilustrado, con lo cual se centralizó el poder y la administración en torno a él, suprimiendo los fueros relacionados con los otros reinos y modificando aquellos relacionados con los estamentos de la sociedad, para lo cual se aplicaron medidas de racionalización en los dominios del Imperio. La influencia del liberalismo bajo este régimen permitió unificar el derecho acorde con sus propósitos, aboliendo instituciones incompatibles con dicho despotismo, pero al mismo tiempo convivió con la difusión de los derechos naturales. Con las luchas por la emancipación, se produjo gradualmente la separación política de los ex dominios de ultramar: virreinos y capitanías del imperio. Lo que no aconteció con el derecho que mantuvo el Derecho indiano hasta que no fuese sustituido produzca el proceso de codificación en el Perú en el siglo XIX.

El Fuero Militar en el Nuevo Mundo

La administración de justicia en el Perú se estableció a través del fuero real u ordinario y los llamados privativos. Luego de consolidarse la presencia española, la Corona procedió a establecer la Real Audiencia de Lima, cuya presencia en la parte meridional de América servía, junto con México, para controlar su dominio Indiano. Su distrito judicial que se efectuó sobre la base de términos o aglomeraciones urbanas comprendió desde el reino de Chile hasta Paita y luego tierra adentro, desde San Miguel de Piura, Caxamarca, Chachapoyas, Moyobamba, hasta el Collao. Su jurisdicción hizo uso del derecho Indiano como derecho específico y de manera supletoria, el de Castilla. Así como la organización jurídica se basó en la audiencia, en lo político estaba el virrey o visorey quien ejerció diferentes funciones como delegado del monarca: Gobernador y Capitán General de los Reinos del Perú, Tierra Firme y Chile, Presidente de la Real Audiencia, Presidente de la Junta Superior de la Real Hacienda, Presidente del Tribunal y Audiencia Real de Cuentas, Superintendente del Juzgado de Policía, Capitán General de los distritos y Gobernador de las Provincias, Visitador de los Castillos y Fortalezas, Vice patrono Eclesiástico, General de la Armada del Mar del Sur. En su ausencia gobernaba la Real Audiencia en forma colegiada, o de lo contrario el obispo de la jurisdicción.

Posteriormente, el cargo de Presidente de la Real Audiencia recayó en el oidor más antiguo.

La administración de justicia fue estableciéndose progresivamente sobre todo a partir del primer tercio del siglo XVI. Según el profesor Víctor Tau, mediante la razón y la sabiduría se buscaba el medio propicio para el hallazgo de la justicia invocada por las partes. Su administración había establecido pautas tanto para demandados como para demandantes e indicando el papel que desempeñarían los jueces y los abogados. Siguiendo el modelo romano para el ejercicio de la abogacía contar con la licencia o autorización. De esta manera, se estableció que el letrado debía ser el:

“home que razona pleyto de otri en juicio o el suyo mesmo en demandando o en defendiendo; el que así nombre porque con voces et con palabras usa de su oficio” (Partida 3, Título 6, Ley 1).

La justicia extraordinaria estuvo conformada por los fueros privativos que obedecieron indistintamente a privilegios otorgados por el monarca o ratificados por éste ya que existían con anterioridad a su reinado. Privilegios que se hallaban comprendidos de acuerdo al modelo de gobierno de pacto y cuyo otorgamiento, aunque era de carácter personal, podía extenderse a terceros. En primera instancia el conocimiento de las causas correspondía a estos fueros, pero más adelante era factible que se integrase mediante recurso de alzada a la

jurisdicción ordinaria o regia. Entre los fueros destacan el Tribunal de Minería, el Tribunal de Cuentas, el Real Consulado o Tribunal de Comercio, el Tribunal del Santo Oficio o de la Santa Inquisición, el Tribunal de la Santa Hermandad o la Acordada, el fuero eclesiástico y el fuero militar.

Podría afirmarse la organización de los cuerpos armados, aunque regulados por ordenanzas particulares dictadas en España en su mayoría, habían sucumbido a las diferentes Guerras Civiles en el Perú. Primero entre Francisco Pizarro y Diego de Almagro, con el auxilio de los curacas cuyo clientelaje existía en ambos bandos. Más adelante, la rebelión de Gonzalo Pizarro contra el primer virrey del Perú o Nueva Castilla, Blasco Núñez de Vela, quien no fue reconocido por los encomenderos y que sería ajusticiado por Gonzalo Pizarro, motivó la presencia del Pacificador Pedro de La Gasca, representante del monarca y que derrotó al insurgente gracias al desbande de sus tropas que se unieron a las de La Gasca. Finalmente, la represión del virrey Andrés Hurtado de Mendoza, capitán general, quien liderada la batalla contra las del encomendero Francisco Hernández. Éste derrotado fue juzgado y decapitado; los otros líderes fueron enviados a España sino ajusticiados; poniendo fin a los enfrentamientos políticos y sociales más que militares. Desde 1556, el virrey logró fortalecer su autoridad en el Perú.

Dentro de las ordenanzas particulares las más importantes fueron las conocidas como las Primeras de Flandes, durante el reinado de Felipe II, quien tuvo el interés de fortalecer el desempeño de las fuerzas del reino, protectoras de la religión católica ante los protestantes que se hallaban en los Países Bajos:

“Fruto de esta necesidad, el 15 de mayo de 1587, se promulgaron por Alejandro Farnesio y por orden del rey Felipe II las *Ordenanzas è Instrucciones del duque de Parma y de Plasencia, lugarteniente, gobernador y capitán general por S.M. en los Estados de Flandes, sobre el ejército y la administración de la jurisdicción y justicia de este felicísimo Ejército*.

Su gran importancia fue debida. Como acertadamente señala Monserrate Alsina a las tres causas siguientes: la presencia en aquellos momentos en Flandes de la mayor parte de las tropas del ejército; el estar empeñado Felipe II en mantener en el cristianismo a los Países Bajos y la enorme difusión y aceptación que alcanzaron en todos los ejércitos la inexistencia de otras normas legales reguladoras de la justicia militar.

En estas ordenanzas se sancionaban como conductas delictivas más repetidas entre la tropa, los robos, los engaños en el juego, el capitán que consintiera que *los soldados...passen de una Compañía a otra sin orden*-castigándoles

con una multa de veinticinco escudos-, las peleas entre camaradas, los desórdenes y los motines, imponiendo la pena de muerte en la horca a los traidores, ladrones y amotinadores. Igualmente estableció en su artículo cuarto que no se extendiera el fuero militar a los delitos cometidos con anterioridad: *el fuero y privilegio militares no se estienden a los casos sucedidos antes*; también se ordenó, en el artículo treinta y tres, que los maestros de campo y oficiales tuvieran un trato más humanitario en la imposición de castigos a los soldados, estableciendo que...*de aquí en adelante se moderen en el castigo de los soldados, que no sea de manera que los maten ni manquen de sus miembros necesarios para el servicio de su Majestad*³⁴.

La situación en Flandes demandó diseñar la línea de mando en el ámbito jurisdiccional bajo el principio de *justicia dei capi*, siendo la primera autoridad el Capitán general y en segundo lugar el auditor, quien evaluaba los casos en función de la persona y la materia, decidía sobre la competencia, así como las excepciones y dirimía en caso de desafueros:

“El Auditor General ha de tener en particular cuidado de mantener la autoridad, jurisdicción

y disciplina militar, porque a nos, como Capitán General, y a los ministros de guerra, para ellos ordenados a causa de sus oficios y casos, toca la cognición, jurisdicción y determinación de todos los casos, querellas, delitos y maleficios que acontecieren entre soldados y gentes de guerra, sin que ningunos otros jueces, justicias, Consejos, no otro cualquiera pueda tomar esta cognición o jurisdicción o empatarse en cosa destas directa o indirectamente, porque es contra razón y contra las leyes y privilegios militares y de aquí podrán nacer grandes inconvenientes y confusión y los ministros de guerra vendrían a ser mal obedecidos y respetados³⁵.”

El Capitán de Navío John Rodríguez Asti hace hincapié que esta norma reglamentó el papel del auditor, existente ya en el ejército (1533) y que en adelante se extendió para velar por los intereses jurídicos de la Marina. La expansión del Imperio español en América requirió proteger los comercios transatlánticos a través de sus navíos, de la presencia de piratas, de Inglaterra y de los Países Bajos. Ello acarrea también el otorgamiento de fueros a los integrantes de sus fuerzas del orden que se hallaban en travesía. Fue así como se expidió la “*Ordenanza para las Armadas del Océano y flota de Indias*” (1606), con

34 PASCUAL SARRIA, Francisco Luis: ob. cit.; p. 72.

35 FERNANDEZ SEGADO, Francisco: ob. cit.; pág. 24.

el propósito de establecer la justicia al interior de la marina, reservando el conocimiento de las causas de guerra, penales o civiles, producidas en el navío sólo a su comandante o al auditor.

“Con posterioridad, la *Ordenanza de buen gobierno de la Armada del Mar Océano*, de 24 de enero de 1633 estableció, en su artículo 14, que “... *para administrar justicia, se halla sirviendo en la Armada un Auditor general por mi nombramiento, el qual ha de determinar todos los casos de justicia que se ofrecieren entre la gente de mar y guerra que sirvieren en dicha Armada, y Esquadras della, en conformidad de su título, con comunicación de mi Capitán General, como siempre se ha acostumbrado, y tendrá el dicho auditor dos Alguaziles y un Escrivano para el ejercicio de su oficio, los cuales han de ser de su satisfacción, y no les ha de permitir que hagan vexaciones, ni otros excesos, reparándolas con exemplar castigo quando se averiguare que no los cometen*”³⁶.

Norma que nos plantea la complejidad en el análisis de las conductas cometidas por las personas enroladas dentro de las fuerzas armadas de entonces, pues ya no sólo se prevalece el viejo principio: *justicia dei capi*, traducido como el aforismo de quien manda juzga el cual recayó en el Almirante, General, Capitán General, o cómitre (capitán de mar a cargo del navío), sino que iban interviniendo otros actores combinando la presencia de militares de armas, que representaban a las tradiciones castrenses, con el abogado o escribano, reflejo de la doctrina jurídica de aquel entonces.

De esta manera, el análisis y la decisión han buscado construir la imagen de institucionalidad al momento de impartir justicia, encaminando la suprema instancia a un fuero común para todas las fuerzas, donde el rey era considerado el alto magistrado.

36 RODRÍGUEZ ASTI, John, Carlos Schiaffino Cherres, Carlos Castañeda Lavini y Jorge Tordoya Zúñiga: *El cuerpo jurídico en la Marina de Guerra del Perú: apuntes para su historia*. Callao. Marina de Guerra del Perú. Septiembre 2016; pág. 14.

CAPÍTULO III

La Casa de los Borbones y las ordenanzas militares



El ascenso de la Casa Borbón a España

Al suscitarse un vacío de poder en la sucesión del reino español dirigido por Carlos II, debido a la falta de descendencia, se invitó a candidatos entre las casas reinantes de los cuales se escogería al futuro monarca, de los que quedaron Felipe, duque D'Anjou de la casa Borbón y Carlos, archiduque de Austria, de casa de los Austrias. Carlos II optó por el aspirante Borbón quien ascendió al trono español como Felipe V en 1700. Ello no sólo implicó la llegada de los franceses a este reino, lo que consentido por las otras monarquías europeas sino la preocupación por un desbalance por la correlación de fuerzas ante la afirmación del rey galo Luis XIV al señalar que su nieto también podría heredar su trono. Los reinos de Inglaterra, el Sacro Imperio Romano Germánico y Portugal reaccionaron para contrarrestar el poderío de Francia y España en la llamada Guerra de Sucesión, que costó la separación radical entre estas dos monarquías.

Reinos hispanos de Valencia, Aragón, Cataluña de que habían jurado fidelidad a Felipe V, que luego lo traicionaron en pleno conflicto al apoyar al archiduque Carlos de Austria, sufrieron la pérdida de sus privilegios con la llamada

Abolición de Fueros (1707), hecho que permitió al rey tomar nuevas medidas políticas y sociales.

La concentración del poder en torno al rey así como también, nuevas medidas en el ámbito castrense y jurisdiccional que estableció como derecho *único el de origen* castellano para todo el territorio de la península y la sustitución de las autoridades de cada territorio por un comandante general. De ahí la extensión del fuero militar a personas civiles. En segundo lugar, las medidas económicas en España y gradualmente aplicadas en Indias o América que incluyeron la creación o incremento de impuestos y contribuciones, así como la incorporación de nuevos sujetos tributarios. Política y administrativamente se crearon virreinos y capitanías generales, intendencias y comandancias generales, los que demandaron nuevos cargos administrativos de los que la administración de justicia no quedó exenta, además de haber propiciado la uniformidad del derecho al imponer el de Castilla conocido como Derecho Patrio o nacional sobre el resto de territorios, dejando de manera supletoria el uso de éstos; hechos que se sustentaron en el liberalismo que propiciaba económicamente una amplia libertad que generase signos de riqueza y que coincidió en España con un gobierno autoritario.

Decreto de abolición de fueros (1707)

Durante este período se fue impulsando la reforma judicial. Fue en la administración de Carlos III, en 1776, que el ministro de Indias José de Gálvez impulsó la reforma judicial en el fuero común la cual incluyó la incorporación de funcionarios administrativos en las audiencias, la limitación del número de criollos para incrementar a más peninsulares, fieles representantes de la nueva política y el establecimiento de la figura del regente en la Real Audiencia. Complementario a ello, se requería de un aparato judicial que diese más celeridad a la aplicación de la ley, lo que impulsaba el cambio gradual al orden sistemático con la propuesta de un texto legal general y abstracto, cuya vigencia implicaba su aplicación en un sin número de casos y que al promulgarse adquiriría vida propia, liberándose de la motivación que le había dado origen. Claro ejemplo de ello fue la implementación de la Real Ordenanza de Intendentes de Buenos Aires de 1782 que rigió al año siguiente para el virreinato del Perú. Así, la equidad y el arbitrio en el modelo casuístico aplicado por el magistrado cedían su lugar a la adaptación del caso a la ley, no pudiendo dejar de cumplirla. Propuesta proveniente del liberalismo que tuvo más impacto en Francia, cuya revolución aceleró el cambio como fenómeno social, político y jurídico el cual impactó en los ideólogos peruanos. Este pensamiento planteaba que el acatamiento a la ley debía darse por la razón, ya que su elaboración se llevaba a

XIV

DECRETO DE ABOLICION DE FUEROS, 1707, conforme a *Novísima Recopilación*, 1805, libro III, título 3, *De los fueros provinciales*, ley 1:

Derogación de los fueros de Aragón y Valencia; y su reducción a las leyes y gobierno de Castilla.

D. Felipe V en Buen-Retiro por decreto de 29 de Junio de 1707.

Considerando haber perdido los Reynos de Aragón y de Valencia, y todos sus habitantes por el rebelión que cometieron, faltando enteramente al juramento de fidelidad que me hicieron como a su legítimo Rey y Señor, todos los fueros, privilegios, exenciones y libertades que gozaban, y que con tan liberal mano se les habían concedido, así por mí como por los Señores Reyes mis predecesores, particularizándolos en esto de los demás Reynos de esta Corona; y tocándome el dominio absoluto de los referidos Reynos de Aragón y de Valencia, pues a la circunstancia de ser comprendidos en los demás que tan legítimamente poseo en esta Monarquía, se añade ahora la del justo derecho de la conquista que de ellos han hecho últimamente mis Armas con el motivo de su rebelión; y considerando también, que uno de los principales atributos de la Soberanía es la imposición y derogación de leyes, las quales con la variedad de los tiempos y mudanza de costumbres podría yo alterar, aun sin los graves y fundados motivos y circunstancias que hoy concurren para ello en lo tocante a los de Aragón y Valencia; he juzgado por conveniente (así por esto como por mi deseo de reducir todos mis Reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo) abolir y derogar enteramente, como desde luego doy por abolidos y derogados, todos los referidos fueros, privilegios, práctica y costumbre hasta aquí observadas en los referidos Reynos de Aragón y Valencia; siendo mi voluntad que éstos se reduzcan a las leyes de Castilla, y al uso, práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus Tribunales sin diferencia alguna en nada; pudiendo obtener por esta razón mis fidelísimos vasallos los Castellanos oficios y empleos en Aragón y Valencia, de la misma manera que los Aragoneses y Valencianos han de poder en adelante gozarlos en Castilla sin ninguna distinción; facilitando yo por este medio a los Castellanos motivos para que acrediten de nuevo los efectos de mi gratitud, dispensando en ellos los mayores premios, y gracias tan merecidas de su experimentada y acrisolada fidelidad, y dando a los Aragoneses y Valencianos recíproca e igualmente mayores pruebas de mi benignidad, habilitándolos para lo que no lo estaban, en medio de la gran libertad de los fueros que gozaban antes, y ahora quedan abolidos: en cuya consecuencia he resuelto, que la Audiencia de Ministros que se ha formado para Valencia, y la que he mandado se forme para Aragón, se gobiernen y manejen en todo y por todo como las dos Chancillerías de Valladolid y Granada, observando literalmente las mismas regalías, leyes, práctica, ordenanzas y costumbres que se guardan en éstas, sin la menor distinción ni diferencia en nada, excepto en las controversias y puntos de Jurisdicción eclesiástica, y modo de tratarla, que en esto se ha de observar la práctica y estilo que hubiera habido hasta aquí, en consecuencia de las concordias ajustadas con la Sede Apostólica, en que no se debe variar: de cuya resolución he querido participar al Consejo, para que lo tenga entendido.

cabo bajo características generales e impersonales con el objetivo primordial de servir de freno a la arbitrariedad de quienes detentaban el poder; acatamiento que en adelante debía basarse en la voluntad general del pueblo y la soberanía inalienable, indivisible, infalible y absoluta que nacía de éste y era administrada por el Estado, bajo el pensamiento de Jean Jacques Rousseau, en su obra El Contrato Social.

Las ordenanzas militares

La llegada de Felipe V generó la expedición de dos normas que fueron delimitando la organización de la jurisdicción militar con sus imperfecciones y con una sistematización incipiente: la *Real Ordenanza del 28 de diciembre de 1701* o conocida como la segunda de Flandes, por ser promulgadas en Bruselas y que se caracterizó por ser la primera ordenanza general. Más tarde fue complementada por la *Real Ordenanza sobre la subordinación y disciplina de las Tropas, su Fuero, Desertores, Revista, castigos para plazas supuestas, asistentes, duelos, desafíos y casamientos de Oficiales y Soldados*, de 1728. De esta última, el capitán Pascual Sarria puso énfasis al establecimiento del Consejo de Guerra a

semejanza de los *Conseils Prévotaux* de la Ordenanza Militar de Francia de 1667, conocidos más adelante como *Conseils de Guerre*, los que judicializaban las conductas de los uniformados bajo el pensamiento francés, pues era necesario infundir temor del oficial al soldado a través de las órdenes que conjugaban la autoridad con la aplicación de la sanción en caso de desacato.

“Y siendo nuestra intención que los Oficiales... puedan contener a los soldados de su Regimiento o Tercio en su obligación, hemos dado y concedido, como damos y concedemos por esta, el Consejo de Guerra a todos los Tercios y Regimientos de nuestras Tropas, así de Infantería y Caballería, como de Dragones, de cualquier Nación, Española, Italiana, Walona, o tal otra que pudiera ser, para juzgar todos los crímenes y delitos militares y castigarlos por las penas y en la forma y manera que queda aquí abaxo reglado³⁷.

Debemos señalar que esta institución fue dotada de autonomía jurisdiccional a diferencia del Real y Supremo Consejo de Guerra o Consejo de Guerra, instituido por Felipe II (1594) y era de carácter consultivo y actuaba en revisión de los delitos comunes (que no afectaban la disciplina militar) contemplados por jueces ordinarios también llamados Alcaldes de Casa y Corte.

37 PASCUAL SARRIA, Francisco Luis: *Bosquejo histórico del Derecho penal militar español en el Estado Moderno*. Revista de Historia Militar. Madrid, 1996; pág. 76.

Los fueros Militar y de Marina

Fue el impulso propiciado por los Borbones que estableció de mejor manera los fueros ya instituidos pero poco sistematizados con normas u ordenanzas por separado hasta establecer el fuero de guerra conformado por dos áreas: Militar o castrense (que involucraba a los integrantes del ejército, la armada y milicias, además de quienes obtenían privilegios por los servicios al cesar. El ámbito político, referido a la actuación de los jefes y oficial de la Secretaria de Guerra y Marina, los intendentes del ejército, comisarios, y empleados civiles como contadores, médicos y enfermeros de los hospitales militares.

El profesor Óscar Cruz Barney³⁸, haciendo uso de la obra *Juzgados Militares de España y sus Indias* de Félix Colón de Larriátegui de 1817, demarcó las áreas en donde se pronunciaban estos fueros privativos

El fuero militar suponía una serie de prerrogativas y privilegios otorgados por el monarca a través de una norma dirigida a los militares que servían en su tropa, por cuyo servicio gozaban de sueldo abonado por la tesorería del ejército

del instituto respectivo. Excepcionalmente, los derechos se extendían a las cónyuges, hijos y criados, quienes podían renunciar al ocupar oficios dentro de los consejos municipales. Privilegios que contemplaban exoneración en pagos por ser servicios ordinarios y extraordinarios, de dar hospedaje en sus casas a tropas y a prestar carros salvo que los destinatarios proviniesen de la Casa Real. Asimismo, se hallaban autorizados para portar armas (carabinas y pistolas largas), aun cuando ya no estuviesen en servicio como medida de protección.

La pertenencia al fuero militar implicaba no estar preso por deudas contraídas después de haber servido en el ejército, tampoco era posible ejecutar las deudas sobre sus caballos, armas y vestimenta salvo por mandato de la Real Hacienda. Disfrutaban también del fuero militar todos los ministros, fiscales y auditores (magistrados o togados) del Supremo Consejo de Guerra, los intendentes, su secretario y subordinados, agentes fiscales, relatores, escribanos de cámara y demás dependientes del consejo, sus hijos y sus criados.

Por su parte, el fuero de la Real Armada contemplaba también las áreas de guerra y política. En

38 CRUZ BARNEY, Óscar: *Historia del Derecho en México*. México. Oxford University Press. 2001; p. 342.

el cuerpo militar se encontraban los oficiales de guerra, compañía de guardia marinos, los integrantes de los batallones de infantería de marina y real brigada de artillería. En el cuerpo político se incluían además a los intendentes de marina, contadores, comisarios, tesoreros, oficiales de contaduría, contadores de navío, de fragata, matriculados de mar y maestranza, las *cónyuges* de los oficiales e hijos, y médicos cirujanos y dependientes de los hospitales.

Los servicios realizados por los cabos de los navíos, aunque realizados fuera de área eran considerados hechos en la Real Armada. A diferencia del ejército, el uso de uniforme para las milicias de la marina no fue obligatorio desde 1762, aunque ello no afectó contar con el fuero respectivo.

En cuanto los casos, las justicias ordinarias se hallaban impedidas de conocer de las causas civiles o criminales de los oficiales, ya que su fuero los protegía; sólo podían colaborar con la confección del sumario de la causa y remitirla al auditor general, quien era el representante del Capitán General de la provincia en cuyo tribunal militar se ventilaba el caso. La sentencia era pasible de ser apelada al Supremo Consejo de Guerra, y en ambas instancias los auditores militares constituían una pieza clave para evaluar las causas civiles y criminales implicadas con los denunciados.

Auditores generales en el virreinato peruano (1679-1825)

En el arco temporal desde 1679 hasta el año 1824, encontramos el desempeño de este cargo en la Real Audiencia de Lima como en la del Cuzco, sobre todo hacia 1824, alternando con los primeros titulares dentro del Estado peruano desde 1821. Todos ellos eran civiles, desde abogados (1679 Francisco de Cisneros y Mendoza), alcaldes del crimen, (1682 Juan Luis López, alcalde del crimen de la R.A.L; 1702 Fernando Calderón de la Barca, alcalde del crimen de la R.A.L), alcalde de casa corte, nobles (Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala y Zavala, marqués de Castel Bravo, regidor perpetuo del Ayuntamiento limeño, alcalde de la R.A.L.) hasta oidores (1690 Antonio Pallares Espinoza; 1741 Álvaro Alonso de Navía-Bolaños Rivadeneira y Moscoso, José de Irigoyen, oidor honorario de la Real Audiencia de Chile.; 1801 Francisco Javier Moreno y Escandón; 1802 Manuel Pardo y Ribadeneira; 1802 Francisco Javier Moreno y Escandón; 1820 Manuel Genaro de Villota; 1820 Bartolomé de Bedoya; 1821 Nicolás de Aranibar y Fernández Cornejo) y se hallaban acreditados en la Real Audiencia cercana al Palacio virreinal. Al parecer el cargo era rotativo, pudiendo ser desempeñado por varios titulares en un solo año debido al número de causas admitidas.

Entre las materias de éstas hallamos:

De carácter civil: Sevicia y venta de esclava, restitución, cantidad de pesos, división y partición de bienes, entrega de reloj, cumplimiento de testamento, concurso de acreedores, nulidad de escritura, venta de esclavo, deuda capitán a comerciante, rendición de cuentas, entrega de caballos; etc.

De carácter penal: Homicidio, hurto de reses en Chongoyape, libertad para soldado estar en abandono la familia, lesiones, por haber echado aguardiente a los ojos, denuncia contra soldado por seducción no consentida, insubordinación de comandante y otros contra coronel, por hurto y maltratos perpetrados en agravio de Manuel Rodríguez, mozo pulpería, soldados de casta mulata por robo a pulpería, por proferir graves injurias de palabra y obra en agravio, robo de reloj a teniente de húsares, insulto y atropello contra alcalde de Chocope, heridas contra indios.

El auditor se pronunciaba también frente a la inhibitoria de jurisdicción.

Este cargo alternó las designaciones virreinales con las hechas por la autoridad del Estado peruano: 1821 Fernando López de Aldana, vocal de la Alta Cámara de Justicia; 1822 Francisco de Entrambasaguas y Montalvo, Real Audiencia del Cuzco; 1822 José María de Lara, Real Audiencia

del Cuzco y posteriormente primer fiscal de la Corte Superior de dicha circunscripción; 1823 Fernando López Aldana; 1825 José Larrea y Loredó, vocal de la Corte Superior de Lima.

Las ordenanzas establecieron que los crímenes de los militares serían juzgados por el Consejo de Guerra de Oficiales con todas las facultades de juicio, actuación que se mantuvo hasta 1768. Existía también el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, compuesto por los de superior graduación y presidido por el Capitán General de Provincia con asistencia del auditor.

En cuanto a las Indias, también debía observarse la formación del Consejo de Guerra para juzgar sobre los crímenes cometidos con las tropas indianas. Ante la ausencia de oficiales suficientes, el tribunal militar de provincia se abocaría al conocimiento de las causas de los soldados. Los consejos contarían con los capitanes de cada regimiento, que actuarían en calidad de vocales, según el rango que poseyera el reo. El Juzgado estaría presidido por el gobernador de plaza o comandante de las armas, salvo que los privilegios del inculcado limitasen la actuación del gobernador.

Tratándose de delitos comunes se juzgaban por los Capitanes Generales de las provincias, aunque carecieran del carácter militar o no tuviesen vinculación con los actos de servicio de los oficiales. El profesor Nicolás Gonzales-Deleito y

Domingo, al evaluar la materia procesal en las ordenanzas, en su tesis “La Evolución Histórica de la Jurisdicción Penal Militar en España”, nos señala expresamente la intervención y el papel de cada actor procesal en la Ordenanza de 1728, Título X del Libro II referido al Consejo de Guerra y el título IX al Preboste³⁹.

“Los órganos actuantes en el proceso militar son los siguientes:

- a) Sargento Mayor, o en caso Ayudante del Regimiento obligado a cursar los partes sobre comisión del delito y aprehensión del culpable (art. 6, del título X del Libro II).
- b) El propio Sargento Mayor en funciones de Fiscal-Instructor (art. 14 del título X del Libro II)
- c) El Gobernador o Comandante de la Plaza, o en campaña, el General en Jefe del “Exército”, a quien compete autorizar la constitución del Consejo de Guerra (art. 15 de iguales título y Libro)
- d) El Consejo de Guerra, constituido por todos los Capitanes del Regimiento, que deben

votar según su conciencia y honor “sobre las Ordenanzas” (art. 15 y 16 de iguales título y Libro).

- e) En caso de delitos cometidos en el seno del Cuerpo o Regimiento, no en La Plaza, el Consejo se denomina “de Cuerpo” o “particular de su Regimiento”, constituyéndose por trece o quince Capitanes (art. 18 del Título X del Libro II).
- f) El Gobernador o Comandante de la Plaza, el Coronel del Regimiento o el Comandante del Cuerpo, a quien se confía, según los casos, la presidencia del Tribunal (art. 15 y 23 del título y Libro citados)

El Preboste, ejecutor de la sentencia del Consejo o de la que él mismo pudiere dictar en ciertos casos, previa formación de proceso. Asistido de Escribano, en causas de delitos flagrantes u otros especialmente graves (arts. 1 y 2 del título IX del Libro II)

Se prevé que en los procesos militares la defensa del reo esté confiada a un Oficial del Regimiento —asistido por el Procurador,

³⁹ Según el Diccionario de la Lengua española, preboste significa: Persona que es cabeza de una comunidad, y la preside o gobierna. Persona que, en un determinado ámbito político, económico, profesional, etc., tiene una posición de gran poder e importancia. Capitán encargado de velar sobre la observancia de las normas, de entender en los casos criminales producidos, de castigar a los malhechores en el ejército, etc.

según la expresión del art. 26 del título X, del Libro II—.

Finalmente, se da la intervención *post sententiam* del Capitán o Comandante General que puede suspender la ejecución del fallo si lo estima injusto, en cuyo caso ha de dar cuenta al Rey⁴⁰, pero no conmutar ni indultar (art. 31 de iguales título y libros)⁴¹.

En San Lorenzo, el 22 de febrero de 1768, Carlos III expidió las Ordenanzas de su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de su Ejército, en la cuales uniformizó las normas que se hallaban dispersas en normas anteriores. Para este cometido se encargó ese mismo año a Antonio Marín, impresor del Despacho Universal de la Guerra, su divulgación.

El profesor Emilio Fabián Harari en su artículo “La justicia militar y los milicianos durante la primera década revolucionaria en la campaña de Buenos Aires (1810-1820), basado en la segunda edición de estas ordenanzas impresas por Mariano Socas en 1865, analizó la aplicación de estas

disposiciones al caso de los milicianos o civiles, a quienes se les extendió las prerrogativas militares a condición que colaborasen para disminuir la presión social expresada en las protestas y levantamientos en las diferentes zonas de los dominios del imperio español.

Se fortaleció el fuero castrense, en función de la persona, se estableció en el Tomo III, Tratado VIII, Título I, art. 1º:

“...Declaro, que el referido fuero pertenece á todos los militares que actualmente sirven y en adelante sirvieren en mis tropas regladas, ó en empleos que subsistan con actual ejercicio en guerra, y que como tales militares gocen sueldo por mis tesorerías del ejército en campaña ó las provincias, comprendiéndose en esta clase los militares que se hubieren retirado del servicio y tuvieren despacho mío para gozar de fuero⁴²”.

En forma tajante se separa el conocimiento de cada jurisdicción como se desprende de la lectura del artículo 5º:

40 Lo cual se confirma con la Real Ordenanza del 1º de marzo de 1750 que sostiene que en penas graves cabe apelación ante el propio Rey.

41 GONZALES-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás: La Evolución Histórica de la Jurisdicción Penal Militar en España. Revista Española de Derecho Militar. Número 38. Madrid. Julio- diciembre. 1979; pág. 47.

42 MARÍN, Antonio: Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos. Madrid. Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra. 1768. Tomo III; Tratado VIII; pág. 226 y 227.

“No podrán conocer de las causas civiles ni criminales de oficiales las justicias ordinarias, sino sólo el Capitán General, Consejo General o Comandante Militar del paraje donde residieren según la diferencia y circunstancia de los casos en la forma que se explicará más adelante⁴³”.

El Consejo de Guerra ordinario era la instancia natural y primera en la que se resolvían los procesos criminales de los soldados. El problema se generaba cuando podían invocarse privilegios que desnaturalizaban el proceso.

La excepción a esta composición estaba en los Cuerpos de la Casa Real, cuyos Consejos de Guerra Ordinarios debían ser presididos por sus propios mandos, con expresa exclusión de gobernadores y demás jefes militares territoriales.

Además se establecían medidas de protección en favor de los uniformados para que sus casos por

deudas sean vistas por el fuero militar o por la Real Hacienda, en caso que fuese el Estado, el perjudicado. Si la deuda hubiese sido generada antes del ingreso al servicio la persona respondía con bienes que no fuesen castrenses.

Por otro lado, la norma establecía ciertas exenciones:

“A los Oficiales y Soldados que estuvieren en actual servicio no podrán las justicias de los *parages* en que residieren apremiarlos á tener Oficios concejiles, ni de la Cruzada, mayordomía, ni tutela contra su voluntad; gozará la excepción de pago de servicio ordinario y extraordinario, y no podrá imponérseles alojamiento, repartimiento de carros, bagajes ni *Vastimentos* si no fueren para mi Real Casa y corte, y siendo casados gozarán sus mujeres de las mismas preeminencias⁴⁴”.

43 MARÍN, Antonio: Ordenanzas...; pág. 229.

44 Ibidem, art. 3º; pág. 227.

Spain. Laws on the
**ORDENANZAS
DE S. M.
PARA EL REGIMEN,
DISCIPLINA,
SUBORDINACION, Y SERVICIO
DE SUS EJERCITOS.**

TOMO TERCERO.

**SUBDIVIDIDO EN TRESTRATADOS.
DE ORDEN DE S. M.**

**MADRID: En la Oficina de ANTONIO MARIN,
Impresor de la Secretaría del Despacho
Universal de la Guerra.
Año de 1768.**



El Cap. De Croix

**Teodoro de Croix
trigésimo cuarto virrey del Perú**

Virrey Teodoro de la Croix, impulsor de
Las Ordenanzas de 1769 en el virreinato del Perú.

Las ordenanzas para la Armada

La influencia francesa también irradió en las normas referidas a la Armada Real, iniciadas con las Ordenanzas del Infante Almirante del 15 de noviembre de 1737, denominadas así en honor de su primogénito Felipe y que versaron sobre organización castrense, estableciendo la jurisdicción del Almirantazgo.

Luego en 1748, bajo el reinado de Fernando VI, se dieron las *Ordenanzas de S.M. para el Gobierno Militar, Político y Económico de su Armada Naval*, de la cual Gonzales-Deleito y Rodríguez Asti coinciden que conformaron la parte medular del Derecho penal militar de la marina. En el tratado V: De la disciplina y Materias de justicia: podemos observar la asignación de funciones procesales en los enjuiciamientos:

“En el título III...se regula el llamado Consejo de Guerra Criminal instituido para Sargentos, Tambores, Cabos y Soldados de los Cuerpos de Infantería y Artillería embarcados o desembarcados, Oficiales de mar de todas las clases y Artilleros, marineros y grumetes de servicio en navíos de la Armada. La misión *instructoria* se confía a un Oficial (El Oficial que formase

el proceso... dice el artículo XXII de este título III del Tratado V) Y al Sargento Mayor o al Ayudante se le encomienda la función de Fiscal (artículo XXIV de iguales título y Tratado).

En asuntos civiles y delitos comunes que no tengan conexión con el servicio, la jurisdicción reside en el Comandante General del Departamento con su Auditor (Título V del Tratado V)⁴⁵.

Una tercera norma fue el Real Decreto del 8 de marzo de 1798, que estableció tres razones o aspectos a considerar en los procesos judiciales: en razón de la persona, de la materia y del lugar:

“a) *Ratione personae*, le correspondía conocer de todas las causas civiles o criminales en que figurasen como demandados los militares y marinos de guerra en servicio activo, los oficiales retirados con real despacho y sueldo, sus mujeres, sus hijos y sus dependientes y criados, conservando el fuero las viudas de aquellos, sus hijas hasta tomar estado y sus hijos hasta los dieciséis años; los cónsules de países extranjeros y los extranjeros no residentes; los empleados en construcción, aparejo y armamento de los buques reales, los proveedores de los ejércitos en juicios y pleitos relacionados con el servicio...etc.

45 GONZALES-DELEITO Y DOMINGO, Nicolás: ob. cit.; págs. 53 y 54.

b) *Ratione materiae*, era competencia de la jurisdicción castrense, cualquiera que fuese la condición del acusado, el conocimiento de los delitos de auxilio a la desertión o inducción o favorecimiento de la misma, traición, insulto a centinelas y conjuración contra oficiales o tropa.

c) Finalmente, *ratione loci*, era de su incumbencia, independientemente de la condición del acusado, el conocimiento de los delitos de incendio en cuarteles y edificios militares, así como de los robos y vejaciones cometidos en tales parajes.⁴⁶

El 1º de enero de 1751 la Real Orden: “De los ministros destinados en las provincias para ejercer en ellas la jurisdicción de marina” dispuso que además de las funciones establecidas para los auditores se añadía la de colaborar con la matrícula del mar.

Dos últimas disposiciones destinadas al fuero de la marina denominadas: “Ordenanzas Generales de la Armada Naval (1793) y la “Real Ordenanza Naval para el Servicio de los Baxeles⁴⁷ de Su Majestad (1802), constituyeron la estructura

definitiva de este fuero en cuanto a su composición y atribuciones. En el caso del Perú tuvieron vigencia hasta la expedición del Código de Justicia Militar de 1899.

El Real y Supremo Consejo de Guerra

Se puede contemplar en estos cambios que los fueros privativos no sólo se mantuvieron, sino que era plausible que se extendiesen, pero muy excepcional sin embargo, las Ordenanzas buscaron uniformizar el sistema de administración de justicia militar. En ese sentido, los Borbones plantearon un nuevo modelo de instancia final. Por Real Decreto del 23 de abril de 1714, Felipe estableció una composición dual de militares y abogados civiles con carácter jurisdiccional y presidido por el monarca (quien se reservaba el derecho) nombraba a sus miembros: seis militares (Capitanes Generales o Tenientes Generales, Ministros militares), seis togados (jueces, presidentes y consejeros de los Reales Consejos), un fiscal y dos abogados generales (entendidos en la jurisprudencia y normas del reino).

46 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: ob.cit; pag. 28.

47 Baxel significaba embarcación. Proviene de la palabra catalana vaixell: barco, buque, nave, navío o nao.

Posteriormente se retiró a los ministros militares. Tenía competencia en la apelación de los tribunales militares y en causas dudosas.

Carlos III, en el Auto del 4 de noviembre de 1773, modificó la composición de la institución conformada por veinte Consejeros:

“... diez natos y diez de *continua asistencia*. Habrá además un Fiscal Togado, otro Militar y un Secretario. Los cargos de Consejeros natos corresponden al Secretario del Despacho Universal de la Guerra, al Capitán más antiguo de las Reales Guardias de Corps, al Coronel más antiguo de las Reales Guardias de Infantería, a los Inspectores generales de Infantería, Caballería y Dragones, a los Comandantes generales de Artillería, Ingeniería y a los Inspectores generales de Marina y Milicias. Como Consejeros de continua asistencia han de designarse: dos Oficiales generales de Tierra, dos de Marina, un Intendente de *Exército*. otro de Marina y cuatro Ministros Togados. Un Fiscal ha de ser Togado y otro Militar. Por último, la Real Cédula de 10 de mayo de 1797 –reinado de Carlos IV– permite la admisión por el Real y Supremo Consejo de Castilla de recursos de in

justicia notoria⁴⁸ contra sentencias de la Sala de Justicia del Supremo Consejo de Guerra⁴⁹.

Las milicias

Durante el virreinato peruano, las milicias habían tenido un papel importante con motivo de la defensa de las posesiones de ultramar hispanas. Precisamente, con las reformas borbónicas, a mediados del siglo XVIII existió el propósito de crear un ejército colonial, el cual sería asistido por fuerzas de línea y las milicias. Respecto a éstas, era recomendación del monarca Carlos III, en la *Instrucción Reservada, punto CL*, el aumento de las milicias *en cuanto permitan las circunstancias de cada país, observadas y manejadas con prudencia*⁵⁰. Como se deduce de lo anterior, las milicias ya existían sólo que de manera desorganizada.

Las *Ordenanzas de S.M. para el régimen de disciplina, subordinación y servicios de sus ejércitos* (1768) habían dispuesto el reagrupamiento de las fuerzas con la participación de cuerpos de infantería (regimientos) y de caballería (compañías) sobre todo en las capitales de las audiencias.

48 Procedía cuando existía algún defecto sustancial en el procedimiento: falta de emplazamiento, la no recepción de la causa a prueba, etc.) o cuando la sentencia tenía un vicio al ir en contra de alguna de las fuentes del derecho vigente. Equivalía al recurso de casación o de nulidad.

49 GONZÁLES-DELETTTO, Y DOMINGO, Nicolás: ob. cit.; pág. 56.

50 Instrucción reservada punto CL. Cit. RODRÍGUEZ CASADO, Vicente: “El ejército y la marina en el reinado de Carlos III”. En: *Boletín del Instituto Riva-Agüero* (Lima). Número 3. 1956 -1957; pág. 137.

ANEXO
Relación de Auditores Generales de Guerra en el virreinato peruano 1679.1825
(A.G.G.) 1679-1825

Año	Nombre	Lugar	Causa	Materia
1679	Francisco de Cisneros y Mendoza, abogado Real Audiencia de Lima	Lima	Civil	Restitución de una esclava
1682	Juan Luis López, alcalde del crimen de la R.A.L.	Lima	Civil	Reconocimiento de mayordomo por heredero
1690	Antonio Pallares Espinoza, oidor de la R.A.L.	Lima	Civil	Concurso de Acreedores
1702	Fernando Calderón de la Barca, alcalde del crimen de la R.A.L.	Lima	Civil	Deuda por cantidad de pesos
1707	Pedro Gregorio de la Canal	Lima	Civil	Heridas en el cuerpo
1741	Álvaro Alonso de Navía-Bolaños Rivadeneira y Moscoso, oidor de la R.A.L.	Lima	Civil	Incumplimiento de contrato
1750	Manuel Isidoro de Mirones y Benavente, oidor de la R.A.L.	Lima	Civil	Remate de imprenta
1759	Pedro Bravo de Rivero, oidor decano de la R.A.L.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1759	Pedro Bravo de Rivero	Lima	Penal	Falta de respeto
1762	Manuel Isidoro de Mirones y Benavente	Lima	Civil	Devolución de bueyes
1765	Gaspar Urquizu e Ibañez, oidor de la R.A.L.	Lima	Civil	Recojo de bienes
1766	Manuel Isidoro de Mirones y Benavente.	Lima	Civil	Molienda de trigos
1767	Gaspar de Urquizu e Ibáñez	Lima	Civil	Orden de aprisionamiento
1765	Manuel Isidoro de Mirones y Benavente	Lima	Civil	Entrega barretes de hierro
1770	Nicolas Véles de Guevara, oidor de la R.A.L.	Lima	Civil	Arrendamiento
1774	José Portilla y Gálvez, alcalde de corte de la R.A.L.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1781	Francisco López	Lima	Penal	Homicidio
1782	Francisco López.	Lima	Civil	Remate de bienes
1786	José Portilla y Gálvez, oidor de la R.A.L.	Lima	Penal	Lesiones
1787	Nicolas Véles de Guevara.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1788	Fernando Marquez de la Plata y Orozco, oidor de la R.A.L.	Lima	Civil	Restitución de alhaja
1789	José Rezabal y Ugarte; Decano de la Real Audiencia de Lima	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1789	Nicolas Véles de Guevara.	Lima	Civil	Devolución de préstamo
1789	Fernando Marquez de la Plata y Orozco.	Lima	Civil	Cumplimiento de testamento
1790	José Rezabal y Ugarte.	Lima	Civil	Cantidad de pesos

Año	Nombre	Lugar	Causa	Materia
1791	Fernando Marquez de la Plata y Orozco.	Lima	Civil	Sevicia y venta de esclava
1793	Nicolas Véles de Guevara.	Lima	Civil	Restitución
1793	Fernando Marquez de la Plata y Orozco.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1798	Ramón de Rosas	Lima	Penal	Homicidio
1800	José de Irigoyen, oidor honorario de la Real Audiencia de Chile.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1801	Francisco Javier Moreno y Escandón, oidor de R.A.L.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1802	Manuel Pardo y Ribadeneyra.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1802	Francisco Javier Moreno y Escandón	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1802	Fernando Marquez de la Plata y Orozco.	Lima	Civil	División y partición de bienes
1802	Manuel Pardo y Ribadeneyra, oidor de R.A.L.	Lima	Civil	Entrega de reloj
1803	José de Irigoyen	Lima	Civil	Cumplimiento de testamento
1803	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala y Zavala, marqués de Castel	Lima	Civil	
	Bravo, regidor perpetuo del Ayuntamiento limeño, alcalde de la R.A.L.			Cantidad de pesos
1803	Manuel Pardo y Ribadeneyra.	Lima	Civil	Cumplimiento de testamento
1803	Fernando Márquez de la Plata y Orozco.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1805	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1805	Manuel Pardo y Ribadeneyra.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1805	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1805	Francisco Javier Moreno y Escandón	Lima	Civil	Concurso de acreedores
1805	Manuel Pardo y Ribadeneyra.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1806	Manuel García de la Plata y Orozco, oidor de la Real Audiencia	Lima	Civil	Nulidad de escritura
1806	Francisco Javier Moreno y Escandón.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1808	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1809	Francisco Javier Moreno y Escandón	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1809	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1810	Francisco Javier Moreno y Escandón	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1812	Francisco Javier Moreno y Escandón	Chiclayo	Penal	Por hurto de reses en Chongoyape
1814	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Lima	Penal	Libertad para soldado estar
				en abandono la familia.
1814	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Lima	Penal	Lesiones. Por haber echado
				aguardiente a los ojos.

Año	Nombre	Lugar	Causa	Materia
1814	Marqués de Casa Calderón Ministro honorario de la R.A.L.	Lima	Penal	Denuncia por seducción no consentida contra soldado
1814	Marqués de Casa Calderón.	Lima	Penal	Insubordinación de comandante y otros contra coronel
1815	Manuel Genaro de Villota del Concejo de su magestad, fiscal honorario del Consejo Supremo de Indias	Lima	Civil	Venta de esclavo
1816	Marqués de Casa Calderón, alcalde decano del crimen	Lima	Penal	Por hurto y maltratos perpetrados en agravio de Manuel Rodríguez, mozo pulpería
1817	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Lima	Penal	Soldados de casta mulata por robo a pulpería
1817	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Lima	Penal	Graves injurias de palabra y obra en agravio.
1817	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Lima	Civil	Cantidad de pesos para alimento de hijo
1817	Conde de Vallehermoso, alcalde de corte y juez	Lima	Penal	Robo de reloj a teniente de húsares
1818	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Trujillo	penal	Insulto y atropello contra alcalde de Chocope
1819	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Lima	Civil	Inhibitoria de jurisdicción
1819	Manuel Genaro de Villota.	Lima	Civil	Cantidad de pesos
1819	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala	Lima	Civil	libertad
1820	Manuel Genaro de Villota.	Lima	Civil	Deuda capitán a comerciante
1820	Bartolomé de Bedoya	Lima	Civil	Rendicion de cuentas
1820	Bartolomé de Bedoya	Lima	Civil	Entrega de caballos
1821	Diego Miguel Bravo de Rivero y Zavala.	Huaura	Penal	Heridas contra indios
1821	Nicolás de Aranibar y Fernández Cornejo.	Lima	Civil	Nulidad de obligacion
1822	Fernando López de Aldana, vocal de la Alta Cámara de Justicia	Lima	Civil	Devolucion de cebo
1822	Francisco de Entrambasaguas y Montalvo, Real Audiencia del Cuzco	Arequipa	Penal	Mala conducta
1822	José María de Lara, Real Audiencia del Cuzco	Cuzco	Penal	Deserción
1823	Fernando López Aldana.	Lima	Penal	Apropiacion arbitraria de pesos del Estado
1825	José Larrea y Loredó, vocal de la Corte Superior de Lima ⁵¹	Lima	Civil	Préstamo en efectivo

Fuente:

Catálogo del Fondo Documental de Guerra y Marina 1643-1876.

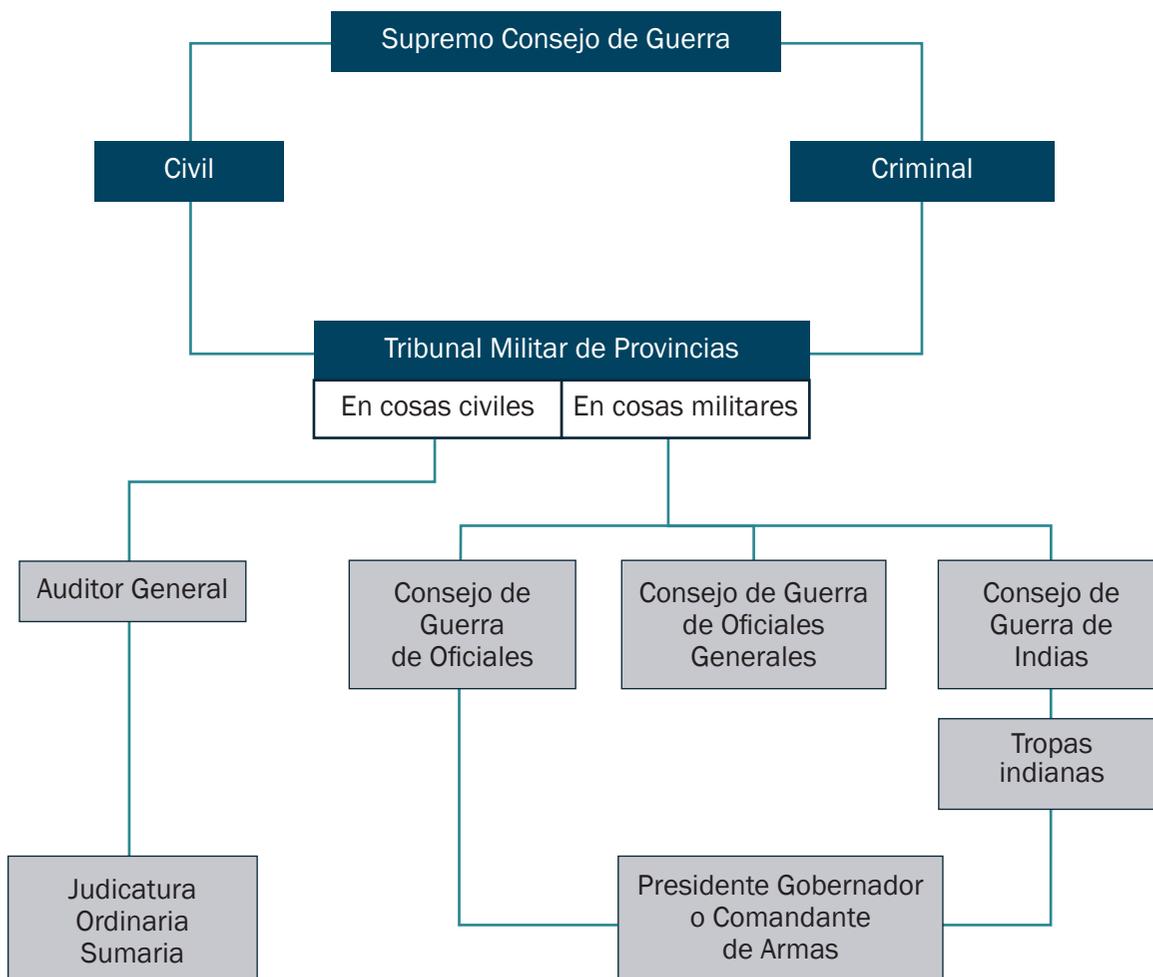
Ministerio de Cultura del Perú. Archivo General de la Nación

España: Secretaría General Iberoamericana.

Descripción, organización y publicación del catálogo del fondo Guerra y Marina, 1643-1876 (3ª fase). Año 2013.

51 TAURO DEL PINO, Alberto: Enciclopedia Ilustrada del Perú. Lima. PEISA y El Comercio. 2001. Tomo 9; p. 1414

ANEXO:
Mapa conceptual del Supremo Consejo de Guerra



Las milicias contaban con el apoyo de los gremios y de los cabildos. Algunos estaban formados indistintamente por individuos de diversa raza. Existiendo también otros integrados con personas de igual condición, sólo diferenciados por el grado de jerarquía como organización cuasi militar.

En relación a las ciudades, habían milicias de carácter urbano y frente a un grupo de comarcas, las milicias provinciales. Eran los tiempos del virrey Amat y Junet y en Lima se establecía una fuerza con 5 mil infantes y 2 mil jinetes.

La ordenanza de 1768 había previsto el servicio obligatorio para varones entre 15 y 45 años, aptos físicamente. Excluyendo a aquellos cuya labor estaba en vinculación directa con el público: abogados, médicos, escribanos, sacristanes, maestros, boticarios, etc. Sin embargo, en la práctica notaremos presencia de abogados como coroneles de milicias a partir de 1800: Manuel Belgrano (Río de La Plata) o José de la Riva Agüero (Perú). En principio, los oficiales provinieron de buenas familias. Celia Wu Brading colocaba como ejemplo lo sucedido en Arequipa:

... en 1809 José Manuel Goyeneche, un descendiente de la élite arequipeña, junto con sus primos Pío y Domingo Tristán, había organizado un ejército reclutado en las serranías y provistos de jóvenes criollos de “buenas familias” y logrado derrotar a las fuerzas argentinas que se empeñaban en “libertar” al Alto Perú⁵².

Con respecto a los indios, negros y mulatos libres, diferentes fueron los criterios para integrarlos a las milicias, ante todo eran libres. Para los primeros, podían ser elegidos por ser descendientes de linaje incaico, caciques. En el caso de los segundos y terceros: comerciantes. Ello no excluyó que en caso de urgencia, ante la escasez de personal para la tropa, se procediera a la leva contra las castas e indios como mecanismo de captación coactiva. Jean Descola describió claramente este episodio:

“A menudo la leva se practicaba desde la mañana, en el momento en que los sirvientes iban al mercado para hacer el mandado. Ejecutada en estas condiciones, la redada era siempre productiva y los amos podían seguir esperando a sus mayordomos. Les eran devueltos al cabo de algunos años...”⁵³.

52 WU BRADING, Celia: *Generales y Diplomáticos: Gran Bretaña y el Perú 1820-1840*. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993; pág. 33.

53 DESCOLA, Jean: *La vida cotidiana en el Perú en tiempos de los españoles (1710-1820)*. Buenos Aires. Librería Hachette. 1962; pág.196.

Los miembros de las milicias no podían cambiar de domicilio sin autorización del coronel. La corona les proporcionaba las armas previo juramento al rey. Este régimen les exoneraba de cargas tributarias y de la obligación de albergar a las tropas. A cambio recibían sueldo y servicio médico. La presencia de una organización con estas características y la existencia de un fuero militar, nos lleva a pensar si las milicias tenían una doble situación como civiles y como cuasi militares. José Manuel Pérez Prendes opinaba que se había ampliado la jurisdicción militar al mundo de las milicias; pero con aplicación reducida:

“Así por ejemplo, el fuero activo sólo se aplicaba por concesión especial; los oficiales y sargentos sí estaban dentro de la jurisdicción militar; pero no siempre los milicianos, salvo casos de movilización, etc.

Se daba el fuero activo *cuando se podía arrastrar a otros a la propia jurisdicción aunque de suyo no les hubiese correspondido a ellos por su propia circunstancia*. Mientras el fuero pasivo, *cuando se podía litigar contra un militar ante tribunales militares*⁵⁴.

Para el caso de los milicianos, la Ordenanza prescribía que debían someterse al fuero civil⁵⁵.

El goce del fuero militar no eximía a los aforados de presentarse ante la justicia ordinaria, en caso de ser requeridos o en caso de ser imputados por ella, pero debían informar a su comandante. Sólo en caso de ser detenidos *in fraganti*, no se hacía indispensable avisar a su superior⁵⁶. El Título II prescribe los casos de desafuero. Entre ellos se le somete a justicia ordinaria al que “incurriere en los delitos de resistencia formal á la justicia, ó desafío probado”, también por la introducción de moneda falsa y por el robo o amancebamiento en la corte⁵⁷. En el Título III señalaba los casos en los que personal civil podía ser sometido al fuero militar. Así, se reclamaba a:

“Toda persona de cualquiera especie, sexo o calidad que sea, que contribuyere á la desertión de tropa de mi ejército, aconsejando o favoreciendo este delito, bien sea ocultando al desertor comprándole su ropa o armamento, o dándole otra de disfraz, deberá ser juzgado por la jurisdicción militar de que dependa el desertor favorecido, y siempre que ésta reclame á

54 PÉREZ PRENDES y MUÑOZ ARRACO, José Manuel: *La Monarquía Indiana y el Estado de Derecho*. Madrid. Asociación López de Gómara. 1989; pág. 365.

55 Ibidem, art. 7°.

56 Ibidem, art. 10°.

57 Tomo III, Tratado VIII, Título II, art. 2° y 3°.

los reos de semejante crimen, estará obligada á entregarlos á la justicia natural de que dependen”⁵⁸.

También, en caso de estos delitos:

“Incendio de cuarteles, almacenes de boca y guerra, y edificios Reales militares, robos o vejaciones que en dichos parajes se ejecuten, trato de infidencia por espías, o en otra forma, insulto de centinelas o salvaguardias, y conjuración contra el comandante militar, oficiales o tropa en cualquiera modo que se intente o ejecute”⁵⁹.

Con posterioridad y al estallar el conflicto con Francia, el monarca expidió el Real Decreto de 1793, ampliando los casos de afuero y restringiendo los de desafuero, en beneficio de los uniformados.

Además de los textos legales, el Derecho militar castellano e indiano tenía como fuente la literatura jurídica, siendo el texto recopilatorio de Félix Colón de Larriategui: *Juzgados Militares de España y sus Indias*, publicado en 1787, que reunía la legislación militar en España y América, comentando las ordenanzas, cédulas y reales

instrucciones. Sin embargo y bajo la necesidad de contar con más refuerzos leales a la corona, años después, *Fernando VII expidió el Reglamento para las Milicias de Infantería y Caballería del Virreinato de Buenos Aires, 1812*, que en el capítulo IV, art. 1º, se señalaba que “todo soldado miliciano gozará del fuero militar”.

En el capítulo IX, se amplía la disposición a todos los oficiales y subalternos, comprendiendo que a todos los coroneles, oficiales, sargentos, cabos y soldados de estos cuerpos gozarán del fuero militar, civil y criminal y no podrán conocer de sus causas civiles y criminales la justicia ordinaria, ni otro juez o tribunal, sino sólo el virrey, capitán general y los gobernadores militares, cada uno por lo que mira a las milicias de su jurisdicción, con apelación al capitán general⁶⁰.

Con lo cual al miliciano de raza blanca se le extendía el ámbito del fuero, lo que no alcanzaba a los subalternos de otras razas. Ello quedaba corroborado en el capítulo IV, art. 7º.

“los oficiales voluntarios de los cuerpos de blancos serán en todo tratados con la misma estimación que los de la tropa veterana de su

58 Tomo III, Tratado VIII, Título II, art. 1º

59 Ibidem, artº 4.

60 Ibidem, Cap. IX, art. 1º.

clase, alternarán con ellos y gozarán plenamente de las mismas prerrogativas, excepciones y honores”⁶¹.

Los milicianos no sólo estaban exentos de ciertos impuestos y cargas, sino que gozaban del beneficio de ser atendidos en los hospitales, siempre que estuvieran sujetos a sueldo y servicio⁶². Si bien, para las penas, el Reglamento remitía a la Ordenanza carolina, ciertamente severa, resguardaba a los milicianos de los abusos de sus superiores⁴⁵.

El Reglamento no se ocupa de distinguir entre milicias regladas y las urbanas con respecto al fuero militar. Podría deducirse que las urbanas gozarían del fuero sólo en caso de prestar servicio. Con todo, el afuero del personal miliciano provocó una serie de resistencias importantes. Las autoridades advertían sobre dos inconvenientes. En primer lugar, la amenaza al orden social que podía representar la existencia de clases subalternas armadas en goce de privilegio. En segundo, el fuero militar a la población miliciana parecía amenazar con vaciar a la justicia ordinaria.

Con el correr de los años, la Real Audiencia y los cabildos elevaron sendos reclamos para disputar

ciertas competencias de los vecinos milicianos con la jurisdicción militar. No obstante, los virreyes sostuvieron el fuero militar en virtud de las necesidades de defensa. Las imprecisiones normativas, en este sentido, provocaron más de una disputa entre la justicia militar, la ordinaria además de la eclesiástica. Si bien todos estos conflictos fueron reales, vale la pena preguntarse por la magnitud real de la denunciada amenaza que habría constituido el otorgamiento del fuero militar a las milicias, para el orden social o para la justicia ordinaria.

En realidad, el fuero militar en sí mismo, tal como lo disponían las ordenanzas y reglamentos, no debía constituir una fuente de indisciplina. Los jueces militares, según las disposiciones legales, debían ser tan severos como los ordinarios. Más aún: las penas prescritas en las Ordenanzas carolinas resultaban ciertamente duras.

La primera y segunda década de mil ochocientos nos permiten apreciar hechos externos e internos del virreinato peruano, el pensamiento de la época, los cambios paulatinos en la estructura política así como movimientos conducentes al surgimiento de organizaciones paralelas y que

61 Ibidem, Cap. IV, art. 7°.

62 HARARI, Emilio Fabián: La Justicia Militar y los milicianos durante la primera década revolucionaria en la campaña de Buenos Aires (1810-1820). Naveg@américa. Revista electrónica editada por la Asociación Española de Americanistas. 2014, número 12; pág. 9.

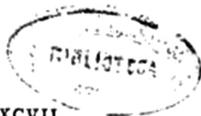
JUZGADOS MILITARES
DE ESPAÑA 5924
Y SUS INDIAS.

POR D. FELIX COLÓN DE LARRLÁTEGUI,
XIMENEZ DE EMBUN,
Brigadier de los Reales Ejércitos y Comendador de Calzadilla
en la Orden de Santiago.

TOMO II.

Contiene la jurisdicción del Real y Supremo Consejo de Guerra: de los Capitanes Generales, Gobernadores, Virreyes de Indias, y Auditores: los juzgados de los Cuerpos de Casa Real, Artillería, Milicias regladas y Urbanas de España y sus Indias: de las Compañías sueltas: de los Regimientos Suizos; y de los Inválidos y Agregados.

SEGUNDA EDICION CORREGIDA Y AUMENTADA.



MADRID MDCCXCVII.

EN LA IMPRENTA DE LA VIUDA DE D. JOAQUIN IBARRA.

CON SUPERIOR FERMISO.



Digitized by Google

TRATADO
DE LAS LEYES PENALES
DE LA MILICIA ESPAÑOLA,
PROCESSOS,
Y CONSEJOS DE GUERRA,

CON NOTABLES RESOLUCIONES DE SU
Majestad, y advertencias para todo Oficial, y Soldado
de Infantería, Cavallería, y Dragones, Guardias
de Infantería, Artilleros, y Invalidos,
y para Juezes Ordinarios,
y Militares.

DISPUESTO
POR DON FRANCISCO DE OYA, ^{Comisario} ABOGADO
de los Reales Consejos, y Agente Fiscal en el
Supremo de Guerra.

QUIEN LO CONSAGRA A LAS DIVINAS
plantas de Christo Sacramentado.

CON PRIVILEGIO.

En Madrid: En casa de Juan Muñoz. Año de 1752.

Ma. Vidua (21)

DON JOSE FERNANDO DE ABASCAL Y SOU-

SA, CABALLERO DEL HABITO DE SANTIAGO, TENIENTE GENERAL DE LOS REALES EJERCITOS,
Virrey, Gobernador y Capitan General del Perú, Superintendente Subdelegado de Real Hacienda, Presidente de
la Real Audiencia de Lima &c.

HE llegado á entender que silenciosamente se reciben en esta Capital noticias poco conformes á la verdad de los acaccimientos en la resistencia gloriosa que hace la madre patria en defensa de su libertad, las quales podran quizá haberse transmitido por conductos infestados del mal genio, enemigo de la tranquilidad de las naciones, ó por otros que miren con dolor la felicidad que resulta al Peru de su reposo, de la gloria de su lealtad, y de los medios que deben nacer de aqui para su prosperidad futura.

Desde luego por semejantes iniquas astucias, jamas conseguirán turbar la armonia de unos pueblos á quienes sobran luces para conocer sus verdaderos intereses, y que descansan tranquilos en mis cuidados paternales, de la manera misma que yo tengo la mas dulce satisfaccion en su religiosidad y honor á toda prueba, ocupandem: en quanto pueda conducir á hacerlos los mas instruidos y dichosos del continente americano; pero no obstante como la vigilancia del gobierno pide instruirse de todas las especies que se versen acerca de los asuntos de seguridad publica, para oponer con tiempo los remedios que puedan necesitarse, conducentes no solo al bien general, sino al individual de cada uno, á fin de que con noticias dañadas no se amargue el animo de tanto hombre fiel y religioso que gim: por las calamidades con que quiere humillarnos la divina providencia; espero que qualquiera persona á cuyas manos llegue algun papel ó carta que de qualquier modo pueda influir contra estas saludables prevenciones, me lo pase inmediatamente; bien entendido que si, lo que yo no espero, hubiese alguno menos docil ó descuidado en prestar pronta obediencia en un asunto tan interesante al bien general de este reyno, deberá atribuirse á sí mismo la pena que resultare contra él, estando ya tomadas las medidas para descubrir el origen de donde procedan estas siniestras relaciones, por ser mi primera obligacion reprimir energicamente quanto pueda alterar en lo menor la paz y felicidad de los dignos vasallos de FERNANDO SEPTIMO que tengo el honor de mandar. Lima 30 de junio de 1810. = Abascal. = Simon Ravago.

Es Copia de su Original.

Simon Ravago.

Títulos de don José Fernando de Abascal y Souza
Trigésimo octavo virrey del Perú (1806-1816).

involucraron la administración de hasta tres virreyes, cada uno de los cuales tuvo una actuación de acuerdo a las circunstancias y a los acontecimientos próximos a la separación política del Perú: José Fernando de Abascal (1806-1816), Joaquín de la Pezuela (1816-1821) y José La Serna (1821-1824)⁶³.

Las marchas y contramarchas generadas por el vacío de poder en la península ocasionado por la invasión francesa y el cautiverio de Fernando VII encontró en el virrey Abascal⁶⁴, una férrea autoridad la que en forma enérgica detuvo los brotes de los insurgentes (patriotas) e incluso neutralizó las posibles deserciones de los batallones realistas, las mismas que años más tarde, incrementarían las filas de los ejércitos independientes. Resulta indudable que un poder político como era el del virrey necesitaba, para ser efectivo, del complemento tanto del sector militar como del económico.

Las necesidades de la metrópoli junto con la preocupación por la protección de las colonias habían hecho que las disposiciones de los Borbones

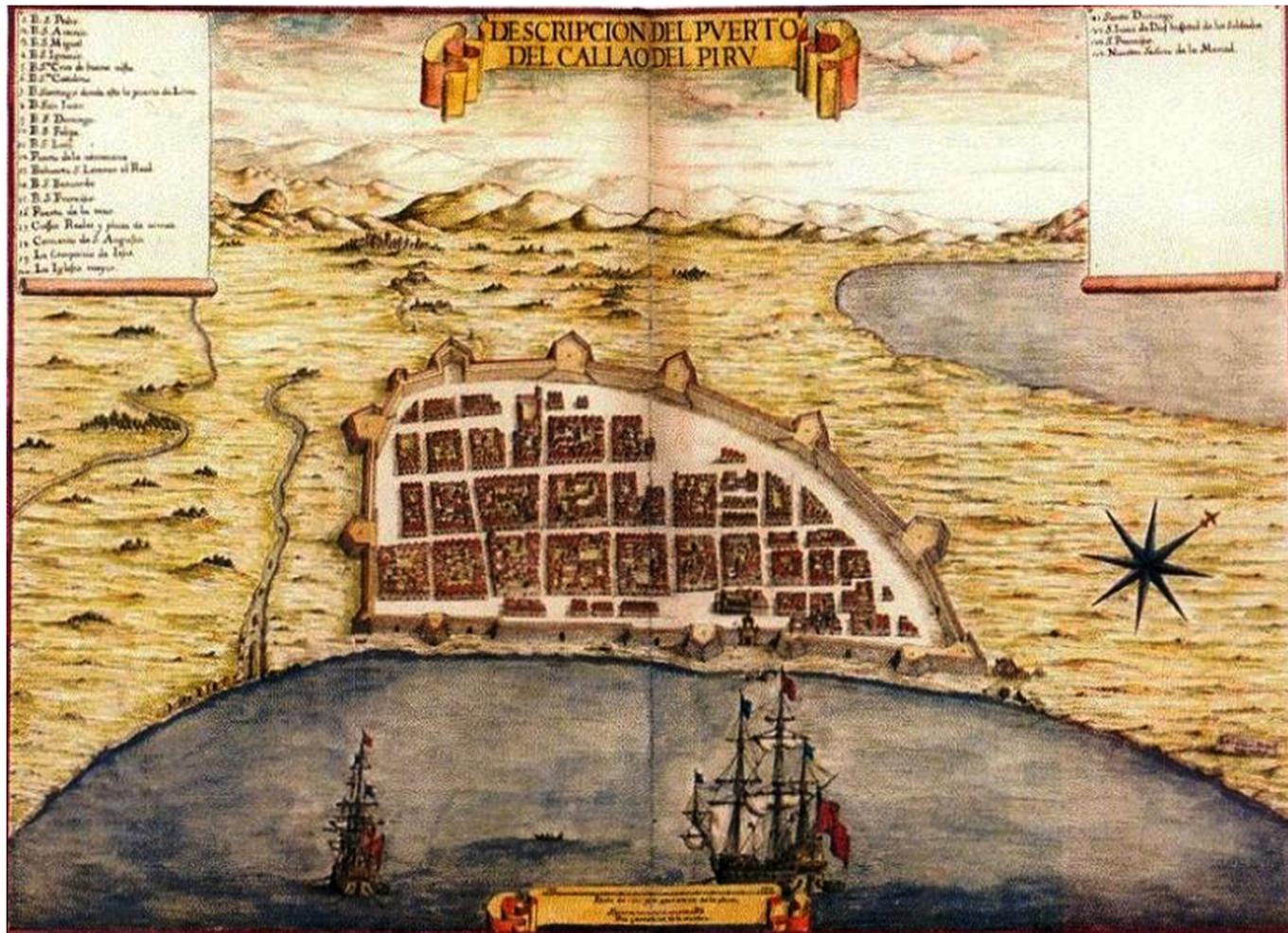
se inclinaran por la reducción del ejército de línea y el incremento de las milicias en los dominios de ultramar. Estas disposiciones se habían venido aplicando desde décadas atrás.

En lo referente al apoyo económico, éste provenía de los comerciantes limeños. Gozaban de una reputada posición, la misma que se había visto favorecida por el monopolio del comercio. Régimen establecido con el sistema colonial y que por años los había beneficiado. Gracias a este rubro pudieron prosperar, incluso, ascender socialmente, adquirir cargos y en el mejor de los casos, ennoblecerse. Sólo que, con el transcurrir de los años y con la aplicación de las nuevas políticas de la nueva casa dinástica en el Imperio, su campo de acción y prebendas se habían visto restringidos.

Las principales familias de Lima, Trujillo y Arequipa organizaron y financiaron el sostenimiento de regimientos y adelantaron dinero a los diferentes virreyes con el propósito de mantener la situación apropiada para sus transacciones.

63 Con la Capitulación de Ayacucho finalizó la presencia de los virreyes del Perú. Aunque el rey Fernando VII nombró el 8 de mayo de 1825 al General Olañeta, quien ya había fallecido, como sucesor de La Serna.

64 José Fernando de Abascal, marqués de la Concordia y virrey del Perú desde 1806 hasta 1816. Nació en Oviedo el 3 de Junio de 1743. Prestó grandes servicios a la península, reprimiendo todo intento de separación. “En cuyos diez años desplegó esencialmente todos los recursos de su singular talento militar y político” MENDIBURU, *Manual de: Diccionario Histórico-Biográfico del Perú*. Tomo I. Imprenta Enrique Palacios. 1931; pág. 58.



La muralla de la Ciudad de los Reyes o Lima.
 Obra iniciada por el virrey Melchor de Navarra y Rocafull (Duque de la Palata),
 entre los años 1684 – 1687.

Durante la administración de Abascal con el cautiverio de Fernando VII surgieron en la península, posteriormente en América Hispana nuevas instituciones en defensa del rey. A semejanza de las habidas en España, las Juntas de Gobierno tenían este espíritu en favor de la autoridad real; pero luego al percibirseles en América como un gobierno independiente dentro de otro, que planteaba a su vez una oposición al sistema; el virrey del Perú decidió combatir las. Aparecieron estos organismos en las ciudades de La Paz, Quito, Bogotá, Santiago de Chile, Buenos Aires, Caracas y en el Cuzco. Se pretendía unir en las juntas a españoles y criollos, bajo un español, lo que sólo resultó en Quito y en Santa Fe de Bogotá.

En este sentido, tenemos movimientos propiciados por los criollos que utilizaron como apoyo el cabildo orientándose desde la urbe hacia el campo, con la desventaja de no tener un radio de influencia más fuerte que el que poseía la audiencia. Los municipios fueron usados como plataforma para el surgimiento de las juntas. Al principio, declaraban su fidelidad al rey, más luego, dejaban lo colonial para constituirse en regímenes autónomos y posteriormente en independientes. La figura del cabildo abierto ofrecía el reconocimiento del vecindario como representación popular. Si se conocía que los cargos eran comprados, no existía mejor opción que buscar bajo un aspecto formal y legal, una

representación que no se detentaba. El rol de los cabildos, en aquellos lugares donde la presión oficial no era rígida, por estar compuestos por los criollos en su mayoría, estuvo más inclinado a los deseos de autonomía, en contraste con la política de la audiencia, institución más conservadora, que tuvo una línea muy marcada con el régimen peninsular. Las audiencias no aceptaron los cambios que se suscitaron en los cabildos metropolitanos.

Resulta conveniente mencionar que la monarquía, con la política de los Borbones, quiso que los cargos directivos en ultramar, sobre todo en los virreinos y audiencias, estuviesen formados por más españoles europeos que por españoles americanos. Esta formación de juntas o gobiernos autónomos surgidos en diferentes momentos, tuvieron poca duración; pero permitió mostrar un estadio de transición que sería utilizado en la separación política años después. La Junta de Gobierno de La Paz, creada el 20 de Julio de 1809, tuvo como objetivo proteger los derechos del pueblo. La Audiencia de Charcas, que había destituido a su Presidente Ramón García Pizarro, le otorgó su reconocimiento. Más la intervención oficial no tardó, llegó por dos frentes, por Río de La Plata y por el Cuzco. En el mes de enero del año siguiente fueron ejecutados el Presidente de la Junta Pedro Domingo Murillo y sus principales colaboradores.

En Quito, la revolución de los marqueses, a cargo de los representantes de la oligarquía local, fue la promotora de la instalación de la Junta Suprema de Quito, el 10 de Agosto de 1809. Este acto se legitimó seis días más tarde con la sesión de cabildo abierto. Se enviaron fuerzas desde Lima para sofocar esta autonomía. Este experimento fue fugaz, concluyó al cabo de mes y medio. Al año siguiente, con el apoyo del comisionado regio se constituyó otra junta, la que no fue reconocida ni en Cuenca, ni en Loja ni en Guayaquil. En un primer acto se independizó de la jurisdicción de la Audiencia de Santa Fe de Bogotá, a continuación el Consejo de Regencia proclamó una constitución que se denominó Pacto Solemne de Sociedad y Unión entre sus provincias. Existió un enfrentamiento entre la aristocracia terrateniente y los partidarios del republicanismo, triunfando políticamente estos últimos. Nuevamente Abascal intervino y envió un nuevo gobernador, quien en diciembre de 1812 derrotó los focos de resistencia e hizo jurar la constitución liberal española.

En Santiago de Chile se formó la primera Junta de Gobierno en el mes de octubre de 1810. Las decisiones políticas oscilaban entre los moderados –principalmente conformados por la aristocracia que no deseaba romper los vínculos con el virreinato del Perú, adonde se dirigía la producción de trigo– y los autoritarios que deseaban la aplicación de reformas paralelamente a la consolidación de un organismo autónomo, apoyándose en una dictadura de apoyo popular. Triunfaron los autoritarios. Se enfrentaron a los realistas, llegando a firmar con ellos el Tratado de Lircay, según el cual, se reconocía a los chilenos la facultad de autogobernarse bajo la tutela de España. Ello no fue aceptado por el virrey peruano, quien envió refuerzos para aplastar a la rebelión; garantizándose nuevamente la articulación con la América Hispana. Los criollos huyeron a Argentina, donde se incorporarían más tarde a la expedición libertadora del general José de San Martín⁶⁵. Las Juntas de Gobierno que triunfaron en su separación política definitiva fueron la de las Provincias Unidas del Río de la Plata y la

65 Uno de ellos fue Bernardo O' Higgins, quien luego de su educación en Santiago de Chile, en Lima y en Londres, regresó a su tierra. Diputado al Congreso en 1811. Tuvo gran participación apoyando a la Junta de Gobierno, la que al desaparecer motivó su partida hacia la provincia de Mendoza. Regresó a Chile con el general San Martín. Director Supremo del Estado desde el 16 de Febrero de 1817 hasta el 28 de enero de 1823. Cinco meses después se trasladó a Lima, donde falleció en el ostracismo el 24 de octubre de 1842.

del Paraguay. Esto motivaría a Abascal a enviar fuerzas al mando del general Joaquín de la Pezuela, próximo virrey, al Alto Perú con el objeto que sirviera de contención contra el avance del ejército argentino, ganando los combates suscitados. Al ser disuelta la Junta Central Suprema de Sevilla y al haberse establecido la regencia en Cádiz, se enviaron comisionados al Nuevo Mundo como representantes de la autoridad legítima metropolitana. Ante este hecho, fue clara la opción de los españoles por el reconocimiento y la fidelidad hacia su monarca, lo que estrecharía más los lazos ante tal circunstancia. Los criollos como otros sectores sociales dudaban entre el reconocimiento y la autonomía, la que serviría de base para la posterior independencia.

Los sucesos en la península y la búsqueda de una representación mediante una regencia y un gobierno de consenso como fueron las cortes gaditanas, permitieron el avance del liberalismo español en el sector oficial. Las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz reunidas en 1812 además de proponer cambios acorde con la teoría francesa de la Trilogía del Poder abordaron a través de los Diarios de Debates el tema

la jurisdicción militar. Agustín de Argüelles, diputado por el Principado de Asturias y presidente de la Comisión de Constitución, decidió que los militares permanecieran en su fuero por ser indispensable para la disciplina y organización, derivando su regulación a la norma respectiva donde se concilie: "...el objeto de la institución militar y el respeto debido a las leyes y a las autoridades. El soldado es un ciudadano armado solamente para la defensa de su patria; un ciudadano que, suspendiendo la tranquila e inocente ocupación de la vida civil, va a proteger y conservar con las armas cuando es llamado por la ley, el orden público en lo interior y hacer respetar la nación..."⁶⁶.

Hasta 1816, los sucesos emancipadores pudieron ser controlados por las tropas realistas, las que estaban integradas por peninsulares, criollos, mestizos e indios; sectores que también formarían parte del contingente patriota. Esta característica llevó a diferentes historiadores a plantear que el proceso de independencia se dio dentro del marco de una guerra civil. Las posiciones entre ser reformista y separatista se plasmaron en los diferentes niveles y áreas de la sociedad hispana. Los

66 ARGUELLES, Agustín de: Discurso preliminar a la Constitución de 1812. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1989; pág. 100.

documentos revelan la inexistencia de instituciones monolíticas, cuyos miembros adoptarían una sola opción.

Los postulados liberales fueron plasmados en la promulgación de la Constitución de Cádiz. La primera abolición de la Inquisición, la libertad de imprenta, la abolición de la mita y la elección de cargos, representaron las innovaciones al sistema absolutista imperante. En las Cortes de Cádiz por los lineamientos liberales de la época, la abolición de la mita mereció gran atención, decretándose su abolición en 1812. Sin embargo, habría que señalar que la supuesta desaparición de la institución indiana, por momentos, tuvo aplicación confusa. En la práctica, al quedar sin efecto la contribución personal y al declararse la presunción de igualdad entre indios y españoles, se dispuso que no debían existir privilegios en un régimen impositivo tributario para todos los individuos:

En Perú, el Virrey Abascal interpretó lo anterior, al haber quedado abolidos los tributos de los indios y la mita, en el sentido de que los indios estaban sujetos a los mismos impuestos y derechos aduaneros que todos los individuos⁶⁷.



La Constitución Política de la Monarquía Española
Cádiz, 19 de marzo de 1812.

67 ANNA, Timothy: *España y la Independencia de América*. México. Fondo de Cultura Económica. 1986; pág. 110.

Esto obligó a consultas de los virreyes y gobernadores porque esta actitud iba en contra del espíritu de los movimientos sociales, que como las luchas de Túpac Amaru, buscaban la reivindicación del indio. Más tarde, en el mes de Octubre de 1820, con la jura de la constitución española, el tema de la mita cobró vigencia. Es más, se decretó su abolición en momentos en que se acentuaban las luchas por el cambio de régimen en el país. Esto pudo hacer que su cumplimiento fuese restrictivo.

Los intereses de peninsulares y criollos, sobre todo de las ciudades de Lima, Arequipa y Trujillo se vieron más afectados. Esta norma, en su artículo 312º, dispuso que todos los cargos del cabildo debían ser elegibles, quedando suprimidos aquellos que obedecían al carácter de perpetuos. Con lo cual, los compradores de los cargos a perpetuidad verían sus intereses menoscabados. Esto podría explicarnos, además de la presencia de las principales autoridades coloniales en el Perú, otra razón porque en dichas ciudades del virreinato no se establecieron juntas de gobierno, mientras que en otras existieron esfuerzos por pronunciarse a favor de dicha autonomía. Un último caso, además de las revueltas y rebeliones de indígenas, como en Huánuco y Tarma o de protestas, como la de Tacna, se produjo la Junta de Gobierno de Cuzco en 1814 debido a que en esta ciudad no se había jurado aún la

Constitución liberal, aprobada por las Cortes. No había indicios ni para su publicación ni mucho menos para su juramentación. Esto enfrentó a dos bandos: los liberales y los fidelistas (conservadores), vinculados con la audiencia cuzqueña. Rafael Ramírez de Arellano redactó un memorial para poner en conocimiento el contenido de la constitución, pero fue detenido.

El malestar social enfrentó a los diferentes sectores e hizo que personajes como el comerciante José Angulo, su hermano Vicente y Manuel Hurtado de Mendoza conspiraran contra las autoridades, siendo detenidos. Acción que por el contrario avivó el clima de tensión para continuar con el movimiento, el cual envió a prisión a los oidores de la Real Audiencia de Cuzco, entre otras medidas. La Junta estuvo conformada por el brigadier, curaca y ex Presidente de la audiencia Mateo Pumacahua, los hermanos Angulo y el clérigo Ildefonso Muñecas. El virrey les comunicó que el rey Fernando VII ya había vuelto al trono y dejado sin efecto la Constitución. El movimiento cuzqueño tuvo como objetivo el cumplimiento de las disposiciones gaditanas, sobre todo, las referidas a la abolición de la mita, a lo que se añadía la protesta por el maltrato de las autoridades hacia las comunidades indígenas. De ahí que la actitud de los alzados fuese apoyada por mestizos, indios, algunos españoles y gente del común. Los indios todavía tenían

prontos recuerdos de la represión por la rebelión de Túpac Amaru, acaecida en 1781. El movimiento generó tal movilización, que los criollos, al ver peligrar sus vidas y sus bienes, decidieron apoyar al ejército realista. El desplazamiento de fuerzas incluyó la zona del Cuzco, la del Alto Perú (incluida la ciudad de La Paz), la ciudad de Huamanga y los partidos de la intendencia de Arequipa.

La insurrección de Cusco a cargo de Pumacahua, movimiento que logró la adhesión de los pueblos del sur, entre ellos Arequipa. En dicha ciudad, Mariano Melgar y Valdivieso, joven abogado arequipeño, se identificó con las protestas, incorporándose a las fuerzas rebeldes siendo nombrado Auditor General de Guerra. Al año siguiente, el ejército del virrey José de Abascal pudo sofocar el movimiento, capturando y procesando a los inculpatos entre ellos a Mariano Melgar, quien

fuese sentenciado al fusilamiento. Hecho que a la posteridad sería reivindicado por el gobierno peruano nombrándolo Patrono del Cuerpo Jurídico Militar y estableciendo en su fecha de natalicio el Día del Cuerpo Jurídico Militar, de acuerdo a la Resolución Suprema 116-OG del 2 de junio de 1964.

Fue uno de los últimos actos del virrey José de Abascal, quien decidió reprimir de manera violenta los focos de insurgencia que aún existían, haciendo uso de los ejércitos y sobre todo de las milicias. Para Jorge Basadre, el movimiento de 1814 significó la posibilidad de lograr la autonomía del control del imperio. Sólo quedaba el frente del sureste, cuya seguridad para detener el avance de las tropas bonaerenses estaba garantizada con el acantonamiento del ejército realista del Alto Perú⁶⁸, en Viluma y Vilcapuquio.

68 Un descendiente de la élite arequipeña, José Manuel Goyeneche junto con sus primos Pío y Domingo Tristán, organizó una milicia reclutada en la serranía que derrotó a las fuerzas bonaerenses.



MARIANO MELGAR Y VALDIVIESO
Patrono del cuerpo jurídico militar

ANEXO

Casos de delitos vistos en fuero militar en España⁶⁹

Aquí reproducimos el trabajo de la profesora María del Carmen Bolaños, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) de España.

Delitos específicamente militares

La desertión constituye un problema universal de los Ejércitos y adquiere una singular importancia por su dimensión relevante en la Europa del siglo XV lit.¹ España no es la excepción y la reiterada legislación al respecto lo avala. En España, el número mayor de condenas alude simplemente a los términos “deserción” o “desertor” y, muy esporádicamente, especifica ser desertión “de primera vez”.

Las primeras parecen indicar una mera desertión, que debió ser lo más normal. Aunque es posible que oculten circunstancias que el escribano omite por la razón que sea, la expresividad manifiesta en el resto hace que ello sea poco probable. Resulta significativo también el elevado número de reos en el que se constata su carácter reincidente, a menudo con la apostilla de “desertor de segunda vez” o “de tercera vez” y que nos devuelve a esa valoración del problema que mencionábamos antes.

Venta de vestuario

La venta de prendas de munición constituye el segundo tipo de conducta delictiva exclusiva de la vida militar. Se trata de enajenar de forma total o parcial las prendas menores del uniforme militar. Básicamente camisas, calzones, medias y zapatos, pero también otras partes del equipo como sábanas y, ocasionalmente, alguna chupa y algunos botines.

Abandono de la guardia

Abandonar el puesto de guardia o el servicio de centinela constituye un acto de indisciplina grave que, sin llegar a la desertión, se castiga con severidad.

69 BOLAÑOS MEJIAS, María del Carmen: “Las Ordenanzas de Carlos III de 1768: El Derecho Militar en una sociedad estamental”, en Estudios sobre el ejército, política y derecho en España (siglos XVIII-XIX), 2010. págs. 182-184.

Indisciplina e insubordinación

Registra este apartado, tan corriente en la vida militar, todo un conjunto de faltas, en su mayoría no graves, contra la conducta de disciplina y subordinación al mando que se espera de un soldado. Así, junto a acusaciones genéricas y abundantes de “vicioso”, “incorregible”, “revoltoso”, “de malas costumbres” y “conducta desarreglada”, destacan otras, las más, en las que la concreción de las actuaciones irregulares se dirige a dos ámbitos básicamente. Por un lado la desobediencia a los mandos —de teniente para abajo—, la falta de respeto, el insulto, las amenazas e incluso las agresiones a sargentos y cabos.

Delitos comunes Hurto

El más común de los delitos en el mundo civil también resulta corriente entre los soldados, equiparándose prácticamente al que le es más usual y emblemático, la desertión. Bajo la denominación abrumadora de “robo de cuartel” abarca una variadísima gama de sustracciones entre las que sobresalen las de prendas de vestir (camisas, zapatos, medias, pañuelos, hebillas e incluso mantas, adornos del sombrero, etc.) y dinero (éste en una relativa menor medida) a los propios compañeros, incluidos sargentos y cabos. Precisamente por esto y porque con ellos se desvirtuaba uno de los vínculos más característicos de la vida militar y buscado tenazmente por el mando, la camaradería,

Homicidio y lesiones

Los atentados contra la persona, que en la vida civil son tan abundantes como los atropellos a la propiedad, en la sociedad militar ven reducida su incidencia. 66 reos de violencia contra la integridad personal entre lesiones y muertes es estar muy lejos de los dos centenares de ladrones y rateros. En cambio, las víctimas de la tropelía sí pertenecen en su mayoría, como ocurría en el hurto y resulta de todo punto lógico, a la familia militar. Apenas pueden ser contabilizados media docena de civiles heridos frente a más de treinta soldados lesionados. La convivencia castrense pasaba factura y una parte destacada de la misma la pagaban cabos y sargentos, objeto de lesiones en ocho ocasiones.

Fuga de cárcel

La evasión de la cárcel mientras se está en ella, normalmente en espera de juicio o de remisión al centro penal pertinente, se produce con relativa frecuencia en el mundo de la delincuencia común. En el caso de los soldados aquí tratados ese espacio carcelario tiene un nombre: el Depósito de desertores de Cartagena, a cargo del Capitán de Infantería Cayetano Letieri. La inmensa mayoría

de fugas se realizan de ese “depósito” o cuartel que concentra a los desertores que esperan fallo o destino. De 27 casos de fuga 22 son del edificio cartagenero y su responsable actúa sumariamente imponiendo siempre la misma pena: 6 años. Se supone que luego vendrá la sentencia o el cumplimiento de condena por el delito de deserción. Muy diferentes son los escasos tipos de fuga restantes y las penas aplicadas también. Uno huido del calabozo y otro aprovechando su conducción al mismo, ambos castigados con presidio por el tiempo que les queda de enganche. Y, finalmente, tres por facilitar la huida de prisiones militares.

Embriaguez

La embriaguez forma parte de un más amplio historial delictivo en el que destaca la consecuente “falta de subordinación” así como la venta de vestuario. Para llegar a ser criminalizado, pues, el emborracharse ha tenido que ser una acción frecuente y poner en peligro, con las subsiguientes actitudes insubordinadas, la disciplina de la unidad. Como expresivamente señalan varias sentencias ser por ello “perjudicial para el servicio” y un “mal ejemplo a su Compañía”.

Conducta moral-sexual

Con todas las cautelas que entraña decir algo a partir de una muestra tan mínima —8 casos—, parece que las conductas atentatorias contra la moral sexual dominante cubren el mismo espectro, o casi, que el que se dibuja en la sociedad civil. Lo que sí se infiere es una inversión de las proporciones.

Uso de armas prohibidas

Resulta llamativo que una práctica tan habitual *en* la delincuencia común como es el uso o porte de armas prohibidas sea tan infrecuente precisamente entre quienes tienen un más fácil acceso o familiaridad con las armas en general. Tan sólo tres casos de utilización de armas expresamente prohibidas, caso de los cuchillos flamencos, y dos en los que más que el uso de las prohibidas lo que se sanciona es el empleo de las reglamentarias con fines delictivos.

Contrabando

El contrabando de tabaco es un fraude a la real hacienda por el que el presidio está lleno de condenados civiles.

*Alegoría a la entrevista de Guayaquil entre José de San Martín,
Protector del Perú y Simón Bolívar, Presidente de la Gran Colombia. (1822).
Museo de Antropología, Arqueología e Historia. Pueblo Libre. Lima.*

CAPÍTULO IV

Los fueros militares durante la República (1821 – 1839)



El Derecho en la independencia

El cambio político encontró a una sociedad que no modificó de inmediato sus pautas coloniales, aun cuando desde el poder se trataba reiteradamente de imponer la tendencia legalista al sistema de normas y la figura de que todo se hacía por la ley, de manera coercitiva y autoritaria, por su razón de ser.

La lucha por la emancipación puso a prueba, entre otros, la existencia de formas estatales (virreinal y republicana), donde se debatía su transformación. Hecho el desembarco en Pisco el 8 de setiembre de 1820, la Expedición libertadora tomaba posesión en el escenario político. Compuesta por cuatro mil cuatrocientos treinta hombres al mando del general José de San Martín y Matorras (nacido en Yapeyú, virreinato de Río de La Plata), estaba integrada por:

“El jefe de estado mayor general Juan Gregorio Las Heras, formando parte de él los generales divisionarios Juan Antonio Álvarez de

Arenales, célebre ya por sus hazañas y el ex gobernador de Cuyo, Luzuriaga. El representante de las Provincias Unidas en Chile, D. Tomás Guido, acompaña al generalísimo y al amigo en calidad de primer edecán con el título de coronel, pero en realidad como confidente y diplomático bélico Álvarez Jonte, moribundo hacia su última campaña en la vida como auditor de guerra en la expedición a que tan eficazmente había cooperado. El doctor Bernardo Monteagudo, reconciliado con su antiguo amigo, Juan García del Río, natural de Cartagena de Indias, notable hombre de letras y patriota decidido que había conocido a San Martín en Europa y ligándose después a su fortuna, dirigirían la secretaría de Guerra”.⁷⁰

El final de la confrontación entre los ejércitos independiente y realista definiría la existencia de un tipo de Estado. Esa fue la razón de defender los derechos de ambas partes en el terreno militar y en las negociaciones llevadas a cabo en la Conferencia de Miraflores por los emisarios del general José de San Martín y Matorras, Capitán

70 MITRE, Bartolomé: *Historia de San Martín y de la Emancipación Sudamericana*. Buenos Aires Editorial PEUSER. 1950; pág. 525 y ss.

General de la Expedición Libertadora, así como del XXXIX virrey del Perú y Capitán General de los ejércitos Joaquín González de la Pezuela Griñán y Sánchez de Aragón Muñoz de Velasco. Conversaciones continuadas en la conferencia de Punchauca personalmente entre San Martín y el general José de La Serna y Martínez de Hinojosa, XL virrey del Perú; ambas realizadas en los primeros meses de 1821.

Con el afianzamiento del Estado nacional, el derecho intervenía como mecanismo para hacer del poder un poder jurídico, vale decir, sometido a normas. Justificándolo por su propia función mediante el sistema de normas y logrando una obediencia institucionalizada.

En el nuevo orden, se percibía el cambio que venía con el derecho público. El Estado peruano, al surgir, rompió mediáticamente con los lazos de la metrópoli hispana, desconociendo políticamente la vigencia de la Constitución española de 1820, buscando referentes en Francia, Inglaterra, Norteamérica; sin embargo, su influencia doctrinaria se mantuvo dentro de la tradición constitucional peruana., como se puede constatar más adelante en la impartición de la cátedra de Derecho Constitucional establecida en la Universidad de San Marcos en 1826 ⁷¹.



Antonio Álvarez Jonte
Auditor de Guerra de la Expedición Libertadora.
(Madrid, 1784-Pisco, Perú 1820).

<https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=9383096>

ANTONIO ÁLVAREZ JONTE
(Madrid, 1784-Pisco, Perú 1820).

Abogado, formó parte del segundo Triunvirato de Buenos Aires (1812). Durante el gobierno de Gervasio Posadas fue nombrado auditor general de guerra. Perteneció a la Logia Lautauro junto a San Martín y Alvear, a la cual se sumaría Bernardo O'Higgins. Desde entonces acompañó al general quien lo nombró auditor de guerra de la expedición. Falleció en Pisco víctima de tuberculosis.

⁷¹ CARPIO MARCOS, Edgar: *La primera cátedra peruana de Derecho Constitucional*. THEMIS, Revista de Derecho. Lima. Número 32. 1996.

La Suprema Junta Gubernativa del Perú nombrada por el Soberano Congreso constituyente, á todos los que las presentes vieren y entendieren; sabed: que el Congreso ha decretado lo siguiente.

EL CONGRESO CONSTITUYENTE DEL PERU

L. 6 de Octubre
de 1822.

Disponiendo que
queden en su vi-
gor todas las
leyes, decretos,
órdenes y resolu-
ciones que regian
antes de la insta-
lacion del Con-
greso, con tal que
no se opongan al
nuevo orden de
cosas.

Decreta:

Que por ahora queden en su vigor y fuerza todas las leyes, decretos, órdenes, resoluciones y reglamentos que regian antes de la instalacion del Congreso, siempre que no estén en oposicion con el nuevo orden de cosas; y con las declaraciones que se expidieren por la autoridad nacional, constituida por la expresa voluntad de los pueblos.

Lo tendrá entendido la Junta Gubernativa, y dispondrá lo necesario para su cumplimiento, mandándolo imprimir, publicar y circular.

Dado en la sala del Congreso, á 6 de Octubre de 1822.
— 3.º

JAVIER DE LUNA PIZARRO, presidente. — JOSÉ SANCHEZ CARRION, Diputado secretario. — FRANCISCO JAVIER MARIÁTEGUI, Diputado secretario.

Por tanto mandamos á todos los tribunales, justicias, jefes, gobernadores y demas autoridades, asi civiles como militares y eclesiásticas de cualquiera clase y dignidad, que guarden y hagan guardar, cumplir y ejecutar el presente decreto en todas sus partes. Lo tendrá entendido para su cumplimiento el secretario de Estado en el departamento de Gobierno, y dispondrá se imprima, publique y circule.

Dado en el palacio de la Junta Gubernativa, en Lima, á 8 de Octubre de 1822. — 3.º de la Libertad.

JOSÉ DE LA MAR. — FELIPE ANTONIO ALVARADO. — El conde DE VISTA FLORIDA.

Por orden de S. E. — FRANCISCO VALDIVIESO.

Quedan en fuerza y vigor las leyes vigentes antes de la instalación del Congreso (1822).

Mientras tanto, la administración sanmartiniana fue expidiendo: el Reglamento Provisorio (Huaura, 12 de febrero 1812), el Estatuto Provisional (Lima, 8 de febrero 1821) y el Reglamento de Tribunales (10 de abril de 1822), cuyos contenidos conjugaban la tradición indiana como la constitucional francesa de 1791 y la española de 1812.

Proclamada la Independencia en Lima, el 28 de julio de 1821, por el general José de San Martín, se produjo el nacimiento del Estado del Perú y días después, el 4 de agosto se instituyó el Protectorado, como primer régimen independiente, siendo San Martín el Jefe de Estado y de Gobierno, acompañado de los primeros titulares de las carteras ministeriales:

Gobierno y Relaciones Exteriores, siendo designado Juan García del Río; Hacienda, a cargo de Hipólito Unanue; y finalmente, Guerra y Marina con Bernardo Monteagudo.

Las nuevas normas recalcaron la vigencia de las de procedencia indiana e hispana siempre que estuviesen en concordancia con el espíritu de independencia y de libertad; ideales de la causa patriota, lo cual sirvió de sustento a las bases del sistema jurídico peruano.

Durante la administración sanmartiniana, en la dignidad del Gobierno y el aumento de la fuerza física que debe sostener la independencia del Perú, fue creada la Legión Peruana de la Guardia.

Compuesta por el batallón de infantería N° 1, dos regimientos de caballería y una compañía de artillería de 100 plazas. Estaban a cargo el marqués de Torre Tagle como inspector, el coronel Guillermo Miller, jefe de regimientos y coronel Arenales como ayudante. Esta fue la primera manifestación estatal en el plano castrense, pues constituyó la base del ejército nacional.

Así mismo, se decretó el enrolamiento desde los 15 hasta los 60 años, fuesen habitantes de la ciudad o sus entornos. Por otro lado, se declaró la organización de los cuerpos cívicos de la capital, conservándose así la figura de la milicia, ya que era indispensable dada la situación bélica por la que atravesaba el país. El Estatuto Provisional señaló posteriormente que el Protector del Perú debía dar el reglamento para las fuerzas terrestres y navales, comprendiendo en ellas a las milicias de Estado.

En este ínterin, la organización jurídico política creó y utilizó el derecho para someterse a él; para obligarse y mantener la figura del Estado de Derecho, que se justificaba en tanto siga produciendo disposiciones o normas y tuviese las garantías para salvaguardar el sistema jurídico. Así, este orden trató de existir como una realidad social. Al interior del sistema jurídico se suscitó el proceso de convalidación de normas, debe mencionarse las que permanecieron vigentes y se incorporaron al derecho nacional. Las que no

presentaron obstáculo con los lineamientos del plan político del nuevo gobierno independiente. Otras normas fueron adecuadas, vale decir, transformadas y unas terceras, anuladas. A nivel institucional, el 4 de agosto de 1821 las justicias señoriales eran reemplazadas por un nuevo sistema judicial, cambio que se basó en los siguientes considerandos:

- 1º Abolición de la venalidad de los cargos judiciales.
- 2º Igualdad de todos ante la justicia, quedando suprimidos los privilegios de jurisdicción.
- 3º Que la administración de justicia sería gratuita.
- 4º Que habrá dos grados de jurisdicción, debiendo todos los jueces motivar sus decisiones.
- 5º Que debía separarse de una manera absoluta el Poder administrativo del judicial⁷².

El Derecho indiano integró tanto el área pública como la privada. Por ello, trataremos de diferenciar los cambios que se dieron a partir del Estado peruano, mencionando lo acontecido en estos dos campos. La guerra por la independencia

mostró cómo América se liberaba de la patria potestad, bajo la figura jurídica de la emancipación, lo cual no rompía con lo hispano, pues se mantenía el vínculo de la filiación.

Declaración que se mantuvo vigente desde 1821 y continuó en las administraciones venideras, contando incluso con el respaldo del Congreso de la República⁷³:

“Quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición con la independencia del país, con las formas adoptadas por este estatuto y con los decretos o declaraciones que se expidan por el actual gobierno”⁷⁴.

De esta manera, la teoría política sostenía que la garantía de una organización se establece por la suscripción de la constitución o de una ley que tuviese dicho carácter. La estructura virreinal que sobrevivió al cambio político en los Estados americanos propició las condiciones para que un solo individuo (el Jefe de Estado) reuniese en sí todo el poder. De ahí que la democracia pareciera más un régimen autocrático.

72 QUÍMPER, José María. Derecho Político General. Lima. Benito Gil Editor. Tomo II. 1887; pág. 302.

73 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley del 4 de octubre de 1822. Archivo del Congreso de la República.

74 El Estatuto Provisional. Suplemento a la Gaceta de Gobierno N° 29.

En los primeros años del nuevo régimen parte de la burocracia, por ejemplo, estuvo al lado del accionar del ejército patriota, modificando algunas directrices en su funcionamiento, tomando al derecho como elemento de cohesión y de cambio, de acuerdo a los postulados de libertad e independencia que planteaba el gobierno del general San Martín. Buscando como fin último del Estado el bien común y al mantenimiento del orden. En este último punto, el Protector creó una comisión militar para sancionar a los delincuentes, fuesen uniformados o civiles, mediante la imposición de sanciones para los casos de robos, raterías y violencia dentro de una distancia de cinco leguas a la redonda. Compuesta por un presidente o general en jefe, cuatro vocales, seis fiscales y cuatro defensores de oficio; asistiendo además el auditor general o en su reemplazo un letrado, para que brindase su dictamen. La comisión se reunía cada semana los días martes, jueves y sábado. Una vez pronunciada la sentencia, la causa era vista por el Ministro de guerra donde intervenía el Protector,

para su aprobación. El proceso concluía con la ejecución de la sentencia por parte del general en jefe de la comisión⁷⁵.

La noción de seguridad jurídica estuvo acompañada por la de publicidad, desde el primer momento de la nueva administrativa a través del órgano oficial denominado “la Gaceta del Gobierno de Lima Independiente”, nombre que varió en los años siguientes por “Gaceta de Gobierno o Gaceta de Gobierno del Perú”. El 10 de mayo 1826 fue la última fecha de esta publicación. Como sostiene Félix Denegri Luna⁷⁶, la supresión de la Gaceta se debió para no mantener en un mismo periódico las noticias y la recopilación de las normas emitidas:

“Se substituía la Gaceta de Gobierno con dos publicaciones periódicas: El Peruano, que actuaría como vocero oficial y el *Registro* Oficial, de publicación irregular y destinada solamente para la debida y ordenada difusión de las leyes, decretos y órdenes, etc.”⁷⁷

75 Decreto del 27 de diciembre de 1821. Palacio Protectoral de Lima. Firmado SAN MARTÍN. Por orden de S.E. – B. MONTEAGUDO. Archivo Digital del Congreso de la República, Lima, 8 de marzo de 1822, 3°. <www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1821039.pdf>.

76 DENEGRI LUNA, Félix: Apuntes para un estudio bibliográfico de la Gaceta de Gobierno (1823-1826). Caracas. Fundación Eugenio Mendoza. 1967; pág. XCIX.

77 Posteriormente El Peruano y el Registro Oficial conformaron una sola publicación. Hoy en día, incluso este periódico se ha estructurado como cualquier diario para competir con sus similares privados, pese a que es de carácter oficial.

Desde 1826 y hasta la actualidad, el diario *El Peruano* se convirtió en el vocero del gobierno y del Estado peruano. Pero esta noción de publicidad en la sistematización de las normas no sólo implicó la aplicación de éstas, sino que, además, los funcionarios debían indicar en la resolución de los casos las materias aludidas:

“... Siendo S.E. un administrador de la nación y no un dispensador de las leyes, ni de los decretos que expide para su mejor funcionamiento, deben ceñirse los jefes de oficina á indicarles cuales son las que obran y rigen en los asuntos en que se les manda abrir dictamen”.⁷⁸

La seguridad jurídica del Derecho en los primeros años republicanos pasaba por momentos desapercibida, debido a la mezcla de la política del gobierno que actuaba de manera inmediata y a corto plazo frente a los logros del Estado, que como se sabe apuntan a un criterio más estructural. Una muestra en esos años fue lo acontecido con la existencia de los empleos. Se reorganizaron los escalafones y cuadros en la organización de la administración. Bajo el criterio político se sometía al individuo a una evaluación de fidelidad al nuevo ente jurídico y luego se tomaba

cuenta de su idoneidad en el cargo. En los primeros momentos se nacionalizaron los peninsulares para continuar en el cargo; pero, luego de concluida la guerra civil, otros considerandos pasaron a ser usados, como el de tener vinculación con el nuevo régimen.

Al existir problemas internos en la sucesión del poder, se dieron casos donde los gobiernos siguientes no reconocían ningún título expedido por los anteriores (1838). La propiedad de los empleos se declaraba sin vigencia, con lo cual todos los empleados quedaban sólo de manera transitoria en sus puestos de trabajo (1839). De otro lado, la inestabilidad política acarrea que el gobierno se preocupase porque los cargos no tuviesen otro propósito ni otro destinatario, salvo el nombrado. Una disposición de 1830 indicaba que:

“Los Prefectos, Sub-prefectos y Gobernadores no debían encargar el mando al llamado por ley sino en los casos de enfermedad, ausencia o muerte; pues en el de ser reemplazados por el Gobierno, deben continuar sirviendo hasta que se presente el sucesor á posesionarse del cargo”.⁷⁹

78 Circular á los jefes de las oficinas de Hacienda, 20 de Abril de 1830.

79 OVIEDO, Juan: Colección de leyes, decretos y órdenes publicados en el Perú. Lima. Felipe Bailly. Tomo III. 1861-71; pág. 335.

La razón de Estado también se expresó en su burocracia. Manteniendo la imagen de la autonomía de un juicio político frente al juicio moral o inclusive la superioridad del primero sobre el segundo. Recordemos que el juicio de residencia que se aplicaba a los virreyes y gobernador es luego de concluido su mandato, pronto pasó a formar parte indispensable de todo empleado público según el Reglamento Provisorio de 1821, confundiendo el grado de responsabilidad con el desempeño del cargo mismo que más correspondía a un funcionario y no a un mero empleado. Años después la república adoptó este mecanismo de fiscalización, pero dentro del cuadro administrativo que se iba implementando, según la Ley de Responsabilidad de Funcionarios de 1864.

El proceso de estatización, iniciado a finales del siglo XVIII, iba involucrando al individuo en sus relaciones con los otros individuos, bajo el amparo legal, dejando el aspecto moral en un segundo plano. Al otro lado de la balanza conocemos el papel primordial de la ley como soporte para la consolidación del Estado, lo que se concretaba con el obedecer y cumplir. Pues se presumía que las leyes hispanas habían sido elaboradas

con tanto acuerdo. Normas que se hallaban sumergidas en la concepción casuística; diferente al sistema vigente hoy en día que es el sistemático, el mismo que rige en el país desde mediados del siglo pasado. Sin embargo, hallamos elementos de su incumplimiento, a los que no debe dárseles la connotación de algo generalizado. Como en la actualidad, se dieron casos de rebeldía, negligencia o desconocimiento en relación a la existencia de las normas.

La vida jurídica del país continuaba con las disposiciones del Fuero Juzgo, las Siete Partidas, la Recopilación, la Novísima Recopilación de las Leyes de Indias (ordenanzas, reales cédulas y reglamentos) y la existencia de disposiciones orgánicas dadas en ultramar por virreyes, audiencias, gobernadores, alcaldes, cabildos, etc. constitutivas del denominado Derecho indiano criollo⁸⁰. Lo que se puede resumir como un Derecho recopilado⁸¹; característico del período colonial frente al Derecho codificado que sería el común denominador a partir de mediados del siglo pasado. Durante la vida independiente, de forma semejante como en España, se había ensayado el paso gradual de la óptica casuística a la sistemática.

80 GARCÍA GALLO, Alfonso: "El Derecho común ante el Nuevo Mundo". En: *Estudios de Derecho Indiano*. Madrid.1972; pág. 94.

81 Vid. BASADRE GROHMANN, Jorge: *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Lima. Librería Internacional. 1957 y RAMOS NÚÑEZ, Carlos: Toribio Pacheco: *Jurista del siglo XIX*. Fondo Editorial de la PUCP. 1993.

MINISTERIO DE MARINA

D. 10 de Abril de
1822.
Estableciendo
una junta de ma-
rina.

Ya es tiempo de establecer las bases sólidas sobre que debe elevarse nuestra fuerza marítima de cuyos progresos penden los grandes intereses de la defensa y prosperidad del Estado. Los ramos militares y marineros, y todas las dependencias de tierra del departamento del Callao demandan con exigencia el establecimiento de una junta permanente compuesta de los jefes principales de marina que acuerden el régimen y administración de ella, según las circunstancias y necesidades. El Gobierno se lisonjea de ver realizado en todos los individuos que componen la marina del Perú el empeño de señalarse á competencia, y redoblar sus esfuerzos para perpetuar la gloria nacional. Con tales objetos ha venido S. E. en decretarlo que sigue :

EL SUPREMO DELEGADO

He acordado y decreto :

Art. 1. Se establecerá en el departa-

mento de marina del Callao una junta compuesta de un presidente, cuatro vocales y un secretario, y sus atribuciones serán entender en todos los asuntos económicos relativos á la construcción, carena, armamento de los bajeles, surtimiento de los arsenales, asientos y contrataciones de todas clases, examinar los presupuestos, y liquidar la cuenta anual presentada por el Comisario principal antes de pasarla al Tribunal de ellas, etc., y demás atenciones que prescriben las ordenanzas generales de la armada en el tratado 2.º título 3.º y la de arsenales desde el art. 44, al 47, título 2.º

Art. 2. El presidente de dicha junta será el Director general de marina, y en su defecto el jefe de la escuadra siempre que se halle en el departamento, aunque sea con mando activo, y los vocales, el Comandante general de arsenales, el Sub-inspector de ingenieros, el Comisario principal que será vocal nato, y el mayor de órdenes. El secretario será el primer ayudante de la Dirección general.

Art. 3. Las sesiones ordinarias de la

El Ministro de Guerra en el Poder Ejecutivo

Con el Protectorado, además de los ministros hallamos el Consejo de Estado —de acuerdo al proyecto monárquico constitucional que se quería imponer— conformado por el general en jefe del ejército, el jefe del Estado Mayor, la representación de la nobleza, el Dean de la Catedral y el presidente de la Alta Cámara de Justicia⁸². Eran los ministros los jefes inmediatos en sus respectivas carteras, respondiendo además por sus empleados. La expedición de órdenes y comunicaciones oficiales con su sola firma o incluyendo la rúbrica del Protector, mostraban la responsabilidad de sus actos administrativos. El despacho ministerial de guerra y marina no sólo canalizaba la voluntad del Jefe del Ejecutivo en tanto Jefe Supremo de los Ejércitos, sino que integraba el brazo político con el castrense sí como las milicias o cuerpos cívicos bajo el principio jerárquico de obediencia.

Por ejemplo, Bernardo Montegudo, ministro de guerra, dispuso por decreto del 4 de octubre de 1821 que los cuerpos cívicos o cuerpo de reserva realizara movilizaciones o “ejercicios doctrinales”

los días domingo hasta las nueve de la mañana, que más adelante se extendería a los días martes y viernes. En ese ínterin, no se podía abrir negocio alguno.

Bajo su mando, sus atribuciones comprendían el mantenimiento de la administración y disciplina al interior de las naves. En ambos casos se utilizó la Ordenanza Naval de 1802 y de manera supletoria, en las infracciones la tradición de la marina anglosajona, máxime si la autoridad era Lord Thomas Cochrane:

“Art. 2° En los juicios criminales que se sigan contra extranjeros que se hallen al servicio de la marina del Perú, siempre que no sean españoles, se observará el método judicial y se aplicarán las penas que prescriben los artículos de guerra, que rigen en la marina inglesa.

Art. 3° Los naturales de cualquiera de los Estados ó provincias que antes componían la América que se denominaba española, como también los individuos de la península que quieran entrar al servicio de la marina del Estado, serán juzgados por la citada ordenanza de 1802 y conforme a las leyes penales que se establecen”.⁸³

82 Creado por la Sección cuarta del Estatuto Provisorio del 8 de octubre de 1821. En algunas constituciones, en decretos y leyes especiales se ordena su instalación y reunión del Consejo. Reorganizado en 1844 funcionó hasta 1854. La constitución de 1856 lo abolió.

83 Archivo Digital del Congreso de la República, Lima, 6 de octubre de 1821, 2°. <www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1821062.pdf>.

La crítica situación bélica al iniciarse el segundo año de la emancipación demandó, al modo de la República de la Gran Colombia, incorporar esclavos en calidad de artilleros para lo cual se exigió a los dueños de haciendas y chacras cercanas a la capital poner a disposición del sub-inspector general de cívicos, previa relación, a sus esclavos cuyas edades fluctuarían entre 15 a 50 años. De no hacerlo u ocultarlos, el gobierno les otorgaba automáticamente la libertad al presentarse en los destacamentos. Por otro lado, se facultaba a todo individuo que delatara a los hacendados o al mismo esclavo reacios en servir al Estado, otorgándole un premio pecuniario equivalente al esclavo⁸⁴.

Con el establecimiento de la Alta Cámara de Justicia, como máximo tribunal de la impartición de justicia en la administración independiente, se fue delineando el conocimiento de las causas militares que antes poseía el virrey, como jefe de los ejércitos, acompañado de un oidor en calidad de letrado. Al expedirse el Reglamento de

Tribunales de 1822, se dispuso en principio que el Poder Judicial se abocaría al conocimiento de todas las causas, salvo de aquellas que se les reconocía a los fueros privativos reconocidos como el militar y el eclesiástico. Para ello, el gobierno, contando con el pronunciamiento del Consejo de Estado —de donde formaba parte el ministro de guerra, también—, solucionaba el conflicto de competencia:

“Art. 10° Suscitada la competencia con la jurisdicción militar, se asociarán á la Cámara el Ministro de la Guerra y dos gefes (sic) que designe la suprema autoridad”.⁸⁵

Con la renuncia al gobierno por parte de San Martín, el poder fue trasladado a la representación nacional, congregada en el Congreso. Esto también marca un período de cambio, Pues al nacer la Junta Gubernativa, como órgano delegado del legislativo⁸⁶, los ministros se convirtieron en Secretarios de Estado. Sin embargo, los documentos de la época demuestran que paralelamente existió esta nueva categoría con la de

84 Archivo Digital del Congreso de la República, Lima, 8 de marzo de 1822, 3°. <www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1822151.pdf>.

85 Archivo Digital del Congreso de la República. Reglamento Provisional de tribunales y juzgados. Lima, 10 de abril de 1822, 3°. <www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1822133.pdf>.

86 Lo cual podemos distinguir en el tenor de la fórmula de promulgación de las leyes:
*La Suprema Junta Gubernativa comisionada por el Soberano Congreso Constituyente:
Por cuanto él mismo ha decretado lo siguiente:*

ministro⁸⁷. Las órdenes que expedían los secretarios requerían de la rúbrica de dos individuos de la Junta, ya que, sin ello, no había exigencia del cumplimiento de dicha norma. Con el ascenso de Riva Agüero regresó el régimen de ministros de Estado, figurando entre los cuales: el general Ramón Herrera, ministro de Guerra y Marina y Mariano Vidal, ministro de Hacienda. Fue éste quien le dio el respaldo económico necesario luego de la pérdida de credibilidad y falta de autoridad que había provocado la junta. El gobierno de José Bernardo Tagle aportó nuevos ministros: el coronel Félix de Berindoaga, conde de San Donás, ministro de Guerra y Marina, Dionisio Vizcarra, ministro de Gobierno y Relaciones Exteriores e Hipólito Unanue, ministro de Hacienda.

La Constitución de 1823 planteó que sólo funcionarían los tres ministerios antes aludidos. Estos órganos del gobierno asumían la responsabilidad individual; por las normas que de ellos emanaban y por los actos particulares de su ramo y la responsabilidad solidaria, en las resoluciones tomadas en común.

Años más tarde las normas permitieron que cualquier individuo acusara al ministro en razón de haber sido afectado directamente por una disposición expedida por éste. Mientras tanto la inestabilidad política y el establecimiento de la Dictadura de Simón Bolívar hizo que la administración se trasladase a Trujillo. La crisis económica, junto a la política también varió en la conformación de las carteras. Por decreto ese año, se redujeron éstas a una, a cargo del secretario general o ministro universal José Faustino Sánchez Carrión⁸⁸. Posteriormente en el mes de octubre, y dadas las condiciones políticas, otra vez el órgano ejecutivo restituyó las carteras existentes: Gobierno y Relaciones Exteriores (José F. Sánchez Carrión), Guerra y Marina (Tomás Heres), y Hacienda (Hipólito Unanue). El 12 de junio de 1826 se dio una nueva división en los despachos supremos: Ministro de Relaciones Exteriores e Interior (José María de Pando), ministro de Justicia y Negocios Eclesiásticos (Hipólito Unanue), ministro de Hacienda (José de Larrea) y ministro de Guerra y Marina (cargo reservado

87 En la Gaceta de Gobierno del 22 de setiembre de 1822 y ss., aparece la designación de: Enrique Martínez, secretario de estado en el departamento de relaciones exteriores. Tomás Guido, secretario de estado en el departamento de la guerra. Francisco Valdivieso, ministro de Hacienda.

La ley del 15 de octubre de 1822 indicó el reglamento de las funciones de cada uno de los miembros de la Junta Gubernativa.

88 Cfr. COMISIÓN DEL SESQUICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ: COLECCIÓN DOCUMENTAL PARA LA INDEPENDENCIA DEL PERÚ. Lima. Imprenta Colegio Militar Leoncio Prado. Tomo XIV. 1975; pág. 1. Documentos 25 y 69.

al Libertador o a quien él designase, siendo ocupado interinamente por el general José Mercedes Castañeda.

La participación de los ministros en las sesiones del congreso se estipuló desde la constitución de 1828, pues antes de esa fecha no tenían relación directa con el órgano legislativo. Dichos funcionarios daban cuenta sobre el estado de su despacho. Era el ministro de hacienda el más solicitado para que informara a la Cámara de Diputados sobre el estado de los ingresos y egresos del erario, así como del Presupuesto General de la República anual. Frente a la presión de los militares, se solicitó al titular de Guerra informes al congreso dando cuenta del estado de la fuerza armada, así como del número de oficiales y de la tropa, y en la situación en que se hallaban.

Posteriormente, se demandó a los ministros un informe anual de los negocios de su despacho, además de las interpelaciones a que podían estar sujetos. De la misma forma, se les exigió la sustentación de proyectos de ley de su ramo. Disposiciones posteriores establecieron que el ministro de Hacienda presentara el presupuesto y el balance estatal antes al Consejo de Estado y luego al legislativo, modalidad que permaneció hasta la década de los cuarenta, pues luego sólo el congreso quedó como único ente fiscalizador del ejecutivo. Esto se articulaba con la figura del Consejo de Estado, que mantenía su carácter de

órgano consultivo en los casos de difícil deliberación; dejando de lado la característica monárquica que le había impregnado el régimen de San Martín. Como se sabe, el Libertador estuvo constantemente fuera de la capital y dejaba los negocios del gobierno a cargo al Consejo de Estado. Uno de los ministros hacía las veces de presidente, en calidad de regente, mientras Bolívar permanecía ausente. Otra institución que funcionó paralela fue la del Secretario General, quien hacía las veces de vocero del dictador; institución que se repetirá luego en 1836 durante el período de la Confederación Perú Boliviana, cuando por mecanismos políticos se vincularon estos dos Estados.

La Constitución vitalicia del 30 de noviembre de 1826 planteó una nueva organización del ejecutivo: el presidente vitalicio, el vice-presidente y los secretarios de Estado, que se elevaban al número de cuatro. Las órdenes debían estar firmadas por el vice-presidente y el secretario correspondiente. Frente a actos contra la constitución, las leyes y los tratados, los secretarios eran responsables ante el vice-presidente. La partida del Libertador del norte ocasionó dos cambios políticos: el gobierno quedó en manos del presidente del Consejo de Estado general Andrés Santa Cruz. A diferencia de lo dicho líneas arriba, la presidencia del consejo era permanente, pues Bolívar deseaba que fuera éste y no otro a quien se le dejara el poder.

La Carta de 1828 dejó abierta la posibilidad de crear más ministerios, cuyo número se regulaba por ley. Los ministros firmaban los decretos y órdenes del presidente en su despacho. La responsabilidad de estos funcionarios se debatía frente al Congreso. Luego de la culminación de la administración del general Agustín Gamarra, se eligió al general Luis José Orbegoso, trujillano de nacimiento y de familia noble. A diferencia del gobernante anterior no era caudillo sino un militar inclinado al manejo institucional del país.

El año de 1834 recogió la discusión entre los políticos sobre la necesidad o no de contar con un ejército permanente a través de sus generales, comandantes generales y del propio órgano castrense como el Estado Mayor del Ejército, cuya existencia era cuestionada por algunos al no estar comprendida en la redacción de la Constitución, pues se pensaba que todo debía estar incluido en ella, cuando también era factible que su regulación se derivase a la ley correspondiente. Las situaciones que le tocó vivir al Presidente Orbegoso no fueron propicias para dismantelar el aparato castrense, que si bien había crecido desde la independencia a punto de espadas desde la independencia

la probabilidad de una anarquía no era incierta. La actitud del mandatario podemos evidenciarla en dos decretos emitidos el mismo año.

El 1° de julio de 1834⁸⁹, la norma optó por suprimir el Estado Mayor del Ejército, como organización jerárquica siendo sustituida por una inspección general, acorde con las ordenanzas de 1768, y seguido por una estructura que comprendía a comandantes generales en cada departamento, que para la época era ocho y de un jefe en cada plaza.

El 8 de noviembre del mismo año⁹⁰, se dispone el restablecimiento del Estado Mayor, pero encargado de transmitir las comunicaciones expedidas por el “Presidente general en jefe (sic)” y cuya existencia finalizaba cuando cesaran los motivos de su origen.

En ambos casos fue el Ministerio de Guerra el responsable de su implementación. Circunstancia que nos muestra a su titular como el articulador, sólo que en aquellos años el mando político se había militarizado, cuando en realidad era la política la que sentaba las bases que la obediencia provenía del cargo y no de la persona.

89 Archivo Digital del Congreso de la República. Decreto del 1° de julio de 1834. Suprimiendo el E.M.N. y los Estados Mayores que dependen de él. <www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1834058.pdf>.

90 Archivo Digital del Congreso de la República. Decreto del 8 de noviembre de 1834. Disponiendo la formación de un Estado Mayor General. <www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1834097.pdf>.

MINISTERIO DE GUERRA

El ciudadano Luis José Orbegoso, General de división de los ejércitos Nacionales, benemérito á la patria en grado heroico y eminente, condecorado con la medalla de la ocupacion del Callao, Presidente Provisional de la República, etc.

D. 1.º de Julio de 1834.

Suprimiendo los generales en jefe, comandantes generales de división, el E. M. N. y los Estados Mayores dependientes de él.

Considerando :

I. Que en el estado de paz en que se halla la República son innecesarios los destinos de generales en jefe y comandantes generales de división, como tambien el E. M. G. del ejército;

II. Que el E. M. N. fué creado contra la Constitución política de la República, y que no está arreglado á la que rije;

III. Que la Convencion Nacional ha aprobado la consulta que le presentó el

Ejecutivo para la supresion del E. M. N. y que lo sustituya una Inspeccion general conforme á las ordenanzas del ejército.

Decreto :

Art. 1. Quedan sin lugar, en tiempo de paz, los destinos de generales en jefe del ejército, y comandantes generales de división.

Art. 2. Queda suprimido el E. M. N. y los demás estados mayores dependientes de él.

Art. 3. Se establece una Inspeccion general de infantería y caballería para el mando é inspeccion de estas armas, con las facultades que le detalla la ordenanza general del ejército en el tratado 3.º, tit. 8.º

Art. 4. La Inspeccion general se compondrá de un inspector de la clase de general, un coronel secretario, un oficial mayor y tres oficiales de 1.º á 3.º que deberán ser jefes del ejército.

Art. 5. En cada departamento habrá un comandante general con las atribuciones que señala el tit. 1.º del tratado 6.º de la ordenanza; pudiendo reunirse el mando de dos departamentos, á juicio del Ejecutivo.

Art. 6. Para el método del servicio, y para cumplir y hacer cumplir las órdenes de los comandantes generales, habrá en cada departamento una mayoría de plaza con las atribuciones que le señala el tratado 6.º, tit. 5.º de la ordenanza general del ejército.

Art. 7. Cada mayoría de plaza se compondrá de un coronel ó teniente coronel, mayor de plaza, y tres ayudantes, gefes ó capitanes.

Art. 8. El Inspector general residirá en la capital, reuniendo en sí la comandancia general del departamento.

Art. 9. El Inspector general inspeccionará los cuerpos por sí ó por comision una vez en cada año.

Art. 10. En caso de declararse la guerra, al organizar el ejército de campaña, se creará su Estado Mayor.

El Ministro de Estado del departamento de Guerra queda encargado del cumplimiento de este decreto, y de mandarlo imprimir, publicar y circular.

Dado en la Casa del Gobierno, en Lima, á 1.º de Julio de 1834.

LUIS JOSÉ ORBEGOSO.

Por órden de S. E. — FRANCISCO VALLE-RUESTRA.

Decreto del 1º de julio de 1834 suprimiendo el Estado Mayor Nacional y el Estado Mayor General.
Archivo digital del Congreso.

El ciudadano Manuel Salazar y Baquijano, Presidente
del Consejo de Estado, y encargado del Poder Eje-
cutivo.

D. 8 de Noviem-
bre de 1834,
Disponiendo la
formacion de un
Estado Mayor Ge-
neral.

Considerando :

I. Que el Presidente de la República debe marchar como general en jefe del ejército á los departamentos del Sur, para conservar la tranquilidad interior amenazada en esos puntos ;

II. Que para emitir sus órdenes necesita un conducto que no puede ser otro que el de un E. M. G. ;

III. Que este cuerpo por la importancia de su objeto, y dificultad de formarlo cual conviene, necesita crearse con anticipacion por si desgraciadamente fuere preciso abrir la campaña ;

Decreto :

Art. 1. Se formará un E. M. G. de ejército, compuesto de un jefe, dos ayudantes y dos adjuntos : sus funciones serán la comunicacion de órdenes, que el Presidente General en jefe tuviere que expedir.

Art. 2. En caso de campaña se aumentará á cuatro ayudantes y dos adjuntos : y el servicio que haga será el designado por el reglamento provisional de 22 de Diciembre de 1827, que podrá

ser modificado á juicio del General en Jefe.

Art. 3. Los empleados en el E. M. G. tendrán solo el sueldo de percibo, y la gratificacion que disfrutaban los de su clase en el estinguido E. M. N.

Art. 4. El Jefe de E. M. General es el general D. Francisco Valle-Riestra, quien propondrá los empleados de su dependencia.

Art. 5. El dia en que afortunadamente cesaren los motivos que han determinado la marcha del General Presidente, cesará el E. M. G. : y los jefes y oficiales que en él fueren colocados, volverán á ocupar sus destinos que hoy tienen.

Art. 6. El Ministro de Estado en el departamento de Guerra y Marina queda encargado del cumplimiento de este decreto.

Dado en la Casa del Supremo Gobierno, en Lima, á 8 de Noviembre de 1834.

MANUEL SALAZAR,

Por orden de S. E. -- J. PABLO FERNANDINI.

Decreto del 3 de noviembre de 1834 restituyó el Estado Mayor General.

Archivo digital del Congreso

Los procesos judiciales

Desde las reformas borbónicas de Carlos III se promovió una estatización, dependencia directa del Estado de los cargos públicos y una profesionalización lo cual se veía acompañado de la racionalización de la administración y de la observancia de la ley como objetivo político. Dichas reformas tuvieron sus efectos inmediatos en América con los nuevos virreinos y capitanías generales y en su interior con las intendencias y los llamados intendentes y superintendentes, en lo político y en la burocracia.

Pero, además, en 1776, el ministro José de Gálvez impulsó la reforma judicial. No sólo se incorporaron a las audiencias funcionarios administrativos sino, también, se limitaba el número de criollos para dar paso a los peninsulares como fieles representantes de la nueva política, promoviendo la figura del regente y del juez a administrador de justicia. Complementario a ello, se requería de un aparato judicial que diese más celeridad a la aplicación de la ley. Esto impulsaba el cambio al orden sistemático. Así, el texto legal general y abstracto, cuya vigencia implicaba una aplicación en un sin número de casos; adoptaba vida propia, independiente de quienes le habían dado origen. Así, la equidad y el arbitrio del juez

que estaban en primer lugar, quedaban relegados frente al ámbito legal, adaptando la ley al juez. Así, el juez no podía dejar de cumplirla.

Debía hacerse una operación aplicando la norma a la realidad y luego distinguir entre las circunstancias dichos elementos, prevaleciendo el derecho escrito. El legalismo mostró a la ley como primer elemento en esta nueva política, como sucede en el actual sistema jurídico peruano:

“XXI. Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes.

XXII. Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios del Derecho”.

Eso sí, se mantuvieron en un primer momento los recursos que formaban parte del anterior sistema:

“El recurso de suplicación se podía interponer contra provisiones, cédulas y órdenes reales que no tuvieran el rango de leyes propiamente dichas o pragmáticas. Una importante excepción a esto último lo constituyó la misma Recopilación de 1680, que fue promulgada por real pragmática, otorgándose a todas sus normas reunidas la fuerza y valor de leyes propiamente dichas”.⁹¹

91 TAU ANZÓTEGUI, Víctor: ob. cit.; pág. 126.

Esto incluía cédulas y órdenes dictadas por el rey, ordenanzas, normas de la real audiencia, bandos, despachos y órdenes de los gobernadores, para lo cual se manifestaba si era contra una parte o la totalidad de la norma. No comprendía a los despachos de ejecutorias ganadas en juicios contradictorios.

Este recurso se dirigía contra quien había dictado la norma, vale decir una reconsideración. Sin embargo, existieron recursos que se plantearon ante la autoridad superior como si fuese la que correspondía. Esto último, en la práctica, alteró el procedimiento pues mostró que se despachaba como apelación. Luego de la aplicación de este recurso, debía cumplirse lo dispuesto por la segunda instancia, sin posibilidad de volver a suplicar. Así se colocaba punto final al dictarse un pronunciamiento definitivo.

Estas sentencias o resoluciones, tenían elementos administrativos y judiciales, trataban de subsanar vicios en el procedimiento o situaciones contrarias a las disposiciones que eran inaplicables en la realidad. En un principio, durante la república, siguieron vigentes, pero gradualmente fueron reemplazados por otras. El recurso de súplica, definido como aquél que se interponía ante la real audiencia contra las sentencias de segunda

instancia, fue suprimido en 1855, reemplazándose por el de nulidad.

El recurso de segunda suplicación revelaba un reclamo por las resoluciones de la real audiencia interpuesto ante el rey, con intervención del Consejo de Indias. La independencia modificó este mecanismo, pero el replanteamiento de la división del poder en órganos no alteró sustancialmente el recurso, el que en adelante se interponía ante el Capitán General o el jefe del Ejecutivo. Sin embargo, el Reglamento de Tribunales de 1822 dejó sin efecto el recurso. Por último, el recurso de injusticia notoria o reclamo realizado ante una segunda instancia, fue sustituido por el de apelación.

Las normas generales alcanzaban también por analogía un alcance particular para la resolución de casos. Frente a ello, como excepción, se dejaba al monarca el privilegio de dejar sin efecto, bajo la figura de la suspensión, la norma concreta. Lo que podía ser considerado como una gracia real:

“En este aspecto, hemos apreciado que la introducción de la concepción sistemática se hizo sin un desplazamiento pleno de la creencia casuística, ya que estaba muy arraigada la convicción de que el derecho no podía ser realizado sin una estrecha relación con los casos o situaciones concretas”.⁹²

92 TAU ANZÓTEGUI, Víctor: *La ley en América hispana*. Instituto de Investigaciones del Derecho. Buenos Aires. 1992; pág. 560 y ss.

D. 27 Diciem-
bre de 1821.
Creando una co-
mision militar que
conozca en las
causas de robos,
violencias, etc.

Para reprimir aquellos delitos, cuya frecuencia es mas notable que su gravedad, y castigar á sus autores con una imponente rapidez, dejando á los jueces ordinarios en gran parte desembarazados, y en proporcion mas expeditos para llenar los demas deberes de su ministerio,

He acordado y decreto :

Art. 1. Habrá una comision militar compuesta de un presidente, cuatro vocales, seis fiscales y cuatro defensores.

Art. 2. Las causas se distribuirán por turno entre los seis fiscales nombrados, y los reos elegirán libremente para defensor á uno de los cuatro que se designasen con este objeto.

Art. 3. La comision conocerá privativamente de todas las causas sobre robos, raterias, violencias y rixas que hubiese dentro de esta capital y en sus inmediaciones hasta la distancia de cinco leguas, sean los delinquentes militares ó paisanos, é impondrá las penas designadas en bando de 15 de Julio último, ó, en su defecto, las que fije el Código penal.

Art. 4. La sustanciacion de las causas

será conforme al reglamento que establece la forma del proceso verbal.

Art. 5. La comision se reunirá los martes, jueves y sábados en el lugar que señalare el general en jefe, debiendo asistir el auditor de guerra para dar su dictamen, ó en su defecto un letrado que haga sus veces.

Art. 6. Pronunciada la sentencia por la comision, pasará la causa con el dictamen del auditor al general en jefe, para que se dirijan por su conducto al Ministerio de la guerra y recaiga sobre ella mi aprobacion.

Art. 7. Aprobada la sentencia cuidará de su ejecucion el general en jefe á quien se devolverá para el efecto.

Art. 8. El Presidente de la comision militar pasará semanalmente por el conducto que corresponde, una razon de las causas que se hubiesen sentenciado en la semana, y de las que se hallen pendientes.

Imprimase y publíquese.

Dado en el palacio protectoral de Lima, á 27 de Diciembre de 1821. — 2.º

Firmado. — SAN MARTIN.

Por orden de S. E. — B. MONTEAGUDO

Comisión militar conoce de causas por robo o violencia. Decreto del 27 de diciembre de 1821.

Archivo digital del Congreso.

Como sostiene Tau, ello requería de tiempo. La manera de incorporación de esta tendencia sistemática al ámbito del Derecho se admitió de manera tardía y en convivencia con la casuística, puesto que se desconfiaba de estas elaboraciones abstractas en relación a casos concretos. Aparentemente estas escuelas tenían un propósito ordenador que conjugaba lo excluyente con la continuidad en el Derecho.

En el ámbito militar, el defensor de oficio apareció desde la gestión de José de San Martín al establecer por Decreto del 27 de diciembre de 1821, que en la comisión militar los reos escogían libremente a sus defensores (artículo 2º):

Más adelante, mientras se confeccionaba la Constitución, la Suprema Junta Gubernativa instituyó una comisión integrada por un general en jefe, asistido por el auditor de guerra, como primera instancia, para ventilar las causas del fuero. Posteriormente, éstas pasaban a un tribunal con dos vocales de la Alta Cámara de Justicia, como máximo organismo del Estado y un general. Finalmente, la tercera instancia, en la que la sala se hallaba integrada por tres vocales de dicha cámara y dos jefes distintos del tribunal anterior⁹³.

D. 12 de Noviembre de 1845.
Disponiendo que los fiscales militares deben nombrar defensores de oficio, á los reos prófugos.

Habiendo consultado el Señor General Inspector General del Ejército, si al Subteniente D. Manuel Rodriguez que debe juzgarse en Consejo de Guerra de Oficiales Generales, se le sentenciará en rebeldía como reo prófugo, sin absolverse el requisito de elegir el defensor dispuesto por las leyes militares, en cuanto á los presentes, ó se le nombrará defensor en atencion á no haberse oido sus descargos; S. E. el Presidente, de conformidad con el dictámen del Señor Auditor de guerra con fecha 12 del que rige ha resuelto lo que sigue :

Vista esta consulta, con lo dictaminado por el Auditor, y respecto á no haber resolucion alguna para estos casos en los juicios militares, se declara que los fiscales de las causas deben nombrar de oficio defensores á los reos prófugos ó ausentes, lo cual es conforme á lo determinado en el artículo 4.º de la ley de 26 de Mayo de 1834, para las causas del fuero comun en materias criminales. En su consecuencia deberá nombrarse defensor al Subteniente D. Manuel Rodriguez para que ejerza las funciones de su cargo, en el proceso que con este fin se renovará, y ante el Consejo de Guerra que habrá de sentenciar oportunamente.

Rúbrica de S. E. — MENDIBURU.

Fiscales militares deben nombrar a defensores de oficio para reos prófugos. Decreto de 12 noviembre 1845. Archivo digital del Congreso.

93 CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Archivo del Congreso. Ley de 23 de diciembre de 1822. La Suprema Junta Gubernativa del Perú.



José de Larrea y Loredo, Auditor General de Guerra, vistiendo el uniforme de Ministro de Estado (1825). Oleo de José Gil de Castro. Galería de Retratos del MNAHP.

JOSÉ DE LARREA Y LOREDO. Nacido en Huaraz, 20 de marzo de 1780. Político, magistrado y diplomático. Diputado y presidente del primer Congreso Constituyente del Perú, de octubre a noviembre de 1822. Finalizada la guerra de la Independencia fue nombrado vocal de la Corte Superior y auditor general de guerra. Colaboró con el gobierno de Simón Bolívar conformando el Consejo de Gobierno, como ministro de Hacienda (1825-1826).

TAURO DEL PINO, Alberto: *Enciclopedia Ilustrada del Perú*. Lima. PEISA y El Comercio. 2001. Tomo 9; p. 1414.

Años después el Estado fue modificando paulatinamente la parte procesal al señalar que sería el fiscal quien decidiría al nombramiento del defensor de oficio en causas penales y militares, sobre todo cuando el reo se hallaba prófugo.

Podemos apreciar que con el nacimiento del Estado peruano, la administración sanmartiniana designó al primer Auditor de Guerra de la nueva administración como Fernando López Aldana, vocal de dicho colegiado a quien encontramos en dos procesos: El primero, en 1822, caso proveniente de la ciudad de Lima, en materia civil por devolución de cebo; y un año después, en un proceso penal por apropiación arbitraria de pesos del Estado. Posteriormente hallamos a José Larrea y Loredó en un caso limeño por préstamo de dinero en efectivo⁹⁴.

Paralelamente, el régimen virreinal nombró a tres funcionarios para que ejercieran función similar: Francisco Entrambasaguas y Montalvo (La Plata), José María de Lara (Asunción 1767) y Manuel María de Urcullu (La Plata, 1785). A Lara lo hallamos en un caso proveniente de Cuzco en 1822, en materia penal militar por desertión. El

entonces virrey Joaquín de la Pezuela en Arequipa realizaba coordinaciones con las fuerzas españolas y la Real Audiencia del Cuzco ante la presencia de las tropas provenientes de Buenos Aires en el Alto Perú, previendo la disciplina en los regimientos. Al respecto, la profesora Nuria Salas señalaba los cambios durante estos entretelones:

“El virrey Pezuela remitió la consulta al general Juan Ramírez, en su doble calidad de jefe militar y jefe político superior de la provincia del Alto Perú. Éste, pediría un dictamen a su auditor de guerra, Francisco Entrambasaguas, quien aconsejó formar la Segunda Sala con los dos jueces titulares y el fiscal y derivar las apelaciones a la Audiencia Nacional del Cusco”.⁹⁵

El magistrado Entrambasaguas, luego de ser sustituido por José María de Lara durante la administración de Pezuela, prosiguió funciones como fiscal en la audiencia de Filipinas para concluir como juez del Tribunal Supremo de España. Años después:

“La Serna nombró, tras consultar a la audiencia cuzqueña, como asesor y auditor de guerra

94 AGN (Archivo General de la Nación): Catálogo del Fondo Documental de Guerra y Marina 1643-1876. Lima. AGN. 2013.

95 SALA I VILA, Nuria: Derecho, poder y libertad» a propósito de las batallas por la autonomía jurisdiccional entre las Audiencias del Cusco y Charcas (1820-1825). En: Revista de Indias, 2016, vol. LXXVI, n° 266. 2016; pág. 61.

a José María de Lara, con competencias en los «negocios de gobierno» y en los asuntos militares y criminales respectivamente (Asunción, 1767 - La Paz, 1836), formado como abogado en la Academia Carolina y recibido como tal en la Audiencia de Charcas, fue oidor honorario de la Audiencia del Cusco, regidor antiguo del ayuntamiento de Potosí”.⁹⁶

Tanto Lara⁹⁷ como Urcullu cumplieron funciones en la administración siguiente. El primero como asesor del general Agustín Gamarra y luego siendo nombrado por Simón Bolívar como fiscal en la naciente Corte Superior de Justicia del Cusco, creada el 16 de febrero de 1825:

“Sr. D. D. Vicente León Presidente

Sr. D. D. Santiago Corbalán Vocal

Sr. D. D. Benito Laso de La Vega Vocal

Sr. D. D. Manuel Torres Mato Vocal

Sr. D. D. José María de Lara Fiscal”⁹⁸

Cinco años después, Andrés Santa Cruz lo nombró Ministro de Hacienda de Bolivia. Proclamada

la independencia en Bolivia, en 1827, el presidente Antonio José de Sucre nombró a Urcullu juez de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia, quien más adelante, alternó los cargos jurisdiccionales con los políticos en calidad de diputado.

Con estos tres últimos funcionarios cesaba también el cargo de Auditor de Guerra durante la etapa virreinal para proseguir su continuidad durante la República.

Otro aspecto estuvo relacionado con la contienda de competencia originalmente decidida por el monarca en el modelo hispano y en el indiano por el virrey, como capitán general de los ejércitos. Circunstancia que se repitió en el Perú con el Protector del Perú, que de acuerdo al Reglamento de Tribunales de 10 de abril de 1822, debía dirimir en compañía del Consejo de Estado el conflicto de competencia.

Posteriormente, con los diferentes cambios políticos en los años treinta, el Congreso optó que sean las cortes superiores las que resuelvan los conflictos entre fuero común y el militar⁹⁹.

96 SALA I VILA, Nuria: ob. cit.; pág. 71.

97 Copia del título y aceptación del señor Asesor y Auditor General del Virreynato don José María de Lara, tomado del libro de Real Hacienda. Se le nombró en 14 de enero de 1822, juró en 25 de junio de 1822 y en 10 de agosto de 1822 se le fijó un sueldo de 3.000 pesos anuales, BNP, D 1013. En: SALA I VILA, Nuria: ob. cit.; pág. 71.

98 VILLANUEVA URTEAGA, Horacio: Gamarra y la Iniciación Republicana en el Cuzco. Lima. Fondo del Libro del Banco de los Andes. 1981; pág.70.

99 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Ley de 13 de diciembre de 1832.

Mas ello no excluía, tratándose de la casuística, que el juez o magistrado apelase a la razón y no a la norma para la correcta aplicación de la justicia. Nuevamente el derecho pretendía ser agente de cambio, pero requería de tiempo porque las mismas normas no estaban preparadas para una rigurosa aplicación.

Excepcionalmente encontramos durante la administración bolivariana que por Decreto del 11 de mayo de 1826, el establecimiento del tribunal militar especial denominado “Consejo Militar permanente” con el objeto de juzgar en forma sumaria a los malhechores —lejano antecedente del artículo 11º del Código de 1898—, sometiéndolos a la jurisdicción de guerra por «el salteamiento, aunque fuere en poblado», En lo referente a la denominación de los delitos militares en general, éstos se mantuvieron casi con las características jurídicas hispanas.

Como señala Rómulo Lanatta, las facultades de nombramiento para jueces y fiscales como del personal de los Consejos de Guerra, antes ejercidas por el Virrey, se trasladaron al Presidente de la República: “Un oficio, que el Congreso de

1827 pasó, absolviendo una consulta, nos permite conocer que también correspondía al Presidente aprobar o desaprobar las sentencias dictadas por los consejos de guerra encontrándose así la justicia militar por entero en manos del poder ejecutivo”.¹⁰⁰ Así, en el ámbito de la Constitución se fueron estableciendo las bases para que dentro del gobierno se establezca la justicia militar.

De acuerdo a la Constitución de 1828, en el Título Quinto: Poder Ejecutivo; art. 90º Son atribuciones del Poder Ejecutivo: (El Presidente de la República)

“9º Es jefe supremo de las fuerzas de mar y tierra y dispone de ellas para la seguridad interior y exterior de la República.

12º Dispone de la milicia nacional para la seguridad interior, dentro de los límites de su departamento, y fuera de él, con consentimiento del Congreso, y en su receso del Consejo de Estado.

31º Provee con arreglo á ordenanza á las consultas que se le hagan en los casos que ella previene, sobre las sentencias pronunciadas por los juzgados militares”.¹⁰¹

100 LANATTA, Rómulo: *Curso de justicia militar*. Lima. Talleres gráficos de la Guardia Civil y Policía, 1935; pág. 15.

101 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: *Las Constituciones del Perú*. Lima. Jurado Nacional de Elecciones. 2016; pág. 201 y ss.

Sin embargo, existieron opiniones para que la última instancia dirimente en materia militar fuese una institución, creada para tal fin. Tal fue el caso de coronel Manuel Mansueto Mansilla, patrocinado por Pedro Reyna solicitando tribunal para que el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia de tribunal militar de 3era. Instancia, gestión que se hizo el 15 de noviembre de 1830 por el fiscal de la Corte Suprema ante el Consejo de Estado (órgano vigilante del cumplimiento de la Constitución), cuya respuesta fue transmitida al Ministro de Guerra. El Vicepresidente de la República emitió el decreto que restableció la Corte Suprema marcial:

“...para que conozca de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias pronunciadas en tercera instancia por los tribunales militares, conforme a lo resuelto en decreto de 9 de junio de 1826, quedando sin efecto el de 14 de julio de 1828. En consecuencia, se nombran de adjuntos a los generales de brigada don Juan Salazar y Manuel Martínez de Aparicio; y para vocal del tribunal militar de 3º instancia; en que estaba destinado el primero, al coronel José María Egúsqiza”.¹⁰²

El Consejo Supremo de la Guerra, 1834

Años después con la Carta de 1834, dentro del Título VI: Poder Judicial estableció:

“Art. 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.

Disposición final transitoria:

Art. 5. Hará asimismo la Convención el nombramiento de los vocales del Consejo Supremo de la Guerra, luego que expida la ley correspondiente”.¹⁰³

El Consejo de Guerra como máximo organismo de la judicatura penal militar en el Perú con lo cual se ponía fin al vínculo con España que tenía como autoridad final a la Junta de Guerra de Indias, proporcionando de este modo autonomía al fuero militar.

102 CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Archivo del Congreso. Decreto del 14 de diciembre de 1830. Se restablece la corte suprema marcial.

103 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: ob.cit.; pág. 235 y ss.

De acuerdo a ley del 26 de junio de 1834 dicho consejo estuvo integrado por tres generales o coroneles, un alto jefe de la Armada, tres vocales de la Corte Suprema y un Fiscal letrado. Esta institución asumió las atribuciones del Presidente de la República en lo referente al nombramiento del personal de los Consejos de Guerra y la revisión de sus fallos, ratificando la independencia a la administración de justicia castrense. Dicho organismo debía declarar a los beneficiarios de los indultos, otorgados en determinados casos; concedía o denegaba licencias para contraer matrimonio a los jefes y oficiales, asimismo solicitaba al Ministerio de Hacienda informes relacionados contabilidad militar, aspectos últimos que se entendían como rezago del fuero privativo hispano y que podían distorsionar la misión de impartir justicia.

El Presidente José de Orbegoso dispuso que el día 14 de julio de 1834 al mediodía se instalara el Supremo Consejo de la Guerra en una de las salas de la Corte Suprema de la República; siendo encargado del acto el ministro de Gobierno Matías León¹⁰⁴. Días después se dispuso que los recursos de nulidad, así como de responsabilidad en la función que fuesen interpuestos ante

este consejo sean vistos por el Tribunal de los 7 jueces¹⁰⁵.

Entre las reformas propuestas por los liberales, otra medida fue la eliminación del fuero militar, extendido a otras corporaciones como los cuerpos cívicos o los guardias nacionales para que en adelante sus casos fuesen contemplados en el Poder Judicial¹⁰⁶. En este último caso, fue frecuente la concesión y posterior retiro del fuero de guerra, en diferentes ocasiones, a los miembros de la guardia nacional o milicias, que como hemos contemplado y bajo el pensamiento de los fueros privativos, ofrecía a sus beneficiados la posibilidad que sus casos, aunque civiles, fuesen judicializados en esta jurisdicción privativa.

Sin embargo, los períodos de estabilidad política concluyeron con el protagonismo de los caudillos lo que comprometió gravemente a los gobiernos de Luis José Orbegoso, Santiago Salaverry, Andrés Santa Cruz y Agustín Gamarra, generando la reorganización del Estado, del Poder judicial y de la justicia militar, que fuera de sus propios tribunales para sus integrantes, obligado a poner orden y extender su jurisdicción en otros

104 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Decreto de 11 de julio de 1834.

105 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Ley del 25 de julio de 1834.

106 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo digital del Congreso. Decreto de 2 de setiembre de 1834. <www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1834089.pdf>

menesteres como *extirpar a los malhechores*, en estos tiempos tan álgidos.

Al interior de los ejércitos una disposición muy recurrente fue la amnistía que otorgaban los regímenes “relegando al olvido la conducta política de los militares de cualquier clase” (Decreto del 8 de marzo de 1834, Luis José Orbegoso); (Decreto de 1º de abril de 1835); Felipe Santiago Salaverry); (Decreto de 1º de febrero de 1836, Andrés Santa Cruz); (Decreto de 3 de febrero de 1838, Andrés de Santa Cruz); (Decreto de 16 de noviembre de 1838, Andrés de Santa Cruz); con la condición que se reincorporen al servicio, siendo la disposición más completa la ley de 21 de noviembre de 1839, durante la gestión de Agustín Gamarra, con la desaparición de la Confederación.

A ello, le agregamos el interés del régimen de turno por tener certeza de la lealtad de los uniformados, para lo cual se instituyó la Junta de Purificación Militar en 1834, durante la administración de Luis José Orbegoso, similar a la establecida en la independencia por San Martín, al considerarles que los realistas podían ser espías. La impartición de justicia en el fuero común se

vio afectada; el presidente Orbegoso optó por disolver la Corte Suprema al considerar que cuatro departamentos del sur se habían independizado al conformarse el Estado Sud peruano, por lo cual se formaba un tribunal provisorio¹⁰⁷. De esta manera, durante la Confederación Perú Boliviana, el gobierno decidió reemplazar la Corte Suprema por el Supremo Tribunal de Justicia. Similar situación le tocó al Consejo Supremo de Justicia Militar que se vio reducido a una corte marcial en dicho colegiado, siendo integrado por tres vocales y dos generales nombrados por el Ministerio de Guerra¹⁰⁸, para que conociera los recursos de nulidad interpuestos contra sentencias pronunciadas en última instancia.

Lima, y Setiembre 2 de 1834.

Habiéndose concedido el fuero de guerra á los cuerpos de la guardia nacional de esta capital durante la guerra, en virtud del servicio activo que prestaban ; terminado uno y otro se declara : que no disfrutan de tal fuero.

Rúbrica de S. E. — Por orden de S. E. —
VALLE-RIESTRA.

D. 2 de Setiembre de 1834.
Sobre el fuero de guerra de los cuerpos cívicos.

Decreto del 2 de setiembre de 1834.

107 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Decreto de 2 de mayo de 1836.

108 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Decreto de 3 de setiembre de 1836.

El ciudadano Luis José Ortegoso, General de brigada
de los ejércitos nacionales, Presidente Provisional de
la República, etc.

Considerando :

D. 20 de Febrero
de 1834.
Formado una
Junta de purifica-
cion militar.

I. Que para ocupar en el servicio á gefes y oficiales que han estado con los sediciosos es preciso averiguar, si se han pasado de buena fé y si son acreedores á la confianza del Gobierno ;

II. Que si se sometiera á todos á un juicio se privaria el Gobierno durante él de los servicios de personas tal vez de mucha utilidad :

III. Que la Convencion Nacional ha concedido al Ejecutivo facultades extraordinarias ;

Decreto :

Art. 1. Se formará una Junta de purificacion militar, compuesta de un presidente, dos vocales y un fiscal.

El presidente será el coronel Don Juan José Loyola, los vocales el teniente coronel D. Francisco Panizo y el sargento mayor D. José Pezet ; y el fiscal el teniente 1.º graduado de la armada D. Francisco Forcelledo.

Art. 2. Todos los gefes y oficiales que hayan estado en los lugares ocupados por los sediciosos se presentarán á esta Junta, la cual los examinará escrupulo-

samente, tomando informaciones y trayendo á la visita los documentos que tenga por conveniente, y declarará si deben someterse á un juicio, ó si quedan libres de toda responsabilidad.

Art. 3. La Junta dará cuenta al Gobierno de todos aquellos á quienes declarase sujetos á juicio, á fin de que se disponga su juzgamiento.

Art. 4. Ningun gefe ú oficial de los que habla el art. 2, podrá ser empleado en el servicio, sin que haya constancia de haberse sometido al exámen de la Junta.

Art. 5. Se exceptuan de los articulos anteriores aquellos gefes ú oficiales, que estuviesen ya empleados por el Gobierno.

El Ministro de Estado en el departamento de Guerra y Marina queda encargado de la ejecucion de este decreto, y de que se publique y circule.

Dado en la Casa del Supremo Gobierno, en Lima, á 20 de Febrero de 1834. — 15.º y 14.º

LUIS JOSÉ ORTEGOSO.

Por órden de S. E. — JOSÉ VILLA.

Junta de purificación militar. Decreto de 20 de febrero de 1834.
Archivo del Congreso.

Con la desestructuración de la Confederación y el restablecimiento del Estado en el Perú, nuevamente tomó funciones la Corte Suprema de Justicia, la cual tomaba conocimiento de los recursos de nulidad interpuestos en las causas de fuero militar¹⁰⁹, para lo cual se incorporarían a ella dos militares con clase de general; sin embargo, Gamarra optó por la supresión del cargo de auditor general de guerra, pero subsistiendo sus similares en los diferentes departamentos.

La administración del Vicepresidente del Consejo de Estado, general Francisco Vidal comprendió la necesidad de restablecer dicho cargo para no dilatar los asuntos sin perjuicio de la disciplina castrense, equiparando el rango al del vocal de Corte Superior:

“Decreto:

Art. 1º Se restablece el destino de Auditor general.

Art. 2º El Auditor general continuará desempañándolo el Dr. D. José María La Torre y Bueno, con el sueldo de vocal de la Corte Superior de la capital de la República y con la gratificación que le señala el reglamento vigente.

Art. 3º En los lugares donde no se hallare el Auditor general, despachará el magistrado que designa el decreto de 30 de abril de 1839.

Art. 4º El presente decreto debe someterse á la aprobación del próximo Congreso.

El Ministro de Estado en los departamentos de Guerra y Marina queda encargado de su ejecución y cumplimiento y de hacerlo imprimir y circular”.¹¹⁰

El Tribunal de la Acordada

Caso aparte fue el referido a las situaciones de emergencia ocasionadas por el incremento de bandoleros a las afueras y al interior de las ciudades. El Congreso Constituyente, desde 1823 retomó la figura del Tribunal o Comisión de la Acordada, con características sumarísimas, tomando conocimiento de causas de cualquier fuero y comprendiendo tanto a soldados como a montoneros, causas que en tiempos de estabilidad eran de competencia del juez de primera instancia. Debía administrar justicia de manera breve y sumaria para los casos de hurto, robo, homicidio y fuerza dentro de los límites de este

109 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Ley de 2 de noviembre de 1839.

110 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Decreto de 11 de noviembre de 1842.

Tribunal en el departamento de Lima, tribunal que se retrotrae a las condiciones de inseguridad en la Península Hispánica hacia el año 1100 cuando las Hermandades se encargaron del control interno en los caminos y a las afueras de los poblados, trasladándose más tarde a Indias y reapareciendo en el siglo XVIII¹¹¹. En la República, las circunstancias de inestabilidad política junto a las de desorden, generaron intermitentemente su aparición como respuesta de quien ejercía autoridad. Aunque se le suele asociar con el fuero militar, en realidad era autónomo, pero dependiente del gobierno.

El Golpe de Estado del general Felipe Santiago Salaverry marcó una recomposición de las funciones estatales, entre ellas las relacionadas a la administración de justicia, restableciendo la llamada «Comisión de la Acordada» en la ciudad de Lima y que buscaba reprimir la ola delictiva producida por la carencia de autoridad. Compuesta por tres personas, tenía competencia acerca de las causas de homicidio, heridas y hurto en el departamento.

Ante el ineficaz control jurisdiccional de la época, se le asignaron las causas concernientes a

tumulto, sedición, traición así como de contrabando. En forma sumarísima, el proceso corría traslado como última instancia a la Corte Superior, la que confirmaba o reformaba o denegaba la acusación dentro del segundo día. El coronel Ángel Bujanda, encargado del mando debido a la incursión al sur del presidente Felipe Salaverry, agravó el mecanismo represor estableciendo que los fallos de la Acordada fuesen inapelables, pudiendo excepcionalmente, el propio caudillo, modificarlos. Sin embargo, ante la gravedad de la situación, Salaverry redujo los plazos: Veinticuatro horas para el juzgamiento de las causas por crímenes de tumulto, sedición y traición, con pena de muerte para los culpables y si éstos eran descubiertos en los destacamentos militares, se abreviaba el juzgamiento en dos horas.

La inseguridad por la cual atravesaba el país producto de las luchas intestinas no sólo demandó el retorno del Tribunal de la Acordada sino de instituciones mediáticas. En 1838¹¹², el presidente provisorio Agustín Gamarra estableció el Consejo Permanente, compuesto por un Presidente, dos vocales, un fiscal y un secretario, el que conocía de causas de sedición, homicidio, heridas y hurto cometidos por los malhechores

111 CRUZ BARNEY, Óscar: Historia del Derecho en México. México. Oxford University Press. 2002;pág. 332.

112 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Decreto de 13 de setiembre de 1838.

y hurto, dentro y fuera de la capital; no pudiendo tener conocimiento otro fuero. Producida la sentencia, se elevaba al gobierno para su confirmación o reforma. Se entendía como malhechor a toda persona que fuese aprendido con arma blanca o de chispa, sin ser persona pública o sin autorización para portarla dentro de la ciudad de noche y a cualquier hora fuera de las portadas.

El proceso de codificación en el Perú

La corriente codificadora de leyes, tema muy actual para la época, fue la característica de los Estados americanos del siglo XIX. Hubo la preocupación por crear cuerpos organizados de leyes bajo un proceso de tecnificación de la ciencia jurídica. La influencia del Código Napoleón era innegable en Iberoamérica, pues, estableció una innovación en el derecho en general, que no se llegó a copiar textualmente.

Aunque en países como en Chile, Bernardo O'Higgins sugería la adopción de los cinco códigos

célebres¹¹³ tan dignos de la *saviduría de estos últimos tiempos* y que ponen en claro la barbarie de los anteriores¹¹⁴ esto no excluyó que, en el Perú, los diferentes juristas descartaran en el proyecto del código civil peruano las prácticas legales que incluían tanto las leyes españolas como las relativas a Indias y a la literatura legal existente.

Como se aprecia, la independencia no acompañó el proceso de codificación inmediato.

De esta manera, se favoreció una estabilidad en los dispositivos que afectaban la marcha de la sociedad. Caso contrario, para Carlos Ramos:

“De haber ocurrido una cancelación total del pasado se habría dado un ordenamiento novedoso y moderno que abarcara una vasta gama de relaciones interpersonales”.¹¹⁵

En 1825 recién se constituía la primera comisión codificadora:

“I. Que el régimen de la República demanda urgentemente esta organización, como conforme con la ley fundamental y como la única capaz de evitar las dudas y contradicciones que

113 Se refiere a los códigos franceses: el civil (1804), el de procedimientos civiles (1806), el de comercio (1807), el de instrucción criminal (1808) y el penal (1810).

114 Discurso de Bernardo O'Higgins ante el Congreso Constituyente de Chile, 25 de Julio de 1822. En: GUZMÁN BRITO, Alejandro: Andrés Bello, codificador. Santiago de Chile. Ed. Jurídica.1970; pág. 158.

115 RAMOS NÚÑEZ, Carlos: ob. cit.; 1993; pág. 92.

con frecuencia se advierten en la aplicación de las leyes.

II. Que este objeto no puede lograrse sino por medio de un proyecto de código civil y criminal que se forme por una comisión especial que facilite las tareas del congreso.

...

Se nombra una comisión compuesta por el Presidente de la Corte Suprema”.¹¹⁶

Comisión que estuvo a cargo de Manuel Lorenzo Vidaurre, jurista y magistrado, la cual concluyó el código al año siguiente. Aunque el congreso ordenara publicarlo, el gobierno no tuvo interés en hacerlo. La segunda constitución estableció que mientras se organizaban los códigos civil y criminal, regirán todas las leyes que no se opongan a los principios de la Constitución¹¹⁷. Mientras tanto, la literatura jurídica hispana seguía en todo su fulgor, hecho que podemos cotejar en la introducción de la nueva edición de la Novísima Recopilación de Leyes de España que hacía Vicente Salvá en 1846:

“..., como en muchas de las nuevas repúblicas americanas, son las ordenanzas de Bilbao, uno

de los textos legales más usados, se han agregado al fin, reproducidas en la última edición de Madrid de 1819”.¹¹⁸

Cabe mencionar que la *Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias*, junto a las *Siete Partidas*, resultaron documentos de capital importancia en la marcha de las sociedades de las jóvenes repúblicas. Sobre todo, frente a la carencia de los códigos civiles que estuviesen en armonía con el sistema democrático representativo.

Pero esto no excluyó que durante el gobierno del mariscal Andrés Santa Cruz, Presidente de Bolivia, al vincular el territorio peruano al boliviano, estableciera la vigencia de los códigos bolivianos en esta confederación, inspirados en sus similares franceses; pero manteniendo la influencia canónica en materia penal y civil. Por ejemplo, en las formalidades del matrimonio, estuvieron presentes las disposiciones del Concilio de Trento.

El profesor José Palomino Manchego Muñoz¹¹⁹ nos hace mención que, en medio de este interés por sistematizar el derecho, no estuvo ausente la preocupación por adecuar las normas castrenses a este nuevo orden de cosas. Ya la Constitución

116 Decreto del 31 de enero de 1825.

117 Constitución de 1826. Art. 121.

118 SALVÁ Vicente (Editor): *Novísima Recopilación de Las Leyes de España*, mandadas a formar por el señor Don Carlos IV. París. Tomo I; 1846; pág. VI.

119 PALOMINO MANCHEGO MUÑOZ, José: *El Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú de 1827*. En: *EL JURISTA del Fuero Militar Policial*. Publicación del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar. Año III. Número 4- Diciembre 2014; pág. 149 y ss.

española de 1812 había establecido que los militares continuarían con su fuero; la disciplina militar se ceñía a las ordenanzas correspondientes y el sistema normativo se iría construyendo hacia una unidad jurídica. De ahí que la Constitución, en tanto conjugaba el ejercicio de los diferentes poderes con las instituciones existentes, circunstancia que motivó al sargento mayor del ejército libertador Anselmo Quirós y Nieto¹²⁰, al magistrado, político y auditor de guerra (1830) Manuel Ignacio García¹²¹ y al sargento mayor Pedro Bermúdez Ascarza¹²² a redactar y proponer al Congreso Constituyente el proyecto de Constitución Militar de 1827.

El proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú de 1827

Documento precursor en cuanto a organización de las fuerzas castrenses de la época, adecuado al diseño estatal, del cual se desprende la intervención del Poder Legislativo en fijar el número de Oficiales Generales, oficiales y tropa

de línea así como de las milicias, el ministro de Guerra informará sobre el estado actual de las fuerzas y el establecimiento del Estado Mayor Jeneral (sic), como órgano netamente castrense encargado de proponer mejoras para el mejor servicio del ejército y de exigir al ministerio los recursos decretados por el Congreso.

El capítulo Décimo: Fuero militar plantea las competencias del fuero común y del militar en función al tipo de delito; según la ordenanza.

Los de carácter militar se hallaban delimitados en función al individuo, al acto de servicio, por el lugar (cuarteles o campamento) y circunstancia (tiempo de paz o beligerancia).

Pero la persona comprendida podía ser un civil quien, a través de la violencia, atentaba contra el militar o auxiliaba al enemigo. Todo delito militar era castigado y en tiempo de guerra, con mayor severidad y en caso que el efectivo fuese reincidente, se le separaba del servicio.

Sólo cabía sanción por sentencia de jueces, designados con anterioridad al delito. Se exceptuaban

120 TAURO DEL PINO, Alberto: ob. cit.; tomo 14. 2001; pág. 2194.

121 TAURO DEL PINO, Alberto: ob. cit.; tomo 7. 2001; pág. 1042.

122 TAURO DEL PINO, Alberto: ob. cit.; tomo 3. 2001; pág. 355.

El ciudadano Luis José Orbegoso, General de división de los ejércitos nacionales, benemérito á la patria en grado heroico y eminente, condecorado con la medalla de la ocupacion del Callao, Presidente provisional de la República, etc.

**D. 12 de Junio
de 1835.
Declarando en su
vigor las orde-
nanzas militares.**

En virtud de las facultades extraordinarias con que me ha investido la nacion.

Decreto :

Art. 1. Quedan en su vigor y fuerza las ordenanzas generales del ejército, entretanto se restablece el régimen legal en la República, aun cuando algunos de sus artículos estén en contradicción con la Constitución y leyes vigentes.

Art. 2. Se declaran así mismo vigentes las órdenes generales y bandos del ejército.

Mi Secretario general queda encargado de la ejecución de este decreto, y de mandarlo imprimir, publicar y circular á quienes corresponda.

Dado en el Cuartel General en la heroica ciudad de los libres de Arequipa á 12 de Junio de 1835.

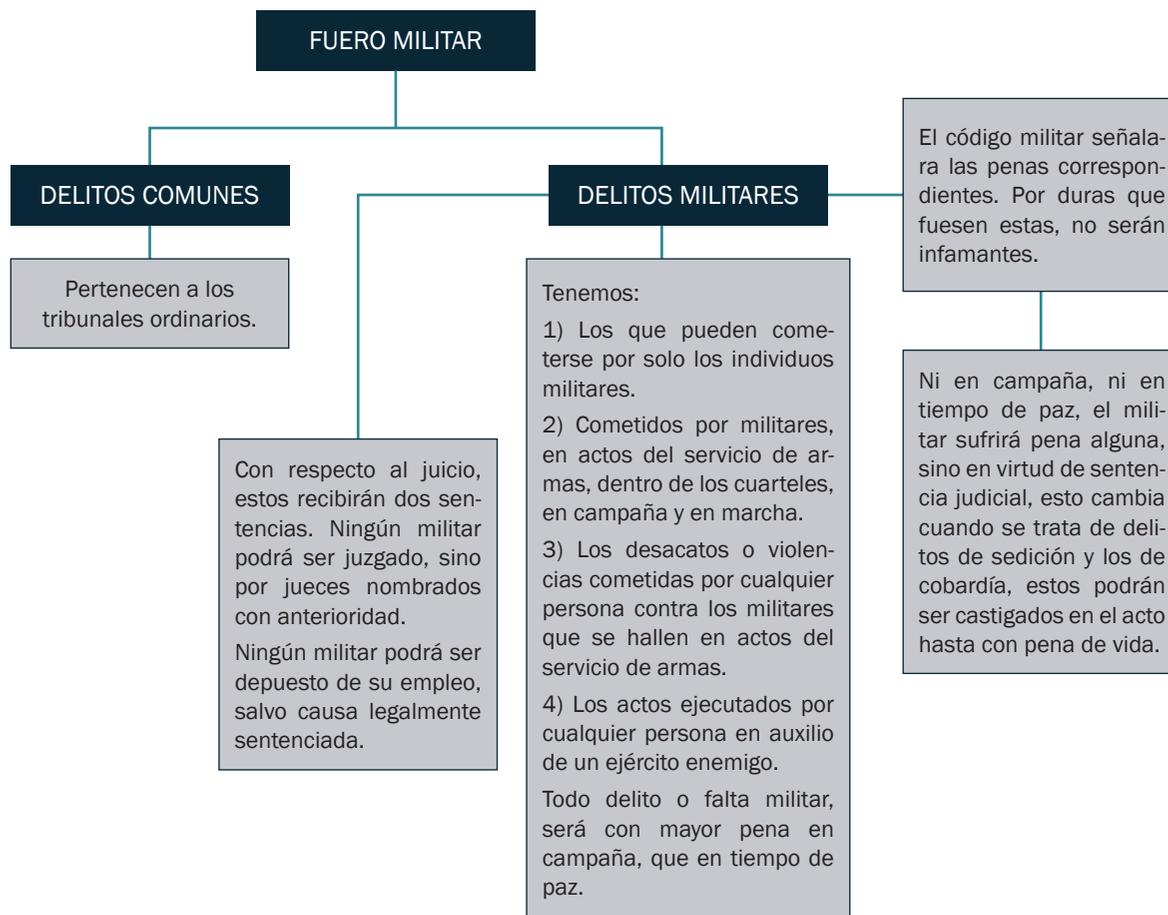
LUIS JOSÉ ORBEGOSO.

Por orden de S. E. -- ILDEFONSO DE ZAVALA.

Vigencia de las ordenanzas militares.
Decreto del 12 de junio de 1835. Archivo del Congreso.

ANEXO

Mapa conceptual del Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú de 1827



del juzgamiento los actos de sedición y de cobardía que eran castigados en el acto y hasta con la pena de muerte por los oficiales superiores. A lo largo del siglo XIX hubo la inquietud de individuos y juristas en referencia a la conveniencia de continuar manteniendo el espíritu de los elementos casuísticos pese a predominar el orden de la tendencia sistemática:

“... cuando en 1878, [Miguel] Grau eleva su Memoria al Supremo Gobierno en su condición de Comandante General de Marina..., lo que no deja de llamar la atención y manifiesta más bien con toda exactitud que no están expresamente derogadas las antiguas ordenanzas españolas y a ellas apelamos frecuentemente y que, como por el puesto que ocupa tiene que estar en contacto frecuente y permanente con ellas, recomendaba se sugiere la terminación del trabajo de reforma de aquellas encomendadas desde hacía varios años a una Comisión”.¹²³

CASO DEL ESCLAVO PATRIOTA¹²⁴ EN EL FUERO MILITAR

EXPEDIENTE SEGUIDO POR JOSE MARIA LEYSON CON SU AMO DON MATEO GONZALES, SOBRE QUE SE DECLARE SU LIBERTAD (sic)

Señor Jefe del E.M.N.

José María Leyson, soldado que fue del regimiento del Rio de la Plata, con el más profundo respeto ante V .S. digo que en el día se trata de volver a esclavizarme por mi antiguo amo que fue D. Mateo Gonzáles y siendo ésta una notoria injusticia después de ser notorio que he servido a la Patria hasta las Batallas desgraciadas de Torata y Moquegua, donde fui herido y prisionero. Pido que informen los señores oficiales de mi citado Regimiento que se hallaron conmigo en dichas Batallas – El Capitán que fue de la 2^a. compañía D. Alejandro Muñoz y el Teniente que era de Cazadores, hoy Ayudante del soberano Congreso D. Mariano Vivero. Por tanto A.V.S. pido y suplico se digne a

123 INSTITUTO DE ESTUDIOS HISTÓRICO MARÍTIMOS DEL PERÚ (IEHMP): Historia Marítima del Perú: La República. 1870-1878. Lima. Tomo IX. Vol. 3; 1995; pág. 40.

124 EGUIGUREN ESCUDERO, Luis Antonio: Leyendas y Curiosidades en la Historia Nacional. Lima. 1945; págs. 493 y ss.

mandar que informen mis referidos oficiales que se hallan presentes y es justicia que imploro del benigno corazón de V.S. a ruegos de José María Leyson- Mariano Tordoya.

Lima, Agosto 1º. 1827

Declare el Capitán Muñoz ante el Jefe que corresponda, y respecto al Capitán Vivero ocurra el interesado donde corresponda.- Fur.

Don Manuel Porras, Sargento mayor y segundo ayudante del Estado Mayor Nacional teniendo que tomar declaración en cumplimiento del decreto de la vuelta de primero del corriente del Señor Jefe encargado de las dos secciones de dicho Estado Mayor al Capitán don Alejandro Muñoz, nombró para que actúe de secretario al teniente D. Ramón de Larca el que habiendo aceptado el cargo, ofreció guardar sigilo y fidelidad en lo actúe y para que conste lo firmó conmigo en Lima a 8 de agosto del 1827.- Manuel Porras.- Ramón de Larrea.

Declaración.- En el mismo día mes y año compareció ante el señor sargento mayor D. Manuel Porras el Capitán D. Alejandro Muñoz el que habiendo prometido bajo su palabra de honor decir verdad según forma de ordenanza sobre lo que fuere interrogado.

Preguntado. Si conoce a José María Leyson y con qué motivo: dijo que habiendo sido Capitán del regimiento del Río de la Plata conoció de soldado de dicho al sujeto por quien se le pregunta y que

le consta hizo la compañía del sur a las órdenes del Señor General Alvarado y por consiguiente se halló en la acciones de Torata y Moquegua, donde quedo prisionero, y que es cuanto tiene que decir sobre el particular que lo dicho es la verdad bajo la palabra de honor que ha prestado en que se afirmó y ratificó y la firmó con dicho señor, siendo de edad de veinte y seis años.- Manuel Porras.- Alejandro Muñoz.- Ramón Larrea, secretario.

Don Manuel Porras, Sargento Mayor y Segundo Ayudante del E.H. en cumplimiento del Decreto de la vuelta de primero de agosto del Jefe del Estado Mayor Nacional, teniendo que tomar declaración al Capitán don Mariano Vivero, nombró para que actúe de Secretario al Teniente Adjunto a este E.M. ,el que habiéndolo aceptado prometió bajo de su palabra de honor según forma de ordenanza guardar sigilo sobre lo que actuare, firma con dicho señor en Lima a nueve de Agosto de mil ochocientos veinte y siete.- Manuel Porras.- N. Paredes.

En el propio día, mes y año, compareció ante el señor Sargento Mayor, el Capitán Don Mariano Vivero, el que habiendo prometido bajo su palabra de honor decir verdad sobre lo que se le interrogare, fue

Pregunta, si conoce a José María Leyson, y a donde: dijo que como capitán que fue del regimiento del Río de la Plata, conoció al sujeto por quien se le pregunta de soldado de la tercera compañía de dicho regimiento, que estuvo con él en la batalla de Torata, en donde cayó herido y prisionero el

que declara que no sabe más, y que lo dicho es la verdad a cargo de la palabra de honor que tiene prestada en que se afirmó y ratificó después de haber leído su declaración, dijo ser mayor de veinte y tres años, firmándola con dicho señor.- Manuel Porras.- M. Vivero.- N. Paredes. Secretario.

Señor Jefe del E.M.N.

José María Leyson, soldado retirado del Regimiento del Rio de la Plata, con el más profundo respeto ante V.S. dice: dice (sic) que habiendo acreditado por las declaraciones que acompaña haber servido a la Patria hasta obtener mi retiro por inválido y estar ahora perseguido por el que fue su amo esclavizarlo de nuevo, está en la necesidad de ocurrir a V.S. a fin de que se digne darle un boleto o resguardo competente para que no le molesten, si sea perseguido por el dicho amo. Por tanto:

A.V.S. pide y suplica se signe acceder a su solicitud por ser justicia que implora &.- a ruegos de José María Leyson.- Mariano Tordoya.

Decreto.- Lima, agosto catorce de 1827.- Acredite el interesado haber continuado su servicio en el ejército hasta el 5 de noviembre de 824, o la licencia que obtuvo para su separación – Fur

Señor Jefe del E.M.N.

José María Leyson, soldado que fue del ex Regimiento del Rio de la Plata, con el más profundo respeto ante V.S. dice que habiéndosele mandado por V.S. que se pruebe haber continuado sus servicios hasta el 5 de noviembre de 824, o que manifieste su licencia; y siéndolo imposible lo primero que fue prisionero y herido y ha perdido la licencia, y lo segundo porque estando en poder de los Godos en el año 24 no puede atestiguarlo, y no quedando más recurso para esclarecer estos hechos ocurre a la justificación de V.S. para que tenga en consideración las declaraciones de antiguos capitanes- Muñoz y Vivero, o de no me mande reconocer por un facultativo para acreditar las cicatrices gloriosas que conservo por el servicio de la Patria y no es posible señor que a pesar de esto, se trate de volver a hacer esclavo. Por tanto.

A.V.S. pido y suplico se refiera a las declaraciones de mis oficiales o me mande reconocer por un cirujano para obtener mi boleto de libertad que es gracia y justicia que espero alcanzar.

A ruegos de José María Leyson- Mariano Tordoya.

Decreto- Lima, agosto veinte y uno de mil ochocientos veinte y siete. - Acompañe el interesado los antecedentes y pase al Hospital Militar para que sea reconocido por los facultativos que allí asisten, presentándose para cumplimiento cirujano D. Norberto Vega. – Fur.

Decreto, Hospital Militar. - Lima, agosto 25 de 1827

El Cirujano Mayor D. Laureano Lara, el de primera clase D. José Isidoro Alcedo, y el de segunda D. Lorenzo Acasio efectuaran el reconocimiento que se ordena. - Vega.

Certificado. - Señor Coronel jefe de E. M. G. En cumplimiento del decreto marginal de la vuelta, hemos reconocido al que representa; y es verdad que se le ve una pequeña cicatriz en la parte lateral derecha e inferior del pecho la que no lo inutiliza, más la conformación natural extraordinaria de los dos pulgares de ambas manos, lo inutiliza para el manejo de las armas.

Es cuando podemos informar en Lima, agosto 28 de 1827.- José Isidoro del Alcedo. - Laureano Lara. - Lorenzo Acasio.

Decreto. - Lima, agosto 31 de 1827.- Mientras el interesado no acredita haber obtenido licencia absoluta del servicio y su continuación en las filas del Ejército hasta el 5 de noviembre de 1824; está sujeta al dominio de su amo. -

Escrito. -Excmo. Señor. - José María Leison (sic), inválido soldado de la 3ª. Compañía del Regimiento Río de la Plata, ante V. E. como más allá lugar a derecho parezco y digo: Que cuando en virtud de las promesas del Excmo. General San

Martin, quien por reiteradas invitaciones de libertad, obligó a los esclavos al servicio de la Patria contra los españoles; yo y mis compañeros de armas jamás vimos otra cosa que el religioso (sic) cumplimiento de aquellas promesas. Por aquellas marché a la guerra, sirviendo a nación, hasta ser baldeado e inválido para las armas, según consta del reconocimiento de facultativo, que obra a fojas de cuatro.

Abandonado al destino cruel de prisionero, sufrí todos los males, y adversidades de tan fatal estado, hasta regresar a los nuestros, quienes me han mirado sin consideración alguna. Por esto es que he vivido en el goce de una libertad presuntiva, en cuya posesión nunca creí se tratara de esclavizarme y mucho menos que cuando ocurriese a la misma patria, a quien consagré mi sangre, me condenara a la esclavitud como inútil para las armas.

En el decreto del señor Coronel Tur, Ex Jefe de Estado Mayor que obra a fojas cinco, se nota la injusticia con que este señor, a semejanza de la conducta de los españoles para los prisioneros de mi casta, me condena a ser esclavo a nombre de aquella patria, por la cual apenas gozo de vida ¡y se corresponde a los servicios de un buen soldado con un testimonio de mayor ingratitud? ¡Qué estímulo Señor Excmo. Para mis compañeros. ¿En vista de esto, prestarán sus servicios, siendo prontos para defender al Perú. Esto sería señor, querer engañarse voluntariamente.

El Señor Tur, distraído de mis circunstancias, y sin meditar lo que exponen mis oficiales informantes, se empeña en que presente licencia, o continuación de servicios. Lo primero, no esa la alcance (sic) de un prisionero, más aun cuando su cuerpo no existe; lo segundo tuvo lugar en mi prisión acreditada, lo que me basta para hacer ver la injusticia del decreto del Señor Tur.

En virtud pues de este decreto el Señor don Mateo Gonzales, quien trata de esclavizarme, me ha puesto en la panadería de las Mantas, desde cuya prisión apelo de V.E. para que informado de estos acontecimientos decrete en vez de mi desgracia, mi libertad.

Por tanto: A.V.E. pido y suplico que en atención de la justicia de mi reclamo se me conceda mi libertad. Es gracia que espera de la justificación de V.E. un inválido soldado de la Patria. –

Excmo. Señor. - A ruego de José María Mayson.- Justo Zumaeta.

Decreto. - Lima, abril 23 de 1828- Al Auditor General de Guerra.- Salazar.

Excmo. Señor

El Auditor, en vista de este expediente y última solicitud de José María Lison sobre que se declare en libertad, dice:

Que constando el amo a que puede pertenecer y resultando casi probado que el recurrente no está comprendido en el Supremo decreto de 19 de octubre de 1825, será preciso oír al amo, cuyo fin podrá V.E. ordenar si fuere servido, se remita este expediente al juzgado militar de primera instancia a que corresponde, y ante el que según se acuerda, el que suscribe pende de esta misma instancia. - Lima, mayo 5 de 1828.-C.S. Juan Manuel Yáñez.

Decreto. - Lima, mayo 6 de 1828.- Pase al juzgado de primera instancia como opina el Auditor General de Guerra. - Salazar.

Otro. - Lima, mayo catorce de 1828- Recibido con el Supremo que antecede: traslado al Amo. -Una rúbrica. -Luque.

Notificación: - En Lima y junio veinte y cinco (sic) comunique el traslado que antecede a D. Mateo Gonzales, en su persona doy fe. - Gonzales. - Luque.

Escrito. -Excmo. Señor. - José María Lison (sic), con la debida subordinación a V.E. hace presente: Que habiendo sido soldado del Regimiento del Rio de la Plata de la segunda compañía del Segundo Batallón hasta su disolución; como igualmente haber estado en todas sus campañas del Ejército Libertador del General Sn. Martin, y en la expedición del Sur a las órdenes del General Alvarado

con que se halló en las batallas de Torata y Moquegua, habiendo sido en el primer herido en el brazo derecho y sin prejuicio de dicha herida estuvo en la segunda.

Todo esto Excmo. Señor me parece un mérito demasiado grande para obtener mi plena libertad, no que por recompensa de mis servicios se me quiera volver a oprimir en la esclavitud.

Por tanto: A.V.E. pido y suplico que en prueba de lo que llevo expuesto se sirva mandar informen los señores coroneles Dn. José María Ayende y Dn. F. Vidal; como igualmente el teniente coronel D. Mariano Vivero, el que debe exponer la verdad de lo que tengo expuesto, como que ha sido capitán de mi Compañía; es gracia que espero alcanzar de la bondad de V.E.-José María Lizon (sic).

Declaración. -Excmo. Señor. - El individuo que representa lo conocí el año de 1821 sirviendo en el regimiento Rio de la Plata, igualmente me consta que marchó a la campaña del Sur a las órdenes del Señor General Alvarado. Es cuanto puedo informar en obsequio de la verdad. - Lima, diciembre 10 de 1829.- Francisco Vidal.

Otra.-Excmo. Señor.-

El año de 1821 conocí al que representa sirviendo el Regimiento Rio de la Plata, y lo vi en este Cuerpo en la Expedición a intermedios que fue al

mando del señor General Alvarado. Es todo lo que debo informar sobre el contenido de esta solicitud.-

Lima, diciembre 13 de 1829.- E.S. José Allende.

Otra. -Excmo. Señor. - Me consta cuanto representa el recurrente como que ha sido soldado de mi compañía hasta la batalla de Torata en donde caí prisionero, y en incorporación al Regimiento encontré a dicho soldado en su misma compañía. Es todo lo que debo informar sobre el contenido de esta solicitud. -Lima, 14 de diciembre de 1829.- Informen los jefes que se citan y fecho entréguese al interesado. -Rivadeneira.

Escrito.-Excmo. Señor.- José María Lizon (sic) con la debida subordinación a V.E. se presenta, que estando ya calificado por las informaciones que acompaña que el que representa ha sido soldado viejo y que por esto no es acreedor a que se le venda, por tanto: A.V.E. pide y suplica se sirva decretar en justicia, a fin de que no tenga que sufrir por recompensa de mis servicios el duro yugo de la esclavitud, siendo justicia que no dudo alcanzar de la recta administración de V.E..-Excmo. Señor.-José María Lizon.

Decreto. -Lima, diciembre 18 de 1829.-Al juez Militar de Primera Instancia para que administre justicia al suplicante con audiencia del defensor de menores. -Rivadeneira.

Lima y diciembre 2 de 1829.- Por recibido el Supremo Decreto que antecede, traslado al que sea amo de este fiero soldado, y aun tiempo se oirá al Defensor de Menores. - García- José Joaquín Luque.

Notificación. -En Lima, enero cinco de mil ochocientos treinta, hice saber la providencia que antecede a don Mateo Gonzales doy fe, -Gonzáles. - Tomás Guido, Escribano de diligencias.

Escrito. - Señor Juez. - Militar Primera Instancia. - D. Mateo Gonzales, Contador J. Secretario de la Junta del crédito de la Nación, en los autos que inconsultamente pretende continuar José María Lizon (sic) sobre su libertad por frívolos pretextos y lo demás deducido en contestación al traslado que se ha conferido digo:

Que haciendo justicia se ha de servir V.S. desatender en todos sus extremos tan desatinada pretensión por ser contraria a lo que a los autos resulta derecho, favorable siguiente:

Un esclavo, Señor que por substraerse a la servidumbre ha forzado importantes campañas y servicios militares que se tienen desconocidos, es el que llama la atención de este Juzgado, y me precisa también al contesto que se me ordena sobre el intempestivo escrito que hoy presenta. Yo debería ciertamente ahorrarme de este trabajo respecto a que habiendo celebrado cerca de dos años la venta en una pequeña cantidad, por sus suplicas al S. D.

José Ignacio Palacios, y por éste después S. Boca negra los inmediatos amos eran más bien los responsables al siervo, pero (roto) ha de ser su afición y citación ha sido a mi y es forzoso por lo tanto decirlo conducente en este asunto, tan frecuentes como escandalosos en los esclavos, de esta especie.

Entrando pues en el asunto me contraigo, recomendando a la rectitud de este Tribunal el auto de fojas cuatro vuelta, por el cual ahorrándonos el trabajo de persuadir lo que de suyo se manifiesta V.S.S. vendrán en conocimiento de que si ese esclavo no ha presentado la licencia final de su retiro y servicios militares, jamás puede alcanzar la soñada libertad que con tantos vicios y más reprobada malicia pretende con sorpresas de tiempo, en tiempo. Así pues, resulta que con vista al citado auto expedido por una autoridad, en ejercicio de sus atribuciones, y como no comprendido en la ley de gracia, y con un pleno consentimiento suyo procedí a su venta.

Habría concluido ciertamente Señor, el contesto con solo lo indicado, sino tuviere a la vista los informes que se han expedido por los dos jefes que suscriben el expediente agregado. Esto merece desde luego mi atención por solo consideraciones de armonía, pero no el riesgo que influye en despojarme del esclavo. Las exposiciones de vista de ojos a que se refieren a dichos SS. Y que es de admirar tuviesen presente entre más de cinco mil hombres soldados a un negro que la muchedumbre pertenecía, nada otra cosa prueba, sino que

acaso si es cierto que militó fue porque se huyó. Esto no le reporta favor alguno, pues mientras no conste de sus victorias e inutilidad obra contra él el decreto expedido el año anterior para devuelta de esclavos tales, y no comprendido en el Supremo Decreto 19 de octubre de 1825. En mérito de todo lo cual.

A.V.S.S. Pido y suplico que habiendo por contestado al traslado se sirva mandar hacer como solicitado, en el exordio de esto que repito en justicia que imploro, etc.- Mateo Gonzales.

Decreto. - Lima y Enero 22 de 1830.- Agréguese este expediente al que nuevamente a promovido José María Lizon, y desclé traslado del escrito anterior.- García.-Luque.

Notificación. - En Lima, enero veinte y dos de mil ochocientos treinta, hice saber del traslado que antecede a José María Lizon. Doy fe. - Tomas Guido, Escribano de Diligencias.

Escrito. - S. J. M. 1^a. Instancia. - José María Lizon (sic), en el expediente que sigo con mi amo D. Mateo Gonzales sobre que se declare mi libertad. en virtud de ser comprendido en el Decreto últimamente expedido en 19 de octubre de 1825, a favor de los que se hallaren en las Campañas del Sur, con lo demás deducido, respondiendo al traslado que de su escrito se me ha conferido, digo:

Que en término de rigurosa justicia, se ha de servir V. S. de negar todas sus frívolas exposiciones, ordenando en vista de mis pruebas producidas, se me declare por libre, e imponerle perpetuo silencio al expresado D. Mateo, sirviéndose V. S. dispensarme entre otras cosas, que del fallo que se pronuncia se me de una copia bastante autorizada para que me sirva de resguardo, según lo paso a demostrar.

No me encargo de otra cosa. Señor, sino de recomendar a la probidad de V. S. la ligereza en las reflexiones que se asientan de contrario disponer que no he estado en las expediciones según manifiestan las pruebas en el expediente, es desde decir lo que han calificado los jefes informantes. Es nada menos que contrariar la palabra de honor que tan sagradamente sostiene, y se hayan en obligación de afirmar. Seguramente mi amo ha caducado. Sus reflexiones por ahora, no lo serán de ningún valor. El proceso arroja mis servicios; y por consiguiente V. S. está en la forzosa necesidad de declararme la libertad a que aspiro.

Si por un solo momento continuo en hablar cerca de lo desatinado del discurso de D. Mateo, iré tachando toda oración, toda línea, toda sílaba y todo al último recurso de contestación; pero quien (roto) dar decencia, contra los que solo se dirigen a engañar más bien que raciocinar y demostrar, y protestando seguir las causa hasta su conclusión.

A.V. E. suplico que, en mérito de lo alegado, se sirva de ampararme en la libertad que aspiro. En justicia que espero alcanza, etc.- A ruego de José María Lizon (sic).- José Encalada.

Decreto. - Lima y enero 27 de 1830.- Traslado al abogado defensor de menores. - García. - José Joaquín Luque.

Notificación. - En Lima, enero veinte y ocho de mil ochocientos treinta, hice saber el traslado que antecede al Dr. D. Manuel José Rueda. Abogado Defensor de Menores doy fe.- Tomás Guido, Escribano de Diligencias.

Providencia.- Señor Juez M. de 1ª. Instancia.- El abogado Defensor de menores en respuesta al traslado que se le ha comunicado en este expediente, promovido por José María Lizon con su amo que fue don Mateo Gonzales sobre que se le ampare en la libertad que ha conseguido por el servicio que ha hecho en el Ejército de la Patria, dice: que las declaraciones dadas por sus Jefes que obran de fojas 1 vuelta a fojas 2, y reconocimiento hecho por los profesores de cirugía del expresado Leyzon, corriente a fojas 4 vta., califican a la mayor evidencia el servicio hecho por dicho Leyzon de soldado en el Regimiento del Rio de la Plata en las acciones desgraciadas de Torata y Moquegua, de donde salió herido y prisionero, cuya cicatriz aún la mantiene en la parte lateral

derecha e inferior del pecho que aunque ésta no le inutilizó para el servicio, pero si la conformación extraordinaria de ambas manos para el manejo de las armas; así es que resultando de las pruebas producidas por Leyson haber servido desde antes del año de 23, haber salido herido y prisionero en las batallas de Torata y Moquegua y últimamente inutilizado para el servicio, es visto que se halla comprendido en la gracia concedida a los esclavos por el Supremo Decreto de 19 de octubre de 1825, quedándole solo al amo el derecho de la indemnización de sus propiedades sobre lo que resolverá V. S. lo que estime de justicia.-

Lima y febrero primero de 1830.- Manuel José de Rueda.

Decreto. - Lima y febrero tres de mil ochocientos treinta.- Autos, citadas las partes para resolver.- Una rúbrica.- Luque.

Notificación. - En Lima febrero tres de mil ochocientos treinta: hice saber la Providencia que antecede a José María Lizon, no firmó por no saber escribir y lo hizo un testigo, doy fe. -Tomas Guido, Escribano de Diligencias.

Seguidamente hice otra a don Mateo Gonzales, doy fe.-Gonzales.-Guido.

Auto. -Lima, febrero 6 de 1830.-

Vistos: no resultando de los informes expedidos a solicitud de José María Lizon, ni del dictamen de los facultativos corrientes a fojas cuatro vuelta que se haya invalidado en el servicio militar, lo que por otra parte ha debido acreditar con documentos, según el art. 2º del Supremo Decreto de 19 de Noviembre de 1825, **se declara que debe volver al dominio de su amo don Mateo Gonzales, en conformidad de lo resuelto en el art. 3º del mismo Supremo Decreto.**-R. Mariátegui.- Manuel Ignacio García.- José Joaquín Luque.

Notificación. - En Lima, febrero 6 de mil ochocientos treinta, hice saber el auto anterior a D.

Mateo Gonzales, doy fe. - Gonzales. - Tomas Guido, Escribano de Diligencia.

Otra. - Seguidamente hice otra al moreno José María Lizon, no firmó por no saber escribir y lo hizo un testigo, doy fe.- J. Félix Manrique.- Guido.

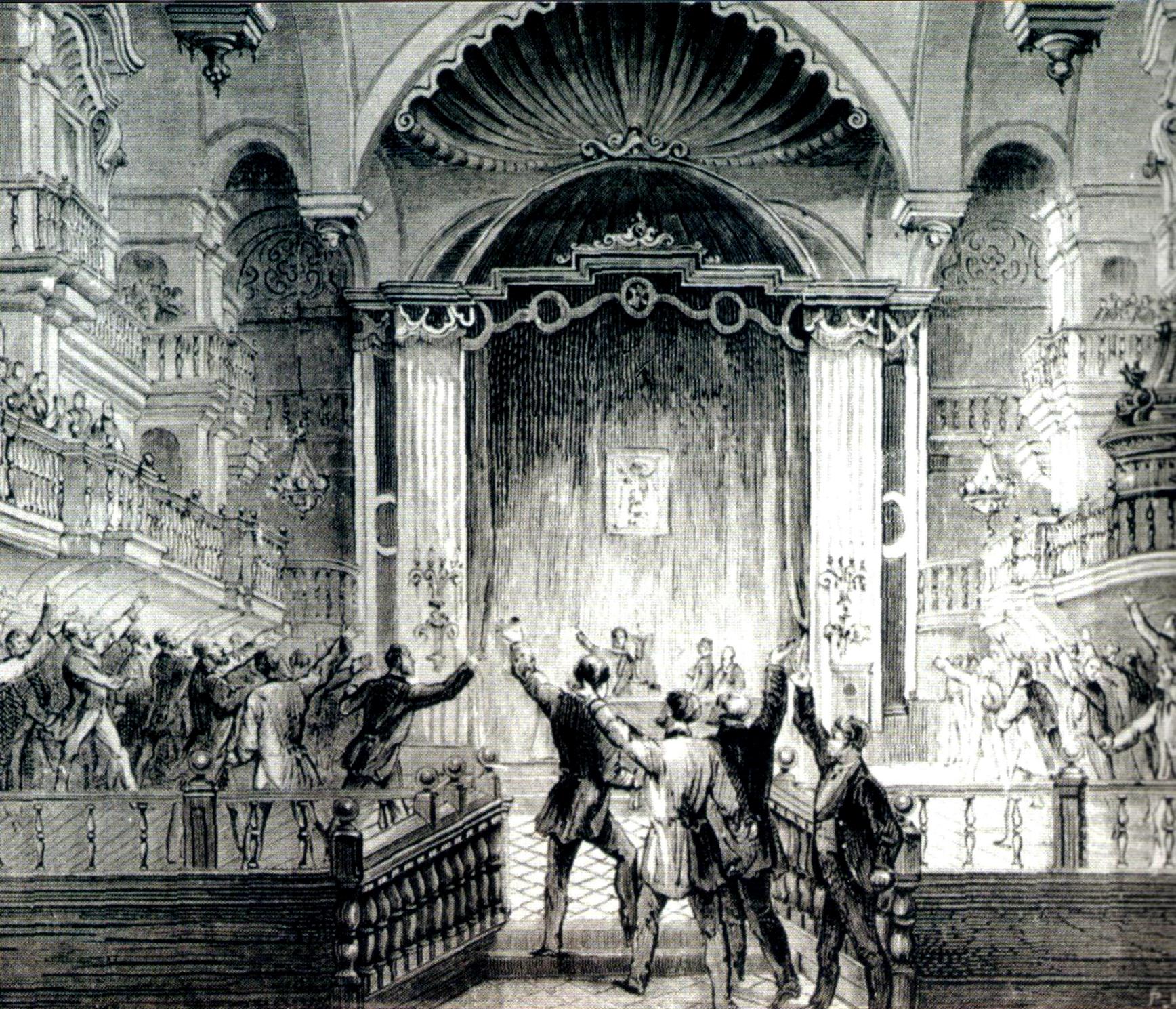
Otra. - En Lima, febrero siete de 1830, hice saber el auto del reverso al Dr. D. Manuel José de Rueda, abogado defensor de Menores, doy fe.- Rueda.- Guido.

José Gabriel Gálvez Egúsquiza
Patrono de la Justicia Militar Policial (2014)
Fuente: Museo Histórico Nacional de Chile.



CAPÍTULO V

La corriente anticaudillista y
el Fuero Militar en la
Convención Nacional
(1855)



Reacción de los parlamentarios ante el asesinato del presidente José Balta en julio de 1872.

La adecuación del fuero militar en el tránsito a la Convención

La Constitución de 1839 legitimó el poderío del Presidente en la esfera de poder estatal, ortogándole liderazgo político:

“Art. 87. Son atribuciones del presidente de la República:

20^a Nombrar con aprobación del Congreso, los generales necesarios, para completar el número designado en el art. 147.

21^a Nombrar los jefes y oficiales, y demás empleados del ejército y armada conforme á las leyes.

23^a Nombrar los ministros de Estado y removerlos, haciendo efectiva su responsabilidad según las leyes.

24^a Nombrar los magistrados de los tribunales de Justicia y demás funcionarios del Poder Judicial, conforme á esta Constitución.¹²⁵

Sin embargo, a diferencia del fuero privativo militar que lo mantuvo legalmente a través de las ordenanzas españoles y de las normas expedidas en medio de la inestabilidad política de los años treinta, las otras jurisdicciones si fueron reconocidas por la Carta:

“Art. 114. Habrá tribunales y juzgados privativos para las causas de comercio, minería, diezmos, aguas, presas y comisos. El número de sus vocales, sus atribuciones, y lugares en que deben establecerse los juzgados, se determinará por una ley¹²⁶.

En la jurisdicción militar, al no indicarse expresamente la existencia del Consejo Supremo de la Guerra, se entendió que nuevamente las funciones retornaban al Jefe del Ejecutivo, dejando a su discrecionalidad la política de los nombramientos o designaciones de los Jefes y oficiales y demás empleados del ejército y de la armada. La Carta indicó en el Título XIV: Poder Judicial, que las Cortes Superiores conocían los casos

125 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente: Historia de las Constituciones. Lima. Editorial Andina. 1978; pág. 352.

126 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente: ob.cit.; pág. 357.

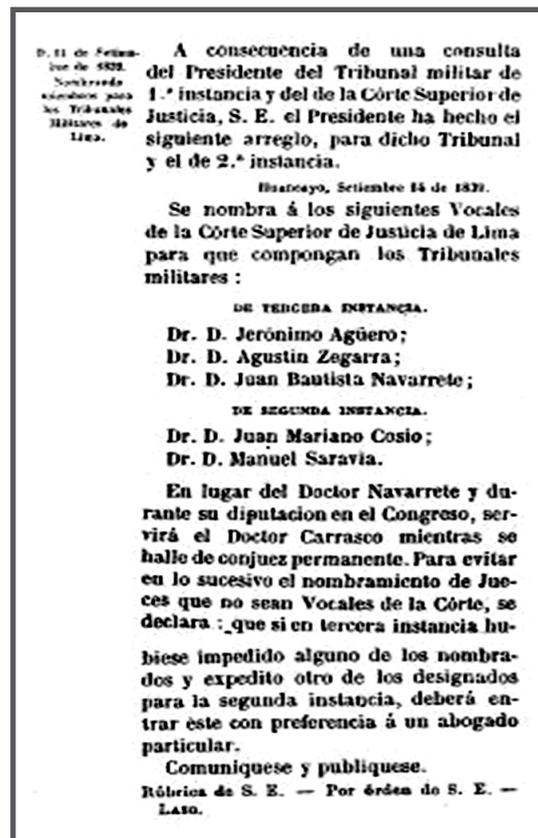
contemplados por los jueces militares de primera instancia:

“Art. 121: Son atribuciones de las Cortes Superiores:

8ª Conocer en segunda y tercera instancia de las causas del fuero militar, con los jefes que en clase de conjuces deban concurrir conforme á la ley.”¹²⁷

Para ello, se establecieron cortes marciales con vocales de este colegiado y los conjuces militares. Respecto al conocimiento de los recursos de nulidad se conformaría una sala con participación mixta de los Vocales Supremos y de dos generales designados por el Ejecutivo en calidad de conjuces; medida que rescataba la competencia de fueros señalada décadas atrás.

Podríamos sostener que pese a ser militar, Gamarra optó porque sea un órgano externo como el Poder Judicial el que contemplase los casos de delitos militares y civiles luego de una guerra intestina que se había superado con las victorias pero que en adelante requería de la reincorporación de efectivos que habían servido al bando contrario.



Nombramiento de Vocales de la Corte Superior de Justicia para conformar Tribunales Militares de 3ª. y 2ª. Instancia. Decreto del 11 de febrero 1838. Archivo del Congreso.

127 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente: ob. cit.; pág. 358 y ss.

Lima, á 21 de Julio de 1839.

Considerando :

I. Que por el artículo 3 del decreto de 20 de Abril de 1839 se dispuso que los jueces de 1.^a instancia en las provincias desempeñen el cargo de auditores de guerra en los casos que ocurran, tanto para dictaminar en los procesos, cuanto, para conocer en los asuntos contenciosos del fuero :

II. Que habiendo sido aprobada esta resolución por el congreso de Huancayo con las demás que en esa poca expidió el Presidente provisorio de la república, tiene fuerza de ley ;

III. Que en conformidad á ella dictó el Gobierno el artículo 4 del decreto de 4 de Agosto de 1848 ;

IV. Que el presupuesto general de la república no ha derogado ni puede derogar esa resolución, que para dejar de existir necesita una disposición legislativa sancionada por los medios dispuestos en la Constitución ;

V. Que al omitir con respecto á algunos auditores la gratificación que el presupuesto anterior consideró para todos, solo se propuso el congreso un

objeto económico en la reducción de gastos sin eximir á los jueces ordinarios de primera instancia del cargo de auditores de guerra que tienen anexo á su destino ;

VI. Que no puede el Gobierno permitir que por excusas infundadas de los juzgados como la que dá mérito á esta resolución, se paralice el curso de la administración de justicia en el ramo militar ; se declara : que los jueces de primera instancia en las provincias donde no haya Corte Superior, tienen obligación de dictaminar como Auditores de Guerra en las causas criminales de oficio, y entender con los respectivos jueces militares en el seguimiento y resolución de las contenciosas y demás que les están encomendadas, aunque no les abone el presupuesto general gratificación alguna.

Comuníquese y publíquese.

Rúbrica de S. E. -- CISNEROS

D. 21 de Julio de 1839.
Disponiendo que los jueces de primera instancia sirvan de auditores donde no hay Corte Superior.

Disponiendo que jueces de 1.^a Instancia, en provincias que no haya Corte Superior, sean Auditores de Guerra. 20 de abril 1839.

Archivo del Congreso.

Durante la administración del general Francisco Vidal se reincorporaba el cargo de Auditor General del Ejército, suprimido por decreto del 30 de abril de 1839 y las circunstancias existentes se hacía necesario contar para los asuntos que no pueden diferirse sin perjuicio de la disciplina militar. Por ello, se nombra al Doctor José María La Torre y Bueno, vocal de la Corte Superior de Lima, manteniendo similar jerarquía¹²⁸.

El contexto político

Ante la muerte de Agustín Gamarra y el retiro político de Andrés Santa Cruz, la década de 1840 evidencia el surgimiento de nuevos caudillos en la vida política del país: Francisco Vidal, Manuel Ignacio de Vivanco Iturralde, Juan Crisóstomo Torrico, Antonio Gutiérrez De La Fuente, Ramón Castilla y Marquesado, así como Domingo Nieto y Márquez.

En 1843 se observa el liderazgo del general Vidal en la zona centro-norte del país y de Vivanco en Arequipa. Ambos sostenían que el establecimiento de un congreso restablecería la

institucionalidad. No obstante, una vez en Lima, Vivanco se retractó y se declaró Director Supremo, disolviendo la junta preparatoria que se había instalado con los diputados existentes en la capital¹²⁹; asimismo, exigió reconocimiento y obediencia a su investidura de facto.

En forma paralela, se estableció la Junta Suprema de Gobierno Constitucional, que contó con la presencia de Nieto y Castilla y que gobernó en nombre del Consejo de Estado, dando lugar a la “Revolución Constitucionalista”.

Las protestas en contra del régimen de Vivanco, motivaron que el propio Director Supremo asumiera la conducción de las tropas y viajara al sur para sofocarlas, lo que se definió en la Batalla de Carmen Alto, en Arequipa, el 22 de julio de 1844. Su fracaso ante los constitucionalistas, otorgó el triunfo a la Junta Suprema.

Domingo Elías Carbajo, quien se desempeñaba como Prefecto del departamento de Lima, restituyó la autoridad al Consejo de Estado, ante la cual Castilla —apodado el “Soldado de la Ley”— se sometió.

128 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Archivo del Congreso de la República*. Decreto del 11 de noviembre de 1842.

129 TÁVARA, Santiago: *Historia de los Partidos*. Editorial Huascarán. Lima. 1951, p. 177.

El derrocamiento del régimen de Vivanco permitió la restauración del ejercicio del poder político del Consejo de Estado, desde Lima, que convocó a elecciones; luego de las cuales resultó ganador el general Ramón Castilla y Marquessado, ocupando la Presidencia Constitucional de la República.

El gobierno de Castilla se caracterizó por recuperar la institucionalidad del país y modernizar el Estado, gracias a los ingentes ingresos proveniente de las exportaciones de guano o fertilizantes naturales; lo que permitió consolidar el sistema político, que aún se veía afectado por la existencia de remanentes de facciones opositoras al régimen.

Desde los inicios de su gobierno el mandatario, en su afán democrático propuso una estrecha relación entre el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Consejo de Estado.

Dentro de sus actos de gobierno la jurisdicción militar fue retomando su institucionalidad. Circunstancia que vemos corroborada, como señala Roberto Pereira al citar "... la circular del 3 de abril de 1846 destinada a impedir la aplicación del fuero de guerra a los miembros de las Fuerzas

Armadas involucrados en indebidos manejos de fondos de la hacienda pública".¹³⁰

Para ello, por Decreto del 4 de agosto de 1848 el gobierno procedió a organizar los juzgados militares

“Decreto:

Art. 1. Se nombran jueces o conjuces militares para toda la República á gefes mencionados en el cuadro adjunto..

Art. 2. La jurisdicción de los jueces de primera instancia comprende todo el departamento ó provincia litoral que les designa, entendiéndose que el Juez de Ayacucho lo será también del departamento de Huancavelica; y el de La Libertad, del de Amazonas. Por lo que respecta á 2ª y 3ª instancia se estará a lo dispuesto en materia de jurisdicción para el fuero común.

Art. 3. Los jueces de primera instancia servirán de fiscales en los procesos que deban seguirse por crímenes militares y faltas graves contra el servicio, en que incurrieren los gefes ú oficiales residentes en el territorio de su jurisdicción. Para estos juicios servirán de secretarios cualesquiera de los oficiales de la Guardia Nacional.

130 PEREIRA CHUMBE. Roberto Carlos: La evolución legislativa de la Justicia Militar en el Perú: En: ANUARIO DE DERECHO PENAL: La reforma del derecho penal militar. Universidad de Friburgo (Suiza). 2001-2002; pág. 366.



El general Ramón Castilla y Marquesado
Presidente del Perú



Domingo Elías Carbajo, Jefe Supremo del Perú 1844.
De Reproducción - Familia Elías, Dominio público,
<https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=3015994>

DOMINGO ELÍAS CARBAJO, nacido en Ica el 19 de diciembre de 1805 fue hacendado y político liberal. Prefecto de Lima. Fundador junto con los hermanos Gálvez Egúsqiza del Colegio Nuestra Señora de Guadalupe. Se proclamó Jefe Supremo del Perú durante la rebelión constitucional que derrocó al Supremo Director General, Manuel Ignacio de Vivanco, de junio a agosto de 1844. Más adelante, fue candidato en las elecciones presidenciales de 1850. Opositor al régimen de Echenique, fue amigo de Ramón Castilla y uno de sus ministros. Fundador del Club Progreso.

TAURO DEL PINO, Alberto: ob. cit.; 2001. Tomo 6; p. 898.

Lima á 10 de Junio de 1845.

Vista esta consulta, y considerando :
que ha estado en práctica el que el Inspector general del ejército pida directamente visitas al Auditor de guerra, como se comprueba por los procesos que se han traído á la vista ; y que además ha tenido lugar anteriormente una resolución á este respecto apoyando dicha práctica fundada en que el Inspector ejerce el mando de armas del departamento, y que de consiguiente tiene que conocer en todas las causas militares que se promuevan en él, las que no podrian seguirse con toda la exactitud que se requiere, sin el exámen que en su oportunidad debe hacer de los expedientes el Auditor para abrir dictámen ; se declara : que el Auditor de guerra debe prestar su parecer siempre que se lo pida el indicado Inspector general en las causas militares, á manera que en los demás departamentos se verifica por decretos de los gefes de armas.

Comuníquese.

Rúbr:

D. 10 de Junio de 1845.
Que el Auditor de Guerra debe prestar su parecer al Inspector General del Ejército.

Auditor de Guerra informa al Inspector General del Ejército.
Decreto de 10 de junio de 1845. Archivo del Congreso.

Lima, 7 de Julio de 1848.

D. 7 de Julio de 1848.
Organizando las Jucaturas de paz militares.

Resultando suprimidas las mayorias de plaza en toda la República con excepcion de la Capital, á virtud de la ley del presupuesto ; y haciéndose con este motivo sentir la necesidad de que el Gobierno provea de Jueces de paz militares á los otros departamentos y provincias, puesto que su creacion emana del artículo 124 de la Constitucion ; se declara : que el Mayor de plaza de la Capital continuará como hasta aquí desempeñando el juzgado de paz de su distrito ; que los primeros gefes de los cuerpos del Ejército deben subsistir igualmente ejerciendo las funciones de Jueces de paz en las causas que se promuevan contra los gefes ú oficiales de su inmediata dependencia ; y que los primeros gefes de los cuerpos de la Guardia Nacional son tambien Jueces de paz militares en todos los demás departamentos y provincias de la República.

Comuníquese á quienes corresponda y publíquese.

Rúbrica de S. E. — SAN ROMAN.

Judicaturas de paz militares (7 de julio de 1848).
Archivo del Congreso.

Art. 4. En los departamentos donde hubiere establecida Corte Superior, ejercerá de auditor de guerra el vocal que para ello tuviese nombramiento del Gobierno, y en aquellos donde no la hubiere serán desempeñados por el juez de primera instancia de la capital conforme á lo dispuesto en el decreto de 30 de Abril de 1839. Estos auditores percibirán la gratificación de veinticinco pesos mensuales que para escritorio y gastos de amanuense le está señalada por la escala de sueldos vigente, y que también abona el Presupuesto General. En las provincias litorales de Callao y Piura servirán la auditoría de guerra los Jueces de primera instancia, y sólo tomarán la mitad de la gratificación que gozan los auditores departamentales.

Art. 5. En los departamentos de Arequipa, Cusco y La Libertad reasumían el mando militar territorial los Conjuces nombrados para tercera instancia: en Puno y Ayacucho los de segunda instancia: y en Moquegua, Junín, Ancachs y Piura los Jueces de primera instancia.

En Lima continuará ejerciendo esta autoridad el Inspector General del Ejército, en la provincia litoral de Callao el Comandante General de marina. El departamento de Huancavelica

queda agregado al de Ayacucho en la parte militar, y el de Amazonas al de La Libertad.

Art. 6. Al Gefe que ejerza la autoridad militar, estarán sujetos todos los gefes, oficiales y demás clases militares que tengan destino, se encuentren de tránsito, ó residan en el territorio de su jurisdicción; y por su conducto elevarán los recursos y peticiones que interpongan al Gobierno. Será también atribución de este Gefe, señalar el día de revista de comisario como manda el reglamento, intervenirla personalmente, ó nombrar al que deba reemplazarlo y ejercerá en general todas las funciones cometidas a las jefaturas de arma, que se mencionan en la resolución de 22 de mayo de 1845. El Inspector General del Ejército se entenderá con dicha autoridad para la transmisión de las órdenes que le competan.

Art. 7. Queda vigente la resolución de 20 de Marzo de 1847 y los demás decretos relativos al modo como deban reemplazarse los jueces y conjuces militares en caso de ausencia ó impedimento.

Comuníquese á quien corresponda y publíquese.

CASTILLA – MIGUEL SAN ROMÁN¹³¹

131 CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Archivo del Congreso. Decreto de 4 de agosto de 1848. Organizando los juzgados militares de primera y segunda instancia.

El liberalismo doctrinario a mediados del siglo XIX

Lima, Octubre 27 de 1848.

D. 27 de Octubre de 1848. Considerando: que conservado el fuero militar, no solo en la parte criminal, sino en todo lo que concierne á acciones civiles, se ha hecho indispensable la subsistencia de estos juzgados privativos: que por resolución de 20 de Marzo de 1847 se declaró que en caso de impedimento ó ausencia del juez de primera instancia militar desempeñase la judicatura el Mayor de la plaza: que estando suprimidas estas mayorías en todos los departamentos de la Republica, excepto la capital, le cumple al Gobierno remover cualesquiera tropiezos que pudieran suscitarse á virtud de los arreglos determinados por el decreto de 4 de Agosto último, se declara: que los jueces de paz militares deben reemplazar á los de primera instancia en los casos de ausencia ó embarazo legal para el conocimiento de las causas del fuero, sometidas á su jurisdiccion. Contéstese á la Prefectura de Arequipa, comuníquese á quienes corresponda y publíquese.

Rúbrica de S. E. — Rto.

Dicho escenario, desde mediados del siglo XIX, propició el interés de la sociedad, sobre todo de la limeña, en fortalecer la institucionalidad del sistema representativo y del gobierno. En esta época, se observa el surgimiento de los clubes políticos, como antecedente de los partidos políticos, destacando el Club Progreso o Club de Frac -debido a la vestimenta de sus integrantes. El 9 de octubre de 1850, este colegiado, a través de su periódico *El Progreso*, un artículo titulado “*Candidato y programa del Club Progresista*”, contenía los puntos principales de su política. En ellos, se puede observar los requerimientos del sector intelectual y político, bajo las premisas del orden, en virtud de las cuales debían reducirse los artículos de la Constitución a “los suficientes”, estableciendo con prioridad y de manera clara, los derechos individuales que debían ser enseñados en las escuelas.

Domingo Elías Carbajo, líder del liberalismo y acaudalado hombre de negocios, era partidario de una sola cámara en el Congreso, que llevara a cabo el juzgamiento de los representantes, por los actos políticos que cometieran y su probable remoción. Los congresistas involucrados contarían con la facultad de ser oídos ante los casos de acusación constitucional formulados en su

contra por la Comisión del Congreso. Finalmente, el Club Progreso dejó establecida la incompatibilidad de atribuciones entre los miembros del Poder Ejecutivo y del Legislativo, a la vez.

Los escándalos por el pago de la deuda interna, el mal manejo de la deuda externa, así como el destino de los ingresos del guano, generaron un conjunto de protestas que en 1854, se materializaron en la insurrección liberal y popular que provocó el derrocamiento del régimen del general José Rufino Echenique, acusado de corrupción.

Durante el 5 de diciembre de ese año, Ramón Castilla expidió sendos decretos en la ciudad de Huancayo, que permitieron abolir la contribución de los indígenas y la esclavitud, ambos rezagos coloniales. Para ello, contó con la ayuda de los liberales: el Ministro de Culto, Justicia y Hacienda, Manuel Toribio Ureta; y del Ministro de Gobierno, Relaciones Exteriores y Guerra, Pedro José Gálvez Egúsqüiza.

El derrocamiento de Echenique se produjo en la batalla de La Palma, en Lima, el 5 de enero de 1855. El golpe, tomó legitimidad a costa de la insurrección, frente al desconocimiento de la población de un régimen que, a pesar de haber sido elegido de acuerdo a ley, había perdido su legitimidad por el flagelo de la corrupción.

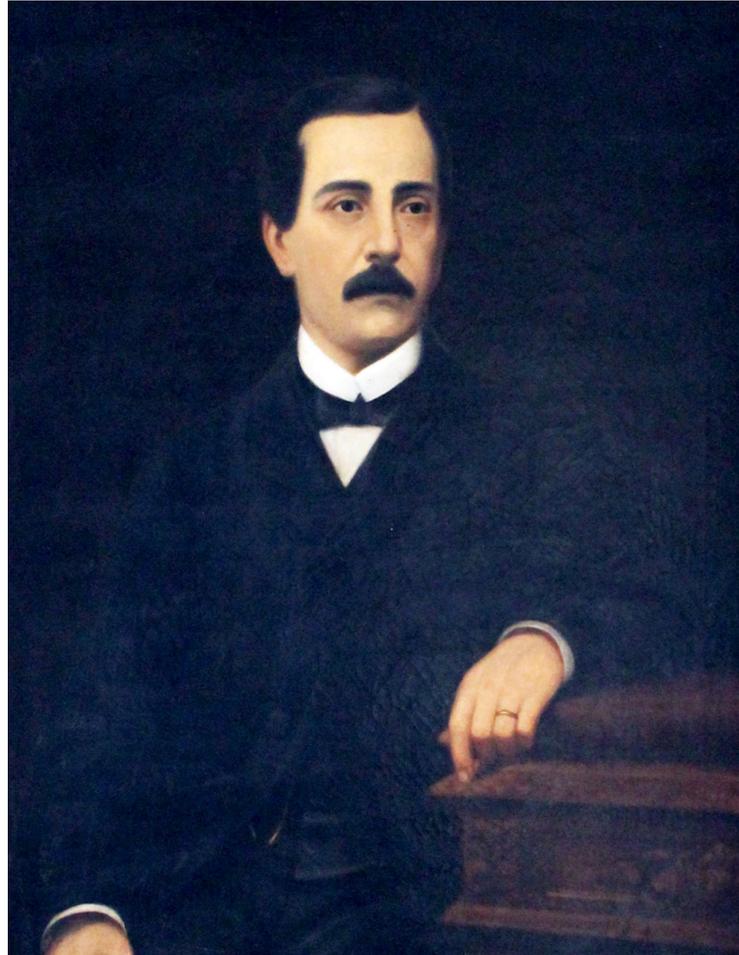
Castilla era uno de los hombres más importantes de nuestra historia republicana, pues con su retorno al poder retomaba el momento de apogeo en el Perú del siglo XIX. Le dio al país su primer programa de obras públicas gracias a los ingresos del guano. Él y sus “constitucionalistas” lograron grandes cosas para la causa republicana. Su primer gobierno inaugura la etapa de “Apogeo Republicano”, en donde se logró la estabilidad institucional y se ordenó la economía nacional a partir de un régimen de presupuestos. Se canceló el servicio de deuda externa e interna, se modernizó el Ejército y la fuerza naval, y se sentaron las bases para la seguridad interior y las políticas de defensa nacional.

Desde entonces, se conoció su gestión como la del Libertador del Perú y Presidente Provisorio; así, se inició el *gobierno de la moralidad*. En este periodo, se concedió a los liberales la oportunidad de influenciar, como sus similares europeos, en el proceso de cambio, el mismo que se caracterizó por afianzar los derechos y las libertades de las personas en la sociedad, amparados en la igualdad ante la ley, se combatió todo rezago de privilegios como los fueros personales eclesiástico y militar e incluso, se recortó las discrecionalidades con las que contaba el Estado.



Caricatura que satiriza al Presidente José Rufino Echenique y al general Juan Crisóstomo Torrico, Ministro de Guerra por el uso de recursos públicos. Williez, León. Adefesios: Colección por un Cándido, Año 1855, Lámina 8. BNP, Fondo Antiguo.

PEDRO JOSÉ GÁLVEZ EGÚSQUIZA.
Nació en Cajamarca, el 28 de abril de 1822. Abogado, político y diplomático. Inició estudios en el Colegio de Ciencias y Artes, luego pasó al Convictorio de San Carlos (1842), donde optó el grado de doctor en Jurisprudencia (1845) y se recibió de abogado. Ejerció la docencia en el Colegio Nuestra Señora de Guadalupe (1846), llegando a ser su rector entre 1850 y 1852. Miembro fundador del Club Progreso. Apoyó la revolución liberal de Ramón Castilla, formando parte del régimen como Ministro de Justicia e Instrucción (1855). Redactó los decretos de abolición del tributo indígena y de la manumisión de la esclavitud. Más adelante, fue elegido diputado por Cajamarca en la Convención Nacional (1855-1856). Fue ministro plenipotenciario en España y Francia. En el segundo gobierno de Ramón Castilla, ocupó el Ministerio de Hacienda (julio a octubre de 1862). Alternó representaciones diplomáticas con la cátedra. Durante el gobierno de José Balta fue Ministro de Gobierno y Presidente del Consejo de Ministros (1868-1869). Falleció en París en 1872.



Doctor Pedro José Gálvez Egúsqüiza.
Galería de Retratos del Ilustre. Colegio de Abogados de Lima.
Palacio Nacional de Justicia.



José Gálvez Egúsqüiza
BNP. Archivo Fotográfico.

JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQÜIZA. Nació en Cajamarca el 17 de marzo de 1819. Abogado, profesor y líder de los liberales. Presidente de la Convención Nacional entre 1855 y 1857, se caracterizó por las reformas estatales planteadas que incorporó la Constitución de 1856. Decano del Colegio de Abogados de Lima en 1865, apoyó a la dictadura de Mariano Ignacio Prado Ochoa integrando el Gabinete de la Victoria, en calidad de secretario de Guerra y Marina. Como tal, le correspondió organizar la defensa del Callao ante los ataques de la Expedición Española. Falleció por una explosión producida en el Torreón de La Merced, el 2 de mayo de 1866.

TAURO DEL PINO, Alberto: ob. cit.; 2001. Tomo 7; pág. 1031.

Por Resolución Administrativa N° 82-2014-FMP/CE/SG Lima, 17 de noviembre de 2014. Se resuelve: Artículo Único. - Declarar a Don José Gabriel GÁLVEZ EGÚSQÜIZA como Patrono del Fuero Militar Policial.

Juan Pablo Ramos Espinoza. General de Brigada (r) Presidente del Consejo Ejecutivo del Fuero Militar Policial.

D. 3 de Diciembre de 1852.
Declarando que los militares *ad honorem* no tienen fuero de guerra.

A una consulta de la Mayoría de Plaza de este departamento, sobre las personas que deben disfrutar del fuero de guerra, con arreglo á los códigos últimamente publicados; S. E. el Presidente ha expedido la siguiente resolución :

Lima, Diciembre 3 de 1852.

Estando dispuesto terminantemente en el art. 126 del Código de Enjuiciamientos que solo gozen fuero de guerra los militares que esten en actual servicio ó que se les haya declarado dicho fuero al tiempo de su separacion del ejército; de conformidad con el citado artículo y dictámen del fiscal de la Corte Suprema de Justicia, se declara : que no lo disfrutan las personas que han obtenido despachos *ad honorem*, ni tampoco las viudas é hijos que estaban gozándolo ántes de la promulgacion de los expresados códigos.

Comuniquese y publíquese.

Rúbrica de S. E. — TORRICO.

Por decreto del 5 de febrero de 1855, Ramón Castilla convocó a la Convención Nacional de Diputados, elegidos por primera vez por sufragio directo y universal para el período 1855 a 1857. Se designó a los integrantes de la Comisión de Constitución que redactaría la nueva Constitución donde destacará el papel del líder de los liberales José Gabriel Gálvez Egúsquiza. El parlamento eligió como presidente provisional a Castilla, reconociendo su gestión anterior de contribuir a la desaparición de los flagelos pendientes: La abolición de la contribución de indígenas y de la esclavitud, a través de los famosos decretos de Huancayo, 5 de diciembre de 1854.

En el aspecto económico, los liberales demandaron la supresión de los diezmos. Pese a ello, no propusieron la ruptura del vínculo Estado-Iglesia, por el fuerte arraigo de la religión católica en la sociedad y su reconocimiento como religión oficial del Estado.

Durante el debate para la redacción de la nueva Constitución, se discutió acerca de disminuir el poder del caudillo encarnado en la figura del Presidente de la República, a quien la Carta le otorgaba liderazgo político frente a otros poderes del Estado y también en el ámbito castrense, llegándose a plantear la desaparición del fuero militar. Pedro Gálvez, representante de Cajamarca y luego José, rebatieron dicha postura argumentando la necesidad de mantener la jurisdicción, pero

para los efectivos en actividad y no en retiro, lo cual ya se hallaba establecido por decreto del 3 de diciembre de 1852 expedido por el general Echenique”.¹³²

Acorde con este decreto, Roberto Pereira Chumbe en “La evolución de la justicia militar en el Perú”, identificó que los militares en retiro no gozaban de fuero mientras que Cristian Donayre Montesinos sostenía lo contrario¹³³. Frente a la continuidad del fuero, los liberales optaron porque existiera una mayor injerencia del Poder Legislativo en los ascensos del personal del Ejército desde la clase de mayor graduado hasta general y de capitán de corbeta hasta contralmirante de marina.

De otro lado y en aras de la protección de la persona, en el seno del colegiado se abordó la necesidad de abolir la pena de muerte bajo el razonamiento que el Estado no puede quitar lo que no da. De esta manera, el derecho a la vida era reivindicado como derecho inviolable, lo cual fue secundado e hizo que la Constitución de 1856 amparase, por primera vez, la tesis abolicionista

dentro de una nueva percepción de los derechos. A partir de esta Carta, fueron colocados primero antes de la organización del Estado, primando la parte dogmática frente a la orgánica.

Bajo ese mismo razonamiento, los liberales postularon la defensa irrestricta de las libertades, generando que se aprobase una serie de medidas como la inclusión de la amnistía, la cual sólo podía ser concedida por el Legislativo e instaurando limitaciones al ejercicio de la administración, la cual no podía suspender las garantías constitucionales. Todo ello, se produjo en el proceso de transferencia del liderazgo político del gobierno al parlamento que además contenía dos tareas muy específicas: incorporar instrumentos institucionales del régimen parlamentario, en el poder central para neutralizar al imperante caudillismo militar y, asimismo, otorgar mayores atribuciones a los ministros e instituyendo por primera vez la Presidencia del Consejo de Ministros, dentro del Poder Ejecutivo, convirtiendo a su titular como nexo entre éste y el Poder Legislativo.

132 Archivo Digital del Congreso de la República. Decreto del 3 de diciembre de 1852. <www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyesXIX/1852189.pdf>

133 PEREIRA CHUMBE, Roberto: Evolución legislativa de la Justicia Militar. En: HURTADO POZO, José (Director) y DOIG DIAZ, Yolanda (Coordinadora): Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de derecho penal 2001-2002. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo. 2002; p. 367.

DONAYRE MONTESINOS, Cristian: Tribunales militares y Constitución en el Perú: Apuntes sobre una reforma pendiente. Lima. Jurista Editores. 2006; p. 53.

Se puso énfasis en instaurar la responsabilidad política a través del refrendo o firma del ministro del sector en la norma que se suscribía, a pesar de contar con la autógrafa del Presidente de la República. Gálvez Egúsquiza, líder de los liberales, se preocupó en establecer una serie de limitaciones al Jefe del Poder Ejecutivo, pero, sobre todo, al poder de los caudillos que emanaban del ejército, a través de la ley y la Constitución. Ésta había dispuesto:

“Art. 13° Nadie podrá ejercer funciones públicas, ni poseer cargo o beneficio, si no jura cumplir la Constitución”.¹³⁴

El 8 de octubre de 1856, la Convención acordó promulgar la Constitución y tomar el juramento del Presidente de la República, los ministros, los magistrados, los militares y los diputados. El Legislativo mostró una actitud tenaz y presurosa por la promulgación y juramento de la Carta. Ordenó a los diputados que no pudieran asistir por enfermedad que dentro del tercer día remitiesen un escrito a la Mesa Directiva, bajo pena de la pérdida de la curul y sometimiento a juicio¹³⁵. La imposibilidad de observar la nueva

Carta propició la tensión política en su reconocimiento y generó descontento.

La reducción de plazas en el ejército y la convocatoria para elecciones presidenciales determinó que el 2 de noviembre de 1857 el alférez José Cuba, jefe de la guardia, se presentara ante el doctor Manuel Toribio Ureta para ordenarle desocupar el recinto congresal, minutos después llegó el teniente coronel Pablo Arguedas, jefe del batallón Castilla, quien sable en mano, apresuró la ejecución de la orden dada por Cuba, logrando su cometido.

Arguedas argumentó que, al haberse promulgado la Constitución, el Congreso no tenía derecho a seguir funcionando. Es decir, un congreso constituyente no podría convertirse de inmediato en uno constituido.

El Presidente del Consejo de Ministros, encargado del Poder Ejecutivo, condenó los sucesos generados por Arguedas calificándolos de lamentable acontecimiento. Al encontrarse Castilla en Sachaca (Arequipa) combatiendo al opositor suyo Manuel Vivanco, el mando de la República

134 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente: Historia de las Constituciones del Perú. 1978; pág. 390.

135 BASADRE GROHMANN, Jorge: Historia de la República del Perú. Talleres Cochrane. Santiago de Chile. 2001. Tomo 4; pág. 855.

recayó en el Consejo de Ministros según los artículos 86° y 88° de la Constitución. El comandante Arguedas era yerno del general Pedro Diez Canseco, cuñado del Libertador.

Como señala, Jorge Basadre en una carta dirigida a Arguedas desde Sachaca, Castilla le manifiesta su discrepancia por la medida adoptada, pero al mismo tiempo señala que no había otra medida por el desenfreno del Congreso:

“es un mal precedente el que Ud. Ha establecido atribuyendo al sable la facultad de resolver las cuestiones políticas. Felizmente era tan el descrédito de la Asamblea que no sólo no ha sentido su muerte, sino recibida con aplausos. Gracias a esta circunstancia, podemos atravesar la crisis con felicidad, al menos sin graves complicaciones. Espero que contando con ese elemento tan favorable, no menos que con la lealtad del Ejército, podrá consolidarse la situación y sacar algunas ventajas de ella”.¹³⁶

El Ejecutivo quiso deslindar todo tipo de responsabilidad y dejó que el juez del crimen de Lima

tomase el proceso. Arguedas invocó la jurisdicción de su fuero e interpuso excepción previa pues al haberse promulgado la Constitución la Convención dejaba de ser constituyente para ser órgano de poder constituido.

Luego por orden del Consejo de Ministros se inició proceso ante el juez del crimen, pero Arguedas interpuso recurso de excepción invocando el fuero militar. Razón por la cual, el magistrado entregó el proceso al gobierno para que lo examine, el cual optó por derivarlo al conocimiento del Congreso al iniciarse la próxima legislatura.

Según Villanueva, la sanción a Arguedas por atreverse a disolver el parlamento quedó postergada. Mientras tanto el comandante se negó a ser relevado del mando del batallón Castilla, por el capitán Ángel Mariano Castro, mientras durasen las pesquisas¹³⁷.

“Se le siguió un consejo de guerra al correspondiente juicio por los delitos de insubordinación y desobediencia; y la sentencia aprobada por el Gobierno el 14 de junio de 1859, le

136 BASADRE GROHMANN, Jorge: ob. cit.; pág. 874.

137 CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICO MILITAR DEL PERÚ. Archivo Histórico Militar. Documentos oficiales correspondientes al año 1858. Carpeta 39, legajo 13, letra N. Noboa Mariano. Fiscalía militar permanente.



Teniente Coronel Pablo Arguedas
Jefe del Batallón Castilla



José María Raygada y Gallo, Ministro de Guerra y Marina. Primer titular de la Presidencia del Consejo de Ministros (1857-1858). Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú (IEHMP). Archivo Fotográfico.

D. 14 de Junio
de 1857.
Aprobando la
sentencia del
Consejo de Guerra
contra D. Pablo
Arguedas por in-
subordinacion.

En el proceso seguido al Teniente coronel don Pablo Arguedas, por los delitos de insubordinacion y resistencia á entregar el mando del batallon Castilla, perpetrados en el cuartel del Colegio Real, la noche del 23 de Setiembre último, ha recaido el decreto que sigue:

Lima, 14 de Junio de 1857.

De conformidad con lo expuesto por el Ministerio fiscal en el precedente dictámen; apruébase y ejecútese en todas sus partes la sentencia del Consejo de Guerra de oficiales Generales, pronunciada en 4 del próximo pasado, condenando al Teniente coronel don Pablo Arguedas á un año de expatriacion y pérdida de su empleo militar, por los delitos de desobediencia é insubordinacion al Comandante General y Gefe de E. M. G. hasta el extremo de tirarle una estocada que no tuvo efecto, y por haber puesto sobre las armas el batallon Castilla (disuelto) mandado cargar los fusiles, por sostenerse en el mando de este cuerpo, rehusando entregarlo al Gefe que el General en Gefe nombró para subrogarlo: en su virtud, désele de baja del ejército y póngasele á disposicion de la Comandancia General de Marina, para que lo embarque en el primer buque que salga para el exterior; comuníquese al ejército esta resolucion por órden general, y remítase este proceso al General Presidente de dicho Consejo, para que practicadas por el Fiscal de la causa las ultimas diligencias, lo devuelva al Ministerio del despacho de Guerra para su archivo.

Róbricas de S. E. — MELGAR.



Membrete del despacho del Consejo de Ministros (1857).
CEHMP – AHM, Leg. 13, Doc. 40.

dio de baja en el Ejército y lo condenó a un año de expatriación”.¹³⁸

Éste al entrar nuevamente en sesión y sin conceder el derecho de ser escuchado destituyó al comandante de su puesto y le retiró por ley del 12 noviembre de 1858 el goce de sus derechos políticos. Circunstancia que fue posteriormente criticada por el Ministro Miguel San Román quien sostuvo que el proceso debía ser judicializado.

Mientras tanto, el día 11 de noviembre de 1857, el Presidente del Consejo de Ministros, general José María Raygada, dirigiera un mensaje al Honorable Presidente de la Convención Nacional expresando su solidaridad y el respeto al orden:

“El Consejo también declara, por su parte: que en el curso de los acontecimientos a que ha dado origen el deplorable suceso de 2 [de noviembre de 1857] del actual, ha procurado por cuantos medios han estado a su alcance, cumplir leal y concienzudamente los austeros deberes de su cargo, y que no ha omitido sacrificio alguno para conservar incólume el orden legal y restituir a la Convención Nacional el libre ejercicio de sus altas funciones, a

*fin de que, con su sabiduría y prudencia, cooperase a afianzar la paz pública”.*¹³⁹

El 11 de julio de 1857, desde la capital, el Presidente del Consejo de Ministros, José María Raygada, comunicaba al Presidente Provisorio General Ramón Castilla, que:

*“El Exmo Consejo de Ministros ha visto con satisfacción el oficio de VE de fecha 5 anunciando su feliz arribo al puerto de Arica, no obstante que la “Apurimac” se hallaba a poca distancia de los buques que obedecen a VE y de haber navegado por puntos en que hubieran podido ser sorprendidos. El Consejo se complace en esperar de que la presencia de VE acelerará el termino de la guerra civil que aflige á la República, y comunicará nuevo ardor á los defensores de las instituciones reanimando el espíritu publico de esos Departamentos”.*¹⁴⁰

El Consejo de Ministros, como celoso guardián del orden y con arreglo a sus facultades ejecutivas, había ordenado apresar a todo elemento subversivo, entre los que se encontraba el general Fermín del Castillo, anterior jefe de José Gálvez,

138 BASADRE GROHMANN, Jorge: ob. cit.; tomo 4. 2001; pág. 883.

139 CONGRESO DE LA REPÚBLICA: Mensajes Presidenciales y otros documentos para la historia política del Perú. Lima. Dirección de Tecnologías de Información. 2006.

140 CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICO MILITAR DEL PERÚ: Catálogo del Archivo Histórico Militar, Tomo XXXV; leg.18, doc. 22, Año 1857. Correspondencia del Presidente del Consejo de Ministros al Presidente Provisorio de la República.

EL CONSEJO DE MINISTROS

ENCARGADO DEL PODER EJECUTIVO.

Por cuanto la Convencion nacional ha dado la ley siguiente :

LA CONVENCION NACIONAL

Considerando :

Que para el mejor cumplimiento de los artículos 66 y 67 de la Constitucion, es necesario determinar el tiempo y forma en que han de promulgarse y mandarse cumplir las leyes que no hayan recibido su sancion del Poder Ejecutivo.

Ha dado la siguiente ley :

Art. 1. Cuando el Ejecutivo no promulgase las leyes en el término de los diez dias que señala el artículo 65 de la Constitucion, el presidente del Congreso lo verificará dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento del referido término.

Art. 2. Si en el caso de haberse hecho observaciones á la ley y de haberse devuelto al Ejecutivo por haber permanecido inflexible la Representacion nacional, este no la mandare cumplir, el presidente del Congreso ejercerá la atribucion que le señala la segunda parte del artículo 67 de la Constitucion, vein-

ticuatro horas despues de devuelta la ley.

Art. 3. Las observaciones que haga el Ejecutivo á la ley durante el receso de las Cámaras, se pasarán al oficial mayor de la secretaria de la Cámara de Diputados, para que este las presente en la próxima legislatura.

Art. 4. En receso de las Cámaras, el presidente del Consejo de Ministros, ejercerá las atribuciones que los artículos 1 y 2 de esta ley, dan al presidente del Congreso.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para que disponga lo necesario á su cumplimiento,

Dada en la sala de sesiones en Lima á 17 de Abril de 1857.

JOSÉ GALVEZ, presidente. — PRO B. MESA, secretario. — MANUEL J. CORCUERA, secretario.

Al Consejo de Ministros, encargado del Poder Ejecutivo.

Por tanto, mando se imprima, publique y circule y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en la casa del Gobierno en Lima á 24 de Abril de 1857.

JOSÉ MARÍA RAYGADA. — MANUEL ORTIZ DE ZEVALLOS. — LUCIANO MARÍA CAÑO. — JUAN M. DEL MAR.

L. 17 de Abril de 1857
Sobre la promulgacion de las leyes.

Ley del 24 de abril de 1857 donde se aprecia la facultad delegada en el Consejo de Ministros en reemplazo del Presidente de la República.
Archivo General del Congreso de la República. Archivo Digital.

a quien la Convención Nacional le habían otorgado el grado de general de división pese a la oposición del Libertador.

Durante el régimen de Castilla, la vida política no estuvo exenta de pronunciamientos y medidas de sectores del ejército y de la marina a favor del general Manuel Vivanco, opositor del régimen.

Los jefes vivanquistas a cargo de las *fuerzas regeneradoras*, actuaron en diferentes frentes, siendo el más conocido el desembarco en el Callao el 22 de abril de 1857, el cual fue rechazado por el general José Manuel Plaza, quien ofrendó su vida y fuera reemplazado por el general Manuel Diez Canseco quien con el batallón Constitución, integrado por militares excedentes y milicianos en su mayoría, contrarrestó el ataque. Como reconocimiento la Convención Nacional otorgó al Callao el título de Provincia Constitucional:

“GALVEZ, José: Presidente de la Convención Nacional remite resolución de la Convención Nacional disponiendo el juzgamiento de los Jefes y Oficiales que participaron en la función de armas del 22 de abril último en el Callao”.¹⁴¹

La restauración a la normalidad implicó la apertura de procesos contra los involucrados acusados de crimen patria¹⁴², siendo juzgados por el fuero común de acuerdo al artículo 6° de la Constitución de 1856, por haberse unido a los revolucionarios mientras eran remunerados por el régimen al cual querían combatir. Dicha deslealtad ocasionó que fuesen borrados del escalafón militar y de marina, entre los cuales se encontraban los tripulantes: el teniente segundo Lizardo Montero y el alférez de fragata Miguel Grau Seminario (fragata Apurímac), el oficial tercero del cuerpo político Ricardo Palma (vapor Loa) y teniente segundo Aurelio García y García, quien se había escapado del puerto del Callao, rumbo al sur:

141 CENTRO DE ESTUDIOS HISTÓRICO MILITAR DEL PERÚ. Archivo Histórico Militar, Carpeta N° 58; Legajo N°8 Fs. 2, 29 de mayo año 1857.

142 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso de la República. Decreto del 11 de marzo de 1857.

El Libertador Ramón Castilla, Presidente
Provisorio de la República.

Considerando :

D. 11 de Marzo
de 1857.
Disposición que
varios gefes y ofi-
ciales de la arma-
da que se hallaban
en el escalafón
de la marina na-
cional de guerra.

I. Que es uno de los principales deberes del Gobierno corregir por los medios que prescriben las leyes, á los gefes y oficiales de la marina de guerra que se han sublevado en los buques y puertos de la República, á los que posteriormente se han unido á los revolucionarios, á los que disfrutando de pensiones correspondientes al tiempo de sus servicios han conspirado contra las instituciones, y en fin, á los que habiendo pertenecido por cualquier tiempo á la Armada, han traicionado los principios de legalidad reconocidos por la Nación.

II. Que por tales atentados, que constituyen un crimen de lesa patria, deben ser juzgados y sentenciados segun los trámites de la justicia ordinaria en conformidad con el art. 6 de la Constitución política del Estado.

Decreta :

Artículo único. Quedan borrados del Escalafón de la marina nacional de guerra, los gefes y oficiales que se registran en las relaciones de la mayoría de órdenes del departamento, desde la fecha en que, por haberse puesto al servicio de la rebelion, se encuentran incurso en el art. 5 de la ley de 4 de Enero del presente año.

Dado en la Casa del Gobierno, en el Callao, á 11 de Marzo de 1857.

RAMÓN CASTILLA. — JOSÉ MARIA RAYGADA

MAYORIA DE ORDENES.

Relacion de los gefes y oficiales de la Armada que se han sublevado contra el Gobierno, y de los que se han plegado á la revolucion.

FRAGATA APURIMAC.

Teniente 2.º D. Lizardo Montero. Estableció el movimiento á bordo.
Id. id. D. Ricardo Pimentel. Siguió el movimiento.

Alferez de fragata D. Miguel Grau. Idem. id. Id. id. D. Mariano Reyes. Se vino al departamento por no seguir el movimiento, fué destinado á la Capitana del puerto y estando en comision se marchó en el vapor para el Sur.
Id. id. D. Guillermo Mori. Se unió al movimiento.

Alferez de artillería D. Francisco Jurado. Siguió el movimiento de la fragata.

Guardias Marinas. D. Antonio Távora. idem idem. D. Leopoldo Sanchez. Idem. idem. D. Juan Pastor. Idem. idem. D. Alejandro Delboy. idem. Idem.

2.º Piloto D. Carlos Olsen. id. idem.

1.º Cirujano D. Tomas Champion idem. idem.

Capellan. D. Agustin Espinosa idem idem.

VAPOR LOA.

Teniente 1.º D. Gaspar Selaya. Se vino al departamento por no seguir el movimiento, fué destinado á la Mayoría de Ordenes, estando en comision se marchó en el vapor para el Sur.

Teniente. 2.º D. Manuel M. Melgar. Siguió el movimiento de este buque.

Id. id. D. Federico Lara. idem idem.

Alferez de frag. Enrique Pareja. idem. id.

Guardias Marinas. D. Gregorio Heria. id. idem. D. Esquivel Olaya. Idem. Idem.

Oficial 3.º del Cuerpo polít. D. Ricardo Palma. idem idem.

2.º Piloto D. José Rodriguez. idem. idem.

2.º Cirujano D. Elias Bellido. idem. idem

VAPOR TUMBES.

Cap. de corveta. D. Federico Alzamora. Encabezó el movimiento del expresado por unirse á los sublevados.

Alferez de frag. D. Fermín Hernandez. Se unió al movimiento.

Id. id. D. Adolfo Gacret. idem. idem.

Guardias Marinas. D. Pedro Payote. idem. idem. D. Francisco Esalva. Idem. Idem. D. Eduardo Raygada. idem. idem. D. Juan Oyague. idem. idem.

VAPOR UCAYALI.

Alferez de frag. D. Alejandro Faura. Desertó en la noche del 25 de Noviembre de 1856.

VAPOR IZCUCACA.

Teniente. 1.º D. Julian Hadoy. Tomado por los sublevados, tomó partido con ellos.

D. Gaspar Ureta. Siguió el movimiento. Lino M. Cucto. Idem idem. Pablo M. Lojau. Idem. idem.

Piloto D. Juan P. Guzman. idem. idem.

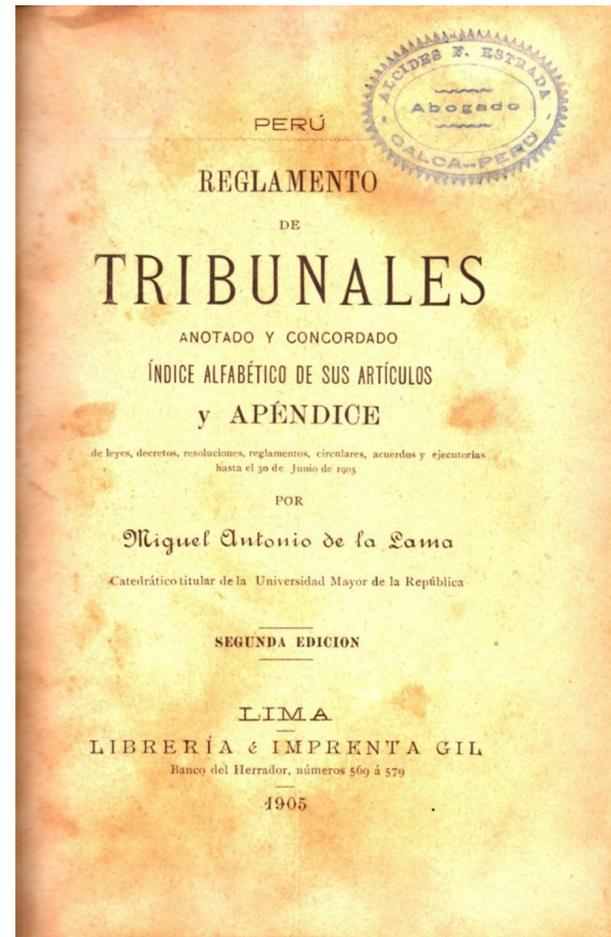
Crímenes de lesa patria y retiro del escalafón militar de:
Lizardo Montero, Miguel Grau y otros.
Decreto del 11 de marzo de 1857. Archivo del Congreso.

El Fuero Militar en el Reglamento de Tribunales y en la Constitución de 1856

El Reglamento de Tribunales y Jueces de Paz, en vigencia desde el 14 de febrero de 1855 y acorde con la Constitución de 1839, estipuló las instancias del Fuero castrense colocando, en primer lugar, a los jueces militares que tenían conocimiento de las causas en primera instancia, nombrados por el gobierno en las capitales de Departamento, con asesoría de los del fuero común más antiguos conocen del fuero de guerra. Para la siguiente instancia:

“Art. 446. Las cortes marciales, compuestas de los vocales de las superiores y de los conjuces militares, nombrados por el Gobierno, conocen en segunda y tercera instancia de las causas del fuero militar.

Art. 447 Por falta de impedimento de los conjuces militares nombrados por el Gobierno, la corte superior en sala plena, llamará para suplirlos a cualesquiera jefes, de la clase de coroneles por lo menos, que se hallen en el lugar; si no los hubiere, se procederá á completar la sala con un vocal más¹⁴³.



143 PERÚ: ob. cit.; pág. 113.

A continuación, las Cortes Marciales integradas por Vocales Superiores y conjueces militares, se pronunciaban en segunda y tercera instancias. Para garantizar dicho nivel de apelación, los jueces civiles podían convocar a un militar con grado de coronel. En última instancia, la Corte Suprema de la República se pronunciaba sobre los recursos de nulidad de toda causa vista en los fueros privativos, entre ellos el militar, reglamento que contó con la Sección Adicional que dispuso en el Título V:

“Art. 93° Los delitos comunes cometidos por militares serán juzgados como los otros cualesquiera ciudadanos por el juez ordinario; sin otro requisito que el aviso que debe impartir el juez de la causa á la autoridad militar del departamento.

Art. 94° Los delitos cometidos en servicio militar, y los que se cometieron en cuartel, fortaleza, á bordo de los guerra ó en campamento, aún cuando fueran delitos comunes por su naturaleza serán juzgados conforme á las ordenanzas y demás leyes del ejército, y por los jueces y consejo establecidos por ellas”.¹⁴⁴

Ello nos muestra la pretensión del Ejecutivo por un lado en vincular a los magistrados de ambos fueros, lo cual irradió a los niveles inferiores y órganos auxiliares como los escribanos: “... los jueces de primera instancia y los escribanos públicos del fuero común que desempeñaban funciones de Auditores de Guerra, gozarían del fuero de guerra por el tiempo que sirvieron en tales cargos”. Aunque aparentemente existía un predominio del fuero común en el conocimiento de todo tipo de causa, notamos que también los supuestos de lugar como naves y campamentos militares generaban un espacio de territorialidad, lo cual daba lugar a una aparente inmunidad pero que sería subsanada con la integración mixta de civiles y militares en los tribunales que se avocaban causas de los militares, lo que no siempre se respetó.

La Constitución de 1856 ponía de manifiesto medidas para neutralizar el papel de los caudillos en los menesteres estatales, otorgando el liderazgo político al Congreso:

“Art. 55. Son atribuciones del Congreso:

144 PERÚ: Reglamento de Tribunales, 1855. Lima. Librería e Imprenta Gil. 1905; pág. 132 y ss.

Artículos que, según el jurista Miguel de la Lama, quedaron sin efecto al expedirse la Constitución de 1860 que establecía en su artículo 6° En la República no se reconocen empleos ni privilegios hereditarios, ni fueros personales. Se prohíben las vinculaciones; y toda propiedad es enagenable (sic) en la forma que determinan las leyes.

12ª Aprobar ó desechar las propuestas que haga el Ejecutivo para jefes del ejército y armada, desde mayor graduado y capitán de corbeta hasta general y contralmirante inclusive; sin traspasar en ningún caso el número designado por la ley.

14ª Decretar la guerra previo informe del Poder Ejecutivo, y requerirlo oportunamente para que negocie la paz.

Art. 138. Los generales que se hallen en posesión legal de su clase, continuarán en ella, no obstante, lo prescrito por el artículo 121; pero á su muerte no podrán ser reemplazados, sino cuando el número sea inferior al designado en dicho artículo y en cuanto baste para completarlo.

Art. 139. Los juzgados y tribunales privativos é igualmente sus códigos especiales, existirán mientras la ley haga en ellos las reformas convenientes.¹⁴⁵

Esta disposición reafirmó la condición de fuero privativo a la Justicia Militar, mientras no se promulgaran los códigos respectivos y que en opinión de Christian Donayre¹⁴⁶ su enunciado sería vuelto a plantear en el tenor de la segunda

disposición transitoria de la Constitución de 1867. Mientras tanto la Carta de 1860 disminuía por un lado el papel del Congreso en los institutos pero por otro lado, les concedía autonomía:

“TITULO VIII DEL PODER LEGISLATIVO

Art. 59. Son atribuciones del Congreso:

13ª Aprobar ó desaprobado las propuestas que, con sujeción á la ley, hiciere el Poder Ejecutivo para Generales del Ejército y de la Marina, y para Coroneles y Capitanes de Navío efectivos:

TITULO XVI. FUERZA PUBLICA

Art. 119. El objeto de la fuerza pública es asegurar los derechos de la Nación en el exterior; y la ejecución de las leyes y el orden en el interior.

La obediencia militar será arreglada á las leyes y ordenanzas militares.

Art. 120. La fuerza pública se compone de las guardias nacionales, del ejército y de la armada; y tendrá la organización que designe la ley.

La fuerza pública y el número de Generales y Jefe se designarán por una ley.

145 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: ob. cit.; pág. 320 y ss.

146 DONAYRE MONTESINOS, Cristian: ob. cit.; pág. 54.

Art. 121. Las guardias nacionales existirán organizadas en la proporción que determine la ley.

Art. 122. No habrá Comandantes Generales territoriales, ni Comandantes militares, en tiempo de paz.¹⁴⁷

Durante la gestión del Mariscal San Román, por decreto del 23 de diciembre de 1862, concordado con la Carta de 1860 (art. 122), se suprimieron las comandancias generales territoriales y militares en el país, en tiempos de paz. Posteriormente, en la administración del general Juan Antonio Pezet y Rodríguez de la Piedra, en 1863 se nombró una comisión bicameral integrada por siete representantes del Poder Legislativo: Manuel de la Encarnación Chacaltana, Manuel Arizola, J. Bazo Basombrío, Mariano E. Vega, José María Pérez, Germán Astete y Jerónimo Lama, con el objeto de adecuar las leyes y ordenanzas militares al tenor de la Constitución de 1860 y del Código penal de 1861.

Esta comisión concluyó su labor, y el Congreso sancionó la ley de 10 de enero de 1865 que dispuso la promulgación del Código Militar del Perú para el 1º de mayo de dicho año. El

gobierno de la Restauración o Dictadura de Mariano Ignacio Prado, al deponer al general Pezet, dejó sin efecto dicha promulgación. Al respecto, Ernesto Blume Rocha, recogiendo la tesis de Teobaldo Gonzales López, sostiene que tuvo una vida efímera como consecuencia de su anulación por el gobierno de la Restauración Nacional del coronel Prado¹⁴⁸.

Dicho cuerpo legal poseía cuatro partes, siendo la tercera la relacionada con los delitos y las penas, la organización judicial militar y el procedimiento. Es de resaltar que su producción se basó en el respeto a los derechos ciudadanos, aboliendo la pena de muerte y comprendiendo en la jurisdicción de guerra a los miembros del instituto armado, prisioneros de guerra y excepcionalmente a civiles por espionaje.

Se mantuvo el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, el cual no sólo revisaba los casos correspondientes sino actuaba como órgano de consulta para el gobierno. El procedimiento judicial penal militar era similar al de la legislación común de entonces, quedando la corrección de las faltas a cargo de los oficiales superiores con carácter más administrativo que judicial, aspecto

147 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: ob. cit.; pág. 341 y ss.

148 BLUME ROCHA, Ernesto: La justicia militar en la Historia del Perú. Lima. Editorial ADRUS. 2010; pág. 88.



General Juan Antonio Pezet y Rodríguez de la Piedra
Presidente del Perú (1865). Dominio público.
<https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=189076>

MARIANO IGNACIO PRADO,

JEFESUPREMO PROVISORIO DE LA REPÚBLICA

D. 01 de Mayo
de 1866.
Estableciendo un
Concejo de Guerra,
compuesto por
Oficiales Generales.

Considerando:

- 1.º Que en las actuales circunstancias pueden ocurrir casos graves que deban conocerse en Consejo de Guerra;
- 2.º Que es necesario aprovechar en servicio del país de las luces y cooperación de los Señores Generales que se encuentran en la Plaza;

Decreto:

Art. 1.º Se establece un Consejo de Guerra compuesto de los Oficiales Generales que se hallan en la Plaza sin colocacion y que será presidido por el que ellos elijan.

Art. 2.º Este Consejo, además de las funciones que las leyes militares le confieren, está llamado á ilustrar al Gobierno en todos los casos difíciles en que este le consulte, y á hacerle, por propia iniciativa, todas las indicaciones que su prudencia y patriotismo le sugiriese.

El Secretario de Guerra y Marina queda encargado del cumplimiento de este decreto.

Dado en el Callao, á 1.º de Mayo de 1866.—*Mariano I. Prado.*—*José Galvez.*



El Gabinete de la Victoria, también denominado de los Talentos por Jorge Basadre.
Arriba José Galvez, Mariano Ignacio Prado, Jose Maria Quimper.
Abajo Manuel Pardo, Toribio Pacheco y Jose Simeon Tejada.
(Cortesía del señor Eduardo Dargent Chamot)

retomado más adelante por la Misión Militar Francesa. Sin embargo, pese a estos avances, todavía permanecían aún otras disposiciones que Lanatta cuestionaba: “...como aquella que considera que es atenuante del delito la circunstancia de no estar, el militar pagado con el día o carecer del apropiado vestuario”.

Por otro lado, la vigencia de las ordenanzas españolas no necesariamente significó la aplicación total de las mismas, como se desprende del comentario del general César Canevaro: “Muy rara vez se sustanciaba un juicio militar con arreglo a las Ordenanzas y mientras muchos delitos quedaban impunes, otros tal vez eran castigados con excesivo rigor”.¹⁴⁹ Observación que no tomó en cuenta la aprobación del Código Militar del Perú de 1865 ni de las Ordenanzas Generales para el Régimen, disciplina y servicio del Ejército del Perú de 1878, cuya autoría correspondió al general Manuel de Mendiburu y que no fueron divulgadas diligentemente; razón por la cual se optó más adelante por preparar un proyecto de código penal en materia penal que lo veremos más adelante.



La lucha de José Gálvez Egúsqiza por consolidar el poder desde el Congreso, en 1856, lo llevó a tomar distancia del general Castilla, quien se declaró enemigo suyo. Se exilió en Chile y más adelante, en 1865, formó parte del gabinete de Mariano Ignacio Prado como secretario de Guerra y Marina, cargo con el cual falleció en el combate del 2 de mayo de 1866.

Raúl María Pereira (1924). Óleo sobre lienzo.

149 Memoria presentada por el Jefe de la Zona Militar de Lima al Consejo Supremo de Guerra y Marina en 1902. En: Anales de Justicia Militar. Tomo I. Lima. 1902.

José Gabriel Gálvez Egúsquiza

El protagonismo de José Gálvez, defensor de los ideales republicanos, secundó la lucha de Domingo Elías quien se había destacado apoyando a Ramón Castilla. Más adelante, en medio del fulgor que concluiría con el derrocamiento del entonces presidente Echenique, enarboló la Revolución Popular y Liberal. Fue secretario del general Fermín Castillo y luego se unió a las fuerzas del futuro Libertador en su lucha contra el presidente, acusado de corrupción. Luego de la batalla de La Palma, el 5 de enero de 1855, que puso fin al régimen y que casi le cuesta la vida, se le confirió el grado de teniente coronel del ejército, al cual renunció. Muchos ven en él la figura del liberal anti militar cuando en realidad su afán estuvo direccionado a institucionalizar el apoyo de las fuerzas del orden que quedaban a expensas del caudillo militar; más aún si su suegro había sido Sargento Mayor. Establecida la Convención Nacional el 14 de julio de ese año, reinaba el liberalismo doctrinario que propiciaba un espíritu de cambio partiendo de una concordia con las diferentes fuerzas de la coyuntura para lo cual el Congreso optó por dar una ley de amnistía. Esta medida había sido muy recurrente en los regímenes anteriores debido a la inestabilidad

propiciada por los caudillos; sólo que en esta oportunidad había sido muy selectiva, ante la cual Gálvez tomó distancia por el contenido, pero no por la medida:

“Bien claro lo dicen ellos en sus proyectos: la amnistía significa:

1°- Olvido de todo lo pasado; 2°- Reconocimiento de todos los grados militares y rehabilitación de todos los que fueron dados de baja; 3°- Ajustamiento y pago de predichos militares y de todos los empleados civiles de la pasada administración; 4°- Cesantía a los empleados que no se ocupen y montepío a las viudas, hermanas, etc., de los que murieron combatiendo contra el pueblo”.

“Esto es lo que la amnistía se propone...Es decir, la amnistía consiste en que después de olvidar el pasado se restablezca ese mismo pasado. La amnistía significa que debemos matar la revolución deshaciendo lo que ella justamente hizo. Significa que debemos abrir las casi exhaustas arcas nacionales para que a costa de ellas vivan todos los que fueron empleados civiles o militares, aunque no necesite de ellos la nación. La amnistía significa que renunciemos a toda reforma para el porvenir y que no debemos hacer otra cosa que perpetuar todos los abusos. Ésta es la amnistía”.¹⁵⁰

150 VILLANUEVA, Elena: Biblioteca hombres del Perú: José Gálvez. Lima. Hernán Alva, Editor. 1964; pág. 86.

Este fue el primer hecho que caracterizó a Gálvez, opuesto al retorno del viejo orden, como hombre justo dentro de un entorno tendiente a tolerar los abusos en desmedro del bien de todos. Nuestro personaje era partidario de reformar al ejército, prescindiendo de lo informal e improvisado, y de aquellos militares indefinidos, que pese a contar con grado, carecían de colocación. Por eso era un convencido que antes de generar mayor número de efectivos, primero debía analizarse la cantidad de empleos necesarios:

“Se dice también: que se mueren de hambre, pero, pero prescindiendo de lo que hay de exageración, respeto de algunos y de sarcasmo respecto de otros que se han locupletado¹⁵¹ de oro peruano; prescindiendo, en fin, de que en parte es una falsedad y en parte una burla que se hace a la esquilmada nación, quisiera que me digan: ¿Quién los mata de hambre? ¿La nación les ha quitado algo suyo? Si el ser peruano y el tener hambre son títulos bastantes para obligar a la nación a que dé empleo y sueldo, yo lo reclamo desde luego para más de un millón de personas que se hallan en este caso”.¹⁵²

El segundo hecho que denotó a Gálvez como anticlerical fue la supresión del pago del diezmos, vigente hasta la Constitución de 1839, ya que el contribuyente lo realizaba además de cumplir con los impuestos y por su parte el Estado se encargaba de asistir económicamente las necesidades de la institución religiosa; con lo cual la persona realizaba un pago doble. Lo que hizo pensar una férrea oposición a la iglesia y afectar sus recursos de alguien antirreligioso, cuando en verdad nuestro personaje era devoto de San Francisco y al morir, su cadáver fue hallado entre los restos del Torreón de La Merced portando el cordón de la orden.

Los prolegómenos de los días anteriores al Combate del 2 de mayo mostraron la estrategia del comandante español brigadier Casto Méndez-Núñez por bloquear, primero, los puertos de Caldera y Valparaíso, decidiendo enfrentarse a la escuadra chileno-peruana en el Combate de Abtao, donde fallecieron dos marinos de la corbeta Unión. Posteriormente, Méndez decidió bombardear Valparaíso, ciudad que no pudo repeler el ataque.

151 Generar su propia riqueza.

152 VILLANUEVA, Elena: ob. cit.; pág. 88.

Concluido el incidente prosiguió en dirección hacia el puerto del Callao. Actos que eran justificados, pues: *“la reina, el gobierno, el país y yo, preferimos más tener honra sin barcos que barcos sin honra”*.¹⁵³

En el Callao, bastión de las fuerzas combinadas, desde las 9 de la mañana se midieron las fuerzas de ambos bandos; hacia el mediodía las fragatas españolas Villa Madrid y Berenguela salían del teatro de operaciones y minutos más tarde en la Torre de la Merced sucumbía el coronel José Gálvez Egúsqüiza, secretario de Guerra y Marina junto a 28 personas ante el estallido de la pólvora en sus instalaciones.

Posteriormente un proyectil dejó fuera de combate a Casto Méndez en la Numancia. En horas

de la tarde el combate había terminado. La escuadra española, luego de una semana, dejó el Pacífico. Este episodio mostró cómo las relaciones entre dos países podían volverse tensas debido a la intransigencia de Salazar y Mazarredo y a la arrogancia de Pareja y Méndez Nuñez que terminaron por perturbar la solución del diferendo. Sin embargo, la ocasión despertó una postura americanista en el Callao a favor de los combatientes: “Un pueblo que combate por su honra y por su libertad, se vuelve invencible”. Así, Gálvez pasaba a la eternidad como: ... figura paradigmática, señera, heroica, sapiente y honesta de nuestra historia más reciente...”.¹⁵⁴ Y su desaparición física: “...acalló los odios y calumnias de sus enemigos políticos y su memoria ha pasado venerada a la posteridad”.¹⁵⁵

153 NOVO y COLSON, Pedro: Historia de la Guerra de España en el Pacífico. Madrid. Imprenta Fortanet. 1882.

154 BRAVO MAXDEO, Roosevelt: Temas de Justicia Militar. Lima. Fuero Militar Policial Militar. 2015; pág.200.

155 NOVO y COLSON, Pedro: ob. cit. 152.

CAPÍTULO VI

Las reformas y la administración de
justicia durante la Guerra del Pacífico





Palacio de Gobierno, 1899.

El contexto político

La década de los años sesenta había demostrado la influencia del liberalismo, tanto de civiles como militares por otorgar fortaleza a las instituciones en detrimento de la fuerza que poseían los caudillos, personajes mediáticos y que en su mayoría militares; sin embargo no encarnaban aún golpes de Estado institucionales, los que se producirán después de un siglo.

La dictadura del coronel Mariano I. Prado había surgido como respuesta a las criticables negociaciones del Tratado Vivanco-Pareja, movilizándolo a personas que compartían su protesta lo cual desencadenó en el derrocamiento de los regímenes del general Juan Antonio Pezet y del general Pedro Diez Canseco, primer y segundo vicepresidentes de la República.

Prado, autoproclamado Jefe Supremo Provisorio, dispuso que mientras se adopten las reformas

necesarias, los tribunales y juzgados seguirán funcionando con la legislación civil y penal siempre que no se contrapongan con las medidas del régimen¹⁵⁶.

La legitimidad se halló consolidada con los posteriores sucesos que concluyeron en el Combate del 2 de mayo de 1866, hecho que inmortalizó a José Gálvez Egúsqüiza y a los ocupantes de la Torre de la Merced pero que, además, otorgó al gobierno respaldo de la población.

Estas circunstancias producidas en medio del deterioro del régimen constitucional y las protestas que acontecieron, nos permiten observar la inclusión de su liderazgo dentro del sistema y por ende de la legalidad¹⁵⁷ o, caso contrario, ante la negativa del dirigente —como aconteció años después— que se le declare usurpador, invocando a sus jefes militares, quienes tienen la honrosa misión de defender las instituciones, para que depongan su actitud y

156 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso de la República. Decreto de 29 de noviembre de 1865.

157 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso de la República. Decreto de 23 de junio 1865.

retornen a sus cuarteles. Caso contrario, serían considerados enemigos de la Patria y sometidos al proceso correspondiente¹⁵⁸.

Con el monitor Huáscar y la fragata Independencia fondeados en el Callao, Prado había planeado contestar la fallida incursión de las naves españolas contra el primer puerto con una expedición que enrumbara a la Isla de Cuba y a Filipinas, entonces dominios del reino de España. Para ello, en 1866 el Presidente invitó al comodoro estadounidense John Randolph Tucker, combatiente por el bando confederado en la Guerra de Secesión de los Estados Unidos, a quien puso al mando de la escuadra peruana, hecho que generó conflictos y la oposición de un número de oficiales de la Marina por haber colocado a un extranjero en tan insigne cargo.

Como señala el comandante John Rodríguez Asti:

“Consecuentes de ello, marinos como Aurelio García y García, Lizardo Montero, Manuel Ferreyros y Miguel Grau —entre otros distinguidos jefes de la Armada— solicitaron su pase al retiro...”¹⁵⁹

es posible que lo sostengan los militares que tienen la honrosa misión de defender las instituciones del país:

Decreto:

Art. 1.º Se hace un llamamiento á los generales, jefes y oficiales que sirven al dictador, en este Departamento para que en el término de veinte dias, contados desde la publicacion de este decreto, abandonen sus filas para adherirse á la causa nacional, y de treinta dias para los que se encuentran en los demas puntos de la República.

Art. 2.º Los que respondan á tan patriótico llamamiento, serán acreedores á los justos premios que la Nacion acuerda á sus leales servidores; y los que desoyendo la voz del patriotismo y del deber, se obstinen en combatir los intereses de la Patria, serán considerados como enemigos de ella y responsables de los males que le acarreará la prolongacion de la guerra civil.

El Ministro General queda encargado del cumplimiento de este decreto, y de hacerlo publicar y circular.

Dado en la casa de Gobierno en Arequipa, á 24 dias del mes de Octubre de 1867.

Pedro Diez Canseco.

Juan Manuel Polar.

158 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso de la República. Decreto de 24 de octubre de 1857.

159 RODRÍGUEZ ASTI, John y otros: ob. cit.; pág. 21.



Capitán John Randolph Tucker
U.S. Navy Historical Center



Coronel Mariano Ignacio Prado Ochoa, Presidente del Perú.
Archivo Fotográfico y Digital de la Biblioteca Nacional de Chile.

Esta actitud la interpretó el coronel Prado como delito de insubordinación, desertión y traición a la patria, por lo que el régimen inició proceso contra dichos oficiales ante el Consejo de Guerra de Oficiales Generales; episodio también conocido como el Incidente Tucker, en el cual se acusó al capitán de Navío Miguel Grau Seminario, comandante de la Corbeta Unión, como traidor a la patria; siendo defendido por el doctor Luciano B. Cisneros en la audiencia de 14 de febrero de 1867¹⁶⁰.

Entendido en la materia, el teniente coronel EP Roosevelt Bravo Maxdeo¹⁶¹ colaboró brindándonos los puntos más significativos del proceso con el texto colocado como anexo del presente capítulo bajo el título: “Causa seguida al Capitán de Navío Lizardo Montero Flores y Otros, por el delito de Insubordinación y Otros”.

Posteriormente Tucker permaneció en el país, siendo nombrado Presidente de la Comisión Hidrográfica del Perú contribuyendo a la exploración del río Amazonas con el descubrimiento de

los afluentes Trinidad y Herrera-yacu y la confección de mapas que fueron publicados en 1875 en Nueva York¹⁶².

Durante la gestión del coronel José Balta, Presidente Constitucional de la República, por decreto del 2 de octubre de 1868, se reorganizó la policía bajo la denominación de celadores, para el mantenimiento de la seguridad y defensa de las garantías nacionales e individuales. Esta fuerza se hallaba compuesta por tres cuerpos de infantería y uno de caballería y cada cuerpo integrado por ocho compañías, cada una liderada por un capitán y cuatro inspectores. La plana mayor se hallaba compuesta por un primer jefe, un teniente coronel, dos sargentos mayores, un ayudante mayor y un corneta o clarín. Esta institución se hallaba regulada por las ordenanzas militares y a lo dispuesto por el orden jerárquico de sus miembros.

Otra medida de Balta fue señalar que el conocimiento de los delitos por peculado, ocultamiento y defraudación de fondos públicos y todo

160 Defensa verbal reproducida por el Centro de Altos Estudios de Justicia Militar. En: DE LA LAMA, Miguel Antonio de la: Retórica Forense. Lima. Fuero Militar Policial. 2015; págs. 309-341.

161 Sub Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar. Fuero Militar Policial del Perú.

162 Journal of the American Geographical Society of New York. Vol. 7.1875.

acto que afecte los caudales del erario nacional realizado por miembros del ejército, la armada y policía será sometido al fuero común¹⁶³, hecho que, en realidad, no era nuevo ya que la administración Prado centralizó todos estos casos en un tribunal compuesto por siete vocales denominado Corte Central¹⁶⁴, nombrado por el gobierno provisorio, para juzgar estos delitos además de la usurpación de funciones y atentar contra las garantías nacionales e individuales; todos ellos efectuados indistintamente por cualquier funcionario del Estado, sea civil o militar.

El 24 de abril de 1871 nació la “Sociedad Independencia Electoral”, una nueva fuerza que dio inicio a la formación de los partidos políticos, albergando las inquietudes de personas con la llegada del primer civil al cargo de Presidente de la República. Los comicios ante el Congreso habían demostrado la simpatía por el militar, aquel triunfador de las batallas por la independencia, que ponía orden frente al deteriorado principio de autoridad. Aunque el espíritu liberal proponía la subordinación de las fuerzas castrenses a la civilidad, el caso peruano reflejó que en el contexto de emergencias interna y externa, el don de

mando era primordial a las necesidades del país y que solo podía ser ejercido por quien tuviese tropas a cargo, contando con complacencia de sectores de la sociedad que consentía al caudillo militar, soporte del militarismo.

Desde mediados de siglo XIX se plantearon proyectos políticos como el del Club Progreso redactado por Domingo Elías, conocido como “*El hombre del pueblo*”, por dotar de estabilidad al Estado y cuya ejecución comprometía tanto a civiles como a militares y eclesiásticos para mejorar las condiciones del país. Desde el Convictorio de San Carlos como de Nuestra Señora de Guadalupe, de donde en su mayoría provenía la cantera de políticos que estarían vigentes incluso después de la Guerra del Pacífico, como Camilo Carrillo Martínez.

Las generaciones de mediados del siglo eran conscientes de esta situación y de la necesidad de renovar la estructura estatal a través de la legalidad institucionalizada. “*Sacrificar el día de hoy al porvenir*” significaba, en el pensamiento de Manuel Pardo y Lavalle la reorientación del papel gubernamental en la economía del país,

163 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso de la República. Decreto de 28 de abril 1870.

164 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso de la República. Decreto de 6 de diciembre 1865.

con la reducción de gastos y de personal civil y militar en el Estado, lo cual implicaba neutralizar el militarismo con una racionalización del número de efectivos, tema que el Congreso había tratado poner en práctica desde la ley de reforma militar del 12 de diciembre de 1829, disminuyendo la cantidad de efectivos, dejando lo necesario en las guarniciones y proporcionando los medios necesarios para aquellos a quienes se da de baja. Sin embargo, las convulsiones intestinas demandaron la presencia de más militares; pero no por un criterio técnico sino mediático y político. La estabilidad lograda a mediados del siglo XIX favoreció al militarismo, ya que el Congreso, con la ley del 3 de febrero de 1848, hizo que el fisco solventara los gastos de los militares aunque estuviesen en calidad de indefinidos, es decir, sin colocación efectiva. Pardo no negó el rol protagónico que tenía el ejército como instrumento de orden, imprescindible para su modernización; pero bajo la estrategia que permitiría al mandatario retirarlo de toda injerencia política.

El 22 de julio los hermanos Tomás, Marcelino y Silvestre Gutiérrez, todos ellos coroneles de ejército, decidieron encabezar el golpe de Estado contra el régimen del coronel José Balta, a quien acusaban de debilidad y contra el ascenso de Manuel Pardo.

El Congreso, bajo la dirección del general Rufino Echenique, hizo un llamamiento a parte del ejército a mantenerse fiel a la Constitución. No concluyeron en firmarlo cuando fueron desalojados por un contingente de militar. Luego del asesinato del presidente Balta y de los sublevados, nuevamente regresó la tranquilidad.

El retiro del escalafón militar por parte de Pardo de todo aquel que haya servido al general Pezet, implicaba una sumisión de la fuerza armada a la civilidad. Sin embargo, dicha medida no era una novedad ya que en su momento fue aplicada por Gamarra con los simpatizantes de Santa Cruz. La diferencia radicaba en el hecho que lo hiciera un civil. Aunque hubo la intención de disminuir los gastos por adquisición de armamento, la preocupación por incidentes en el panorama americano, llevaron a que el Congreso autorizara el 20 de noviembre de 1872 al Ejecutivo a emplear hasta 4 millones de soles para la compra de dos blindados; propuesta del Senador por Piura Lizardo Montero, la que quedó sin efecto por falta de fondos. La región del Pacífico se hallaba alterada por las condiciones de explotación del salitre que generaron tensiones entre las autoridades bolivianas y ciudadanos chilenos, pues la concesión otorgada a estos últimos les fue desconocida con el ascenso del nuevo gobierno boliviano.

La preocupación de dicho régimen, ante posibles represalias de su similar chileno, motivó el pedido para que el Perú actuase como mediador en la contienda. Sobre esta experiencia luego se nos propuso una alianza defensiva. Factores de diversa índole motivaron la suscripción del Tratado de Alianza Defensiva¹⁶⁵ entre Perú y Bolivia, el mismo que fue aprobado por sesión extraordinaria del Legislativo el 22 de abril de 1873. De carácter defensivo y reservado, planteaba una ayuda mutua para defenderse de toda agresión exterior, bien sea de uno u otros estados independientes o de fuerza sin bandera que no obedezca a ningún poder reconocido. El tratado estableció que cada una de las partes tenía el derecho de decidir si la ofensa recibida por la otra estaba comprendida entre las designadas, no obligando a las partes en forma automática¹⁶⁶. Debemos mencionar que existió un acercamiento al gobierno de Argentina para su adhesión¹⁶⁷, la cual fue aprobada en Diputados mas no en Senadores. Dicho gobierno

condicionó su participación a la solución previa del problema limítrofe con Bolivia y a la inclusión del Tratado de 1866 entre este país y Chile. El Perú, luego de 1874, no insistió en la concurrencia de Argentina. Otro aspecto del civilismo se contempló a través de la ley de conscripción militar del 20 de noviembre de 1872. Con ella se buscó canalizar por medios legales la incorporación de reclutas a los cuarteles, tradicionalmente por levas o medidas arbitrarias, a cargo de jefes que los manipulaban. Medida relativa en tanto los representantes del Estado no tuviesen la fuerza para hacerla cumplir. Dos dispositivos también trataron de encausar el papel castrense: El procedimiento y el criterio para los ascensos así como la creación del Colegio Militar, de donde sólo precederían los oficiales para el ejército y la marina. Los civilistas manifestaron en todo momento y recalcaron el papel de la fuerza armada como expresión del Estado garante del respeto y la defensa de la ley.

165 BULNES, Gonzalo: Causas de la Guerra entre Chile y Perú. Santiago de Chile. Soc. Impr. y Litografía Barcelona, 1919; pág. 52.

Vid. LAVALLE, José Antonio de: Mi misión en Chile en 1879. Estudio preliminar a cargo de Félix Denegri Luna. Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú. Lima. 1994.

166 Vid. BASADRE G., Jorge: op.cit. Tomo 7; pág. 1681.

167 ARANDA, Ricardo: Colección de Tratados, Convenciones, Capitulaciones, Armisticios y otros actos diplomáticos y políticos celebrados desde la independencia hasta el día de hoy. Lima. Imprenta del Estado. Tomo II. 1908; pág. 440 y ss.

El 2 de agosto de 1876 culminaba el mandato de Pardo, llevándose a cabo la transmisión de mando. El general Mariano Ignacio Prado y el general Luis La Puerta ocuparon los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, respectivamente. El senador por Piura Lizardo Montero interpelló al Ministro Fernando Palacios quien había sostenido que era lícito que el pueblo tuviese la facultad de convocarse, afirmación tomada por los representantes como la desaparición de su institución. Fue así que un grupo de ciudadanos preparó el camino para una acción plebiscitaria contra el Congreso con el objeto de su disolución, frente a lo cual éste emitió la ley del 29 de octubre de 1878 prohibiendo la realización de dicha medida por considerarla como delito de rebelión. En la mentalidad de los congresistas esto significaba el desconocimiento a la autoridad del Legislativo así como un atentado contra el orden y la Constitución. Dentro de este contexto de fricciones entre los poderes políticos se produjo el asesinato de Manuel Pardo en la puerta del Senado el 16 de noviembre de dicho año.

Las Ordenanzas de 1878

La necesidad de reformar y codificar las ordenanzas hispanas llevó a la administración Prado con tal fin a crear una comisión presidida por el general Manuel de Mendiburu Bonet, la cual produjo las Ordenanzas Generales para el Régimen, Disciplina y Servicio del Ejército del Perú, publicadas en dos tomos en 1878.

Éstas constaron de cinco tratados: La organización del Ejército; los deberes de los jefes y oficiales y el de la tropa en los diversos cuerpos; la contabilidad militar; las disposiciones para el servicio de guarnición y el quinto; la Justicia militar. Se mantuvieron los Consejos de Guerra de Oficiales Generales y los Ordinarios. Los primeros estarían formados por siete generales elegidos mediante sorteo ante la Corte Suprema, de acuerdo a una lista confeccionada por el Ministerio de Guerra; los segundos presididos por el Jefe del cuerpo a que pertenecía el reo e integrados por seis oficiales del mismo rango a partir de la clase de capitán. Había una sola instancia militar y ante la desaparición de los tribunales de revisión en el fuero privativo se consideró que en los casos más graves las Cortes Superiores y la Corte Suprema podían intervenir, ésta última cuando se trataba de recurso de nulidad.

La Corte Suprema intervenía cuando las sentencias eran dictadas por los Consejos de Oficiales

Generales, mientras que si el fallo provenía de los Consejos Ordinarios, actuaban las Cortes Superiores; en ambos casos se contaría con conjuces militares como asesores.

Respecto a lo punitivo, las normas aún mostraban colisión en la tipificación al conjugar la persona, el hecho, así como las circunstancias, haciendo variar la responsabilidad del culpable, con lo cual se afectaba lo dispuesto en el Código Penal. La organización de la justicia militar y el ámbito de la jurisdicción de guerra sólo comprendían a los militares y miembros de la guardia nacional mientras estuviesen acuartelados. Excepcionalmente la justicia militar se extendía a los civiles en caso de espionaje. Aunque en los hechos las ordenanzas fueron cumplidas en parte, su contenido sirvió de referencia para el proceso de codificación.

La Guerra del Pacífico, 1879-1883

La declaración oficial de guerra al Perú acentuó la crisis hacendaria y política del Estado. En abril de 1879, los ingresos del presupuesto ya habían sido utilizados y la zona de extracción salitrera ubicada al sur, se encontraba ocupada por Chile. La carencia de recursos motivó, que además de los donativos de particulares, el ente congresal

autorizara un empréstito hasta por el valor de 8 millones de soles, lo que no se logró por falta de garantía. Era imposible debido a la bancarrota del país y a la oposición inglesa, representante de sus acreedores. La gravedad del desarrollo de la guerra motivó que el Congreso diera leyes durante el mes de mayo para la captación de recursos destinada a enfrentar al enemigo, creándose la contribución personal de todos los peruanos entre 21 y 60 años, se incrementaron los impuestos existentes sobre la propiedad: predios urbanos y rústicos, sobre el capital, patentes, y la exportación de azúcar.

El Congreso recibió la propuesta del Ejecutivo para el ascenso de Miguel Grau al grado de Contralmirante, el 4 de septiembre de 1879. Con la autorización del Consejo de Ministros y del Congreso, mediante la resolución legislativa del 9 de mayo de ese año, el Presidente Mariano Ignacio Pardo viajó a Europa y a Estados Unidos para adquirir personalmente armamento y embarcaciones, dejando el mando al Vicepresidente La Puerta.

El 23 de diciembre de 1879, ante la crisis por la declaratoria de guerra del gobierno de Chile, Nicolás de Piérola propinó un duro golpe al general Luis La Puerta, entonces Vicepresidente de la República. El rebelde, instituyó su Dictadura como Jefe Supremo de la República, que duró casi dos años.



Nicolás de Piérola y Villena
Centro de Estudios Histórico Militares.
Archivo Fotográfico.



General Manuel de Mendiburu
De Estudio Courret, c. 1879 . Archivo
de la BNP - Lima, Dominio público.



General Lorenzo Iglesias y Pino,
Ministro general BNP.
Archivo Fotográfico.

Esta dictadura estuvo acompañada de siete secretarías de Estado entre ellas: Relaciones Exteriores y Culto a cargo de Pedro José Calderón; Guerra al coronel Miguel Iglesias y Marina a cargo del capitán de Navío Manuel Villar. La nueva administración declaró vigentes los reglamentos de tribunales y juzgados de paz mientras no se opusieran al Estatuto de 27 de diciembre de 1879¹⁶⁸, pudiendo reformarlos de acuerdo a las necesidades que conviniesen.

El Jefe Supremo y Protector de la Raza Indígena consideraba necesario examinar a la oficialidad según su conducta y aptitudes de tan preciosa institución, sino era acaso el sometimiento al gobierno de turno, para lo cual se crearon Tribunales de Calificación, presidido por el comandante en jefe de los ejércitos e integrado por los comandantes generales de división, sirviendo de consultor el jefe de arma del Estado Mayor respectivo. Se evaluaban las aptitudes naturales (notable, común o ninguna), la instrucción para el puesto (notable, suficiente, insuficiente o ninguna), la conducta en el servicio (distinguida, buena, mala o pésima) así como la de índole privada (distinguida, buena, mala o pésima). Estos

tribunales actuaban en forma permanente¹⁶⁹. Sin embargo, los prolegómenos a la crisis de la guerra obligaron al gobierno a controlar la disciplina de las fuerzas armadas y a establecer que estos colegiados se convirtiesen en el Consejo de Guerra Permanentes de Oficiales Generales, dotándolos de todas las atribuciones provenientes de la legislación existente:

“Art. 2º Las causas militares en actual sustanciación y las que en lo sucesivo se instauren contra jefes y oficiales del Ejército, por crímenes ó faltas cometidas con detrimento de la disciplina militar y la moral pública, serán sometidas, concluido que sea el sumario respectivo, al juzgamiento verbal y fallo de estos consejos.

Art 3º Compete exclusivamente á los consejos de cada ejército el conocimiento jurisdiccional de todas las causas que se inicien en sus respectivas dependencias y aquellas que el Supremo Gobierno tenga á bien someter á su decisión.

Art. 4º En defecto de algunos de los vocales divisionarios, miembros natos de un consejo, funcionará el jefe de mayor graduación ó más antiguo de entre los comandantes de cuerpo pertenecientes al mismo ejército”.¹⁷⁰

168 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Decreto de 8 de enero de 1880.

169 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Decreto de 6 de agosto de 1880.

170 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Decreto del 15 de setiembre de 1880.

El 27 de noviembre de 1879 la campaña terrestre liderada por los peruanos tuvo su encuentro con el regimiento 2° de línea de la infantería chilena, lucha que se extendió hacia el mismo pueblo. En el fulgor de la batalla, el Inspector de Guardias y Guardia Civil Mariano Santos Mateo arrebató el estandarte o coronela de dicho regimiento, en medio de esta sangrienta lucha. Desde entonces Santos recibió el reconocimiento de su superior coronel Francisco Bolognesi, siendo llamado el Valiente de Tarapacá y posteriormente condecorado por el contralmirante Lizardo Montero. Testimonio que se tradujo, años después, en ser declarado patrono de la Guardia Civil del Perú.

Sin embargo, la derrota en la batalla de Arica, donde ofrendaron sus vidas el coronel Francisco Bolognesi Cervantes entre otros militares que defendieron la plaza del lugar, implicó la pérdida gradual de fuerzas militares. Le correspondió a la dictadura de Piérola encarar la ofensiva chilena cuyo enfrentamiento decisivo se produjo en la capital de la República. Tras la pérdida de la fuerza integrada por voluntarios y efectivos castrenses en las batallas de San Juan y Miraflores, el gobierno optó por desplazarse a la sierra para organizar la resistencia.

Mientras tanto, como señala el historiador Luis Antonio Eguiguren, en Lima se adoptaban medidas de emergencia y la Corte Suprema de la

República optó por suspender sus actividades, dejando a los jueces de paz la decisión de proseguir en la administración de justicia:

“El 16 de enero de 1881, a raíz de las infaustas jornadas de San Juan y Miraflores; de la desaparición de la resistencia en la Capital y aniquilación del ejército allegadizo que fue organizado para hacer frente al enemigo, el Dictador, don Nicolás de Piérola, Jefe Supremo de la República y *Protector de la raza Indígena*, como se titulaba, expidió un decreto tratando de organizar el caos, de poner un poco de orden en la compleja y dura situación creada por la ocupación de la Capital por el invasor.

Reconocía en él que por consecuencia de las batallas perdidas, hubo de retirar de la capital las pocas tropas que quedaban, entrando tranquilamente en Lima el grueso del ejército chileno. Sin embargo, era absolutamente preciso mantener la independencia del Gobierno para el desempeño de su cargo; pero las variadas operaciones militares y las exigencias estratégicas no consentían fijar un lugar de residencia a ese Gobierno, para lo cual creía indispensable dar a los departamentos del Norte y del Centro, libres aún de enemigos, una organización especial para su mejor marcha política y militar.

Creáronse dos nuevas jefaturas político militares: la de Norte, con Piura, Lambayeque,

Libertad, Cajamarca, Amazonas, Loreto y Ancash; y la del Centro, con Lima, Callao, Ica, Junín, Huancavelica, Huánuco y Ayacucho.

Firma el Decreto en Chocas el 16 de enero de 1881.

El Jefe Supremo y el Secretario Aurelio García y García.

... En cuanto a las labores de los Tribunales, concluido el punto en que se hallaren en el momento, deber continuar en receso en todos los lugares ocupados por fuerzas enemigas y mientras tal ocupación durare. Fue en el Acuerdo del 10 de Septiembre de este año fatal de 1881 que se ordenó se diera cuenta al Ministerio del Ramo y se comunicara al Juez de Primera Instancia que, en la fecha el Presidente del Tribunal Superior, doctor don Mariano Julio Corzo expuso que, **hallándose clausurados los Tribunales y Juzgados, por resolución de la Corte Suprema**, los jueves de Paz de la Capital se hallan en el pleno ejercicio de sus funciones, son que el fallo que expiden, en el caso de que los interesados interpongan apelación, pueda confirmarse o revocarse, puesto que se halla en receso el Juzgado de Revisiones¹⁷¹.

En Ayacucho, Piérola convocó a la Asamblea Nacional, la que se instaló el 28 de julio y ante la cual el mandatario presentó su renuncia. Entre tanto, la junta de notables de Lima designó a Francisco García Calderón Landa como Presidente del Perú a finales de febrero de 1881, quien gozó del reconocimiento de las autoridades chilenas. Él convocó a sesiones extraordinarias del Congreso con los miembros que habían permanecido hasta noviembre pasado. Éste se reunió en Chorrillos, el 15 de mayo, con la asistencia de 32 congresistas, a los que se incorporaron ciudadanos residentes en Lima, originarios de las provincias que carecían de representación. Las sesiones se dirigieron a fijar los términos para llegar a un acuerdo de paz con Chile, prevaleciendo hasta entonces la prohibición de cesión territorial, criterio que no prosperó, concluyendo sus sesiones el 22 de agosto de 1881. Conforme pasaban los meses, la presión ejercida por el invasor era mayor. Pero ello no fue óbice para que el Presidente García Calderón se negase a firmar un acuerdo de paz que estipulaba la entrega de Tarapacá al país sureño, situación que determinó su apresamiento y posterior destierro a Valparaíso.

171 EGUIGUREN ESCUDERO, Luis Antonio: ob. cit.; págs. 54 y ss.

Desde la hacienda Montán, el general Miguel Iglesias dio su famosa proclama o Grito de Montán con el cual planteó la necesidad de alcanzar la paz con Chile mediante la cesión territorial de Tarapacá. Se convocó en Cajamarca a una asamblea integrada por representantes de Cajamarca, Piura, Lambayeque, La Libertad, Ancash, Amazonas y Loreto, que por elección directa debía instalarse el 25 de noviembre de ese año, lo que no fue posible sino hasta el 30 de diciembre. La ausencia de García Calderón creó las condiciones para el establecimiento de un nuevo régimen a cargo del *Presidente Regenerador de la República* y del Ministro general Lorenzo Iglesias y Pino, su hermano.

Por su parte, en Arequipa, el contralmirante Lizardo Montero también instaló el gobierno y la representación nacional el 22 de abril de 1883, con dos cámaras. Entre sus primeros actos, ratificó a Francisco García Calderón como Presidente de la República y nombró a Montero como primer Vicepresidente y a Andrés Avelino Cáceres como segundo Vicepresidente. En los territorios ocupados, el Legislativo nombraría representantes.

Por decreto del 9 de noviembre de 1882, el primer Vicepresidente no sólo desautorizó al general Iglesias, en su calidad de Jefe Político y Militar de los departamentos del norte sino lo acusó de traidor a la patria, denuncia amparada en la Constitución de 1860,

Artículo 5: Nadie puede arrogarse el título de soberano: el que lo hiciere, comete un atentado de lesa patria.¹⁷²

El juzgamiento se efectuaría a través del Consejo de Guerra para Generales, quedando además borrado del Escalafón Militar y privado de sus goces y prerrogativas al haber proclamado la separación de los pueblos bajo su mando. Con ello se atacaba la integridad territorial y la unidad nacional, desconociendo la autoridad de gobierno provisorio constitucional¹⁷³.

Durante este lapso el contralmirante Montero dispuso que, al haberse suspendido funciones la Corte Suprema en Lima ocupada por el ejército chileno y para evitar el perjuicio por la paralización de los juicios, que este colegiado con sus vocales y personal administrativo reanuden labores en Arequipa¹⁷⁴.

172 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: ob. cit.; pág. 333.

173 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Decreto del 9 de noviembre de 1882.

174 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Decreto del 25 de noviembre de 1882.



General de Brigada César Canevaro Valega (1846-1922),
Militar y político peruano.

Arequipa, Setiembre 4 de 1882.
D. 4 de Setiembre de 1882.
Suprimiendo la Jefatura Superior Política y Militar de los Departamentos del Sur.
Habiéndose establecido el Gobierno en esta Capital y siendo, por consiguiente, innecesaria la existencia de la Jefatura Superior Política y Militar de los Departamentos del Sur, declárase suprimida dicha Jefatura. Regístrese, comuníquese, publíquese y archívese.
Rubrica de S. E. — Valverde.

Decreto de 4 de setiembre de 1882 suprimiendo la Jefatura Superior Política y Militar de los departamentos del sur.
Archivo del Congreso.



Capitán de Navío Melitón Carbajal Ambulodegui
Diputado por Andahuaylas en el Congreso 1882.
De Estudio Courret, c. 1900 - Archivo Fotográfico de la BNP, Dominio público.

El Código penal y de procedimientos en materia militar (Arequipa, 6 de setiembre de 1883)

Debemos destacar que este código se redactó en plena Guerra del Pacífico y abordó la parte penal militar, así como la organización de la justicia militar. Basado en las Ordenanzas Militares redactadas por la comisión presidida por el general Mendiburu y tomando como referencia el reglamento francés del 12 de junio de 1875, se daba inicio del proyecto de examinar la legislación castrense hasta entonces con el propósito de sistematizar a través de una norma propia “conforme a la civilización moderna y a las necesidades especiales del servicio militar del país”:

“El año 1878 se mandó imprimir esa obra con el fin de ponerla en vigencia; pero, causas por todos conocidas han retardado la realización de esta idea, hasta que, por las exigencias crecientes de los últimos tiempos el Supremo Gobierno decretó el 20 de Diciembre del año próximo pasado la formación de una junta...”¹⁷⁵

Con tal fin, se formó la junta el 20 de diciembre de 1882. Estuvo presidida por el general de

brigada César Canevaro e integrada por los coroneles Francisco Luna, Juan F. Goyzueta, Carlos Montes y Santiago Contreras; en calidad de vocales, actuando de secretario el teniente coronel Manuel Saavedra y de auditor de guerra el doctor Alfredo Gastón.

Posteriormente y concluido tan loable proyecto, por acuerdo del 20 de junio de 1883, las Honorables Cámaras del Congreso designaron a los miembros de la Comisión de Guerra encargada de revisarlo; colegiado integrado por los señores senadores: general César Canevaro, Presidente; y los coroneles Marcelino Valera y Abel Méndez, en calidad de vocales, a los cuales se incorporaron los señores diputados: Coronel Belisario Suárez, capitán de Navío Melitón Carbajal y coronel de gendarmería Trinidad Pacheco Andía. Comisión que finalmente lo aprobó.

En la primera parte el código se dirigió al mantenimiento de la disciplina y la moral, se estableció una serie de medidas contra todo infractor con penas que iban desde el apercibimiento hasta la pena capital. Sobre todo, se introdujeron cambios en las sanciones para las conductas ejercidas por militares, considerando que este código, a diferencia del penal, era más específico en los

175 Carta del coronel Juan Ibarra a los señores secretarios de la Honorable Cámara de Senadores. Ministerio de Guerra y Marina. Arequipa 5 de junio de 1883.

casos de traición a la patria, homicidio calificado, cobardía y maltratos de obra a los superiores, agregándose, en el ámbito castrense, los delitos contra la religión. En lo relativo a las materias de servicio, régimen y disciplina y policía de los cuerpos del Ejército, continuaba vigente la ordenanza española de 1769.

Al hacer entrega del proyecto concluido, el general Canevaro hizo hincapié:

“Bien hemos comprendido Sr. Ministro, que si el número de soldados y el poder de los elementos influyen eficazmente en las luchas de la fuerza armada, una organización bien sistemada (sic) dá á los ejércitos una verdaderas garantías, cuando se calcula las probabilidades sobre posibles triunfos y derrotas, pudiendo decirse: que la estimable cualidad del valor viene a quedar subordinada á las previsiones de una sabia dirección, concentrada totalmente en las Comandancias en Jefe y los Estados Mayores”.¹⁷⁶

El Código penal de procedimientos en materia militar de 1883 estuvo dividido en tres libros: Materias de justicia, de los delitos militares y sus penas y, finalmente: Enjuiciamientos. De ellos hemos tomado los pasajes más resaltantes:

LIBRO PRIMERO: MATERIAS DE JUSTICIA:

Capítulo I: De los juicios militares

A diferencia del delito común, el de carácter militar corroe la moral y la disciplina poniendo en peligro el orden público y la propia institución.

Capítulo II: De los delincuentes militares (artículos 1º, 3º, 4º y 5º)

Las leyes penales y militares son aplicables a generales, jefes, oficiales y a los miembros de la tropa que se hallen en servicio activo y a los inválidos en cuartel sujetos a disciplina militar. También se encuentran comprendidos aquellos que sin ser militares ejerzan espionaje. En otros delitos, los coautores o cómplices que siendo civiles infrinjan los delitos estipulados en este código serán detenidos por autoridades y los jueces militares los pondrán a disposición del fuero común.

De igual forma, el militar que comete delito común no comprendido en el código o el que al infringirlo realiza otro común, también era derivado al juzgado ordinario.

176 Carta del general César Canevaro al señor coronel Ministro de Estado en el Despacho de Guerra y Marina. Arequipa, 17 de mayo de 1883.

Capítulo VII: De los delitos y faltas militares.

Se precisaba que los delitos y faltas militares eran acciones u omisiones voluntarias y maliciosas consideradas al tenor de este código. Con tal fin, fue establecido que toda acción u omisión penada por la ley se reputaba como voluntaria y maliciosa, mientras no se probase lo contrario, tendencia jurídica que pervivió desde el Código Penal de 1862. Libro primero: De los delitos, de los delincuentes y de las penas en general:

“Artículo 1º Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas, penadas por la ley, constituyen los delitos y faltas. Los delitos se castigan con penas graves; las faltas con penas leves.

Artículo 2º Toda acción u omisión se reputa como voluntaria y maliciosa, mientras no se pruebe lo contrario.”¹⁷⁷

Capítulo VIII: De las penas¹⁷⁸ (artículos 1º, 2º y 7º)

Son penas graves: La de muerte, penitenciaria, degradación, reclusión en fuertes, cárcel, expatriación, confinamiento, separación del servicio,

arresto mayor en cuartel o fuertes, vara, deposición de empleo.

Son penas leves:

La suspensión de empleo, arresto menor en cuarteles, barra, grillete, represión, obligación de trabajos extraordinarios en el cuartel.

Salvo la pena de muerte, en el resto de infracciones se consideraba la duración, los grados y los términos de las penas, los cuales se hallaban establecidos en tablas y contaban con la inhabilitación mientras dure la condena, es decir la privación de la libertad, de los derechos políticos.

LIBRO SEGUNDO:

DE LOS DELITOS MILITARES Y SUS PENAS:

Capítulo XIV: Delitos contra religión¹⁷⁹ (artículo 1º, 2º y 3º)

El que intentare abolir o variar la religión católica, apostólica y romana, instituida como oficial

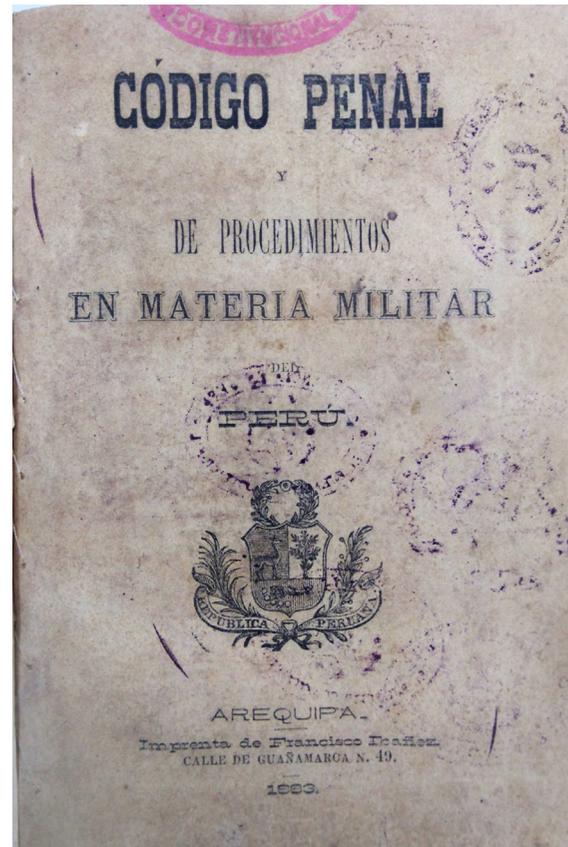
177 PERÚ: Código penal del Perú. Lima. Imprenta Calle de la Rifa, 58. 1863; pág. 9. <<https://archive.org/stream/cdigopenaldelpe00pergoog#page/n14/mode/2up>>

178 Véase código penal de 1863: Libro primero, Sección cuarta: De las penas; Título primero: De las penas y de su duración. Título segundo: De los grados y términos en que se dividen las penas.

179 Véase Código penal de 1863: Libro segundo: De los delitos y sus penas; Sección Primera: De los delitos contra religión.

del Estado peruano en el artículo 4º de la Constitución de 1860 y no permita el ejercicio público de otra, será castigado con la pena de expatriación en tercer grado. El que interrumpa el protocolo de la santa eucaristía en el templo o en cualquier lugar público, sufrirá pena de reclusión de fuertes en cuarto grado.

Aquel que blasfeme de Dios o de la Santísima Virgen, profane las imágenes de los santos, vasos sagrados ú otros objetos destinados al culto, sufrirá reclusión en primer grado. El que maltratare de obra al capellán del regimiento o a cualquier sacerdote en el templo u otro lugar público, si es miembro de la tropa sufrirá la pena de vara¹⁸⁰ en primer grado y si es jefe u oficial, pena de arresto en cuarto grado. El que cometa actos inmorales en templos o cementerios; si es de tropa sufrirá pena de vara en segundo grado y si es jefe u oficial, arresto en quinto grado. Aquel que robe especies de los templos, si fuese soldado pena de vara en tercera grado y si fuese oficial le corresponde la degradación.



Código Penal y de Procedimientos en Materia Militar. PERÚ, Arequipa. Imprenta de Francisco Ibáñez Calle de Guañamarca (sic) N. 49. 1883

180 La pena de vara consistía en flagelar al infractor con una vara flexible de un metro de largo.

EL LIBRO TERCERO: ENJUICIAMIENTOS.

Capítulo II: De los Fiscales y Tribunales militares.

El código establecía en forma permanente el Consejo Supremo de Guerra, integrado por cinco generales provenientes del ejército y de la marina, al cual se incorporaba el fiscal de la Corte Suprema de Justicia, como asesor.

Presidía el general de mayor rango y antigüedad entre los oficiales sorteados en acto acontecido en la ciudad de Lima ante el Ministro de Guerra y Marina, con presencia de los inspectores generales y el auditor general del ejército. Estando en campaña, el sorteo se efectuaba ante el general o comandante en jefe, el jefe de estado mayor y el auditor general. No cabía la posibilidad de excusarse para ejercer la magistratura militar.

No podían integrar el colegiado los inspectores generales en guarnición, el comandante en jefe del ejército ni el jefe del estado mayor en campaña.

Este colegiado conocía en casos de consulta, las apelaciones en última instancia o nulidad de sentencias provenientes de los consejos de guerra.

Con respecto a la jurisdicción, si el delito militar se había producido en tierra, decidía el ejército

mientras que, al tratarse de embarcaciones, actuaba la marina de guerra.

Al dictarse sentencia en los consejos, su presidente se dirigía al Ministro de Guerra para que el gobierno mande ejecutarla, quien, a su vez, corría traslado al fiscal; luego, entonces, se archivaba o se anunciaba el fallo. Si había apelación o entraba en consulta, el expediente era derivado al Consejo Supremo de Guerra para que resolviese tanto los aspectos de contenido como los procesales.

Dentro de los casos recurrentes hallamos: pena de muerte, penitenciaría, degradación, cárcel, reclusión, expatriación o confinamiento. También se contemplaban las impugnaciones en caso que el tribunal no haya sido integrado según el código, por tomar conocimiento de una causa que no le competía, por haber infringido u omitido los trámites de ley, no valorar los recursos de la defensa o no haber especificado el delito por el cual se juzga al presunto infractor.

El gobierno daba cumplimiento a la sentencia en la capital y en los departamentos a través de los prefectos o los jefes superiores militares y en el ejército por el general o comandante en jefe.

Existía el Consejo de Guerra de Oficiales para oficiales de diferente clase o grado, se avocaba al conocimiento de casos que involucraban a

PENAS LEVES.

- La de suspensión de empleo.
- La de arresto menor en los cuarteles.
- La de barra.
- La de grillete.
- La de reprensión.
- La de obligación de trabajos extraordinarios en el cuartel.

Art. 2.º La duración, los grados y los términos de estas penas se manifiestan en las escalas siguientes:

NÚMERO 1.

PARA LA PENA DE PENITENCIARIA.

Grados.	Término mínimo.	Término medio.	Término máximo.
I.	4 años.	5 años.	6 años.
II.	7 "	8 "	9 "
III.	10 "	11 "	12 "
IV.	13 "	14 "	15 "

NÚMERO 2.

PARA LA PENA DE RECLUSIÓN EN FUERTES.

Grados.	Término mínimo.	Término medio.	Término máximo.
I.	4 meses.	8 meses.	1 años.
II.	2 años.	3 años.	4 "
III.	5 "	6 "	7 "
IV.	8 "	9 "	10 "

Tablas de infracciones:
Grados, términos y duración de las penas.

NÚMERO 5.

PARA LA PENA DE VARA POR FALTAS GRAVES.

Grados.	Término mínimo.	Término medio.	Término máximo.
I.	25 varazos.	50 varazos.	75 varazos.
II.	100 "	125 "	150 "
III.	175 "	200 "	225 "

NÚMERO 6.

PARA LA PENA DE SUSPENSIÓN DE EMPLEO.

Grados.	Término mínimo.	Término medio.	Término máximo.
I.	40 dias.	50 dias.	2 meses.
II.	70 "	80 "	3 "
III.	100 "	110 "	4 "
IV.	130 "	140 "	5 "
V.	160 "	170 "	6 "

NÚMERO 7.

PARA LA PENA DE ARRESTO MENOR, BARRA, GRILLETE Y TRABAJOS EXTRAORDINARIOS EN EL CUARTEL.

Grados.	Término mínimo.	Término medio.	Término máximo.
I.	2 dias.	4 dias.	6 dias.
II.	8 "	10 "	12 "
III.	14 "	16 "	18 "
IV.	20 "	22 "	24 "
V.	26 "	28 "	30 "

Tablas de infracciones: Grados, términos y duración de las penas.

generales, jefes u oficiales, pudiendo comprender a miembros de la tropa, siempre que se hallaran coludidos con los anteriores y emitía sentencia. Éste se hallaba conformado por siete vocales titulares (con tres suplentes adicionales) que representaban a los generales del ejército y de la marina. A falta de éstos, eran sustituidos por coroneles efectivos según la antigüedad, pudiendo extenderse la designación a los graduados.

Finalmente, teníamos el Consejo de Guerra Ordinario, con jurisdicción sobre la tropa, compuesto por siete vocales, presidido por el 1er. Jefe o coronel, siendo reemplazado por el 2do. Jefe o teniente coronel, al cual se sumaban los capitanes del mismo cuerpo. Ante la falta de éstos se completaba el número con los tenientes más antiguos.

El auditor de guerra que conocía las causas del consejo de guerra ordinario era el juez de 1era. Instancia de la provincia donde se reunía el colegiado.

“Art. 21º En las faltas graves o leves tenían jurisdicción para imponer las penas las autoridades en el orden siguiente:

1º El ministro de la guerra.

2º El general o comandante en jefe. Los jefes de brigada.

3º Los inspectores generales.

4º Los comandantes generales de división o cantón.

5º Los prefectos.

6º El jefe y sub-jefe del Estado mayor.

7º Los coroneles o primeros jefes de los cuerpos y el de la sección de plaza.

8º Los que manden columnas, destacamentos, escoltas ó fuerzas aisladas en comisión de servicio”.¹⁸¹

Otro cargo importante fue el auditor general de guerra, que se desempeñaba en tiempos de paz o de guerra, quien juraba su cargo ante las Cortes Suprema o Superior, cuando no se hallase en la capital¹⁸². Se integraba al consejo de guerra para oficiales y a falta de éste, era sustituido por el vocal menos antiguo de la Corte Superior de Justicia.

181 PERÚ: Código penal y de procedimientos en materia militar. Arequipa. Imprenta de Francisco Ibáñez Calle de Guañamarca (sic) N. 49. 1883; pág. 68.

182 PERÚ: ob. cit; pág. 65.

“Eran funciones del auditor:

- 1º Dictaminar las causas militares que se sigan.
- 2º Servir de asesor en los consejos de guerra que se celebren en los lugares en que se encuentre por disposición del Gobierno y
- 3º Recibir el juramento á los funcionarios y en los casos en este tratado designa”

En cada cuerpo habían fiscales militares permanentes, cargos desempeñados por sargentos mayores, siendo asistidos por los capitanes. Estas autoridades formaban las causas a los oficiales y miembros de la tropa. De la misma manera, en la gendarmería los cargos de fiscales eran ejercidos por los segundos jefes o el teniente más antiguo.

El coronel jefe de la sección del servicio de la plaza de Inspección General era el fiscal nato en las causas iniciadas contra generales, jefes y oficiales. En los departamentos, el cargo de fiscal recaía en el jefe de mayor clase o antigüedad.

Por seguridad procesal, el fiscal nombraba al defensor del reo entre los oficiales del mismo cuerpo o de otro, fuese en guarnición o campaña; quienes prestaban juramento para desempeñar el cargo con sujeción a las leyes.

Durante el desarrollo de la Guerra del Pacífico la asamblea sureña no fue reconocida por Chile y su funcionamiento no llegó a consolidarse, razón por la cual se clausuró el 20 de junio del mismo año. Mientras tanto, el 24 de octubre de 1883 fue convocada una tercera asamblea constituyente, cuyos comicios se produjeron en Lima en forma directa. Una vez instalada, el 1º de marzo del año siguiente, Miguel Iglesias y Pino fue nombrado Presidente Provisorio de la República, dando inicio al segundo militarismo.

Mientras tanto, el Congreso ponía fin a la guerra aprobando el Tratado de Ancón en sesión secreta; sin embargo, las tropas chilenas permanecieron aún seis meses en el territorio. El Presidente Miguel Iglesias y Pino creó una comisión investigadora y calificadora para que tomara cuentas a cualquier entidad del Estado sobre los fondos manejados, recibidos o gastados durante el conflicto bélico dentro y fuera de la república. Se exceptuaban los consignatarios, compradores y negociantes del guano o salitre. Sus miembros estaban dotados de facultades coactivas para su cometido que tenía plazo de ochenta días, a cuyo término emitía un informe final al gobierno, lo cual no era óbice para que lo hiciera semanalmente también¹⁸³.

183 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Decreto de 9 de noviembre de 1883.

Se declaró en vigencia la constitución de 1860; pero con modificaciones, entre las cuales se indicaba: El Ejecutivo decidía sobre los ingresos y egresos de la Nación, nombramiento de magistrados, renovación de autoridades; además contaba con la autorización para generar nuevos recursos y realizar los cambios a su discreción. Destacamos el artículo 119º que quedó modificado así:

“El objeto de la fuerza pública es asegurar los derechos de la nación en el exterior; y la ejecución de las leyes y el orden en el interior”.

“La obediencia militar será arreglada á las Ordenanzas del Ramo”.¹⁸⁴

La administración no pudo escapar a las críticas provenientes por los alcances del Tratado de Ancón, generando incluso una férrea oposición del propio ejército liderada por el coronel Andrés Avelino Cáceres Dorregaray —también conocido como el Brujo de los Andes, jefe de la resistencia durante la ocupación— la cual desencadenó en una guerra civil, situación que se fue agravando hasta desencadenar la renuncia de Iglesias, producida el 3 de diciembre de 1885 y dando paso a la convocatoria de elecciones generales.

El Partido Constitucional, integrado por algunos miembros del Partido Civil, presentó a Cáceres como su candidato. Sólo el Partido Demócrata, con Nicolás de Piérola, fue la alternativa. Los Civilistas que lideraban el Congreso, con Francisco Rosas a la cabeza, se inclinaron por Cáceres, el héroe de la Breña.

La ley del 2 de junio de 1886, estableció el inicio del mandato del Presidente de la República Andrés Avelino Cáceres Dorregaray, acompañado por Remigio Morales Bermúdez y Aurelio Denegri, como Primer y Segundo Vicepresidentes respectivamente. Meses después el Congreso de la República le concedía al flamante presidente la clase de general de división de los ejércitos de la República¹⁸⁵.

Durante su gestión se aprobó el Código de la Marina Militar¹⁸⁶, sobre la base de los trabajos de las comisiones de 1877 y 1885, dejando sin efecto la Real Ordenanza naval para el servicio de los *baxeles* de Su Majestad, de 1802 así como las Ordenanzas de Carlos III, disposiciones que formaban parte de la tradición castrense y que se habían visto alteradas por las luchas intestinas así como por la Guerra del Pacífico.

184 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Ley del 26 de marzo de 1884.

185 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Resolución Legislativa de 26 de octubre de 1886.

186 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Archivo del Congreso. Ley de 30 de octubre de 1886.



General Miguel Iglesias y Pino,
Presidente Regenerador de la República.
BNP. Archivo Fotográfico.



Francisco Rosas Balcázar,
Senador por Ancash y Presidente del Senado.
BNP. Archivo Fotográfico Courret.



General Andrés Avelino Cáceres, Presidente de la República.
BNP, Archivo Fotográfico Courret.

ANEXO:¹⁸⁷“Causa seguida al Capitán de Navío Lizardo Montero Flores y Otros,
por el delito de insubordinación”

Siguiendo las formas judiciales de entonces y de hoy, el proceso debió titularse: “*Causa seguida al Capitán de Navío Lizardo Montero Flores y Otros, por el delito de Insubordinación y Otros*”, tras la correspondiente numeración del expediente, debido a que Montero era el Oficial de mayor graduación entre los treinta y cinco procesados, a quienes citaremos más adelante.

Antecedentes del proceso

Concluida la guerra contra España, tras el Combate Naval del Dos de Mayo de 1866, el Coronel Manuel Ignacio Prado Ochoa, Dictador de la República, y su Consejo de Ministros, vieron la ocasión de revivir el sueño americanista de expulsar definitivamente a los españoles de América. Concibieron un “*plan audaz de tomar la ofensiva atacando las colonias españolas de América y Filipinas, hostigando a los buques de Méndez Núñez y aun llegando a España*”.¹⁸⁸

Prado había expresado, con entusiasmo, llevar la campaña libertadora a Cuba, con cuyo propósito, el Estado peruano contrató al comodoro John Randolph Tucker, de la marina norteamericana de los Estados del Sur, para que dirigiera la escuadra Naval peruana, que se encontraba surta en la bahía de Valparaíso, al mando del Capitán de Navío Lizardo

187 Roosevelt Bravo Maxdeo, Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

188 BASADRE GROHMANN, Jorge. Historia de la República del Perú (1822-1933). Lima. El Comercio S.A. 2005. Tomo 6; pág. 224.

Montero, a quien el gobierno consideraba demasiado impetuoso para la empresa. Según Basadre, “*Montero protestó contra esta designación y la calificó como una ofensa a marinos anti-gueros, capaces y patriotas. Acompañaron a Montero otros jefes entre los que se encontraban Aurelio García y García, Manuel Ferreyros y Miguel Grau*”¹⁸⁹, de quienes la Cancillería peruana creía tener seguridad de que caían en la simpatía del Almirante Blanco Encalada y del gobierno chileno.

El gobierno peruano envió a Chile al Secretario de Hacienda Manuel Pardo, quien hizo reconocer a los nuevos comandantes de los buques, “aceptando la dimisión de los ofendidos”. Se inició contra ellos un proceso tras su detención en la isla de San Lorenzo, presidiendo el tribunal “el mariscal Antonio Gutiérrez de la Fuente y lo integraron los generales José Rufino Echenique, Fermín del Castillo, Pedro Cisneros, Luis de la Puerta y Nicolás Freyre. Los enjuiciados fueron desfilando por orden jerárquico. Así se presentaron Lizardo Montero, Manuel Ferreyros, Miguel Grau (cuya defensa estuvo a cargo de Luciano Benjamín Cisneros), Aurelio García y García (defendido por su hermano José Antonio) y alrededor de veinte marinos más. Al terminar las audiencias, el tribunal fue absolviendo uno a uno a los encausados.”¹⁹⁰

El historiador Tauro del Pino, hablando de Grau sobre esta parte de su vida, expresa: “En Valparaíso renunció por considerar deshonroso para los marinos peruanos que se hubiera nombrado como comandante de la armada al norteamericano John R. Tucker; fue conducido al Callao, sufrió prisión en la isla de San Lorenzo (15-VIII-1866 y, sometido a consejo de guerra, fue absuelto (10-11-1867) y repuesto en su situación.”¹⁹¹

Por su parte, Carlos Milla Batres refiere: “resentido por el nombramiento del marino norteamericano Tucker para comandar una expedición de la escuadra peruana hacia Filipinas,

189 *Ibídem.*

190 *Ibídem.*

191 TAURO DEL PINO, Alberto. Enciclopedia Ilustrada del Perú. Lima. PEISA, Empresa Editora El Comercio S.A. Tomo 7. 2001; pág. 1097.

pidió su retiro del servicio, juntamente con otros marinos, esta posición le valió la prisión; absuelto en 1867, retornó al mar comandando el mercante Puno, de la compañía inglesa de vapores.”¹⁹²

Ante la designación del Comodoro Tucker como Comandante de la Escuadra, los Comandantes Montero y García y García pidieron al gobierno que revoque esa designación, porque afectaba su honor, cuestionaba su lealtad y ponía en duda su capacidad para el mando, o en su defecto, se les relevara de sus puestos. El gobierno, con Mariano Ignacio Prado a la cabeza, sin medir las consecuencias, en un momento de algazara por el éxito del 2 de Mayo, creyó necesario imponer la fuerza, y asumiendo que todos debían cumplir sus designios sin cuestionar, el 23 de julio de 1866 expidió una resolución suprema, a través de la Secretaría de Guerra y Marina, disponiendo que Manuel Pardo y Lavalle, Secretario de Hacienda y Comercio, viajase a Chile para resolver la situación.

Con anterioridad a esta decisión gubernativa, el Ministro (Embajador) peruano en Santiago de Chile, buscó solucionar el problema entrevistándose con Montero y, en su momento, con Tucker, cuya primera impresión, que comunicó a su amigo y futuro consuegro, el Canciller chileno Covarrubias, fue: “Intratables encontré a mis angelitos. Sin embargo convinieron en soltarme el gato y a la llegada del hereje (Tucker) me entenderé con él”.¹⁹³ De hecho, había convencido a los marinos “rebeldes” y al gobierno de Chile, que la escuadra zarpara con rumbo al Callao y fuera en este puerto que los marinos entregaran sus buques al gobierno. Esta solución, en la que todos estaban de acuerdo, incluso Tucker que renunciaba al mando de la escuadra, no fue bien recibida por el gobierno y dispuso, como se dijo, que Manuel Pardo enrumbara a Chile para resolver el asunto y convenciera al gobierno chileno de ir tras la Numancia, buque español que había navegado con rumbo a las Filipinas, planteando en

192 MILLA BATRES, Carlos. Diccionario Histórico y Biográfico del Perú. Lima. Editorial Milla Batres, S.A. segunda edición. 1986, págs. 274 y 275.

193 WAGNER DE REYNA, Alberto. Historia Marítima del Perú. Lima. Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú, Tomo VII. 1977, pág. 435.

cambio los chilenos, que debía atacarse los buques españoles surtos en Montevideo y Río de Janeiro, sin que ni lo uno ni lo otro se hiciera, finalmente.¹⁹⁴

El 25 de julio de dicho año zarpó del Callao el transporte de guerra “Callao”, llevando a bordo al Secretario Pardo y a los Oficiales de marina que debían relevar a sus pares en el comando de los buques surtos en Valparaíso. Pardo entregó al Capitán de Navío Lizardo Montero, Comandante General de la División Naval Peruana, una comunicación del gobierno, fechada el 23 de julio, cuyo texto es el siguiente: “S.E. ha dispuesto que marche a la República de Chile el Sr. Secretario de Estado en el despacho de Hacienda y Comercio, investido de plenas y amplias facultades para arreglar todo lo concerniente al servicio público y, en especial al de la Marina. En consecuencia, dispone el Jefe Supremo que, desde el instante en que U.S. reciba esta nota, queden Uds., los comandantes de los buques de guerra y toda la División, a las inmediatas órdenes del Secretario de Hacienda y Comercio, quien procederá en seguida a cumplir las indicaciones del Supremo Gobierno”.¹⁹⁵

El 3 de agosto de 1866, ante la insistencia de los marinos en su renuncia, Pardo dirigió una comunicación al Comandante Montero, con el tenor siguiente: “En virtud de la nota que he tenido el honor de poner en manos de U.S. y de las órdenes supremas, sírvase U.S. disponer que se haga reconocer como comandantes de los buques de guerra a los siguientes jefes: al Capitán de Navío don José María Salcedo, como Comandante del monitor “Huáscar”; al Capitán de Navío, don José María García, como Comandante de la fragata “Independencia”; al Capitán de Fragata, don Juan Pardo de Zela, de la corbeta “América”; y al Capitán de Corbeta, don Camilo Carrillo, de la corbeta “Unión”.- Lo que comunico a Ud. para el reconocimiento indicado. Dios guarde a U.S. Manuel Pardo”.¹⁹⁶

Cumplidas las disposiciones del Secretario Pardo, los marinos “renunciantes” se embarcaron en el transporte de guerra “Callao”, llegando al puerto del Callao el 15 de agosto. Los

194 Alberto Wagner de Reyna ha tratado este tema, en el citado libro, basándose en abundante correspondencia sostenida por los representantes peruanos con el Canciller chileno Covarrubias, como puede apreciarse de fojas 435 y siguientes.

195 AROSEMENA GARLAND, Gerardo. El Almirante Miguel Grau. Lima: Tip. y Offset Peruana, 1975; pág. 46.

196 *Ibidem*, p. 47.

periódicos de la época informaron de este hecho, y en el caso de “El Comercio”, hacía alusión que en él venían “el Comandante Montero y todos los jefes y oficiales que se negaron a reconocer al Contralmirante Tucker”. Los marinos “renunciantes”, en número de 35 (incluido el Contador don Antonio B. Carrasco), fueron trasladados a la Isla de San Lorenzo, en calidad de detenidos. Los cargos que se les imputaban eran de insubordinación, deserción y traición.

El historiador Rosendo Melo, guardiamarina del transporte de guerra el “Chalaco” en tiempos de la guerra naval con España, por tanto, testigo próximo de los hechos que se narran, no exulta entusiasmo, como otros, por la conducta de Montero y sus subordinados; por el contrario, la reprueba al decir: “Hubo en la resolución de los protestantes algo que lamentar. La protesta se hacía en país extraño, en un país que aun considerado como aliado cordial, no podía mirar sin desconfianza cuanto significara disgregación o desinteligencia y luego; a todo cambio de personal sigue cierta desorientación o acefalía, peligrosa en estado de guerra y país extraño”.¹⁹⁷ Dice, también, Melo: “El gobierno peruano procedió acto continuo a aceptar las renuncias, a reemplazar a los renunciantes y a repatriarlos, sujetándolos desde luego a juicio por olvido de la disciplina y arrestándolos en el mismo buque que fue a traerlos: el Chalaco que fondeó, con ellos a su bordo, en la isla de San Lorenzo”.¹⁹⁸ En palabras de este historiador, “La detención fue solo nominal y duró poco, lo mismo que el sumario... El cautiverio no impedía a los detenidos pasar la mayor parte de su tiempo en Lima o en paseos por la Isla...”¹⁹⁹ A su vez, Fernando Romero, que llegó al grado de Capitán de Fragata en la Marina, dirá: “El comandante Miguel Grau reincidió en acompañar al paisano (Lizardo Montero Flores) y a sus compañeros: Protestó con ellos, renunció al cargo y, como resultado de esta actitud, que apareció como rebeldía contra el Gobierno, resultó enjuiciado y, embarcado en el *Chalaco*, llegó preso a San Lorenzo”.²⁰⁰

197 MELO, Rosendo. Historia de la Marina del Perú. Lima. Museo Naval del Perú, Vol. IV. 1980; pág. 274.

198 Ibídem.

199 Ibídem, pág. 275.

200 ROMERO PINTADO, Fernando. GRAU: Biografía Lírica. Lima. Dirección General de Intereses Marítimos, Ministerio de Marina. 1984, pág. 51.

El historiador, Capitán de Fragata Manuel Ignacio Vegas García, hablando de la situación de la Escuadra en Valparaíso, dice: “Los otros buques continuaron en ese puerto sin objeto aparente, gastando su no muy edificante disciplina entre la tranquilidad del fondeadero y los paseos en tierra y dando lugar también a los manejos de los agentes revolucionarios enviados desde el Perú, cuya política ya andaba revuelta otra vez. El Comandante Salcedo fue llamado a Lima y se envió para reemplazarlo en el mando del “Huáscar” y de la División al Capitán de Navío Lizardo Montero que en 1856, y aprovechando de que Salcedo estaba en tierra, le había sublevado la fragata “Apurímac”. Este acto poco meditado del gobierno de Prado, se comentó mucho e influyó en el ánimo de los oficiales díscolos y que no gustaban de la férrea disciplina de Salcedo, quien pasó a desempeñar la Comandancia General de Marina en el Callao”.²⁰¹

El gobierno chileno oficializó su opinión en estos términos: “La medidas adoptadas respecto de los Jefes de la división naval del Perú han sido muy oportunas y dignas de elogio. La conducta de aquellos Jefes había sembrado entre nosotros alarma e inquietudes, y escandalizado a cuantos comprenden que sin una subordinación y disciplina severas no es posible tener escuadra eficaz”.²⁰²

Episodios pasados aclaran más el contexto de los hechos

Resulta bueno aclarar, más todavía, el contexto en que ocurrieron estos hechos, para comprender, no justificar, la conducta de los diversos actores. El gobierno quiso aprovechar políticamente los éxitos de “Abtao” y del “Dos de Mayo” y pretendió embarcarse en la aventura de perseguir a los españoles hasta en las Filipinas. La idea de la pronta incorporación del monitor “Huáscar” y la fragata “Independencia” a la escuadra, incentivó la aventura; no obstante, los mencionados blindados no llegaron a tiempo para enfrentar a los españoles como estaba previsto, haciéndolo después que las naves españolas habían abandonado las aguas del Pacífico. El gobierno cuestionó entonces la capacidad de comando del Capitán de Navío

201 VEGAS GARCÍA, Manuel Ignacio. Historia de la Marina de Guerra del Perú, 1821-1924. Lima. Imprenta de la Marina. 1973; pág. 140.

202 WAGNER DE REYNA, Alberto: ob. cit., págs. 440 y ss.

José María Salcedo, Oficial naval en actividad más antiguo, comandante del “Huáscar” en su viaje de Inglaterra a Valparaíso, que duró en exceso y estuvo lleno de peripecias. Cuestiona, igualmente, la capacidad del Capitán de Navío Lizardo Montero y lo cataloga como “demasiado Impulsivo”, lo que da pie a la contratación del Comodoro John R. Tucker²⁰³, a quien se concede el grado de Contralmirante. Tucker será reconocido como comandante de la escuadra surta en Valparaíso, izará su insignia de mando en la corbeta “Unión”, pero permanecerá poco tiempo en su mando, al que renunciará tras un conato de rebelión en dicho buque. Ante tal situación, Mariano Ignacio Prado lo nombrará, “Presidente de la Comisión Hidrográfica del Amazonas”, teniendo por misión recorrer los ríos de la cuenca amazónica, para determinar si podían ser navegados por barcos a vapor, que le llevó a él y los integrantes de la comisión, siete años de exploraciones sacrificadas, en las peores condiciones geográficas, climáticas y económicas, retornando a su país, incluso, impago.

De otro lado, está la marcada animadversión entre José María Salcedo y el Comandante Aurelio García y García, que se hizo crítica durante la travesía del “Huáscar” y la “Independencia” de Inglaterra a Valparaíso y, posteriormente, en el caso de García y García, incluso usando medios de prensa. Está también la odiosidad que mantienen Salcedo y Montero desde el 16 de noviembre de 1856, cuando el entonces Teniente segundo Montero subvierte la fragata “Apurímac” a favor de Vivanco y contra Castilla, aprovechando que Salcedo, su comandante, había bajado a tierra en Arica. “El Apurímac, con Montero y Grau, se sublevó en Arica y luego se le unieron el Loa que se encontraba en las islas Chincha y poco después el vapor Tumbes”, dice al respecto Vargas Ugarte²⁰⁴. Romero Pintado refiere: “Aprovechan Grau y Montero una ausencia del comandante Salcedo y sublevan la Apurímac, a la cual pronto se unen Loa y Tumbes”.²⁰⁵

203 Nació en Alejandría, Virginia, Estados Unidos de América, el 31 de enero de 1812. Prestó servicios en la Marina de los Estados Unidos y al separarse Virginia de la Unión, pasó a prestar servicios en la Armada de la Confederación, durante la Guerra de Secesión, contribuyendo a la exploración y la cartografía de la cuenca alta de dicho río. Murió en Petersburg, Virginia, el 12 de junio de 1883. El profesor David Werlich ha escrito un interesante libro sobre él: “John R. Tucker, Almirante del Amazonas”, publicado por el Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú en 2010.

204 VARGAS UGARTE, Rubén, S.J.: Ramón Castilla. Buenos Aires. Imprenta López. 1962, pág. 173.

205 ROMERO PINTADO, Fernando: ob. cit., pág. 38.

Tras la “renuncia” de Montero, García y García, Ferreyros y Grau (“Los Cuatro Ases de la Marina”), a los comandos del monitor “Huáscar”, la fragata “Independencia” y las corbetas “América” y “Unión”, respectivamente, fueron relevados por “la gente de Salcedo”, quien vuelve al comando del “Huáscar” y de la escuadra peruana, después de haber ejercido la Comandancia General de la Marina, por breve término.

El Consejo de Guerra de Oficiales Generales

El Consejo de Guerra se reunió los días 25 y 26 de enero y los días 1, 2, 6, 7, 8, 9 y 11 de febrero de 1867, “en el local de la extinguida Comandancia General de Marina (en ese momento local del arsenal de la plaza del Callao), presidido por el Mariscal don Antonio Gutiérrez de la Fuente e integrado por los Generales de División, don Manuel Martínez de Aparicio y don José Rufino Echenique y los de Brigada, don Pedro Cisneros, don Baltazar Caravedo, don Luís La Puerta, y don Nicolás Freyre”.^{206 207} Actuó como Asesor del Consejo el Auditor de Marina, doctor don Agustín Fuentes Chávez, siendo el Coronel Joaquín Torrico²⁰⁸, el “Juez-Fiscal” que “formó” (instruyó) el proceso.

Como es sabido, no obstante el tiempo transcurrido desde la independencia de España y algunos proyectos que se intentaron llevar adelante para la formulación de un Código de Justicia Militar, ello no se dio hasta el 20 de diciembre de 1898, de forma que siguieron en vigencia, en lo sustancial, las Ordenanzas Militares de Carlos III, aprobadas el 22 de octubre

206 AROSEMENA GARLAND, Gerardo; ob. cit., pág. 48.

207 Jorge Basadre considera como integrante del Consejo al General de División Fermín del Castillo Arias, sin haberlo sido, en lugar del de igual clase Manuel Martínez de Aparicio; así mismo, obvia al General de Brigada Baltazar Caravedo, quién actuó como vocal. La referencia de Arosemena resulta correcta, dado que esos mismos nombres se repiten en la sentencia, publicada en la Orden General de la Armada del 17 de febrero de 1867 y reproducida en el periódico “El Nacional” el día 26 del mismo mes y año.

208 Tuvo una dilatada vida militar, iniciando su carrera en 1821, en el Ejército Libertador. Luchó en el Combate del 2 de mayo de 1866 y durante la guerra con Chile comandó la artillería en la Batalla de San Juan, el 13 de enero de 1881, entre otras participaciones castrenses. Fue “fiscal de la Corte Central en la vista de la causa Tratado Vivanco Pareja de 27 de enero de 1865”, “formada para juzgar a los personajes comprometidos en la política claudicante del gobierno presidido por el general Juan Antonio Pezet” y presidió la “comisión de delegados fiscales enviada a Londres para arreglar la deuda externa del país (1876)”. Estos datos nos hacen suponer que el Coronel Joaquín Torrico tuviera ciertas dotes de investigador y negociador. (Algunas de las referencias citadas pueden verificarse en TAURO DEL PINO, Alberto: ob. cit.; pág. 2585).

de 1768. En este sentido, el General José de San Martín, en el párrafo 18 del Reglamento Provisional que promulgó en Huaura el 12 de febrero de 1821, estableció que “Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de septiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, o abrogados por autoridad competente”.

Con posterioridad a ese Reglamento Provisional, por decreto de 8 de octubre de 1821, se estableció que en los juicios criminales que se siguieran a los extranjeros que se hallaren al servicio de la Marina del Perú, siempre que no fueren españoles, se observaría el método judicial y se aplicarían las penas que prescribían los artículos de guerra que regían en la marina inglesa y, a los naturales de cualquiera de los Estados o provincias que antes componían la América que se denominaba española, como también los individuos de la península que quisieren entrar al servicio de la marina del Estado, serían juzgados por la ordenanza naval de 1802.

En el proceso a los marinos se aplicaron las Ordenanzas Militares de Carlos III, que establecían dos clases de consejos de guerra: una, en función de la clase de personas sometidas al tribunal, que comprendía el “consejo de guerra ordinario” y el de “oficiales generales” y la otra en razón a las faltas o delitos que se hubieran cometido, en tales casos, los consejos de guerra se dividían en: “consejo de guerra de cuerpo” y “consejo de guerra de plaza”.²⁰⁹ Los marinos fueron sometidos a un “consejo de oficiales generales”, no habiéndose tomado en cuenta la “Real ordenanza naval para el servicio de los baxeles de S.M.”, dadas por Carlos IV en 1802, cuyo Título 32 estaba referido a los Juicios Criminales y Consejos de Guerra y el Título 33 a las penas extensivas a los Oficiales de Guerra, como se había establecido desde tiempos de San Martín.

Se imputó a los procesados la comisión de los presuntos delitos de Insubordinación, Deserción y Traición a la Patria. Los imputados fueron: el Capitán de Navío Lizardo Montero, los Capitanes de Fragata Manuel J. Ferreyros, Miguel Grau, Aurelio García y García, los

209 DE SALAS LÓPEZ, Fernando. Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica. Madrid. Editorial MAPFRE, S.A. 1992; pág. 127.

Capitanes de Corbeta Julio Tellería, Ezequiel Otoya, Juan B. Cobián, Gregorio Pérez y Mariano J. Reyes, el Capitán de Corbeta graduado Arístides Gonzáles Vigil; Tenientes Primeros Felipe Mesa, Francisco Charún, Carlos Ferreyros y Carlos Thorne; los graduados de la misma clase Enrique N. Alayza y Elías Aguirre²¹⁰; Tenientes Segundos Narciso García y García y Ricardo Vera; Alféreces de Fragata Gaspar Ureta, Felipe La Torre Bueno, Octavio Freyre, Carlos Herrera, Alejandro Sauri, Eugenio Raygada, Guillermo García y García, Enrique Palacios²¹¹, Justiniano Cavero, Arnaldo Larrea, Samuel Sarrio, Vicente Espinoza, Luciano Arana y Pedro Rodríguez; Guardiamarinas, Manuel Velásquez y José Cañote y Contador Antonio B. Carrasco.

La defensa oral a favor de Grau

El doctor Luciano Benjamín Cisneros²¹² fue el abogado defensor del entonces Capitán de Fragata Miguel Grau, que el 09 de febrero de 1867²¹³ alegó oralmente a su favor, ante el Consejo de Guerra de Oficiales Generales²¹⁴.

210 Remigio Elías Aguirre Romero fue el segundo comandante del Huáscar en Angamos, con el grado de Capitán de Corbeta, donde murió heroicamente, el 8 de octubre de 1879.

211 Enrique Sixto Palacios de Mendiburu, fue otro combatiente de Angamos, que por las graves y múltiples heridas recibidas, murió días después: Sus restos descansan en la cripta de los héroes del Pacífico.

212 Luciano Benjamín Cisneros nació en Huánuco en 1832. Fue abogado, diplomático, político, profesor de Derecho Natural y Público en el Convictorio de San Carlos y en San Marcos al organizarse la Facultad de Jurisprudencia. Fue elegido diputado por Huánuco y en 1959: Junto a Fernando Casós, planteó la vacancia del presidente Castilla, por lo que sufrió prisión temporal. Fue nuevamente elegido diputado por Huánuco en 1868 e integró el primer gabinete ministerial, como ministro de Justicia e Instrucción del gobierno de José Balta. Fue ministro plenipotenciario en Italia, decano del Colegio de Abogados entre 1887 y 1894 y vocal de la Corte Superior de Lima en 1904. Fue hermano de Luis Benjamín Cisneros, poeta, escritor y político, y de Manuel Benjamín Cisneros, magistrado y político. Murió en Chosica el 20 de abril de 1906.

213 En el libro: “A la Gloria del Gran Almirante del Perú Miguel Grau en el Sesquicentenario de su natalicio 1834/1998”, Tercera edición, publicada por la Secretaría del Ministerio de Marina, en julio 27 de 1844, aparece una versión de la “Defensa verbal del Comandante de la “Unión” Don Miguel Grau por Luciano Benjamín Cisneros” (Páginas 81-1001), cuya fecha se indica: “Callao, sábado 9 de febrero 1867”, que nos parece la fecha correcta del alegato.

214 El alegato de Luciano Benjamín Cisneros a favor de Grau fue incluido, íntegramente, por Miguel Antonio de la Lama, en su libro *Retórica Forense*, publicado en 1896. El Centro de Altos Estudios de Justicia Militar reeditó el libro en abril de 2015 y el alegato citado corre de fojas 309 a 341. Hierra, no obstante, de la Lama al fijar como fecha del alegato el 14 de febrero de 1867, cuando en realidad ocurrió el día nueve, habiéndose dictado la sentencia el día 11 del mismo mes y año.

Introduciendo su alegato, advirtió que “el solemne juramento del abogado, los sagrados fueros de la verdad, el interés de la justicia, que es superior a todo interés humano, y el honor mismo exigen que nada calle y que hable en este solemne momento, en presencia de los jueces, con cuanta amplitud y vigorosa energía caben en el mártir del deber..., porque se trata de defender en la modesta persona de los marinos los fueros de la Nación contra los desafueros del Gobierno, las garantías públicas contra los desbordes del Poder, las purísimas glorias de la República contra los desmanes de una política indiscreta y calumniosa que tiende a oscurecerlas”.

El defensor advierte que el gobierno “ha procurado sustraer este juicio del dominio de la conciencia pública”, pues no quiere que ese ruidoso proceso “alcance los honores de la publicidad” en la Capital de la República y por ello ha cambiado de escenario una y otra vez; así, se designó para el funcionamiento del Consejo, primero, el local asignado a los “Fundadores de la Independencia”, luego, se dispuso que el Consejo juzgue la causa a bordo de la fragata “Apurímac”, decisión que fue cuestionada por los integrantes del mismo. Se dispuso, luego, “que el Consejo se constituyese en la isla de San Lorenzo por ser la residencia de los reos”, decisión que tampoco pudo ejecutarse, funcionando el Consejo, finalmente, en el antiguo local de la Comandancia de la Marina, en el Callao.

Respecto de la acusación fiscal, el defensor dice: “no siendo sino débil remedo y casi servil reproducción del oficio gubernativo, hay que ponerla de lado... Más poderoso, más alto gladiador busca ella, porque es de lo alto de donde vienen las inculpaciones criminosas.”

Divide la defensa en partes, para argumentar sobre cada una de las imputaciones, tras narrar los hechos sucintamente, por haberlo hecho *in extenso*, los abogados defensores que lo antecedieron. Sobre el cargo de insubordinación, dice que el comandante Montero refirió al Consejo que por orden del Secretario de Hacienda quedó separado del mando de la Escuadra, “y ahora agrego yo que por orden del Comandante Montero, en los momentos últimos en que desempeñaba la Jefatura de la División Naval peruana, entregó mi defendido la corbeta “Unión” al nuevo Jefe destinado al efecto; quedando así cumplidas con rigurosa e inusitada escrupulosidad las severas prescripciones de la Ordenanza.” Para que el delito

se produjera, “era preciso que dado a conocer el Comodoro Tucker en la forma prescrita por las Ordenanzas Navales como Jefe de la Escuadra, hubiera mi defendido rechazándolo, negándose a aceptarlo o reconocerlo; y era preciso sobre todo hubiese procedido mandato solemne y oficial, porque sin mandato no hay desobediencia... (No existe) la orden que compeliere a los marinos a obedecer al Comodoro Tucker... Esa orden que jurídicamente debiera constituir el elemento generador del cuerpo del delito no existe...”.

Sobre el segundo cargo, dice: “deserción solo hay cuando se abandona la plaza sin permiso del superior; que deserta quien fuga dejando en orfandad el puesto que le estaba encomendado; que con ella se comete grave e imperdonable delito, porque se quebranta no solo la fe jurada, que es la religión del honor, sino la lealtad profesional, que sobre ennoblecer y realzar al hombre es la primera cualidad del soldado.” “Busco en el proceso las pruebas y no las hallo. Investigo los motivos de imputación tan oprobiosa, y sólo encuentro el nombre del delito más no las pruebas que lo confirmen”. Haciendo alusión al viaje del Secretario de Hacienda a Chile y a los oficiales que debían reemplazar a los “insurgentes”, refiere que había un firme propósito del gobierno de separar a los marinos de las naves que servían, concluyendo: “ como el Jefe a quien el superior retira de su plaza no deserta, debemos concluir que tal delito es tan imaginario como la llamada insubordinación, inventado sólo para reagrar la condición de los encausados, buscando a todo trance una culpabilidad que escapa a la luz de la razón y de los hechos.” “¡Atrás, pues, la acusación calumniosa contra los marinos!”

En cuanto a la Traición a la Patria, pide al Fiscal “que presente las pruebas de la traición, que las califique, que las enuncie siquiera; lo que no hará, señores, porque nadie puede realizar el milagro de presentar lo que no existe.” En este punto, explicará que es al Fiscal a quién corresponde probar la responsabilidad de los acusados y no a éstos su inocencia y reseñará principios y doctrina que así lo confirman. Analizará las razones del Gobierno para continuar la guerra contra España, que las encontrará irrazonadas y deleznable y resaltarán negativamente que en el texto de una comunicación oficial, se exprese: “por muy relevantes que sean el valor y las dotes de nuestros marinos, no bastan ellas por si solas para conducir una Escuadra poderosa a expediciones lejanas y peligrosas, y con tal motivo fue preciso contratar un jefe de acreditada experiencia. Este es, agrega, el Comodoro Tucker a quien

se ha conferido la clase análoga de Contralmirante”. El defensor no cuestiona la capacidad de Tucker, pero cree que un “Contralmirante de la Nación peruana hubiera podido desempeñar, con lucimiento y con aplauso, aquellas funciones...” Dice el defensor que “Hay en el amor a la Patria algo de íntimo y profundo que tiene su raíz en ella misma. No puede el Comodoro Tucker como aman nuestros marinos la Patria a cuyos pechos han libado el néctar de la libertad, en cuyos mares han recibido el bautismo de sangre, cuyos ojos, vueltos hacia ellos en el momento de la tribulación, les piden el esfuerzo de su brazo y el sacrificio de sus vidas.”

Al concluir su alegado refiere, que debiera ocuparse de analizar, con severo rigor jurídico, “las conclusiones formuladas por el benemérito señor Fiscal en su *dictamen de acusación*”, pero no lo hará porque cree haber refutado, “victoriosamente”, los cargos, “ya también porque es ocioso analizar un documento inculpatorio en que el acusador mismo, doblegado ante la irresistible fuerza de la verdad, confiesa que *no están comprobados los delitos*.”

Luís Benjamín Cisneros, cultor de una técnica de defensa depurada, se tornará al final lisonjero, con razón, ante los integrantes del Consejo de Guerra, a quienes pedirá la absolución de Grau y los demás enjuiciados, tras reafirmar el amor a la libertad y decirles: “Felices vosotros que después de haber redimido del cautiverio un continente, estáis llamados a redimir de la afrenta una generación patriótica. Servir a la Nación en la juventud con la espada del guerrero y servirla en la ancianidad con la espada de la justicia; agregar a la aureola del heroísmo alcanzado en los combates la aureola de justificación alcanzada en esta batalla del honor y del derecho, es el más bello rol que ha podido depararos el destino. Cumplidlo, pues, venerables ancianos, con valor y con firmeza; cumplidlo con austeridad espartana; que si sobre vuestra conciencia está el ojo de Dios dirigiéndola y escudriñándola, de vuestro lado están la ley y la justicia, los amantes del honor, los hombres de corazón, el país entero.”

La sentencia del caso Grau

El Consejo de Guerra de Oficiales Generales emitió su sentencia el 11 de febrero de 1867, absolviendo a los procesados, en los siguientes términos: “el Consejo absuelve por unanimidad

de votos a los enjuiciados, poniéndolos, desde luego, en absoluta libertad, con arreglo a lo dispuesto en el Art. 22 (a), 23 (b) y 24 (c) del Título 6º, Tratado 8º de las Ordenanzas del Ejército.”

La sentencia fue aprobada el día 13 del mismo mes y año por el Presidente Provisorio Coronel Manuel Ignacio Prado Ochoa y refrendada por su Secretario de Guerra y Marina, General de Brigada Pedro Bustamante García, con este texto: “Apruébese en todas sus partes la sentencia que antecede, pronunciada el día 11 del corriente, por el Consejo de Generales que la suscriben, en la causa que de orden suprema se ha seguido contra el Capitán de Navío Lizardo Montero (sigue la lista de todos los enjuiciados). Transcríbase dicha sentencia a la Mayoría de Órdenes del departamento marítimo del Callao, para que la mande publicar en la Orden General de la Armada; y pase el proceso al señor Juez-Fiscal instructor, para que practique las últimas diligencias y fecho lo remita para que sea archivado en esta Secretaría (de Guerra y Marina).”²¹⁵

Resulta necesario hacer algunas precisiones sobre las disposiciones legales que el Consejo cita en la sentencia y recordar porque el Presidente de la República tuvo que aprobar la sentencia. En la sentencia se citan, como fundamentos jurídicos, los artículos 22 (a), 23 (b) y 24 (c) del Título 6º, Tratado 8º de las Ordenanzas del Ejército, que no son otras que las Ordenanzas Militares de Carlos III de 1768 y que a la letra dicen:

“22. Si de la pluralidad de votos resultare absolución, se le pondrá luego al reo en libertad y tanto de las causas cuyas sentencias haga por sí ejecutar el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, como de las que por exceptuadas deben consultárseme, remitirá a mis manos (por la de mi secretario del despacho de guerra) los procesos originales, con la diferencia de que en las causas exceptuadas han de pasárseme sin que llegue a efecto la sentencia, y en las primeras, después de ejecutarla, quedándose el presidente con copia del proceso.”

215 El texto de la sentencia ha sido tomado del libro de Arosemena Garland, Gerardo: ob. cit., págs. 51-52.

“23. En caso de salir absuelto el reo, ó reos procesados, se hará pública en todas las provincias la declaración de inocencia para indemnización de su opinión.”

“24. Los procesos de causas exceptuadas que se devolverán con la resolución que en vista de ellos hubiere. Yo tomado, se protocolarán en la secretaría de la capitania general de la provincia; y por la vía reservada de mi secretario del despacho de guerra, se pasará á los demás capitanes generales de provincia copia de la sentencia que yo hubiere aprobado para que la archiven en su secretaría.”

El Consejo ejecutó su sentencia el mismo día 11 de febrero de 1867, poniendo en libertad inmediata a los procesados, conforme a lo dispuesto en el Art. 22 de la Ordenanza, dado que hubo unanimidad de votos por la absolución de los 35 procesados y remitió los actuados al gobierno a través de la Secretaría de Guerra y Marina para el procedimiento en segunda instancia. Lo aprueba el Presidente de la República, porque de acuerdo a una antigua doctrina penal militar, llamada corriente disciplinaria, “quién manda juzga” y esa potestad le corresponde al Rey, Comandante en Jefe, Jefe Supremo, Capitán General, o como se le llame, con la sola excepción de que no podía agravar la pena impuesta por el Consejo, resolviendo, en consecuencia, una disminución de pena y aún una absolución. En el Perú, esta forma de proceder llegó a su término con la promulgación del primer Código de Justicia Militar, el 20 de diciembre de 1898, que dio un gran paso hacia la jurisdiccionalidad de la Justicia Militar, que no permitió que el Presidente de la República, ni otra autoridad administrativa, interviniesen en un proceso penal militar.

Misión Militar Francesa (1896). Coronel Pablo Clément, Jefe de la misión, al centro. De izquierda a derecha: Tenientes coronel Félix d'Andre (infantería), Eduardo Dogny (caballería) y Luis Salatz (artillería).

CAPÍTULO VII

El código de Justicia Militar (1898)
El Consejo Supremo de Guerra y Marina (1899)





Ingreso de Piérola por Cocharcas (1895)

El contexto político

Las elecciones de 1890 fueron la ocasión para la reaparición del civilismo, Francisco García Calderón y Francisco Rosas se convirtieron en las alternativas de Cáceres. Los civilistas, después de la muerte de su fundador, se habían agrupado sobre la base de los propietarios tanto en la urbe como en el campo y profesionales destacados de la capital, a los que se les conocía como *decentes*²¹⁶. Gozaban de recursos económicos, tenían vínculos con los gamonales de la sierra y se habían convertido en un grupo hermético relacionado con los recursos del Estado para mantenerse vigentes. Para los comicios, Cáceres presentó a Remigio Morales Bermúdez como su sucesor, contando con el respaldo de Mariano N. Valcárcel, Presidente de la Cámara de Diputados. Mientras tanto Piérola, aprovechando su imagen de una década atrás, encabezó la dirección del Partido Demócrata, organizado en comités ejecutivos a nivel distrital, provincial

y departamental, cuyos miembros serían elegidos en asambleas. Debido a manifestaciones de violencia protagonizadas por miembros de este partido contra Francisco Rosas, Piérola fue apresado, clausurándose además su propio medio de difusión (El diario El País), hechos que determinaron su retiro de la contienda electoral. Los representantes elegidos en 1890 para la renovación de los tercios de las cámaras fueron en su mayoría partidarios de Morales Bermúdez en Diputados mientras que en Senadores se impusieron los civilistas. El clima de violencia entre el gobierno y la sociedad pronto se manifestó en el intento de asalto al cuartel Santa Catalina que produjo una veintena de muertos, pese a su rendición. Algunos de los deudos acudieron al Congreso y al Poder Judicial demandando, individualmente, la acusación contra el régimen o invocando, en su defecto, la responsabilidad de los funcionarios. Sin embargo, ninguna de las denuncias tuvo acogida por la simpatía del Presidente de la Cámara de Diputados con el

216 Véase HUIZA, José Luis: Entre el civilismo y Leguía: Poder político y sociedad (1895-1919). En: Historia del Perú Republicano. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima. 1998; pag. 65 y ss.

gobierno. Posteriormente, el gobierno envió al Congreso el proyecto de amnistía, que una vez convertido en la norma del 5 de noviembre de 1891, otorgó los beneficios a todos aquellos comprendidos en los delitos de motín, rebeldía y sedición, permitiendo la liberación, entre otros, de Nicolás de Piérola y a Miguel Iglesias, así como la exclusión de la responsabilidad civil y militar declaradas en la ley de 1886.

La repentina muerte del Presidente de la República Remigio Morales Bermúdez alteró la seguridad en los comicios donde intervinieron allegados al Partido Constitucional. Nuevamente salía elegido Andrés A. Cáceres para un nuevo período presidencial. La situación política fue cada vez más grave y motivó que se declarase la suspensión de las garantías individuales. Las críticas provenían de diferentes círculos sociales como de los partidos de oposición; de las simples declaraciones pronto la sociedad pasó a la formación de movimientos subversivos: Piura (Oswaldo Seminario), Huánuco (Augusto Durand), Ica (Santiago Oré), Chíncha (Nicolás de Piérola) y Arequipa (Amador del Solar). La guerra civil demandó al Estado más recursos para combatir las sublevaciones, los cuales fueron creados con el incremento de los impuestos y contribuciones autorizados por el Congreso, distraendo además el dinero que debía derivarse en el servicio de la deuda interna y forzando, además, a la entrega

de fondos por parte de los departamentos para este objetivo. La presión de la situación obligó a un armisticio y luego a la conformación de una Junta de Gobierno, que contó con la aprobación del Presidente Cáceres y de Piérola, principal líder de la oposición. En este contexto, el 10 de marzo de 1895 el mandatario renunciaba a sus funciones ante el Congreso, dejando la puerta abierta para que los civiles retomen el mando a través de la dirección del Ejecutivo. Se convocaron elecciones el 14 de abril y el Congreso, al calificar las actas, proclamó a Nicolás de Piérola y Villena como Presidente de la República. Su plancha estuvo conformada por Guillermo Billinghurst y Augusto Seminario como Primer y Segundo Vice Presidentes de la República.

La reorganización de las Fuerzas Armadas

Como señala Efraín Cobas, fue Chile durante el gobierno del presidente Domingo Santa María el primer país de la región que inició la estrategia de contratar a un extranjero para la preparación de su ejército luego de concluida la Guerra del Pacífico. En 1885, tras años de negociación con el Ministerio de Guerra de Prusia, se logró contactar al capitán de artillería Emil Körner para que efectuara la reforma en el instituto castrense.

En 1894, durante la administración cacerista, se contactó por intermedio de Aníbal Villegas, ministro de la legación peruana en Berlín, al Ministerio de Guerra de Prusia para contratar los servicios del mayor Carlos Pauli para el adiestramiento del ejército peruano. Sin embargo, al ser derrocado Cáceres, se rescindió el contrato y el gobierno de Nicolás de Piérola, interesado también en la reorganización de las fuerzas armadas, prefirió hacerlo con Francia. Con tal efecto, se instruyó al señor señor José Canevaro, enviado extraordinario y Ministro plenipotenciario del Perú en París, para las negociaciones correspondientes. Fruto de la gestión, se firmó el contrato entre nuestro representante y el señor general Billot, Ministro de la Guerra de Francia:

“ARTÍCULO 1º.- El Gobierno Francés, a solicitud del Gobierno del Perú envía a ésta República una Misión Militar encargada de darle al Ejército Peruano la instrucción militar francesa. La misión se compondrá del personal siguiente: Señor Clement, Capitán de Estado Mayor de Artillería. Jefe; señor Perrot, Capitán de Infantería; señor Dogny, Capitán de Caballería; señor Vauvineaux, Capitán de Artillería, pertenecientes todos al ejército activo.

ARTÍCULO 2º.- El Gobierno del Perú se compromete a tener a su servicio esta Misión Militar Francesa durante 3 años contados desde el día de su llegada a Lima. Este plazo podrá

ser prolongado a 2 años más para cada uno de los miembros de la Misión, previo acuerdo de los gobiernos.

...

ARTICULO 6º.- El Capitán de Estado Mayor, Jefe de la Misión, tendrá el Grado de Coronel en el ejército peruano. Los demás capitanes, el de Teniente Coronel.

ARTICULO 7º.- La Misión estará la autoridad inmediata del Jefe de Estado Mayor del Ejército Peruano. Cada uno de estos Señores Oficiales se obliga a darle a dicho ejército la instrucción técnica y práctica de su arma; a dar Conferencias a las cuales podrán asistir los oficiales de toda graduación a dirigir ejercicios y maniobras, y a contraerse de un modo general a efecto de darle al ejército peruano la mejor educación práctica. Los miembros de la Misión usarán durante su permanencia en el Perú, el uniforme francés. En las Ceremonias Públicas marcharán, bien sea con su fracción de mando, o bien sino se quedan con la tropa, en grupo con el Estado Mayor del Ministerio de Guerra, o cuando sea en las otras ciudades, detrás del Comandante de Armas de la localidad.

...

Hecho en París el 16 de Setiembre de 1896.

El enviado extraordinario y Ministro plenipotenciario del Perú en París. (FIRMA) JOSÉ E.



General Emil Körner
Ejército de Chile



Jean-Baptiste Billot
Ministro de Guerra de la
III República francesa (1896-1898)

CANEVARO. El General de División Ministro de la Guerra de la República Francesa (FIRMA) BILLOT. Un sello de la Legación del Perú en Francia. Es copia conforme (FIRMA) GUSTAVO DE LA FUENTE²¹⁷.

La influencia francesa estuvo acompañada de la expedición de normas legales peruanas que facilitaron la reforma emprendida, bajo la misión que las funciones de las fuerzas armadas se legitimaban con la custodia de la seguridad y defensa del país; razones de Estado. La dirección de la reciente Escuela Militar de Chorrillos estuvo a cargo sólo de franceses entre 1896 a 1914 ininterrumpidamente retomándola luego de la culminación de la Primera Guerra Mundial, lo cual permitió una adecuación de las fuerzas armadas al Estado peruano bajo los parámetros de la formación que se quería inculcar:

“Coronel Paul Clement	1898-1901
Coronel Edouard Dogny	1901-1906
Coronel Fèlix D’Andre	1906-1907
Coronel Edouard Dogny	1907-1910
Coronel Raimundo Tisseyre	1911-1912
Coronel Andrè Dutheil de la Rochere	1912
Coronel Edouard Patè	1913-1914” ²¹⁸

El Código de Justicia Militar, 1898

Con la reorganización del Ejército a cargo de la misión militar francesa, Nicolás de Piérola en 1897 solicitó al coronel Paul Clement, un informe sobre la organización de la justicia penal de guerra. Posteriormente se nombraron tres comisiones de estudios militares, considerándose en la primera el ante proyecto de Código de Justicia Militar, la cual fue integrada por los doctores Miguel Antonio de la Lama y Alfredo Gastón, el teniente coronel Eduardo Dogny y el mayor Enrique González, siendo presidida por el coronel Julio A. Jiménez.

Esta comisión elevó al Supremo Gobierno el proyecto del código el 19 de julio del año siguiente. El Congreso sólo sustituyó la pena de muerte por la de veinte años de penitenciaría y en la ley de promulgación del 20 de diciembre de 1898, se dejó indicada la entrada en vigencia un mes después. En lo concerniente a la jurisdicción militar, se mantuvo el delito en función de la materia, circunstancia y lugar; otorgaron facultades amplias a los jueces militares, descritas en los artículos 145° y 146° que incluyeron a supuestos como: Salteamiento, destrucción de

217 COBAS, Efraín: Fuerza Armada. Misiones Militares y dependencia en el Perú. Lima. Editorial Horizonte. 1982; pág. 316.

218 ESCUELA MILITAR DE CHORRILLOS: Historia de la Escuela Militar del Perú. Lima. Talleres Offset Reprográfica. 1962.

Código de Justicia Militar del Perú

LEI DE PROMULGACION

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Por cuanto el Congreso ha dado la lei siguiente:

El Congreso de la República Peruana.

Ha dado la lei siguiente:

L. 20 de Diciembre de 1898.
Aprobando el Código de Justicia Militar.

Artículo 1.º—Apruébase el Código de Justicia Militar presentado por el Poder Ejecutivo, el cual regirá treinta días después de su promulgación.

Art. 2.º—La pena de muerte establecida en dicho Código, queda sustituida por la de veinte años de penitenciaría, hasta la próxima reunión del Congreso.

Comuníquese al Poder Ejecutivo para que disponga lo necesario á su cumplimiento.

Dada en la sala de sesiones del Congreso, en Lima, á los 10 días del mes de Diciembre de 1898.

RAFAEL VILLANUEVA, Presidente del Senado.

CARLOS DE PIÉROLA, Presidente de la Cámara de Diputados.

Leonidas Cárdenas, Senador Secretario.

Eduardo I. Bueno, Diputado Secretario.

Al Excmo. señor Presidente de la República.

Por tanto: mando se imprima, publique i circule i se le dé el debido cumplimiento.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, á los 20 días del mes de Diciembre del año 1898.

N. DE PIÉROLA.

José R. de la Puente.

Código de Justicia Militar. Ley del 20 de diciembre de 1898.
Archivo del Congreso.

hilos telegráficos, ataques a los conductores de valijas postales, levantamiento de rieles o vías férreas, destrucción de puentes, incendio y secuestro de personal.

El Código de Justicia Militar y los posteriores confirmaron una jurisdicción que no era nueva, que como última instancia en la organización castrense retomaba la figura del organismo de 1834 denominado ahora Consejo Supremo de Guerra y Marina, el mismo que en el Código penal de procedimientos en materia militar (1883) mantenía el vínculo con el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de la República, máxima instancia en administración de justicia en el país.

La presencia de la misión militar francesa creó las condiciones necesarias para que el gobierno de Nicolás de Piérola realice reformas al interior de las fuerzas armadas, conformándose tres comisiones presididas por el coronel Pablo Clement, por decreto del 20 de setiembre de 1897. Sus materias fueron: el servicio militar, la justicia militar y el código de justicia militar. Éste último tuvo como referencia la tradición jurídica militar peruana, el Código español de Justicia Militar de 1890 y el Código penal francés de 1872. Este fue presentado al Congreso el cual, a través de la ley de 20 de diciembre de 1898, lo aprobó difiriendo su entrada en vigor hasta treinta días después.

Otra ley de la misma fecha establecía en su artículo 2º la sustitución del inciso 1 del artículo 169º que indicaba la pena de muerte por la reclusión en penitenciaría por 20 años.

El código de Justicia Militar de 1898 fue clasificado en cuatro libros:

Libro primero: Organización y funciones de los Tribunales Militares.

Libro segundo: Los delitos y sus penas

Libro tercero: Procedimientos judiciales,

Libro cuarto: Faltas y correcciones

De la lectura de los diferentes rubros podemos sostener que, a diferencia de las normas anteriores, el Código de Justicia Militar sistematizó la materia castrense en un solo texto.

Libro primero: Organización y funciones de los Tribunales Militares

En cuanto a la estructura judicial militar, los vocales del Consejo Supremo y los jueces instructores de cada zona (región) eran designados por el Presidente de la República. Se establecieron dos salas al interior del colegiado: la Revisora, que analizaba las sentencias provenientes de los Consejos de Guerra y la Sala de Guerra encargada de

conocer las causas seguidas a los generales y contralmirantes y de aquellos delitos sujetos al fuero de guerra cometidos por: Senadores y diputados, Ministros de Estado, Vocales de la Corte Suprema, Arzobispos y obispos así como agentes diplomáticos peruanos en el extranjero.

Una preocupación latente ha sido la permanencia de los funcionarios de la administración de justicia militar, pues al ser cambiados de colocación perdían independencia. A diferencia de sus similares en el Poder Judicial, cuyos miembros gozan de inamovilidad en el cargo. A ello se suma que la función del cargo de jefe de zona era ejercido por los prefectos, con lo cual se daba la figura de la injerencia del poder político en los asuntos castrenses.

Los consejos de guerra eran de cuatro clases de acuerdo a la categoría del infractor:

- Coroneles. Presidido por un general e integrado por seis coroneles.
- Jefes inferiores: Teniente coronel y sargento mayor. Presidido por un general o coronel, integrado por cinco jefes de superior clase al inculcado y de uno de clase igual.
- Oficiales: Capitanes, tenientes y sub tenientes. Presidido por uno de los seis jefes (sargento mayor o teniente coronel) y un subalterno de igual clase al reo.

- Tropa: Sargentos, cabos y soldados. Presidido por un coronel o teniente coronel e integrado por tres capitanes, dos tenientes y un subteniente.

Si no se disponían de vocales necesarios, se podía recurrir a efectivos de la armada, de igual clase.

Los generales y contralmirantes eran juzgados en el Consejo Supremo de Guerra y Marina.

En cuanto a los actores procesales, el código puso énfasis a la labor encomendada a militares con la cooperación de letrados civiles, pudiéndose percibir una jerarquía y subordinación al mando.

El juez instructor militar con grado de sargento mayor o teniente coronel, daba inicio al proceso.

Los fiscales militares, encargados de calificar los hechos objeto del proceso, eran jefes u oficiales del ejército; salvo en el Consejo Supremo de Guerra y Marina donde el cargo podía recaer en letrado de nota.

El auditor de guerra actuaba como asesor del consejo de guerra y proponía la resolución en el presente proceso judicial. En los lugares donde no existiese auditor nombrado, las funciones recaían en el fiscal de la Corte Superior, agente fiscal y juez de primera instancia, designados por la autoridad militar competente. Siempre los auditores debían ser letrados teniendo los honores y preeminencias de teniente coronel.

El defensor custodiaba los intereses del procesado, su designación era libre para el acusado. Cuando se hacía de oficio, recaía en oficial de armas o en abogado, siendo obligatorio para los uniformados.

Por otro lado, el Poder Ejecutivo, con el voto consultivo del Consejo Supremo, podía atribuir, temporalmente, jurisdicción a otras autoridades del Ejército.

Los conflictos de competencia entre el fuero militar y el común eran resueltos por el Consejo Supremo de Justicia Militar y no por la Corte Suprema. Al respecto el general César Canevaro sostenía que:

“La disposición del Código de Justicia Militar, que confiere al Consejo Supremo de guerra y marina la facultad de dirimir las competencias entre la jurisdicción ordinaria y la militar, no viola ese principio; por cuanto dicho Consejo es un tribunal mixto, compuesto de vocales de la Excma. Corte Suprema y de Generales del Ejército y la Armada. Esa Suprema Corte tiene pues uno de los factores del Supremo Consejo y en éste hay los más altos representantes de ambas jurisdicciones llamadas á mantener el equilibrio de los platillos en la balanza de la ley”.²¹⁹

Canevaro mostró su disconformidad ante la decisión del Congreso de sustituir el Consejo Supremo de Guerra y Marina por el Consejo de Oficiales Generales, compuesto por nueve miembros: Seis generales, tres contra-almirantes y un fiscal letrado, número excesivo de militares. Más aún si por el grado, desde la propia Constitución de 1856, se estableció que en el Perú, al interior de las fuerzas armadas, no podía existir más de dos generales de división, cuatro de brigada y un contralmirante y luego su similar de 1860, derivó este requisito a través de la ley.

Por otro lado, este colegiado que ya existía, avocándose de jurisdicción sobre oficiales en sus diferentes grados y clases; y que en el Derecho comparado dependía de un Consejo Supremo o Tribunal Supremo o Suprema Corte Militar.

Libro segundo: De los delitos y las penas

Podemos sostener que el carácter sancionador estaba orientado a la protección de los bienes jurídicos militares y al mantenimiento de la estructura castrense, para lo cual estableció los criterios de persona, razón y lugar para examinar las sanciones.

219 CONSEJO SUPREMO DE GUERRA Y MARINA: Memoria del Excmo. Consejo Supremo de Guerra y Marina leída por su Presidente, el señor General de División D. César Canevaro en la ceremonia de apertura del año judicial de 1906. Lima. Imprenta Torres Aguirre – Camaná 425. 1906; pág. 18.

Aunque se avanzó en tratar de separar lo personal de lo institucional, el código permitió que el fuero castrense conociera casos de naturaleza civil y patrimonial, de parentesco, relaciones matrimoniales, deudas contraídas por efectivos en campaña.

Bajo el criterio de razón, la ley amplió la competencia para juzgar a civiles en casos de insulto al centinela o espionaje, incendio, robo, hurto y estafa de caudales, material, armas y pertrechos pertenecientes a la hacienda militar, aun cuando la conducta haya sido cometida fuera de las dependencias militares, como destrucción de hilos telegráficos, ataques a conductores de valijas postales o robo de estas así como obstrucción de vías férreas.

Aquí existe un gran distingo con el Código penal y de procedimientos en materia militar de 1883, que salvo la traición a la patria, el resto de casos los derivaba al fuero común.

En cuanto al criterio de lugar, aunque el delito fuese común bastaba que se haya producido en un área militar para que el tribunal castrense se avocase a su conocimiento.

En cuanto a los delitos militares se sancionaba la traición a la patria, espionaje e instigación, violación al derecho de gentes, infidencia, rebelión, sedición, motín o falsa alarma, ataque a centinelas

y fuerza armada, insulto al superior, desobediencia, abuso y usurpación de funciones, prevaricato, cohecho, abandono de servicio, negligencia, deserción, denegación de auxilio, abandono de puesto, abandono de destino o cantón, delitos contra el honor y el decoro militar, evasión de presos y de prisioneros, falsedades, delitos contra propiedad.

Fueron retirados los delitos contra la religión.

Libro tercero: Procedimientos judiciales.

Parte primera: Disposiciones comunes. Título I: Principios generales. Preliminares, denuncia, notificaciones, citaciones, exhortos, competencias, recusaciones y excusas, excepciones.

Parte segunda: Sustanciación de juicio ordinario. De la instrucción. Comprobación del delito. Traición contra el orden constitucional y la seguridad o la disciplina del ejército, contra el servicio del ejército, deserción, homicidio, lesiones, contra la propiedad, daños, malversación, delitos de carácter esencialmente militar, Averiguación del delincuente. Libreta u hoja de servicios. Menores de edad. Enajenación mental. Informes periciales. Declaraciones en general. Declaraciones de testigos. Declaración de inculpados. Citas. Careos. Documentos. Detención, incomunicación y libertad provisional. Allanamiento de

domicilio. Extradición. Sueldos y diarios de los procesados. Trámites finales de la instrucción. Sobreseimiento.

Del proceso: Diligencias hasta el estado de prueba. Excepciones. Prueba. De la acusación fiscal y de la defensa. Celebración de los Consejos de Guerra.

De la Constitución de los Consejos de Guerra. Disposición transitoria. De la vista ante el Consejo. De la deliberación y votación. Primera cuestión de hecho. Cuestión previa. Segunda cuestión de hecho. Cuestiones de derecho. De la sentencia de los Consejos. Actas. Remisión de la causa sentenciada. Procedimiento ante el Consejo de Guerra y Marina. En revisión. En asuntos de que conoce originalmente. Sala de Guerra. Sala Revisora. Presidencia de los Consejos. Procedimiento contra reo ausente. Ejecución de sentencias. Extinción de condenas. Indulto. Reposición.

Ejecución de las sentencias. Pena de muerte. Degradación militar. Penas contra la libertad. Extradición. Confinamiento. Destierro. Degradación. Expulsión del ejército. Separación absoluta del ejército. Inhabilitación absoluta. Interdicción civil. Responsabilidades civiles. Extinción de condenas. Solicitudes de indulto o conmutación de pena. Recurso de reposición.

Parte tercera: Juicios extraordinarios y en campaña

Juicio extraordinario por delito flagrante. Juicios en campaña: Formación de los Consejos de Guerra. Consejo de revisión. Juicio sumario. Corte de Honor.

Parte cuarta: Procedimientos civiles. Embargo y fianza. Modo de hacer efectivas las responsabilidades civiles. Intestado de los militares. De las reclamaciones por deudas y demás acciones civiles.

Libro Cuarto: Faltas y correcciones.

Faltas y correcciones en general. Clases de faltas y enumeración de las correcciones. Aplicación y ejecución de las correcciones. Efectos de las correcciones. Duración y extinción de las correcciones.

Faltas graves: Ausencia del cuartel, abandono de filas, abandono de destino o cantón, abuso de autoridad. Embriaguez, juego, sueño ilícito, enajenación o distracción de prendas, deudas o dádivas, otras faltas graves.

Faltas leves: Procedimientos para las faltas. Faltas leves. Faltas graves. Ante los prebostazgos. Reincidencia en las faltas. Faltas disciplinarias. Personas sujetas a la jurisdicción disciplinaria y autoridades que la ejercen. Enumeración de las correcciones disciplinarias. Disposiciones generales.

El Consejo Supremo de Guerra y Marina, 1899

Máxima institución del fuero castrense, tuvo una composición mixta al contar con uniformados y civiles. Los efectivos estuvieron representados por 6 militares (4 Generales y 2 Almirantes²²⁰, ambos de Armas, y en actividad, mientras que los civiles eran tres vocales de la Corte Suprema de la República, entre los menos antiguos.

La Resolución Suprema de 27 de Enero de 1899 designó entre los miembros del ejército al general de brigada Juan Martín Echenique y Tristán; al general de brigada Manuel Velarde Seoane (reemplazado por el coronel Bruno Morales Bermúdez) y coroneles José R. de La Puente (sustituido por el coronel Miguel Valle Riestra) e Isaac Recavarren Flores.

Por la Marina de Guerra fueron designados los capitanes de navío Camilo Nicanor Carrillo y Francisco Sanz.

A ello se sumaban 3 vocales de la Corte Suprema; siendo designados: Ricardo Ortiz de Zevallós y Tagle, VI marqués de Torre Tagle; Manuel León Castellanos y Simón Gregorio Paredes,

quien llegó a ocupar el cargo de Presidente del Consejo Supremo de Guerra y Marina, por ser entre los tres indicados, el más antiguo (artículo 82º del Código de Justicia Militar CJM).

El 23 de marzo de 1899 en el salón principal de la Corte Suprema de Justicia, entre las 15:30 y 16:30 horas, se encontraban las autoridades que debían tomar posesión de sus cargos.

“Los vocales y el fiscal nombrados para constituir el Consejo Supremo de Guerra y Marina ocuparon los asientos de la testera del salón en el orden siguiente: doctores Simón Gregorio Paredes (presidente),...

Formaron a la derecha. El Jefe de la Zona y Prefecto del Departamento Don Lorenzo Arrieta, Generales del Ejército y la Armada, los directores de Guerra y Marina, el Auditor de Guerra del Estado Mayor, miembros de la Misión Francesa y otros funcionarios de la administración.

En el ala izquierda se ubicaron los vocales de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Superior de Lima, jueces de primera instancia, agentes fiscales y empleados del Poder Judicial y cerrando el cuadro, alumnos de la Escuela

220 A los cuales se incorporaría más tarde por la Marina de Guerra el Contralmirante Lizardo Montero, en calidad de vocal. Véase: LÓPEZ MARTÍNEZ, Héctor: El patriota: Lizardo Montero a 100 años de su muerte. En: El Dominical (Lima), 20 de marzo de 2005; pág. 7.



General Juan Martín Echenique, Ministro de Guerra en 1883-85.
Archivo de la BNP. Archivo Courret.



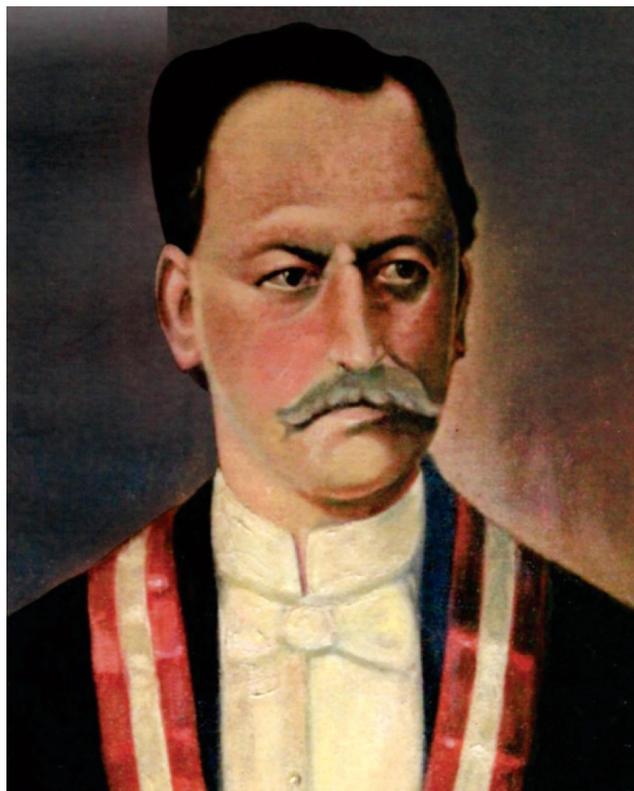
General Manuel Velarde Seoane
Archivo de la BNP. Estudio Courret, c. 1890.



Coronel Isaac Recavarren Flores
Archivo de la BNP. Archivo Courret.



Capitán de Navío Camilo Nicanor Carrillo
Archivo de la BNP. Archivo Courret.



Doctor Simón Gregorio Paredes,
Primer Presidente del Consejo
Supremo de Guerra y Marina (1899).



Coroneles Francisco y Bruno
Morales Bermúdez.



Doctor Miguel A. de La Lama Urriola
Primer Fiscal Supremo Militar del Consejo
Supremo de Guerra y Marina, 1899.

Militar de Aplicación, jefes y oficiales francos de la plaza y gran número de particulares.²²¹

Luego de la lectura de las resoluciones que legitimaban a los titulares de los cargos, Nicolás de Piérola y Villena, Presidente de la República, manifestó:

“que no tomaba juramento al Presidente del Consejo, por haber recaído el cargo en uno de los vocales de la Corte Suprema, para los que no establecía el Código Militar la fórmula de juramento, ni la obligación de prestarlo al formar parte del Consejo Supremo e invitó al dicho Presidente del Consejo a tomar el de los Vocales militares y el Fiscal”.²²²

Días después, el 10 de abril se reunieron los miembros del máximo tribunal castrense para la conformación de las salas del consejo (artículo 84° del CJM) y elegir al relator permanente, cargo cuya proposición recayó en el doctor Manuel Esteban de Guzmán y fue nombrado por el Presidente de la República. La Sala Suprema de Guerra quedó integrada por Ricardo Ortiz de Zevallos, Camilo N. Carrillo, Bruno Morales Bermúdez e Isaac Recavarren.

La Sala Revisora quedó conformada por: Manuel León Castellanos, Juan Martín Echenique y Tristán; Miguel Valle Riestra y Francisco Sanz.

A este colegiado se incorporó Miguel A. de La Lama Urriola, como primer Fiscal Supremo Militar.

El Consejo Supremo de Guerra y Marina, de acuerdo al artículo 83° del Código de Justicia Militar funcionaba en una de las salas de la Corte Suprema o en otro local del Palacio de Justicia, tomaba conocimiento de las sentencias provenientes de los Consejos de Guerra, causas de Oficiales Generales,

“2° Por los delitos sujetos al fuero de guerra que cometieran los senadores y diputados, los ministros de Estado, los vocales de la Corte Suprema, los arzobispos y obispos, los agentes diplomáticos del Perú en el extranjero.

3ª Por delitos que cometan durante el desempeño de sus cargos: Los Jefes de zona, los coroneles comandantes en jefe del ejército, Cuerpos de Ejército, División o brigada; los Jefes de fortalezas o plazas sitiadas o bloqueadas; los Comandantes Generales de Marina; los Comandantes Generales de Escuadra o División

221 Libro de Acuerdos del Consejo Supremo de Guerra y Marina. 1899; pág. 2.

222 BRAVO MAXDEO, Roosevelt: Personajes de la Justicia Militar. Lima. Fuero Militar Policial. 2014; pág. 20.

naval; los vocales de los Consejos de Guerra. Los vocales y el Fiscal del mismo Consejo Supremo de Guerra y Marina; los Auditores y Jueces Instructores”.²²³

La impartición de justicia en estas salas nos demuestra la articulación del fuero militar y de marina con la Corte Suprema de Justicia, no existiendo dificultad en la integración jurisdiccional del Estado peruano, donde el sistema admitía, expresamente, a los fueros común y militar.

Durante el gobierno de José Pardo y Barreda, las leyes 272 y 273²²⁴ (ambas del 27 de octubre de 1906) señalaron nuevas pautas para la organización militar castrense.

En primer lugar, se mantenía la jurisdicción privativa pero modificando su relación con la común. La ley 272 otorgó prioridad a los tribunales ordinarios en la contienda de competencia, dictaminada por la Corte Superior y en última instancia por la Corte Suprema, recalándose que ésta conocería los recursos de nulidad provenientes de cualquier fuero.

Sin embargo, la ley 273 modificó la composición de la máxima instancia castrense así como de las

instancias inferiores, con lo cual fueron retirados los magistrados civiles en el conocimiento de las causas.

“Entre el 23 de marzo de 1899 en que se instaló, bajo la presidencia del Doctor Simón Gregorio Paredes, y el 31 de octubre de 1906 en que sesionó por última vez, bajo la presidencia del General de División César Canevaro Valega, integraron el Consejo Supremo de Guerra y Marina, en diferentes momentos, 14 Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, varios de los cuales, andando el tiempo, llegaron a ser Presidentes de la Corte Suprema de la República”.²²⁵

Sólo se conservaron los cargos de fiscal y relator del antes Consejo Supremo de Guerra y Marina, el cual, en adelante se denominaría Consejo de Oficiales Generales. En razón de la persona de la resolución 2442 del 3 de setiembre de 1917, señaló que la justicia militar sólo comprendería militares en actos de servicio, sin embargo, subsistía aún la tipificación en razón del lugar, llámese campamentos o naves de guerra con lo que cualquier persona podía ser comprendida dentro del fuero militar; dejando en segunda prioridad a la clasificación en función a la persona.

223 MINISTERIO DE GUERRA: Código de Justicia Militar, autorizado por Resolución Suprema del 1º de febrero de 1934. Lima. Librería e Imprenta del Gabinete Militar. 1934; pág. 31.

224 MINISTERIO DE GUERRA: ob. cit.; pág. 241 y ss.

225 BRAVO MAXDEO, Roosevelt: TEMAS DE JUSTICIA MILITAR: Lima. Fuero Militar Policial. 2015; pág.155.



Señores Oficiales Generales y Superiores del ejército. Lima, c. 1906.

COROLARIO

Al concluir la presente lectura hemos podido constatar que desde la antigüedad y de la conformación de asociaciones, sea a través de familias o clanes, hubo el interés por establecer mecanismos de protección y de seguridad en aras de la defensa de sus miembros o integrantes. Mecanismos correspondían a su visión cultural, de la cual se desprendían inicialmente obligaciones para todo tipo de relación, primero comunitaria y luego individual. Con el desarrollo de la sociedad en términos familiares, económicos, políticos y de derecho, se fueron gestando las facultades o *potestas*, que se asumían como naturales y de los cuales disponían las personas (término que hasta el siglo XVIII evocaba al individuo con capacidad jurídica).

Conforme aumentaba la población se acentuaban las diferencias, lo cual conllevó a establecer regímenes sociales y jurídicos para cada persona, partiendo de la premisa de la libertad como el status más relevante entre los originarios y extranjeros. A ellos debemos sumar los criterios de sexo, linaje, edad, entre otros para su ejercicio.

Para el control social se establecieron mecanismos punitivos o sancionadores, mayormente de retaliación o venganza contra aquellos que infringían las costumbres o mores o “leyes”, siendo castigado severamente quien atentaba contra el orden preestablecido de los clanes o familias o la autoridad. Se admitía un sistema casuístico donde, además de las costumbres invocadas por las partes en el proceso, la discrecionalidad de la autoridad sea civil, militar o religiosa, era fundamental. Aquí podemos constatar si podía o no tener la última decisión en las penas consideradas como graves, dependiendo el conjunto de atribuciones que poseía; aspecto que hemos aludido en los pueblos germánicos donde el que mandaba no siempre juzgaba; hecho que ponía en peligro la obediencia y lealtad de los subordinados.

Esa es la razón por la cual hemos recurrido a los textos antiguos occidentales conocidos para analizar estas diferenciaciones entre los sujetos y contemplar cómo se fue gestando la defensa de quienes brindaban de manera eventual y luego específica dicha protección. Testimonio de ello también lo constatamos de mejor manera en el derecho penal militar romano dirigido al hombre, que además de libre, era ciudadano y por esta categoría tenía el derecho al honor que se entendía en ocupar cargos públicos y ser legionario; circunstancia que motivó el establecimiento de sanciones que eran dictadas por quien ejerciera la facultad de impartir justicia o jurisdicción, normalmente derivada al pretor o juez.

Con el arribo del cristianismo y de la Edad Media la sociedad percibió no sólo un cambio en sus patrones de vida sino la influencia de la cual irradiaba éste. Fue la religión que coincidió con la conducta de quienes brindaban protección bajo los cánones de la virtud, la moral, la justicia y la fidelidad los que revaloraron el papel de la autoridad, así como su obediencia a un orden de cosas establecido. La palabra empeñada se equiparaba a la vida misma, sobre todo entre los iguales de status y privilegios. Fue así que en la Edad Media se afianzó en el derecho el principio de justicia *dei capí* cuando Alejandro Farnesio y por orden del rey Felipe II, expidió el 15 de mayo de 1587 las Ordenanzas è Instrucciones del duque de Parma y de Plasencia, lugarteniente, gobernador y capitán general por S.M. en los Estados de Flandes, según la cual la primera autoridad era el Capitán General, secundado luego por el auditor, quien evaluaba los casos en función de la persona y la materia, y decidía sobre la competencia, así como las excepciones y dirimía en caso de desafueros, encargándose además de la disciplina militar.

Fue durante el siglo XVIII que la corriente de pensamiento del liberalismo trastocó el teocentrismo y planteó un cambio hacia el antropocentrismo, influyendo en el ámbito jurisdiccional militar. De esta manera y cada vez más seguida, las reales ordenanzas fueron rediseñando los parámetros que hasta antes se hallaban regladas, principalmente, por las costumbres. Así, no sólo se contemplaba un ejercicio inductivo sino deductivo al momento de analizar los casos, incorporando la figura de los Consejos de Guerra dentro del ejército y la marina. Progresivamente las ordenanzas españolas de 1728, inspiradas en sus similares francesas, incorporaron instituciones dentro de las llamadas Reformas Borbónicas que

fortalecieron este fuero privativo y cuya actuación, aunque castrense, no fue ajena a combatir revoluciones y *levantamientos*, para lo cual se expidieron *las ordenanzas de S.M. para el régimen de disciplina, subordinación y servicios de sus ejércitos* (1768) y la ordenanza naval (1802); vigentes en el Perú hasta 1898.

El proceso emancipador, a través de los reclamos sociales, económicos y políticos, puso a prueba los nuevos lineamientos militares. En ese contexto aparece Mariano Melgar y Valdivieso, joven abogado arequipeño, que, identificado con las protestas, se incorporó a las fuerzas rebeldes del brigadier Mateo Pumacahua, siendo nombrado Auditor de Guerra. Al año siguiente, el ejército del virrey José de Abascal sofocó dicho movimiento, capturando y procesando a los inculpatos, entre ellos a Melgar, para quien se dictó pena de muerte. El gobierno peruano revaloró este hecho décadas después, declarando el Día del Cuerpo Jurídico Militar en la fecha del natalicio de este prócer y nombrándolo Patrono del Cuerpo Jurídico Militar, el 12 de agosto de 1964. Sin embargo, paralelamente hemos constatado que el desempeño del cargo de auditor prosiguió dentro de las filas realistas hasta 1824, durante la administración del virrey José La Serna, con el doctor José María de Lara, natural de Asunción (Paraguay), quien luego se convirtió en fiscal de la Corte Superior de Cusco en 1825. Paralelamente con el general José de San Martín y Matorras, arribó el abogado Antonio Álvarez Jonte (Madrid, 1784-Pisco, Perú 1820), Auditor de Guerra de la Expedición Libertadora. De manera institucional notaremos, años después, la preocupación del régimen al establecer la Comisión Militar Permanente contra malhechores. El nuevo régimen político prosiguió con las innovaciones aportadas por el liberalismo que supo conjugar la vigencia de las normas antiguas con las provenientes del siglo XIX, fruto del cual fue expedido el reglamento de tribunales del 10 de abril de 1822, que estableció la continuidad del fuero militar y eclesiástico. Años después, en 1834, la Constitución de este año instituyó el Consejo Supremo de Guerra como máximo organismo de la judicatura penal militar en el Perú con lo cual se ponía fin al vínculo con España que tenía como autoridad final a la Junta de Guerra de Indias, proporcionando de este modo autonomía al fuero militar. Aunque el siglo XIX de la historia política peruana se ha recreado con los golpes de Estado, a través de los caudillos, resulta importante separar las regulaciones del estamento jurisdiccional militar de aquellas normas que obedecieron a la coyuntura revolucionaria, pues, al concluir ésta, la

vida castrense retomó su propio desenvolvimiento al interior de los cuarteles. Normalmente se piensa que el caudillo tiende a controlar incluso el proceso judicial militar, sin embargo, de acuerdo a las administraciones analizadas, el resultado ha sido diverso. Tenemos por ejemplo, que el general Agustín Gamarra dispuso la presencia de jueces del fuero común para conocimiento de casos militares.

Durante este período, el liberalismo doctrinario tuvo la oportunidad de introducir cambios, siendo su representante más connotado el joven abogado José Gabriel Gálvez Egúsquiza. Docente y político, supo inculcar sus puntos de vista a través del liderazgo parlamentario estatal.

Desde este foro, debatió sobre la necesidad de la estabilidad en los cargos administrativos y judiciales, los ascensos en el ejército y la marina desde el grado de sargento mayor o su equivalente, así como la necesidad de la pervivencia de los fueros eclesiástico y militar, bajo el argumento que, si la ley era igual para todos, no podía hacer distinciones donde no los hubiera. Pero, por otro lado, evitar que en tiempos extraordinarios la justicia del fuero privativo militar fuese extendida a los civiles o a asuntos patrimoniales o delitos comunes; planteamiento que hizo pensar en Domingo Elías, José Gálvez y dos décadas después con Manuel Pardo si las reformas estatales eran anti militares o antimilitaristas, siendo ésta segunda opción pues el propósito iba dirigido a neutralizar el poder del caudillo en funciones, como se puede constatar del establecimiento del Presidente del Consejo de Ministros, figura importante luego del Presidente de la República, en la marcha de la administración de los negocios del país.

Así, Gálvez enarbolaba la lucha en favor de la institucionalidad del país a la cual se oponían sectores de la sociedad y que años más tarde corroboró con su valentía al comandar el Torreón de la Merced en el Callao ante la presencia de la Escuadra española en el Pacífico e inmolarse en pleno combate, el 2 de mayo de 1866. Ante este hecho, el Tribunal Supremo Militar Policial decidió, por unanimidad, conferirle el título de Patrono de Fuero Militar Policial el año 2015, bajo la Presidencia del general Juan Pablo Ramos Espinoza.

El gobierno expidió las Ordenanzas Militares de 1878, las que no llegaron a imprimirse en su totalidad. Ello motivó que, en plena Guerra del Pacífico, el Congreso aprobase el Código penal y de procedimientos en materia militar, en Arequipa en 1883, pero prosiguieron en vigencia *las ordenanzas de S.M. para el régimen de disciplina, subordinación y servicios de sus ejércitos* (1768).

Finalmente, al culminar la guerra y con el arribo de los civiles al poder, se creyó conveniente reformar a los institutos castrenses, para lo cual el gobierno de Nicolás de Piérola invitó a la misión francesa para que se hiciera cargo de la restructuración del ejército, fundándose la Escuela Militar de Chorrillos; misión que además propuso planteamientos que se incorporarían al tenor del Código de Justicia Militar de 1898.

La exposición sucinta del presente trabajo ha evidenciado, como diría José Gabriel Gálvez Egúsqüiza, la necesidad de la existencia de las fuerzas armadas, mejor organizadas y profesionales y que rechace todo tipo de injerencia política, sobre todo del caudillo.

Sus normas, aunque amparadas en la ley, conformaron un proceso permanente de adecuación con las costumbres y prácticas gestadas en las circunstancias y que luego fueron incorporadas en el ámbito castrense y, por ende, al fuero militar.

La investigación empleada en la redacción de la Historia de la Justicia Militar, primera parte: Desde sus albores hasta 1899, ha permitido analizar la documentación correspondiente existente, para demostrar el interés de las diferentes administraciones gubernamentales en retomar los juzgados militares, compuestos por civiles y militares, o por éstos únicamente, con la finalidad de recuperar el prestigio, característico de los miembros de las fuerzas armadas, basado en la justicia que forja disciplina.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

FUENTES

Archivo del Congreso de la República. Congreso de la República

Archivo Digital de la Legislación peruana. Congreso de la República.

Archivo General de la Nación: Catálogo del Fondo Documental de Guerra y Marina 1643-1876. Lima. AGN. 2013.

Archivo Histórico Militar. Documentos oficiales correspondientes al año 1858. Fiscalía militar permanente.

Catálogo del Fondo Documental de Guerra y Marina 1643-1876. Ministerio de Cultura del Perú. Archivo General de la Nación. 2013.

Código de Justicia Militar, 1898. Lima. Librería e Imprenta del Gabinete Militar. 1934

Código penal del Perú. Lima. 1863.

Código penal y de procedimientos en materia militar. Arequipa. Imprenta de Francisco Ibáñez. 1883

Colección de leyes, decretos y órdenes publicados en el Perú. Lima. Felipe Bailly. 1861-71.

Colección de Tratados, Convenciones, Capitulaciones, Armisticios y otros actos diplomáticos y políticos celebrados desde la independencia hasta el día de hoy. Lima. Imprenta del Estado. Tomo II. 1908

Colección Documental para la Independencia del Perú. Comisión del Sesquicentenario de la Independencia del Perú. Lima. Imprenta Colegio Militar Leoncio Prado. 1971-1975.

Diario El Comercio.

Diario Oficial El Peruano.

EL JURISTA del Fuero Militar Policial. Publicación del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar. Año III. Número 4- Diciembre 2014.

Fuero Juzgo. En latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española. Madrid. Por Ibarra, impresor de Cámara de S.M. 1815.

Gaceta del Gobierno Independiente nº 12, 28 y 37. 1821. Lima : Imp. del Estado, 1821-1826.

Journal of the American Geographical Society of New York. Vol. 7. 1875.

Las Partidas de Alfonso X, el Sabio. Madrid en la Imprenta Real. Tomo II. [1807]

Memoria presentada por el Jefe de la Zona Militar de Lima al Consejo Supremo de Guerra y Marina en 1902.

Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina subordinación y servicio de sus Ejércitos. Madrid. Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra. 1768.

Novísima Recopilación de Las Leyes de España, mandadas a formar por el señor Don Carlos IV. Paris. Tomo I; 1846.

Reglamento de Tribunales. Lima. 1855

Revista de Indias. Sevilla. 2016.

Revista Española de Historia Militar, núm. 56 y 57, tomo I. Madrid 1991.

Revista de Historia Militar, núm. 80, año XL. Madrid. 1996

Revista Española de Derecho Militar (Madrid). Ministerio de Defensa del Reino de España. número 56, julio – diciembre de 1991.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTAMIRA, Rafael y otros (1951): “Contribuciones a la Historia Municipal de América”. México. Instituto Panamericano de Geografía e Historia. Comisión de Historia.
- ANNA, Timothy (1986): España y la Independencia de América. México. Fondo de Cultura Económica.
- ARGUELLES, Agustín de (1989): Discurso preliminar a la Constitución de 1812. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- AROSEMENA GARLAND, Geraldo (1975). El Almirante Miguel Grau. Lima: Tip. y Offset Peruana.
- AYMARD, André y Jeannine Auboyer (1969): Oriente y Grecia Antigua. Barcelona. Editorial Destino.
- BASADRE GROHMANN, Jorge (2001): Historia de la República del Perú. Santiago de Chile. Talleres Cochrane.
- BASADRE GROHMANN, Jorge (1967): Los fundamentos de la Historia del Derecho. Lima. EDIGRAF.
- BASADRE GROHMANN, Jorge (1957): Los fundamentos de la Historia del Derecho. Lima. Librería Internacional.
- BERMAN, Harold (1997): La formación de la Tradición Jurídica de Occidente. México. FCE.
- BERNAL GÓMEZ, Beatriz (2010). Historia del Derecho. México. UNAM. Nostra Ediciones S.A.
- BLUME ROCHA, Ernesto (2010): La justicia militar en la Historia del Perú. Lima. Editorial ADRUS.

- BOLAÑOS MEJIAS, María del Carmen (2010): “Las Ordenanzas de Carlos III de 1768: El Derecho Militar en una sociedad estamental”, en *Estudios sobre el ejército, política y derecho en España (siglos XVIII-XIX)*.
- BRAVO MAXDEO, Roosevelt (2015): *Temas de Justicia Militar*. Lima. Fuero Militar Policial Militar.
- BRAVO MAXDEO, Roosevelt (2014): *Personajes de la Justicia Militar*. Lima. Fuero Militar Policial.
- BULNES, Gonzalo (1919): *Causas de la Guerra entre Chile y Perú*. Santiago de Chile. Soc. Impr. y Litografía Barcelona.
- CANTÚ, Cesare (1876): *Historia Universal: Época VIII, IX, X y XI; Volumen 3; Constitución Política de los Bárbaros*. Madrid.
- CARPIO MARCOS, Edgar (1996): *La primera cátedra peruana de Derecho Constitucional*. THEMIS, Revista de Derecho. Lima.
- COBAS, Efraín (1982): *Fuerza Armada. Misiones Militares y dependencia en el Perú*. Lima. Editorial Horizonte.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2006): *Mensajes Presidenciales y otros documentos para la historia política del Perú*. Lima. Dirección de Tecnologías de Información.
- COSTA VILLAVICENCIO, Lázaro (s/f): *La Historia Cronológica del Perú. Años 1800 - 1822*. Lima.
- CRUZ BARNEY, Óscar (2002): *Historia del Derecho en México*. México. Oxford University Press.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1970): *Andrés Bello, codificador*. Santiago de Chile. Ed. Jurídica.
- DE SALAS LÓPEZ, Fernando (1992). *Ordenanzas Militares en España e Hispanoamérica*. Madrid. Editorial MAPFRE, S.A.
- DENEGRI LUNA, Félix (1967): *Apuntes para un estudio bibliográfico de la Gaceta de Gobierno (1823-1826)*. Caracas. Fundación Eugenio Mendoza.
- DESCOLA, Jean (1962): *La vida cotidiana en el Perú en tiempos de los españoles (1710-1820)*. Buenos Aires. Librería Hachette.

- DONAYRE MONTESINOS, Christian (2006): *Tribunales militares y Constitución en el Perú: Apuntes sobre una reforma pendiente*. Lima. Jurista Editores.
- EGUIGUREN ESCUDERO, Luis Antonio (1945): *Leyendas y Curiosidades en la Historia Nacional*. Lima. 1945.
- ESCUELA MILITAR DE CHORRILLOS (1962): *Historia de la Escuela Militar del Perú*. Lima. Talleres Offset Reprográfica.
- GÁLVEZ, José Francisco y GARCIA VEGA, Enrique (2016): *La Historia de la Presidencia del Consejo de Ministros en el Perú*. Lima. Presidencia del Consejo de Ministros.
- GÁLVEZ, José Francisco (2008): *La Historia del Derecho en el Perú*. Lima. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- GÁLVEZ, José Francisco (2006): *Del fuero personal al fuero institucional: La justicia militar en el Perú*. En: *Revista Peruana de Derecho Público*. N° 13. Lima.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (2016): *Las Constituciones del Perú*. Lima. Jurado Nacional de Elecciones.
- GARCÍA GALLO, Alfonso (1972): "Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano". En: *Estudios de Historia del Derecho Indiano*. Madrid.
- GARCÍA GALLO, Alfonso (1972b): *El Derecho común ante el Nuevo Mundo*. Madrid. Estudios de Derecho Indiano.
- HALPERIN, Gregorio (1946): *Manual de latín para juristas. Reportorio de Adagios jurídicos*. Buenos Aires. Ed. Argentina.
- HARARI, Emilio Fabián (2014): *La Justicia Militar y los milicianos durante la primera década revolucionaria en la campaña de Buenos Aires (1810-1820)*. *Naveg@mérica*. Revista electrónica editada por la Asociación Española de Americanistas.
- HOBSBAWN, Eric J. (1991): *Naciones y nacionalismo desde 1780*. Barcelona. Ed. Crítica.
- HUIZA, José Luis (1998): *Entre el civilismo y Leguía: Poder político y sociedad (1895-1919)*. En: *Historia del Perú Republicano*. Lima. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial.

- HURTADO POZO, José; Director y DOIG DIAZ, Yolanda, Coordinadora (2002): Reforma del Derecho Penal Militar. Anuario de derecho penal 2001-2002. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS HISTÓRICO MARÍTIMOS DEL PERÚ; IEHMP (1992): Historia Marítima del Perú: La República. 1870-1878. Lima. Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú.
- JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, Francisco (1987): Introducción al Derecho Penal Militar Español. Madrid. Civitas.
- LAMA, Miguel Antonio de la (2015): Retórica Forense. Lima. Fuero Militar Policial.
- LANATTA, Rómulo (1935): Curso de justicia militar. Lima. Talleres gráficos de la Guardia Civil y Policía.
- LAVALLE, José Antonio de (1994): Mi misión en Chile en 1879. Estudio preliminar a cargo de Félix Denegri Luna. Lima. Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Héctor (2005): El patriota: Lizardo Montero a 100 años de su muerte. En: El Dominical (Lima), 20 de marzo.
- MARTÍNEZ RIAZA, Ascensión (1985): La Prensa Doctrinal en la Independencia del Perú (1811-1824). Madrid. Ed. Cultura Hispánica.
- MATIENZO, Juan de [1567]: Gobierno del Perú. Lima. Instituto Francés de Estudios Andinos. 1967.
- MELO, Rosendo (1980). Historia de la Marina del Perú. Lima. Museo Naval del Perú, Vol. IV.
- MENDIBURU, Manuel de (1931): Diccionario Histórico-Biográfico del Perú. Tomo I. Lima. Enrique Palacios.
- MILLA BATRES, Carlos (1986). Diccionario Histórico y Biográfico del Perú. Lima. Editorial Milla Batres, S.A.
- MITRE, Bartolomé (1950): Historia de San Martín y de la Emancipación Sudamericana. Buenos Aires Editorial PEUSER.

- NOVO y COLSON, Pedro: Historia de la Guerra de España en el Pacífico. Madrid. Imprenta Fortanet. 1882
- PÉREZ-PRENDES y MUÑOZ ARRACO (1996); José Manuel: Interpretación histórica del Derecho. Notas, esquemas, prácticas. Madrid. Servicio de publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.
- PÉREZ PRENDES y MUÑOZ ARRACO, José Manuel (1989): La Monarquía Indiana y el Estado de Derecho. Madrid. Asociación López de Gómara.
- QUEROL y DURÁN, Fernando de (1945): Principios de Derecho Penal Militar Español. Tomo I. Madrid. Editorial Naval.
- QUÍMPER, José María (1887): Derecho Político General. Lima. Benito Gil Editor. Tomo II. 1887; pág. 302.
- PALOMINO MANCHEGO MUÑOZ, José: El Proyecto de Constitución Militar del Ejército del Perú de 1827. En: EL JURISTA del Fuero Militar Policial. Publicación del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar. Año III. Número 4- Diciembre 2014; pág. 149 y ss.
- PEREIRA CHUMBE. Roberto Carlos (2201-2002): “La evolución legislativa de la Justicia Militar en el Perú”: En: ANUARIO DE DERECHO PENAL: La reforma del derecho penal militar. Suiza. Universidad de Friburgo (Suiza).
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos (1993): Toribio Pacheco: Jurista del siglo XIX. Fondo Editorial de la PUCP. 1993.
- RODRÍGUEZ ASTI, John y otros (2016): El cuerpo jurídico en la Marina de Guerra del Perú: apuntes para su historia. Callao. Marina de Guerra del Perú. Septiembre.
- ROMERO PINTADO, Fernando (1984). GRAU: Biografía Lírica. Lima. Dirección General de Intereses Marítimos, Ministerio de Marina. .
- RODRÍGUEZ CASADO, Vicente (1956-1957): El ejército y la marina en el reinado de Carlos III. En: Boletín del Instituto Riva-Agüero (Lima). Número 3.
- SALA I VILA, Nuria (2016): Derecho, poder y libertad» a propósito de las batallas por la autonomía jurisdiccional entre las Audiencias del Cusco y Charcas (1820-1825). En: Revista de Indias, 2016, vol. LXXVI, nº 266.

- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (1992): CASUISMO y SISTEMA: Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (1992b): La ley en América hispana. Instituto de Investigaciones del Derecho. Buenos Aires.
- TAURO DEL PINO, Alberto (2001): Enciclopedia Ilustrada del Perú. Lima. PEISA y El Comercio.
- TÁVARA, Santiago (1951): Historia de los Partidos. Lima. Editorial Huascarán.
- TOMÁS y VALIENTE, Francisco (1997): Manual de Historia del Derecho Español. Madrid. Tecnos.
- UGARTE DEL PINO, Juan Vicente (1978): Historia de las Constituciones. Lima. Editorial Andina.
- VARGAS UGARTE, Rubén, S.J. (1962).: Ramón Castilla. Buenos Aires. Imprenta López.
- VEGAS GARCÍA, Manuel Ignacio (1973). Historia de la Marina de Guerra del Perú, 1821-1924. Lima. Imprenta de la Marina.
- VILLANUEVA, Elena (1964): Biblioteca hombres del Perú: José Gálvez. Lima. Hernán Alva, Editor.
- WAGNER DE REYNA, Alberto (1977). Historia Marítima del Perú. Lima. Instituto de Estudios Histórico-Marítimos del Perú, Tomo VII.
- WU BRADING, Celia (1993): Generales y Diplomáticos: Gran Bretaña y el Perú 1820-1840. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(Footnotes)

- 1 TAURO DEL PINO, Alberto: Enciclopedia Ilustrada del Perú. Lima. PEISA y El Comercio. 2001. Tomo 9; p. 1414

“La Justicia Militar en la Historia del Perú
Primera parte: Desde sus albores hasta 1899”
del autor José Francisco Gálvez Montero
Se terminó de imprimir en setiembre de 2017 en
Bio Partners SAC
Calle Mar Caribe N° 177, Santiago de Surco
RUC 20524448379; RNP: 80376421



“La sala de la excelentísima Corte Suprema” y “la Sala de Actuaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima”, lugares donde sesionaron en un momento los integrantes del Consejo Supremo de Guerra y Marina y el Consejo de Oficiales Generales, estaban ubicadas en el edificio antiguo de Palacio de Justicia de la Calle Aduanas, después quinta cuadra del jirón Ayacucho y hoy jirón Antonio Miro Quesada, donde actualmente se levanta un edificio del Ministerio Público.



Av. Arenales Nº 321
Santa Beatriz - Lima
Telf. (511)614 4747

