

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

PUBLICACIÓN ACADÉMICA DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR
AÑO VIII - NÚMERO 13 / JULIO 2019



El Jurista del Fuero Militar Policial
Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

PRESIDENTE DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Contralmirante CJ (R) Julio Enrique Pacheco Gaige

DIRECTOR DE LA REVISTA Y DEL CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS DE JUSTICIA MILITAR

Contralmirante CJ Carlos Melchor Schiaffino Cherre

EDITOR DE LA REVISTA

Alejandro Roosevelt Bravo Maxdeo

CORRECCIÓN DE ESTILO

General PNP (R) Jorge López Zapata

DIAGRAMACIÓN

Socorro Gamboa García

DISEÑO DE PORTADA

Nicol Huamanchumo Farfán

SECRETARIA

T2. AP. Jorge Alberto Zúñiga Ruiz
Yasmina Santos Agapito

© EL JURISTA
DEL FUERO MILITAR POLICIAL
*Revista Académica del Centro de Altos Estudios
de Justicia Militar*

Edición julio 2019
Año 8 - Número 13
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2013-15773

Editado por:
FUERO MILITAR POLICIAL
Av. República de Chile 321, Santa Beatriz, Lima Cercado
Teléfono: (511) 6144747
E-mail: caejmp@fmp.gob.pe

Impreso en IMAGIDEAS.COM de Milagros Morales
Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre, Lima

Tiraje: 1000 ejemplares

La revista no se solidariza necesariamente con las expresiones
emitidas por los autores. Los artículos firmados no reflejan
necesariamente el punto de vista del Fuego Militar Policial.

IMPRESO EN EL PERÚ
PRINTED IN PERU

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Julio Enrique Pacheco Gaige _____ 11

ARTÍCULOS

EL INFLUJO DE LAS ORDENANZAS MILITARES DE
CARLOS III EN EL PERÚ (A PROPÓSITO DE LOS 250
AÑOS DE SU PUBLICACIÓN: 1768-2018)

José Félix Palomino Manchego _____ 17

OS REFLEXOS DAS REFORMAS POMBALINAS NO
BRASIL OITOCENTISTA. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E
CONJUNTURAL DAS TRANSFORMAÇÕES DO
SISTEMA E FORO MILITAR COLONIAL NO REINADO
DE DOM JOSÉ I.

*María Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha y
Romeu Costa Ribeiro Bastos* _____ 53

SEMINARIOS SOBRE JUICIOS ORALES E INTERCAMBIOS
ACADÉMICOS ENTRE EL COMANDO SUR DE LOS EE.UU.
DE NORTEAMÉRICA Y EL FUERO MILITAR POLICIAL
DEL PERÚ

Daniel Schoeni _____ 81

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA JURISDICCIÓN
ORDINARIA EN ESPAÑA, SU APLICABILIDAD A LAS
JURISDICCIONES ESPECIALES, CON PARTICULAR
REFERENCIA A LA JURISDICCIÓN MILITAR

Francisco Carruitero Lecca _____ 93

MISIÓN DE PAZ EN LA REPÚBLICA CENTROAFRICANA:
UNA EXPERIENCIA DE VIDA

Angelita Del Rosario Huapaya Rueda _____ 119

LA OPERACIÓN CHAVÍN DE HUÁNTAR Y EL DERECHO
INTERNACIONAL HUMANITARIO

Alejandro Martín Ponce Gálvez Durand _____ 129

ANÁLISIS DEL DELITO DE OFENSAS AL SUPERIOR

Moisés N. Paz Panduro _____ 137

COMPONENTES DEL SISTEMA Y ESTRUCTURA DE LA
TEORÍA DEL CASO

Jorge Félix Ampuero Begazo _____ 151

EL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL, LOS ESTADOS
DE EXCEPCIÓN Y EL USO DE LA FUERZA LETAL EN
EL PERÚ

Rafael Rodríguez Campos _____ 169

EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM EN MATERIA PENAL EN
LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Guillermo Martín Sevilla Gálvez _____ 181

ENFOQUE CONSTITUCIONAL DE LA SUBORDINACIÓN
EN LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICIA NACIONAL
DEL PERÚ

Roslem Cáceres López _____ 199

BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL CONTRALMIRANTE JOSÉ ERNESTO DE
MORA ROMERO

Roosevelt Bravo Maxdeo _____ 211

ANEXOS

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR” N° 12 _____	217
JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQUIZA Y EL BICENTENARIO DE SU NACIMIENTO <i>Roosevelt Bravo Maxdeo</i> _____	225
CELEBRACIONES POR EL BICENTENARIO DEL NACIMIENTO DE JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQUIZA Y LOS 153 AÑOS DE SU MUERTE, DURANTE EL COMBATE NAVAL DEL DOS DE MAYO DE 1866, EN FOTOS _____	241

PRESENTACIÓN

Nuestro “Jurista” llega a su décimo tercer número y como presidente del Fuero Militar Policial del Perú, me llena de orgullo este logro. La publicación de este número, como la de los anteriores, ha sido posible gracias a la colaboración de las muchas personas que han escrito artículos interesantes. Autores extranjeros y nacionales han puesto su empeño y sapiencia en tal propósito, por lo que vaya para ellos nuestro agradecimiento.

Varias cosas venimos haciendo en el marco de las celebraciones por el bicentenario de la Independencia del Perú. En el campo académico, más específicamente en lo referente a publicaciones, en abril de este año, hemos presentado el libro: “La Justicia Militar en la Historia del Perú (1926-1950)”, tercer volumen, escrita por nuestro amigo Roosevelt Bravo Maxdeo, quien es también el editor de esta revista, a quien agradecemos por su compromiso.

En este primer semestre hemos celebrado, también, dos efemérides relacionadas con nuestro patrono, el coronel José Gabriel Gálvez Egúsqiza: el bicentenario de su nacimiento, que se cumplió el 18 de marzo de 2019, y los 153 años de su muerte gloriosa, acaecida el 2 de mayo de 1866, durante el “Combate Naval del 2 de Mayo”, contra la escuadra española que bloqueaba el puerto del Callao. De todo ello, damos cuenta en las páginas interiores.

Finalmente, les informamos, que a partir de este número aparecerá en la tapa posterior de la revista los logos del Bicentenario y de Dialnet, que es un portal gestionado por la “Fundación Dialnet”, de la

Universidad de La Rioja, una entidad sin ánimo de lucro, creada en febrero de 2009 para la gestión y desarrollo de una de las mayores bases de datos de literatura científica del mundo, a la que está indexada nuestra revista, gracias a la desinteresada colaboración del académico español, doctor Antonio Millán Garrido, con quien tenemos una eterna deuda de gratitud. ¡Adelante Jurista, lucha la batalla de tu ideal!

JULIO ENRIQUE PACHECO GAIGE
Contralmirante CJ (R)
Presidente del Fuero Militar Policial

El Jurista
del
Fuero Militar Policial

■ Artículos

José Félix Palomino Manchego¹

EL INFLUJO DE LAS ORDENANZAS

MILITARES DE CARLOS III EN EL PERÚ (A PROPÓSITO DE LOS 250 AÑOS DE SU PUBLICACIÓN: 1768-2018)

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA; II. EL AUTOR Y SU TIEMPO; III. LA OBRA; IV. LA INFLUENCIA DE LAS ORDENANZAS MILITARES DE 1768 EN EL PRONTUARIO DE ORDENANZA PARA EL EJÉRCITO (1856), DE JUAN ESPINOZA; V. EPÍLOGO; Y VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

RESUMEN

El autor nos habla, entre otras cosas, de la promulgación de las Ordenanzas Militares Españolas de Carlos III, el 22 de octubre de 1768, de sus antecedentes, su contenido, de la influencia que tuvo en otras normas posteriores, tanto en España como en América, al cumplirse el año pasado los 250 años de su promulgación.

¹ Abogado, magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales y doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Inca Garcilaso de la Vega, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro asociado de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

ABSTRACT

The author talks about, among other things, the enactment of the Spanish Military Ordinances of Carlos III, on October 22, 1768, its background, its contents, the influence he had on other later rules, both in Spain and in America, at the end of last year, the 250th anniversary of its enactment.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Siempre es bueno recordar las efemérides que dejaron un hondo calado en el contexto historiográfico. En tal sentido, sirvan como *leit motiv* los 250 años de la promulgación de las Ordenanzas Militares —verdadero hito histórico— del Monarca Ilustrado Carlos III el Prudente o el Justo (1716-1788)², soberano de Nápoles y Sicilia, para ocuparnos del reformismo borbónico, básicamente, desarrollado desde el ángulo del Derecho Penal Militar, contextualizado en el teatro internacional del siglo XVIII, generador de reformas, periodo de revoluciones euroatlánticas, guerra y diplomacia simultánea³, con notorio influjo en los dominios de ultramar⁴.

Acaso aquí pudiera decirse que, empezando el siglo dieciochesco, el cambio dinástico —de los Austrias a los Borbones⁵— trajo consigo diversas manifestaciones en las áreas del mundo de la cultura con incidencia no solo en el Imperio español, sino también en el litoral mediterráneo, y en el meridional Atlántico europeo, y otras zonas peninsulares estratégicas en la América hispánica, o mejor dicho, en las Indias españolas, que necesariamente tenían que estar bien pertrechadas para mantenerse hegemónicamente como una potencia mundial. No en vano se suele decir que el siglo XVIII fue la época de la recuperación de América.

II. EL AUTOR Y SU TIEMPO

¿Quién fue Carlos III?⁶ ¿Quiénes lo apoyaron y quiénes le resistieron? En este propósito interesa destacar que: “Para situar, histórica y geográficamente, el patrimonio paterno de aquel nuevo infante —hijo de francés e italiana— que vino al mundo en el viejo Alcázar madrileño el 20 de enero de 1716, hay que tener presente que cuando nació hacía poco más de dos

2 Los actos conmemorativos, obviamente, no se han dejado esperar debido a la estela perdurable de la obra del monarca homenajeado. Vid., por ej emplo, Baldovín Ruiz, Eladio: *Las Ordenanzas Militares en España. 250 aniversario de la publicación de las Ordenanzas de Carlos III en 1768*, Pinares Impresores, S. L., Madrid, 2018. Antecede Prólogo de José Mena Aguado.

3 Sobre la situación del virreinato del Perú, es de suma utilidad la obra de Navarro García, Luis: *Hispanoamérica en el siglo XVIII*, 4.ª edición corregida y aumentada, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018, págs. 251-269. También resulta provechosa la lectura de Domínguez Ortiz, Antonio: *Carlos III y la España de la Ilustración*, 3.ª edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 2016, págs. 353-389. Desde una perspectiva general, vid. Velásquez, María del Carmen: *La España de Carlos III de 1764 y 1776 según los embajadores austriacos*, Documentos, UNAM, México, D. F., 1963.

4 Por todos, vid., el libro del historiador francés Hazard, Paul (1878-1944): *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, traducción del francés y Prólogo de Julián Mañas, Revista de Occidente, Madrid, 1946.

5 Entre varios, vid., Anes, Gonzalo: *El antiguo régimen: Los borbones*, 4.ª edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1979. Se trata del t. IV de la *Colección Historia de España Alfaguara*, dirigida por Miguel Artola.

6 Los autores se han ocupado del ethos pensante de Carlos III desde diversas avenidas culturales. Una Buena prueba de ello lo constituye el libro de Aguilar Piñal, Francisco: *Bibliografía de Estudios sobre Carlos III y su época*, Editorial del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1988.

años [11 de abril de 1713] que se había firmado la Paz [Tratado] de Utrecht, término diplomático de la guerra de Sucesión [española: 1701-1714]⁷ que estableció *de iure* y *de facto* a los Borbones en el Trono de España⁸. Fue una guerra civil suscitada por el choque dinástico entre las casas de Borbón y Habsburgo, y heredera de las guerras del *Rey Sol* Luis XIV (1638-1715)⁹. A la vista de cuanto antecede, de más está decir que aquella guerra y aquella paz habían ocasionado al Imperio español la pérdida de ricos territorios en el continente europeo; asimismo, la familia de los Austrias había cedido el trono a los Borbones entre 1700 y 1701. Y luego del nacimiento de Carlos III, al fluir del tiempo con su reinado, al lado de su primera esposa María Amalia de Sajonia (1724-1760), se le reconoció a España como gran potencia mundial, especialmente en el ámbito cultural y político del siglo XVIII, catalogado como el Siglo de las Luces o de la *Belle Époque*. ¿De qué manera se podía mantener y subsistir hegemonícamente la institución y la organización militar del Imperio? Recuérdesse que la época de los conflictos coloniales se dio entre los años 1765

y 1787. Anotemos por nuestra parte que la respuesta no se deja esperar: con la formación y composición de un buen ejército y una buena armada naval.

En atención a lo expuesto, desde su entronización en 1759 hasta 1788 —por fallecimiento de su hermano Fernando VI (1713-1759) es nombrado rey— Carlos III con su doctísimo criterio puso un cuidado particular en crear o proteger los establecimientos que servían para formar oficiales instruidos en todas las armas del ejército, en lo cual, durante su reinado se verificó una revolución feliz. En especial, las escuelas militares del Puerto de Santa María, de Ocaña para la caballería y la de Segovia para la artillería, dieron al ejército y a la marina oficiales distinguidos; de esa forma, la grandeza de España recobró la afición a las armas, que había perdido casi completamente en tiempos de los últimos reyes de la dinastía austriaca¹⁰. Durante su reinado, en pleno setecientos europeo, se dio un viraje en los diversos aspectos culturales y científicos mediante una bien orientada política, social, administrativa

7 Cfr. Quirós Rosado, Roberto: *Monarquía de Oriente. La corte de Carlos III y el gobierno de Italia durante la guerra de Sucesión española*, Marcial Pons, Ediciones de Historia, S. A., Madrid, 2017. Antecede Prólogo de Antonio Álvarez-Orsorio Alvarino.

8 Cfr., entre varios, De Tapia Ozcariz, Enrique: *Carlos III y su época*, Aguilar, S. A. de Ediciones, Madrid, 1962, pág. 31. En fin, también *vid.* Pérez Samper, María de los Ángeles: *La vida y la época de Carlos III*, Editorial Planeta, S. A., Madrid, 1998 y Serrera, Ramón María (coordinadora): *Carlos III. El Monarca y el Hombre (1716-2016)*, Real Maestranza de Caballería de Sevilla, Sevilla, 2016.

9 Cfr., entre otros, la monumental obra coordinada por el filólogo e historiador Menéndez Pidal, Ramón (1869-1968): *Historia de España: La época de los primeros borbones. La nueva monarquía y su posición en Europa (1700-1759)*, vol. 1, Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1985. Antecede Prólogo de Vicente Palacio Atard.

10 Cfr., sobre tan interesante cuestión, el libro clásico de Coxe, Guillermo: *España bajo el reinado de la Casa de Borbón. Desde 1700, en que subió al trono Felipe V, hasta la muerte de Carlos III, acaecida en 1788*, t. IV, traducida al español con notas, observaciones y un Apéndice por Jacinto de Salas y Quiroga, Establecimiento Tipográfico de D. F. de P. Mellado, Editor, Madrid, 1846-1847, pág. 483. Se trata de una obra que contiene una fuente de información de primer orden redactado con criterio expositivo cronológico.

(se crearon nuevas capitanías generales) y económica (hacienda) —se aumentó la alcabala y se crearon nuevas aduanas— la población y la sociedad, la enseñanza, la cultura, la legislación, el ejército exterior, interior y la marina¹¹, la religión: exclusión de la orden jesuita de España y América en 1767 y confiscación de todos sus bienes incluidos sus colegios¹², la agricultura, la industria y el comercio, la literatura, la arquitectura, la escultura, la pintura y la música¹³. Todas estas manifestaciones culturales obviamente que arribaron a los virreinos.

Y muchos fueron los cambios logísticos, orgánicos y tácticos que se dieron. No en balde, “el mejor alcalde de Madrid” estaba rodeado de colaboradores de lujo, ministros y consejeros reformistas, que conocían rigurosamente su oficio, dejando de lado la improvisación: Bernardo Tanucci (1698-1783), Leopoldo de Gregorio, marqués de Esquilache (1699-1785), Pedro Pablo Abarca de Bolea y Ximénez de Urrea, X

conde de Aranda (1719-1798), José Moñino y Redondo, I conde de Floridablanca (1728-1808), José Bernardo de Gálvez y Gallardo, marqués de Sonora (1720-1787) y Pablo Jerónimo Grimaldi y Pallavicini, marqués de Grimaldi (1720-1789)¹⁴.

¡Y cómo olvidar al peruano Pablo de Olavide y Jáuregui (1725-1803), quien fue catedrático de la Real y Pontificia Universidad de San Marcos en 1742, y maltratado por la Inquisición española en 1778! A su llegada a la España de la época ilustrada en 1752 emprendió una labor proficua destacando la colonización de Sierra Morena, en Andalucía¹⁵. En 1997, mediante ley 3/1997, se fundó en Sevilla (España) la Universidad Pablo de Olavide en honor al político ilustrado hispano-peruano. Tampoco podemos obviar la presencia e importantísima labor intelectual de Manuel de Lardizábal y Uribe (1739-1820)¹⁶, al igual que su hermano Miguel de Lardizábal y Uribe (1744-1824), en las Cortes del Gobierno reformista afrancesado de

11 Cfr. Zavala y Lera, Pío: *España bajo los borbones*, 2.ª edición, Editorial Labor, S. A., Barcelona-Buenos Aires, 1930, págs. 132-134.

12 Sobre la expulsión de los jesuitas en 1767, la bibliografía es oceánica. Por todos, *vid.*, Giménez López, Enrique: *La Compañía de Jesús, del exilio a la restauración. Diez estudios*, Universidad de Alicante, Alicante, 2017. Antecede Prólogo de Niccolo Guasti.

13 Cfr. Domínguez Ortiz, Antonio: *Carlos III y la España de la Ilustración*, op. cit., págs. 159-352.

14 Cfr. Escudero, José Antonio: *Los orígenes del Consejo de Ministros en España*, t. I, Editora Nacional, Madrid, 1979, págs. 265-659 y Sánchez Belda, Luis (*et al.*): *Exposición de la administración en la época de Carlos III*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1962. Antecede Introducción de Vicente Rodríguez Casado. Igual, Pérez Estévez, Rosa M.a: *La España de la Ilustración*, Cuadernos de Cultura y Civilización Hispánicas, Madrid, 2002, págs. 54-58.

15 Cfr., por todos, Lavalle y Arias de Saavedra, José Antonio de (1833-1893): *Don Pablo de Olavide. Apuntes sobre su vida y sus obras*, Imprenta Americana, Lima, 1859. Hay 2.ª edición corregida y considerablemente aumentada, Imprenta del Teatro Mercaderes, Lima, 1885.

16 Como botón de muestra, tan solo basta citar el libro: Lardizábal y Uribe, Manuel de: *Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española*, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1815. El origen de esta monumental obra, como lo recuerda Manuel de Lardizábal en el Prólogo, data de 1784, es decir, en pleno periodo de Carlos III.

Carlos III, y después en las de Carlos IV (1748-1819) y Fernando VII (1784-1833).

De todas formas, hay que señalar con relación a nuestro homenajeado, lo siguiente: “Carlos III: ordenado y sencillo, casto y prudente, chancero y melancólico. Vida ejemplar la suya: repartida entre la oración y el despacho, la caza y la íntima tertulia, las audiencias de rigor y la siesta plácida. Frugal en sus comidas, afectuoso en el trato, amante de la verdad y de la justicia, preocupado del bien público a todas horas”¹⁷. Innegablemente, Carlos III, considerado el soberano más laborioso de su estirpe, fue entre otras tantas cosas, fiel a sus costumbres como buen borbón, hombre poco dado a las pasiones, salvo su esposa y la casa, devoto y obediente y su refinado gusto de hombre de mundo lo complementaba sabiamente con la fidelidad a las consignas de sus padres, los reyes de España, a saber, Felipe V el Animoso (1683-1746), el primer rey de la dinastía Borbón, e Isabel de Farnesio (1692-1766), su segunda esposa tras enviudar.

Esto nos lleva, derechamente, a sostener que la recia personalidad modernizadora dejó marcada con trazos vigorosos la

historia de España entre sus antepasados y sucesores¹⁸. Y su exceso de inteligencia en pleno ejercicio de funciones y exceso del corazón se apagó para siempre a las doce y cuarenta minutos de la madrugada del 14 de diciembre de 1788, siete días antes de cumplir 73 años, y un año antes, de la Revolución francesa y de la toma de la Bastilla, acaecida el 14 de julio de 1789. Sus despojos mortales descansan en la cripta del Real Monasterio de El Escorial, al lado de su añorada esposa María Amalia. Explica Modesto Lafuente (1806-1866), con ideas sugerentes y palabras muy acertadas, que: “... a las doce y cuarenta minutos de la madrugada del 14 de diciembre [de 1788] exhaló su último aliento, en medio de las lágrimas de cuantos le rodeaban aquel insigne monarca que con tanta gloria había regido la España durante veintinueve años. Faltábanle pocos días para cumplir los setenta y tres de su edad”¹⁹. Con lo cual, se fue una época histórica, tan pródiga en sucesos importantísimos producto del espíritu reformista del reinado carolino, expresado en la administración, el ejército y la marina, entre algunas manifestaciones cultivadas de la tierra²⁰.

17 Cfr. Fernández Almagro, Melchor: *Orígenes del Régimen Constitucional en España*, Editorial Labor, S. A., Barcelona-Buenos Aires, 1928, págs. 20-21.

18 Para una perspectiva histórica, vid., entre otros, Beneyto, Juan: “Notas para el estudio del Ejército Español en la Edad Media”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, N.º 52, mayo, Madrid, 1944, págs. 3-12.

19 Cfr., a tal fin, la monumental obra de Lafuente, Modesto (1806-1866): *Historia General de España desde los tiempos primitivos hasta la muerte de Fernando VII*, continuada desde dicha época hasta nuestros días, por Juan Valera, con la colaboración de D. Andrés Borrego y D. Antonio Piralá, t. 15, Montaner y Simón, Editores, Barcelona, 1889, págs. 67-68. A modo de complemento, vid., Benito García, Pilar: “La muerte del rey”, en Benito García, Pilar, Jordán de Urriés y de la Colina y Sancho, José Luis (coordinadores): *Carlos III. Majestad y ornato en los escenarios del rey ilustrado*, Patrimonio Nacional-Fundación Banco Santander, Madrid, 2016-2017, págs. 337-371.

20 Cfr., entre varios, el clásico libro del historiador, periodista y escritor Ferrer del Río, Antonio (1814-1872): *Historia del reinado de Carlos III en España. Desde la instauración de los Borbones hasta la expulsión de los jesuitas*, t. 1, *Desde las guerras de las colonias hasta el fin del reformismo ilustrado*, t. 2, Desván de Hanta,

Conviene advertir al respecto que, la muerte de Carlos III —el reformista por excelencia y el exponente del despotismo ilustrado— fue muy sentida a una y otra vera del Atlántico: España y sus Indias. De este modo, y como era de esperarse, en las catedrales y en los templos españoles se celebraron con la mayor pompa diversas oraciones fúnebres y sermones panegíricos a la memoria de tan gran príncipe que había trabajado, de manera indesmayable, a favor de su pueblo.

De este modo, en España, entre otros, loaron las virtudes del difunto Monarca:

- Yrisarri, Lorenzo de: *Oración fúnebre, que en las exequias solemnes del Señor Rey Don Carlos III, celebradas en la iglesia de religiosos trinitarios calzados de esta corte por la real sociedad económica, dixo el Doctor don, Don Antonio de Sancha, Madrid, 1789.*
- Negrete, Fr. Manuel: *Cádiz, exequias a Carlos III Oración fúnebre, que en las solemnes honras que hizo la comunidad de los RR. PP. Menores Observantes de N. P. S. Francisco de la Ciudad de Cadiz, en la iglesia de su convento, el día 18 de febrero de 1789. Po la alma de nuestro augusto monarca el señor don Carlos III, Don Juna Ximenez Carreño, Cádiz, 1789.*
- NOTICIA DE LAS EXEQUIAS, QUE LA MUY NOBLE, I MUY LEAL Ciudad, i Reyno de Mallorca

HIZO EN LA IGLESIA CATHE-DRAL de la Isla, el día I 5. de Febrero de 1789, A LA CATOLICA MAGESTAD DEL SEÑOR D. CARLOS III. REY DE ESPAÑA, I DE LAS INDIAS, Palma, en la Imprenta Real, Palma de Mallorca, 1789.

- ORACION FUNEBRE QUE EN LAS AUGUSTAS EXEQUIAS QUE la Muy Noble, y Fidelísima Ciudad de Palma Capital del Reyno de Mallorca. CONSAGRO EL DIA 16. DEL MES DE FEBRERO de 1789. en su Santa Iglesia Cathedral la perpetua memoria del Serenísimo SEÑOR D. CARLOS III. REY DE LAS ESPAÑAS. DIJO EL DOCTOR D. BARTHOLOME QUEGLES Presbytero, Maestro en Artes, Dr. en Sagrada Theologia, Beneficiado en la S. Iglesia Cathedral de Palma, y Secretario de su Ilustrísimo Cavildo. SE DA LA ESTAMPA Por orden del Muy Ilustre Ayuntamiento MALLORCA, En la Imprenta Real de D. Ignacio María Serrá, Palma de Mallorca, 1789.
- RELACION DE LAS SOLEMNES EXEQUIAS, QUE EL REAL CONVENTO DE N. S. P. S. FRANCISCO DE PALMA CAPITAL del Reino de Mallorca, CONSAGRO AL SEÑOR DON CARLOS III. REI DE España, i sus Indias, en los días 4. i 5. de Marzo del año 1789. SACALA A LUZ UN DEVOTO A LA Religión Seráfica, Mallorca: Por Salvador

Savali, Impresor, Palma de Mallorca, 1789.

- ORACION FUNEBRE QUE EN LAS EXEQUIAS CELEBRADAS EN LA IGLESIA de San Cayetano, de la Ciudad de Palma del Reyno de Mallorca, por el Regimiento de Dragones del Rey dia 22, Febrero 1789. EN SUFRAGIO DE LA GRANDE ALma, y honra de la gloriosa memoria de Carlos III. de Borbon Rey de las Españas DIXO DON Juan BINIMELIS PRESBITERO BENEFICIADO en la Santa Iglesia Catedral, Colegial y Rector que fue del Colegio de la Sapiencia, y Catedratico de Filosofia, Dr. en la misma facultad, y en la de Teologia, y ambos Derechos, y Promotor Fical Eclesiastico del Exercito de S. M. en dicho Reyno. Sale A LUZ. á expensas del mismo Regimiento, Mallorca: Por Salvador Savall, Impresor, Palma de Mallorca, 1789.
- ORACION FUNEBRE LAUDATORIA, QUE EN LAS SOLEMNES EXEQUIAS, QUE EL REAL CONVENTO DE N. S. P. S. Francisco de la Ciudad de Palma del Reino de Mallorca, hizo por S. M. C. el Señor Don CARLOS III. Rei de España, y sus Indias en la Iglesia de dicho Convento, DIXO EL P. Fr. RAIMUNDO STRAUCH DEL Orden de los Menores de la Regular Observancia, i Lector de Filosofia en el mismo

Convento, dia 5. de Marzo de 1789, Palma de Mallorca, 1789.

Mientras tanto, en la Nueva España, México, merece mencionarse:

- *Reales exequias celebradas en la Santa Iglesia Catedral de Mexico por el alma de Senor Don Carlos III, D. Felipe de Zuniga y Ontiveros, México, 1789.*

Y en el virreinato del Perú²¹, las debidas y acostumbradas honras fúnebres a los restos mortales de Carlos III, soberano ilustrado y, como tal, mecenas de las artes, de las humanidades y de las ciencias, no se dejaron esperar:

- Rico, Juan: *Reales exequias, que por el fallecimiento del señor Don Carlos III, Rey de España y de las Indias, mandó celebrar en la ciudad de Lima, capital del Perú, el excelentísimo señor Teodoro de Croix, caballero de Croix, del Orden Teutónico, coronel del regimiento de Reales Guardias Walonas, Teniente General de los Reales Exercitos, Virrey Gobernador y Capitán General de las provincias de Perú y Chile, Superintendente General de la Real Hacienda, y Presidente de la Real Audiencia de esta capital. Describialas al reverendo Padre don Juan Rico, presbítero de la Real congregación del Oratorio de San Felipe Neri de Lima, Imprenta Real de los Niños Expósitos, Lima, 1789.*

21 A propósito, en homenaje al rey Carlos III el virrey Manuel de Amat (1704-1782) fundó el Real Convictorio de San Carlos, importantísimo centro de enseñanza en donde se formarían las futuras generaciones que llevaron los destinos del país. Al respecto, *vid.* Vargas Ugarte S. J., Rubén (1886-1975): *El Real Convictorio Carolino y sus dos luminarias*, Carlos Milla Batres Editor, Lima, 1970.

- Durán, José Miguel - Montt, Luis: *Oracion funebre que en la solemne parentacion que celebró la R. Universidad de S. Marcos de esta corte de Lima, por el alma de nuestro inclito y sábio monárca el señor D. Carlos III Rey de las Españas, y emperador de las Indias, dixo el M.R.P. Dr. Joseph Miguel Duran catedratico de prima de teologia moral, y casos ocurrentes tempore mortis ex V. Provil. en este reyno de PP. Clerigos Regulares Ministros de los Enfermos, el dia 15. de septiembre de 1789*, Imprenta Real de los Niños Expósitos, Lima, 1790.

III. LA OBRA

Con cuanto antecede, durante el reinado de Felipe V se dio en Bruselas, la Real Ordenanza de 18 de diciembre de 1701, llamada [Segunda] de Flandes, en que se concede a los regimientos los consejos de guerra, y trata de la subordinación y disciplina de las tropas, su fuero, desertores, revistas, castigo para las plazas supuestas, asientos, duelos, desafíos y casamientos de oficiales y soldados. Además, las Ordenanzas del 10 de abril de 1702, también llamadas de Flandes, que fueron reformadas por el mismo soberano el 12 de julio de 1728, quedando derogadas por las Ordenanzas Militares de Carlos III del 22 de octubre de 1768 que entraron en vigor al año siguiente. Como consecuencia de ello desaparecen los tercios de infantería para ser sustituidos por los regimientos divididos en batallones y compañías; la pica,

el mosquete y el arcabuz son sustituidos por el fusil de chispa, la carabina y la bayoneta, complementando la reforma otros cuerpos normativos, en especial, la Ordenanza de 28 de febrero de 1704, relativa a la “Fuerza de los regimientos de Infantería, Caballería y Dragones”. El influjo y la herencia militar del afrancesamiento se dejó notar a todas luces, tal y como lo han reconocido los estudiosos de la materia.

Añádase aun lo que sigue. La preocupación y constancia de Carlos III por darle a la milicia, en la metrópoli y en los dominios americanos, un mejor perfil y administración se justificaba necesariamente, por cuanto: “A finales del siglo XVII, la monarquía española se encontraba con muchas de sus posibilidades militares mermadas, hasta el punto de estar muy generalizada la idea de indefensión. En 1700, a la llegada de Felipe V, las fuerzas dependientes de Madrid eran unos 13,000 hombres en la península, pertenecientes, sobre todo, a las Milicias Provinciales, otros tantos en Milán y 10,000 en Flandes. Por esas mismas fechas, el Ejército francés estaba en torno a los 300,000”²².

A la vista de lo expuesto, José Núñez del Prado estima que: “En todas las obras del reinado de Carlos III se nota cierta regularidad y grandeza, que si no son de las que arrebatan y suspenden el ánimo, dejan, sin embargo, en el espíritu una impresión agradable. No deslumbra este reinado, como el de los Reyes Católicos; pero la vista se espacia en él tranquila y se dilata por apreciables horizontes. El espíritu de

22 Cfr. Martínez Ruiz, Enrique: *El ejército del Rey. Los soldados de la Ilustración*, Editorial ACTAS, s. l., Madrid, 2018, pág. 83.

reforma aplicado con exquisita prudencia a todos los ramos de la Gobernación del Estado, dio en su tiempo abundantes y sazonados frutos. Preciábase el Rey de conocer el arte militar también como el primero y admirador de la táctica de Federico II [El Grande], la introdujo en su ejército con tanta perfección...”²³. Y a renglón seguido, añade lo siguiente: “Por la acertada distribución de sus partes y por la armónica contextura de toda la obra, pudiera compararse este Código [Ordenanzas Militares] a uno de esos edificios grecorromanos de sólidos cimientos y gallarda y severa construcción que se levantaron en aquella época”²⁴.

Leído en visión retrospectiva, Núñez del Prado concluye así: “Con todas sus perfecciones, que las tenían y grandes, las Ordenanzas Militares que se habían hecho ya de imposible aplicación en la práctica de los Tribunales; pues apenas quedaba un artículo que no hubiera sido mutilado, añadido o reformado, no por una, sino por multitud de Reales órdenes, contradictorias las más veces, entre las que era casi imposible el acierto, pues nunca se estaba seguro de haber dado con la última... A los pocos años de publicarse las Ordenanzas, el 31 de

agosto de 1772, ya fueron modificados los artículos 70, 71 y 72 del Título X, tratado 8º, que penaban el delito de robo y más tarde por la Real orden de 30 de junio de 1817, lo fueron también el 64 y 65 del mismo título y tratado, referentes a muertes y heridas. Innumerables son las órdenes que se han dictado sobre deserciones desde la de 20 de agosto de 1794 hasta la de 31 de julio de 1866”²⁵. En ese contexto histórico, el decreto de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868 y el de 19 de julio de 1875, añádase el Código Penal Militar del 17 de noviembre de 1884, la Ley de Organización y Atribuciones de los tribunales en guerra de 10 de marzo de 1884 y la Ley de Enjuiciamiento Militar de 29 de septiembre de 1886, acabaron con todo lo relativo a la administración de justicia y a los privilegios y exenciones de los aforados de guerra que las ordenanzas militares reconocían hasta ese momento²⁶.

Ahora bien —reiterando lo ya expresado—, advertimos que, en aquella época, entre otras de diversa índole: “Dos fueron las Ordenanzas Militares publicadas durante el reinado de Carlos III. Unas, las de 1762, redactadas por una Junta de Generales

23 Cfr. *Código Penal Militar y Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra comentado y concordado con el Código con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la parte que le es aplicable, y con las Ordenanzas generales del Ejército*, 3.ª edición, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1885, págs. LVI-LVII. Precedido de una Introducción de Excmo. Sr. D. Hilario Igon, y de un Estudio sobre el Derecho Militar del Excmo. Sr. D. José Núñez del Prado, y seguido del Libro II del Código Penal Común.

24 Cfr. *Código Penal Militar y Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra comentado y concordado con el Código con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la parte que le es aplicable, y con las Ordenanzas generales del Ejército*, op. cit., pág. LVII.

25 Cfr. *Código Penal Militar y Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra comentado y concordado con el Código con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la parte que le es aplicable, y con las Ordenanzas generales del Ejército*, op. cit., págs. LX-LXI.

26 Vid. *Ley de Enjuiciamiento Militar con formularios completos, concordancias y notas*, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1886. Antecede Prólogo del Excmo. Sr. D. Hilario Igon.

nombrada en 1749, fueron derogadas apenas nacidas, cuando estaba aún fresca la tinta de la impresión de tres de los seis volúmenes de que habían de componerse. Otras, las de 1768, calificadas por muchos de «sabias» y por todos reconocidas con el sonoro nombre de «Ordenanzas de Carlos III»²⁷. Como se sabe, fueron inspiradas, definitivamente, como ya se advirtió, en las de Federico II el Grande (Friedrich II der Große) de Prusia (1712-1786)²⁸.

Baste con señalar que en la España ilustrada: “A partir del análisis de las Ordenanzas de 1728, en el que se incluían los comentarios y observaciones de generales de prestigio y corregidas por una junta que presidió el propio Conde de Aranda [Pedro Pablo Abarca de Bolea y Ximénez de Urrea: 1719-1798], y de la que formó parte [el Conde de] Gazzola [Felice Gazzola o Félix Gazzola: 1698-1780], fundador del Real Colegio de Artillería [que se instaló en el espléndido Alcázar de Segovia en 1764], se llegó a la redacción definitiva que sancionó el Rey [Carlos III], ordenando su

publicación «firmada de mi mano, sellada con sello secreto y refrendada de mi infrascripto Secretario de Estado, y del Despacho de la Guerra» en San Lorenzo el Real el 22 de octubre de 1768”²⁹. No es inútil advertir, finalmente, que el 18 de febrero del año siguiente se dio una aclaración sobre la inteligencia de las ordenanzas, en el sentido de que la *aclaran*, *alteran*, *varían* o *modifican*. El tema no fue más allá porque el tiempo se encargó de reafirmarlas tanto en la monarquía y nobleza española como en el descubrimiento de las nuevas rutas oceánicas, y, por tanto, en el Imperio de ultramar: la América carolina.

Efectuadas estas consideraciones previas, veamos ahora cómo se estructuró orgánicamente —el Índice— su contenido, que para la época era, con sobrada razón, de buen cuño jurídico, y redactados los ocho tratados con una pulcritud extraordinaria, tanto en profundidad como en amplitud del horizonte, reconociendo que algunos títulos se habían tomado de las ordenanzas de 1762:

27 Cfr. Martínez Frieria, Joaquín: “Sobre las Ordenanzas de Carlos III. Noticias de Don Joseph Antonio Portugues”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XII, N.º 141, octubre, Madrid, 1951, pág. 3. De igual forma, de la abundante bibliografía sobre el tema, *vid.* Bermúdez de Castro, Luis: “Un suceso inesperado y las Reales Ordenanzas”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XI, N.º 131, diciembre, Madrid, 1950, págs. 9-14. Del mismo autor: “A la memoria del autor de las Reales Ordenanzas de Carlos III”, en *Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios*, Año XI, N.º 124, mayo, Madrid, 1950, págs. 19-22. También, *vid.* Casado Burbano, Pablo: “Visión histórica del Derecho Penal Militar”, en Blecua Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1988, pág. 36.

28 Así lo recuerda Rodríguez Casado, Vicente: “El ejército y la marina en el reinado de Carlos III”, en *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, N.º III, Lima, 1956-1957, págs. 129-156, en concreto, págs. 131-132.

29 Cfr. Alonso Molinero, Antonio: “La profesión militar y las sabias Ordenanzas de Carlos III”, en AA.VV.: *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1999, págs. 16-17. Antecede Presentación de Daniel Benavides Llorente. En el mismo libro, *vid.* las exposiciones panorámicas sumarisimas, claras y comprensibles de Fernández Campos, Sabino: “Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida”, págs. 23-38; y de González Díez, Emiliano: “Una ordenación jurídica del Ejército Real: Las Ordenanzas Generales de los Ejércitos de Carlos III”, págs. 55-62. También consúltese, Ollero Gómez, Carlos: “Constitución y Reales Ordenanzas”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N.º 59, Madrid, 1982, págs. 213-235, en concreto, págs. 214-215.

ÍNDICE

DEL PRIMER TOMO DE ORDENANZAS MILITARES³⁰

TRATADO PRIMERO.

QUE CONTIENE LA FUERZA, PIE, Y LUGAR de los Regimientos de Infantería: Eleccion de Granaderos: Pie, y formacion de los Cuerpos de Cavalleria, y Dragones: Fondos de Recluta, Remonta, y Armamento: Reglas para la administracion, y ajuste de ellos: Descuentos de Oficiales, y Tropa en viages de Mar por Mesa, y Racion de Armada: Funciones del Habilitado para el manejo de intereses.

Titulos.

- I. Fuerza, pie, y lugar de los Regimientos de Infanteria.
- II. Saca de Granaderos.
- III. Fuerza, y pie de los Regimientos de Cavalleria, y Dragones.
- IV. Método que ha de seguirse para el cobro, custodia, y distribucion de graficacion de Recluta, y Remonta.

V. Regla con que al entretenimiento de la fuerza ha de atenderse, y método que para el ajuste de gatificacion de gente, y fondos de Caxa ha de observarse.

VI. Entrega de Compañias vacantes al Comun, y del Comun á los Provistos.

VII. Fondo de Armamento.

VIII. Método con que ha de procederse al abono del haber de Prest, y Pagas de la Tropa, y Oficiales que se embarquen para America.

IX. Del Habilitado para el manejo de intereses.

TRATADO SEGUNDO.

QUE CONTIENE LAS OBLIGACIONES DE CADA clase, desde el soldado, hasta el Coronel inclusive: Ordenes generales para Oficiales en guarnicion, Quartel, Marchas, y Campaña: Proposicion de Empleos vacantes: Formalidades para dar la posesión: Modo de reglar las antigüedades: Junta de Capitanes: Visita de Hospital: Guardia de

30 Adviértase que se ha respetado la escritura y ortografía de la época. Por lo demás, la edición que tenemos a la vista, y que destaca por su monumentalidad, es: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación, y servicio de sus exercitos*, II ts., en la Oficina de Antonio Marín, Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra, Madrid, 1768. Se trata de una edición facsimilar de la 1.a aparecida en 1768 en tres tomos, empero, impresa en dos tomos por la Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1999. Además, se han consultado las siguientes ediciones, muy meritorias para su época: *Ordenanzas de S.M. para el régimen disciplinario, subordinación y servicio de sus exércitos*, Oficina del Extracto Correo, Coruña, 1813 y *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos*, adicionadas previa autorización de S. M. con las disposiciones vigentes y Prólogo por el teniente general Mariano Socías, 3 ts., Oficina Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1882-1885. Incluye índice alfabético de las materias que contienen los tres tomos de estas ordenanzas adicionadas. También resulta útil, en clave histórica, el ensayo de Parada, Ramón: "Toque de silencio por la justicia militar", en *Revista de Administración Pública*, N.º 127, enero-abril, Madrid, 1992, pág. 17-20; y el de Canosa Usera, Raúl, notable por su amplitud de horizontes: "Configuración constitucional de la jurisdicción militar", en *Poder Judicial*, 2.ª época, N.º 34, junio, Madrid, 1994, págs. 10-12.

prevención: Licencias temporales: orden, y sucesion del mando de los Cuerpos.

- I. Del Soldado.
- II. Del Cabo.
- III. Obligaciones del Soldado, y Cabo de Cavalleria, y Dragones.
- IV. Del Sargento.
- V. Obligaciones del Sargento de Cavalleria, y Dragones.
- VI. Obligaciones de los Subtenientes.
- VII. Obligaciones del Alférez de Cavalleria, y Dragones.
- VIII. Tenientes.
- IX. Obligaciones del Teniente de Cavalleria, ó Dragones.
- X. Obligaciones del Capitan.
- XI. Obligaciones del Capitan de Cavalleria, y Dragones.
- XII. Sargento Mayor de Infanteria.
- XIII. Sargento Mayor de Cavalleria, y Dragones.
- XIV. Teniente Coronel.
- XV. Teniente Coronel de Cavalleria, ó Dragones.
- XVI. Coronel de un Regimiento.
- XVII. Ordenes Generales para Oficiales.
- XVIII. Forma, y distinción con que han de ser los Cadetes admitidos, y considerados.
- XIX. Funciones de los Avanderados.
- XX. Funciones de los Ayudantes.
- XXI. Del Tambor Mayor.
- XXII. Modo en que han de admitirse los Cirujanos, y su obligación.

XXIII. Modo en que han de admitirse los Capellanes, y sus obligaciones.

- XXIV. Proposicion de Empleos vacantes.
- XXV. Formalidades que deben observarse para poner en posesión de sus empleos á los Oficiales, y demás Individuos de las Tropas.
- XXVI. Forma en que se han de reglar las antigüedades.
- XXVII. Juntas de Capitanes.
- XXVIII. Visita de Hospital.
- XXIX. Guardia de prevencion.
- XXX. Licencias temporales.
- XXXI. Orden, y sucesion del mando de los Cuerpos.

TRATADO TERCERO.

QUE CONTIENE LOS HONORES MILITARES: Los que por Cuerpos enteros deben hacerse á entrada, y salida de Personas Reales, y Capitanes Generales en las Plazas: Guardias, y honores á personas, que por sus dignidades los gozan, no siendo Militares: Honores fúnebres: Tratamientos: Distincion de Uniformes para conocimiento de los grados: Funciones de los Inspectores Generales de Infanteria, Cavalleria, y Dragones: Revistas de Comisario: Bendicion de Vanderas, y Estandartes.

- I. Honores Militares.
- II. Honores por Cuerpos enteros, formados en las Plazas al entrar, y salir de ellas Personas Reales, y Capitanes Generales de los Exercitos, y de Provincia.
- III. Honores que deben hacer las Tropas campadas á las Personas que los tienen, quando pasen por las Lineas.

- IV. Guardias, y honores con que por su dignidades han de distinguirse algunas personas, que no son del Cuerpo Militar del Exercito, ni Armada.
- V. Honores funebres que han de hacerse á Personas Reales, Oficiales Generales, y Particulares, y demás Individuos de mis Tropas, que murieren empleados en mi Real servicio.
- VI. Tratamientos.
- VII. Distincion de Uniformes para conocimiento de los grados.
- VIII. Funciones de los Inspectores Generales de Infanteria, Cavalleria, y Dragones.
- IX. Revistas de Comisario.
- X. Bendicion de Vanderas, y Estandartes.
- VII. Instrucción para la marcha de frente, obliqua, y circular.
- VIII. Prevenciones generales para el manejo de Arma, y Evoluciones.
- IX. Manejo del Arma.
- X. Evoluciones que se practicarán concluido el manejo de Arma.
- XI. Advertencias generales para los fuegos.
- XII. Fuegos que se harán en los Exercicios.
- XIII. Exercicio de Granaderos.
- XIV. Suplemento del manejo del Arma, que deberá servir para todos los movimientos que se han de executar en las Guardias, Revistas, etc.
- XV. Modo con que los Oficiales han de saludar con las Vanderas, y Fusiles; y tiempos con que han de recogerlos, y descansar sobre ellos.

TRATADO QUARTO.

QUE EXPLICA LA FORMACION, MANEJO de Arma, y Evoluciones de Infanteria.

- I. Toques que han de observar los Tambores, y Pifanos.
- II. Disposiciones que deben preceder para ponerse un Batallon sobre las Armas.
- III. Formacion del Batallon, y método con que ha de subdividirse en Trozos, Compañias, Medias, Quartas, y Octavas.
- IV. Formalidad con que han de traerse, y recibirse las Vanderas.
- V. Colocacion de Oficiales, Vanderas, y Sargentos en los ordenes de Batalla, y Parada de un Batallon, y Regimiento.
- VI. Formacion en Columna.

- XVI. Método pronto, y fácil para enseñar el Exercicio, y perfeccionar en él á un Regimiento.

- XVII. Toques de Caja con que ha de señalarse el mando de Evoluciones.

- XVIII. Señales de mando con la Espada.

ÍNDICE

DEL SEGUNDO TOMO DE ORDENANZAS MILITARES

TRATADO QUINTO,

QUE CONTIENE LOS EXERCICIOS de Cavalleria, y Dragones, en que se explican sus formaciones, y maniobras.

Titulos.

- I. Toques que han de usar los Trompetas, y Timbales de la Cavalleria, en Guarnición, Quartel, y Campaña.

- II. Toques que han de observar los Cuerpos de Dragones.
- III. Formación de Compañías, division de ellas, su colocación, y la de Oficiales, y Sargentos de un Esquadron en el orden de Batalla.
- IV. Subdivisión de un Esquadron, reglas de distancia entre filas, é hileras, y medida del terreno que por calculo ha de considerarse competente á qualquiera numero de Cavalleria en el orden de Batalla.
- V. Conduccion, retiro, y custodia de los Estandartes en Quartel, y Campaña.
- VI. Regla que ha de seguirse para pasar del orden de Batalla al de Parada.
- VII. Orden, y sucesion de las voces del Exercicio, Evoluciones, y maniobras que harán los Esquadrones.
- VIII. Reglas para formar el Piquete con todo el Regimiento.
- IX. Formacion en Columna por filas.
- X. Método que han de observar los Cuerpos de Dragones para las maniobras de desmontar, encadenar sus Cavallos, salir á formar el Batallon, y volver por Esquadrones á su orden de Batalla.
- XI. Advertencias generales, comunes á Cavalleria, y Dragones montados.
- II. Funciones del Governador de una Plaza, y sucesión del mando accidental de ella.
- III. Funciones del Teniente de Rey.
- IV. Consideraciones á que ha de arreglarse el servicio de Guarnicion.
- V. Funciones de los Sargentos Mayores de las Plazas, y Gefes de los Cuerpos en el servicio de ellas.
- VI. Formalidades que han de observarse para cerrar las puertas de las Plazas.
- VII. Formalidades para dar el Santo, y Orden: hacer, y recibir las Rondas, y practicar el servicio de Patrullas.
- VIII. Formalidad con que se ha de hacer la descuebierta, y abrir las puertas de la Plaza.
- IX. Destacamentos.
- X. Modo en que los Governadores de las Plazas deben expedir Libramientos para la Polvora.
- XI. Salvas que han de hacerse con la Artilleria de las Plazas, y casos en que corresponde excutarlas.
- XII. Reglas que deben observarse para la persecución, y aprehensión de Desertores, y obligación de las Justicias para su descubrimiento, y conducción.
- XIII. Reglas que deben observarse en la Marcha de las Tropas.
- XIV. Regla que ha de seguirse en el Alojamiento de las Tropas, quando marchen.

TRATADO SEXTO,

QUE COMPREHENDE TODO LO PERTENECIENTE al servicio de Guarnicion.

- I. Autoridad de los Capitanes Generales de Provincia.

TRATADO SEPTIMO,

QUE CONTIENE EL SERVICIO DE CAMPAÑA.

- I. Asamblea del Exercito prevenido.

- II. Clases de que se compone el Estado Mayor del Exercito.
 - III. Sucesion del accidental mando del Exercito, y lugar de los Oficiales Generales, y Brigadieres en las Lineas.
 - IV. Pie, fuerza, y servicio de la Tropa de á pie, y montada, que ha de formarse en dos Cuerpos separados para Guardias de Generales, y Escolta de Equipages.
 - V. Funciones del Quartel Maestre, Junta de Campamento, y distribución del terreno por mayor.
 - VI. Funciones del Mayor General de Infanteria.
 - VII. Del Mayor General de Cavalleria, y Dragones.
 - VIII. Del Aposentador.
 - IX. Funciones del Conductor General de Equipages, y orden en que han de marchar los del Exercito.
 - X. Modo de campar con sus medidas, y circunstancias.
 - XI. Servicio de Campaña por Brigadas.
 - XII. Distribucion del Santo, y Orden general.
 - XIII. Modo de recibir la Ronda de Generales, y Oficiales de dia.
 - XIV. Sobre Destacamentos.
 - XV. Movimiento de un Campo á otro nuevo.
 - XVI. Alojamiento de Quarteles, ó Cantones, y modo en que ha de distribuirse el forage que haya en ellos.
 - XVII. Ordenes generales para el servicio de Campaña.
 - XVIII. Funciones del Intedente, y sus Dependientes.
 - XIX. Reglamento de mesa para los Oficiales Generales, y de otros grados en Campaña.
 - XX. Raciones de Pan, y Cebada con que en tiempo de Guerra ha de asistirse á los Oficiales Generales, y particulares que sirvieren en el Exercito de Campaña.
- TRATADO OCTAVO,**
DE LAS MATERIAS DE JUSTICIA.
- I. Esenciones, y Preeminencias del Fuego Militar, y declaración de las personas que le gozan.
 - II. Casos, y delitos en que no vale el Fuego Militar.
 - III. Casos, y delitos en que la Jurisdicción Militar conoce de Reos independientes de ella.
 - IV. Causas, cuyo conocimiento corresponde á los Capitanes Generales de las Provincias.
 - V. Consejo de Guerra Ordinario.
 - VI. Consejo de Guerra de Oficiales Generales.
 - VII. Delitos, cuyo conocimiento pertenece al Consejo de Guerra de Oficiales Generales.
 - VIII. Del Auditor General de un Exercito en Campaña, y de los de Provincia.
 - IX. De las formalidades que se han de observar en la degradación de un Oficial delinquente.

X. Crímenes Militares, y comunes, y penas que á ellos corresponden.

XI. De los Testamentos³¹.

Del esquema transcrito se revela que nos hallamos ante una obra extraordinaria de contenido exhaustivo, sin desmerecer, por cierto, a sus antecesoras. Por de pronto, Antonio Vallecillo, con la finalidad de explicar el contenido del índice —tan lleno de sugerencias—, decía en el siglo XIX con magistral capacidad de síntesis, que: “Lo principal que en él se observa, es la división de las Ordenanzas en *tratados, títulos y artículos* con numeración independiente unos de otros; cuyo método, si bien el más científico y filosófico de todos, no es, sin embargo, el más expedito y claro para el manejo y uso de las Ordenanzas, por necesitarse tres citas para expresar y encontrar un artículo cualquiera. Y aunque no puede desconocerse que la naturaleza de la obra exige esta triple división de asuntos ó materias; hubiérase

podido, sin embargo, conciliar todos los extremos, con la expresada división, y la numeración de los artículos continuada desde el primero hasta el postrero del último tratado, como hay varios ejemplos antiguos y modernos para asuntos de más espera que los militares, y entre ellos el Código Penal de España, publicado en 1848”³².

Bueno sería recordar que las ordenanzas castrenses, definitivamente, fueron una recopilación de las muchas que se hicieron con anterioridad. Sin embargo, tuvieron dos innovaciones debidas a la Ilustración: *a)* en ellas se cedían los privilegios de sangre a la personal valía del individuo, y *b)* significaban una ruptura con el espíritu religioso y un triunfo del laicismo frente al tradicional espíritu católico de los Ejércitos de España³³. Como es lógico, hemos de advertir de antemano que, por tratarse de una obra del reformismo borbónico, de arquitectura sobria, que tuvo mucho impacto en la legislación militar hispanoamericana y que sigue

31 Al cierre del presente trabajo de investigación cayó en nuestras manos otra edición de las *Ordenanzas...*, muy útil y completísima a cargo del militar y escritor Muñiz y Terrones, José (1839-1900): *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*, 5 ts., anotadas é ilustradas por artículos, con leyes, decretos, órdenes y circulares expedidas y vigentes hasta la fecha de esta edición, R. Velasco, impresor, Madrid, 1880-1883. Incluye un apéndice general que comprende las disposiciones expedidas durante esta edición, algunas anteriores y los índices cronológicos por materias; y un apéndice de 1883 que comprende las disposiciones expedidas en todo el año 1882, algunas anteriores y los índices correspondientes. Sin pretensiones de agotar la temática, que por lo demás es oceánica, *vid.* Bouza, Antonio L.: “Biblioteca del Palacio Real de Madrid. Ordenanzas Militares del Reinado de Carlos III”, en *Reales Sitios. Revista del Patrimonio Nacional*, Año XXV, N.º 98, Madrid, 1988, págs. 60-66.

32 *Cfr.*, en tal sentido, el utilísimo libro, notable por la aguda interpretación que se realiza, del militar y escritor Vallecillo, Antonio (1807-1880): *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas Militares expedidas en 22 de Octubre de 1768*, Imprenta de D. P. Montero, Madrid, 1861, págs. 5-6. Del mismo autor, *vid.*: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos. Ilustradas por artículos con las Reales órdenes expedidas hasta la fecha de esta edición*, 3 ts., Imprenta de los señores Andrés y Díaz, Madrid, 1850-1852.

33 *Cfr.* Baldovín Ruiz, Eladio: “El Fuero Militar en las Ordenanzas”, en *Revista de Historia Militar*, N.º 76, Madrid, 1994, págs. 41-75; Gálvez Montero, José Francisco: *La Justicia Militar en la historia del Perú. Primera parte: Desde sus albores hasta 1899*, t. I, Fuero Militar Policial, Lima, 2017, págs. 81-103. Antecede Presentación de Juan Pablo Ramos Espinoza. También, *vid.*, Busquets Bragulat, Julio: *El militar de carrera en España. Estudio de Sociología Militar*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1967, pág. 18.

mereciendo plácemes —¡adelanto grandísimo!—, es importante transcribir algunos de sus artículos, con mayor incidencia en la práctica judicial militar, tal como aparecieron publicados en 1768, especialmente los referidos al fuero militar, advirtiéndose que el rey católico de las Españas también expidió, a modo de complemento, reales decretos y reales órdenes:

Trat. VIII. Tit. I. ³⁴

Tratado VIII.

DE LAS MATERIAS DE JUSTICIA.

TITULO PRIMERO.

ESENCIONES, Y PREEMINENCIAS
del Fuero Militar, y declaracion
de las personas
que le gozan.

ARTICULO PRIMERO.

PARA atajar los inconvenientes que (con atraso de mi servicio, y competencia de jurisdicciones) detienen, ò embarazan la buena adminisiracion de Justicia, asi por solicitar el Fuero Militar, muchos que no deben gozarle, como por sujetarse por ignorancia à otros Juzgados algunos, à quienes les está concedido, y debieran defenderle: Declaro, que el referido Fuero pertenece à todos los Militares, que actualmente sirven, y en adelante sirvieren en mis Tropas regladas, ò en empleos que subsistan con

actual ejercicio en Guerra, y que como tales Militares gocen sueldo por mis Tesorerias del Exercito en Campaña, ò las Provincias, comprehendiendose en esta clase los Militares que se huvieren retirado del servicio, y tuvieren Despacho mio, para gozar de Fuero; pero con la diferencia, y distinción que se expresará succesivamente en este Titulo.

2. Las Tropas Ligeras de Infanteria, y Cavalleria, que existen oy, y succesivamente se formaren, gozarán del mismo Fuero que las Tropas regladas de mi Exercito.

3. A los Oficiales, y Soldados, que estuvieren en actual servicio, no podrán las Justicias de los parages en que residieren apremiarlos à tener Oficios congegiles, ni de la Cruzada, Mayordomia, ni tutela contra su voluntad: gozarán la excepción de pago de servicio ordinario, y extraordinario, y no podrá imponerseles Alojamiento, repartimiento de Carros, Bagages, ni Vastimentos, sino fueren para mi Real Casa, y Corte: Y siendo casados, gozarán sus mugeres de las mismas preeminencias; podrán traer Caravinas, y Pistolas largas de arzon, como las que se usan en la Guerra, teniendo plaza viva, y estando actualmente sirviendo: Y siempre que usaren de licencia, ò por comision de mi servicio se separen de sus destinos, ò Cuerpos, podrán traer estas Armas por el camino, para resguardo de sus

34 Cfr. *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinacion, y servicio de sus exercitos*, ob. cit., t. II, págs. 255-308. Obra de consulta obligatoria para la época, especialmente en lo relativo al fuero militar, fue la del juriconsulto y escritor Bacardí, Alejandro de (1815-1905): *Nuevo Colon ó sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, 3.^a edición, 2 ts., Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de N. Ramírez y C.a, Barcelona, 1878.

personas; con calidad, que mientras estuvieren en la Corte, ò en las Ciudades, Villas, y Lugares de mis Reynos, no podrán andar con ellas, sino tenerlas guardadas en sus casas, para quando buelvan à servir, y hacer su viage: Podrán tirar con Arcabuz largo, guardando los terminos, y meses vedados; y si usaren de otras Armas de fuego de las prohibidas por Vandos, y Pragmaticas, se les dará por incursos en los Vandos publicados, y por perdidas las Armas, sujetandose à la pena que se impusiere en dichos Vandos.

4. No podrán los referidos Oficiales, y Soldados ser presos por la Justicia Ordinaria por deudas, que hayan contraído despues de estar sirviendo, ni se les executará por ellas en sus Cavallos, Armas, ni vestidos, ni en los de sus mugeres, à menos que la deuda proceda de alcances, ò créditos, que mi Real Hacienda tenga contra ellos; pero en las deudas anteriores al tiempo en que el deudor entró en mi servicio, responderá según la calidad de la obligacion en su persona, y bienes raíces, y muebles, que no sean del uso Militar.

5. No podrán conocer de las causas civiles, ni criminales de Oficiales las Justicias Ordinarias, sino solo el Capitan General, Consejo General, ò Comandante Militar del parage donde residieren, segun la diferencia, y circunscripciones de los casos en la forma que se explicará mas adelante.

6. Los Oficiales, Sargentos, Cabos, y Soldados, que se retiraren de mi servicio con licencia, haviendo servido quince años sin intermisión, gozarán Cedula de premio correspondiente; y en virtud de ella, si se retiraren del

Exercito, estarán esentos del servicio ordinario, y extraordinario: No podrán ser apremiados à tener Oficios de Concejo, ni de la Cruzada, Mayordomia, ni tutela contra su voluntad, ni se les impondrá Alojamiento, repartimiento de Carros, Bagages, ni Vastimentos, sino fueren para mi Real Casa, y Corte; y las mismas preeminencias gozarán sus mugeres; y podrán tirar con Arcabuz largo, guardando los términos, y meses vedados; pero si usaren de Armas prohibidas, se les dará por incursos en los Vandos publicados.

7. Desde la clase de Alférez, ò Subteniente inclusivé arriba, todos los Oficiales que se huvieren retirado del servicio con licencia mia, y Cedula de preeminencia, gozarán, además de las expresadas en el Artículo antecedente del Fuero Militar en las Causas criminales; de suerte, que las Justicias Ordinarias solo tendrán facultad para hacer la Sumaria, que deberán formar en el termino de quarenta y ocho horas, siendo la causa leve; y siendo grave, en el de ocho dias naturales, y remitirla al Capitan General de la Provincia, en cuyo Juzgado se sentenciará, concediendo las apelaciones al Consejo Supremo de Guerra; y en las civiles, y casos exceptuados, los podrán procesar, sentenciar, y executar las Justicias Ordinarias: pero los Oficiales agregados à Plazas, destinados á Inválidos, y los de Milicias Provinciales regladas, gozarán tambien del Fuero civil, sacando la Cedula de preeminencias correspondiente à su clase.

8. Las mugeres, y los hijos de todo Militar gozarán este Fuero: y muerto aquel, le conservarán su viuda, y las

hijas, mientras no tomen estado; pero los hijos varones unicamente le gozarán hasta la edad de diez y seis años.

9. Todo Criado de Militar, con servidumbre actual, y goce de salario, tendrá por el tiempo en que exista con estas calidades, el Fuero en las Causas civiles, y criminales que contra él se movieren, no siendo por deudas, ò delitos anteriores; en cuyo caso, ni le servirá el Fuero, ni se le apoyará con pretexto alguno, quedando responsables los Amos, y los Gefes de qualquiera omision en perjuicio de la buena administración de Justicia.

10. Todo Individuo que goce Fuero Militar, deberá declarar siempre que sea citado para ello por las Justicias Ordinarias, precediendo el aviso de estas al Comandante natural de que dependa; pero en los casos criminales executivos in fraganti, deberán declarar, aunque no se haya pasado el aviso à sus Gefes naturales; y reciprocamente se observará lo mismo por los dependientes de la jurisdicción ordinaria, siempre que la Militar los necesite para declarar, con la diferencia de casos que este Artículo previene.

TITULO SEGUNDO.

CASOS, Y DELITOS EN QUE NO VALE el Fuero Militar.

ARTICULO PRIMERO.

EL Individuo dependiente de la Jurisdicción Militar, (de qualquiera especie, ò calidad que sea) que incurriere en los delitos de resistencia formal à la Justicia, ò desafio probado, en el modo que prescribe la Pragmatica expedida en 16. de Enero de 1716. inserta al fin de este Tratado, perderá el Fuero de que

goza, y quedará (por la calidad de semejante exceso) sujeto al conocimiento de la Justicia Ordinaria del territorio en que le cometa, con inhibición absoluta de la Jurisdicción Militar, de que naturalmente dependa.

2. Tampoco ha de gozar del Fuero Militar el que extragere, ò ayudare á extraer de mis Reynos moneda, o pasta de oro, ò plata, ò introduxere en ellos moneda de vellon: el que fabricáre, ò ayudare à fabricar, ò expender moneda falsa contra las Leyes, Pragmaticas, y Cédulas expedidas en este asunto: El que usáre de Armas cortas de fuego, ò blancas de las prohibidas por Reales Pragmaticas, como se verifique la aprehension Real en la persona; no entendiendose prohibida la Bayoneta sola, y descubierta en el Soldado de Infanteria, ni las de fuego en los casos que es permitido traerlas à los Militares, ni el de las otras Armas cortas, aunque vayan disfrazados, siendo en busca de Desertores, ò otro fin de mi servicio, y con despachos para ello, que señalen tiempo limitado.

3. Igualmente quedará despojado del Fuero Militar el que cometiere delito de robo, ò amancebamiento dentro de la Corte; y el que delinquiere en qualquiera parte contra la Administración, y Recaudacion de mis Rentas, siempre que, por diligencias de Ministros de ellas se verifique la aprehensión Real de los fraudes en su persona, casa, ò equipages, con especialidad contra la del Tabaco; à cuyo favor quiero que subsistan en su fuerza las Ordenes anteriormente expedidas; pero para procederse contra el Militar, en cuya casa, ò equipage se halle el fraude, ha de justificarse, que intervino su diligencia, o consentimiento en ocultarle.

4. Sobre particiones de herencia, si no fuere de persona que gozaba del Fuero Militar, en cuyo caso toca al Fuero de Guerra el Inventario, según Real Decreto de 25. de Marzo de 1752. conocimiento de Pleytos sobre bienes raíces, sucesion de Mayorazgos, acciones Reales, Hypothecas, y Personales, que provengan de trato, y negocio, y sobre oficio, y encargo público, en que voluntariamente se huviere mezclado el Militar, no gozara del Fuero de su clase; ni tampoco le valdrá en los delitos capitales, que huviere cometido antes de entrar à mi servicio: pues es mi voluntad, que en este caso, sin suscitarse competencia por la Jurisdicción Militar con la Ordinaria, conozca ésta de semejantes causas; y se le entreguen los comprendidos en ellas, quando los reclamáre, para que los juzgue, y sentencie como corresponda.

5. Si las Justicias prendieren algún Individuo dependiente de la Jurisdicción Militar del Exercito, que en su territorio haya cometido delito de los no exceptuados en los Artículos precedentes, ù otros, que se declararán en esta Ordenanza, deberán entregar el Reo à su respectivo Gefe, remitiéndole, ò dándole aviso, para que le envíe à buscar; y quando esto no pueda practicarse prontamente, substanciarán la causa las Justicias que le aprehendieren, hasta ponerla en estado de Sentencia, lo que deberán executar en el termino de quarenta y ocho horas, siendo leve; y siendo grave en el de ocho dias naturales, por lo que mira à las de Oficiales Militares, y remitirán el proceso al Comandante Militar de aquel distrito, para que determine la causa; y lo mismo en las de

los Soldados, que van de transito por el Pais solos con Pasaporte, ò sin él, y que robaren, ò ultrajaren; en cuyo caso podrán las Justicias Ordinarias del territorio procesarlos, remitiendo los Autos en el termino expresado al Capitan General de aquel distrito, para que dé la sentencia.

TITULO TERCERO.

CASOS, Y DELITOS EN QUE LA

Jurisdiccion Militar conoce de Reos independientes de ella.

ARTICULO PRIMERO

TODA persona de qualquiera especie, sexo, ò calidad que sea, que contribuyere à la deserción de Tropa de mi Exercito, aconsejando, ò favoreciendo este delito, bien sea ocultando à el Desertor, comprándole su Ropa, ò Armamento, ò dándole otra de disfraz, deberá ser juzgada por la Jurisdiccion Militar de que dependa el Desertor favorecido; y siempre que ésta reclame à los Reos de semejante crimen, estará obligada à entregarlos la Justicia natural de que dependan.

2. La inhibición, de que trata el Artículo antecedente: declaro, que no solo debe entenderse con la Jurisdicción Ordinaria, sino con la Militar de qualquier otro Regimiento, ò Cuerpo del Exercito, de la Armada, ò de Tropas Ligeras, ò Milicias; pues es mi voluntad, que el Cuerpo de que fuese el Desertor, à quien se le huviere ocultado, comprado su Ropa, o Armamento, ò dado otra de disfraz, tenga derecho de reclamar à los Reos auxiliares de su fuga, aunque sirvan en otro Regimiento, ò Cuerpo

del Exercito, Marina, Tropas Ligeras, ò Milicias; y que reciprocamente se entreguen de unos à otros Cuerpos los Reos reclamados por este delito, à fin de que se les juzgue por el Consejo de Guerra del que le reclama, imponiendoles la pena que en el Titulo de ellas se previene.

3. Los Cuerpos del Exercito, que aprehendieren, Reos dependientes de otros Regimientos de él, ò de la Marina, Tropas Ligeras, ò Milicias por delito que no sea el de favorecer, ò abrigar la desercion, en el modo que explica el Articulo antecedente, deberán reciprocamente entregarlos à los Regimientos, ò Gefe de que dependan; y si para justificacion de la causa necesitare la Jurisdicción Militar testigos sujetos à otra, ò al contrario, se les mandará, sin dificultad, que hagan su deposicion ante el que la substanciare.

4. A la Jurisdiccion Militar ha de pertenecer privativamente el conocimiento de causas de incendio de Cuarteles, Almacenes de boca, y Guerra, y Edificios Reales Militares, robos, ò vejaciones que en dichos parages se executen, trato de infidencia por espías, ò en otra forma, insulto de Centinelas, ò Salvaguardias, y conjuración contra el Comandante Militar, Oficiales, ò Tropa, en qualquiera modo que se intente, ò execute: y los Reos de otras Jurisdicciones, que fueren comprehendidos en qualquiera de estos delitos, serán juzgados, y sentenciados por la Militar, con el castigo que por esta Ordenanza corresponda.

5. Siempre que qualquiera Regimiento, ò Batallón entero de mi Exercito, fuere

destinado à servir en la Armada, en sus Baxeles, ò Arsenales, desde el dia en que tome posesion de este destino, hasta el en que cese, dependerá de la Jurisdicción de Marina; y por la misma regla la Tropa de Marina, que sirviere en tierra, dependerá de la Jurisdicción Militar de tierra, en la forma que explica el Titulo segundo del sexto Tratado de esta Ordenanza.

...

TITULO QUINTO.

CONSEJO DE GUERRA ORDINARIO.

ARTICULO PRIMERO.

PARA que las Tropas se contengan en aquella exacta obediencia, y disciplina Militar, que conviene al decoro, y estimación de su destino: ordeno, que por todo crimen, que no sea de los exceptuados, en que no vale el Fuero Militar, sea el Individuo que le cometa, (desde Sargento inclusive abaxo) juzgado por el Consejo de Guerra, que tengo concedida facultad de formar para estos casos à los Regimientos de mis Exercitos, asi de Infanteria, como de Cavalleria, y Dragones, (bien sean Españoles, ò Estrangeros) para todos los delitos que señala esta Ordenanza; y en los de que por estraños no se trata, ha de observar el Consejo las formalidades, que para el acierto de su juicio, y sentencia prescribe este Tratado, con apercibimiento de que qualquiera Oficial, que contraviniere à lo prevenido en él, concurriendo en calidad de Juez al Consejo de Guerra, será depuesto de su empleo.

Trat. VIII. TIT. VI.
TITULO SEXTO.

CONSEJO DE GUERRA DE OFICIALES
Generales.

ARTICULO PRIMERO.

Por lo que toca à crímenes Militares, y faltas graves, en que los Oficiales incurrieren contra mi Real servicio, es mi voluntad, que se examinen en Junta de Oficiales de superior graduación, dandosele à este Tribunal la denominacion de Consejo de Guerra de Oficiales Generales.

2. La formacion de este Consejo ha de ser siempre en la Capital de la Provincia en que el Oficial Reo tenga su destino: el Capitan General, o Comandante General de ella, Presidente, y facultad suya el nombrar los Oficiales, que deban componerle, atendiendo à que su número no sea menor de siete, ni que exceda de trece, y à que le llenen (en el modo posible) Oficiales Generales, eligiendo (si estos no alcanzaren) Brigadieres, y en su defecto Coroneles; pero nunca ha de descenderse de esta clase, y siempre ha de asistir el Auditor de Guerra, como Asesor del Consejo, tomando el ultimo lugar, sin voto en él, y solo con el fin de iluminar (en los casos dudosos que ocurran) al Presidente, y qualquiera de los Jueces, que para asegurar su acierto le pregunte.

Trat. VIII. TIT. VIII.
TITULO OCTAVO.

DEL AUDITOR GENERAL DE
un Exercito en Campaña, y de los de
Provincia.

Siendo de la mayor importancia la recta, y buena administracion de justicia

en un Exercito, que se halle en Campaña, reservo en mi Persona el nombramiento de un Auditor General, que sirva en él, del caracter, graduación, ciencia, y circunstancias correspondientes à la gravedad de tan respetable Ministerio, y sus funciones serán las que explican los Artículos siguientes.

ARTICULO PRIMERO.

El Auditor General conocerá en todos los negocios, y casos de Justicia, como persona en quien reside el ejercicio de la jurisdicción del Capitan General, ò General en Gefe del Exercito, y en nombre de éste encabezarà las sentencias en esta forma:

Nos el Capitan General N. vistos estos Autos, fallamos, que debemos condenar, y condenamos, etc. lo firmará el Auditor, y con la sentencia pasará à dar cuenta al Gefe General del Exercito, quien, enterado por dicho Ministro de lo que resulta de la causa, y contiene la sentencia, firmará en lugar preeminente; y por el Escribano se notificará à las Partes, si fuere civil, y si criminal, à los Reos.

...

Entre otras situaciones significativas que trasuntan en las ordenanzas militares del rey cazador está el disfrute del fuero militar, a la vista de lo que acabamos de transcribir, y que constituía en la reciente dinastía borbónica un nuevo encuadre institucional, empezando por los privilegios, excensiones, preeminencias, y fijando las competencias jurisdiccionales entre la jurisdicción civil y la jurisdicción militar con el propósito de evitar enfrentamientos, lo cual era inevitable. Mientras tanto, en el

siglo XVIII se iba acentuando de manera organizada la presencia del fuero militar.

Sin embargo, como advierte Martínez Ruiz, “subyace un fenómeno de gran trascendencia sociopolítica, pero que hasta el momento solo ha sido valorado de forma jurídico-institucional: [...] el creciente papel que los militares jugaron en el siglo XVIII y que prepararon el militarismo decimonónico... A finales del siglo XVIII los capitanes generales eran los Presidentes de las audiencias y los Jefes de las tropas que actuaban en su distrito; el Ejército no solo era uno de los instrumentos de la política exterior, sino también se reafirmaba como la principal fuerza de mantenimiento del orden y la seguridad pública mediante la intervención directa y la creación de unidades y cuerpos específicos y la importancia de los militares en la administración aragonesa está fuera de toda duda. Además, Felipe V y Carlos III —los dos borbones más influyentes en la configuración del Fuero militar y en las reformas castrenses implantadas en la Monarquía española— vivieron varias campañas a lo largo de su vida, pasando por momentos en que su suerte dependió de los soldados que mandaban”³⁵. De tal modo que el fuero militar constituía una suerte de buque insignia y/o núcleo duro para justificar la presencia del Derecho Penal Militar en el siglo XVIII,

yendo en línea de avanzada con el propósito de alcanzar el espíritu y la disciplina militar en la carrera de las armas, realidad que inexorablemente deja sentir su presencia hasta nuestros días.

Por lo demás, no se pueden entender *in globo* las Ordenanzas Militares de Carlos III si es que no se complementa su estudio con las diversas cédulas, circulares, reglamentos y otros dispositivos militares de carácter administrativo, que también rigieron en el Perú por orden de Su Majestad el rey Carlos III. En especial, las circulares que en la práctica le dieron vida y dinamicidad a las ordenanzas militares. Todo ello se puede consultar en las obras del Oficial Segundo del Cuerpo Administrativo del Ejército Eduardo Reguera y Urrutia³⁶ y de Juan Marcos y González³⁷.

Entre varias de ellas, debemos mencionar a las siguientes:

REAL ORDENANZA EN QUE S.M. ESTABLECE LAS REGLAS QUE INVOLUNTARIAMENTE DEBEN OBSERVARSE PARA EL ANNUAL REEMPLAZO DEL EJÉRCITO CON JUSTA Y EQUITATIVA DISTRIBUCIÓN EN LAS PROVINCIAS, en la Oficina de Pedro Marin, Madrid, Año de MDCCLXX.

REAL CÉDULA DE SU Magestad, Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUE

35 Cfr. Martínez Ruiz, Enrique: *El ejército del Rey. Los soldados de la Ilustración*, op. cit., pág. 146.

36 Cfr. Reguera y Urrutia, Eduardo: *Colección Legislatura Militar (Autorizada de Real Orden)*, 5 ts., Imprenta de Pascual Gracia y Orga, Madrid, 1864-1869. Además de las leyes de la Justicia Militar, se incluyen las Reales disposiciones y circulares comprendidas desde 1799 hasta 1869, inclusive los de la Justicia Militar.

37 Cfr. Marcos y González, Juan: *Prontuario General clasificado y cronológico de las leyes, ordenanzas, reglamentos, decretos, órdenes e instrumentos que constituyen la legislación administrativa militar*, Editorial Prudencio Cuartero, Madrid, 1863. De igual manera, vid. García Bruna, Antonio: *Archivo Militar de Legislación, Derecho y Jurisprudencia. Guía Práctica de la Legislación Militar o Diccionario Legislativo para el Ejército*, 2 ts., Imprenta de Emilio Vaquer, Madrid, 1899-1901.

SE DECLARAN INCLUSOS en Sorteos para el annual reemplazo del Egército à los dependientes de todos los Hospitales del Reyno; y libros de ellos à todos los Oficiales de dotacion fija que existian en las Oficinas de Particulares, y Comunidades antes de la publicacion de la Ordenanza de tres de Noviembre de mil setecientos setenta, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1772.

REAL CEDULA DE S.M. Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUAL SE DECLARAN exemptos del Sortéo para el Reemplazo del Egército à los Escribientes, que con arreglo à Ordenanza, deben tener los Ingenieros de Marina, los del Guarda-Almacén General, los del Guarda-Almacén del deposito de peltrechos de los Navios, y otros que se expresan, en la forma, y con las prevenciones que se hacen, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1775.

REAL CEDULA DE S.M., Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUAL, EN DECLARACION del Artículo X. de la Real Ordenanza de Reemplazos del Egército, se autorizan desde aora à las Juntas Provinciales de Agravios, para que si en alguno de los Sorteados concurriesen motivos de mucha gravedad, y urgencia, le permitan poner en su lugar otro hombre que tenga las calidades que requiere el Servicio Militar, con lo demás que contiene, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1775.

IV. LA INFLUENCIA DE LAS ORDENANZAS MILITARES DE 1768 EN EL PRONTUARIO DE ORDENANZA PARA EL EJÉRCITO (1856), DE JUAN ESPINOZA

En el año 1856, el Crl. Juan Espinoza (1804-1871) —“antiguo soldado del Ejército de los Andes”, como solía poner en sus

obras— publicó un compendio legislativo intitulado *Prontuario de Ordenanza para el Ejército*, en el que compendió armoniosamente las famosas ordenanzas militares españolas. En su opinión, las Ordenanzas... en forma de Código Militar se dieron por vez primera en 1587, durante el reinado de Felipe II (1527-1598), luego fueron reformadas por Felipe IV (1605-1665) el 28 de junio de 1632, y después se expidieron otra vez durante el reinado de Felipe V (1683-1746) en 1728. Este último introdujo en sus ordenanzas el siguiente principio: “El que manda debe juzgar”. Cuarenta años después, se refundieron por Carlos III el 22 de octubre de 1768, en la villa de Madrid, por haberse ofrecido algunas dudas que, consultadas, atrasaban el servicio y mal interpretadas podrían, tal vez, perjudicarlo.

De cuanto queda consignado, se colige que la compilación del *Prontuario de Ordenanza* tenía el siguiente contenido:

— Primera parte

Que contiene

Las obligaciones

De clase, desde el Soldado, al Coronel inclusive, y las atribuciones del inspector general; Ordenes generales para Oficiales; proposición de empleo vacantes; formalidades para dar la posesión; modo de reglar las antigüedades; junta de capitanes, visita de hospital; guardia de prevención; licencias temporales; orden y sucesión del mando de los cuerpos.

— Segunda parte

Que contiene

Honores fúnebres; revista de comisario; bendición de banderas y estandartes; nueva escala de sueldos; reglamento de contabilidad con modelos; ley de

montepío; decreto supremo de 13 de octubre de 1857 sobre bagajes, resoluciones supremas de 25 de junio y 2 de agosto de 1850 sobre lo mismo.

Luego de haber aparecido la primera edición en 1856, hubo dos ediciones más del *Prontuario...*, es decir, en 1857 y en 1900, la cual tenemos a la vista. Fundamentando su publicación, Juan Espinoza nos decía en el Prólogo aparecido en la 3.^a edición, que: “Las Ordenanzas Militares españolas [de 22 de octubre de 1768], sobre las que hemos hecho la presente edición, han sido miradas siempre como un modelo de sabiduría en la materia, y aunque en algunos puntos, principalmente en el penal, son susceptibles de ventajosas modificaciones, en el que trata de las obligaciones de cada clase, que es la parte que hemos *copiado*, casi nada o muy poco tendría que variarse para amoldarlas a nuestra situación, cualquiera que fuese el régimen social bajo el cual nos gobernásemos; pues es preciso no perder de vista que, ya sea en una república, ya sea en una monarquía, el Ejército tendrá siempre que regirse por leyes especiales que, en el servicio

militar y mecánico del cuartel, lo segreguen de la sociedad para su régimen interno”³⁸.

Quiere ello decir que la idea de Juan Espinoza, un tanto temeraria como él mismo lo reconocía, era adaptar a nuestro régimen republicano las ordenanzas militares españolas, a través del *Prontuario...* suprimiendo lo que de ningún modo cuadraba para la época, especialmente en la parte penal y en lo concerniente a la falta de autorización para sustituir las penas de la ordenanza española con otras más análogas a nuestra realidad. En realidad, cuanto acabamos de decir demuestra que el *Prontuario...* no contenía, en sentido estricto, disposiciones relativas al Derecho Penal Militar. Sin embargo, es materia de atención para demostrar que, pese a habernos desprendido del dominio español en 1821, y reafirmado con las batallas de Junín y Ayacucho en 1824, seguíamos supeditados, hasta los albores del siglo XX, a la legislación militar española; es decir, a las Ordenanzas Militares de Carlos III³⁹. No obstante que el 27 de septiembre de 1890⁴⁰ fue aprobado mediante Real Decreto el Código de Justicia Militar

38 Cfr. Espinoza, Juan: *Prontuario de Ordenanza para el Ejército*, 3.^a edición, Lima, 1900, pág. III. Para el caso peruano, también *vid.*, a modo de complemento, Gálvez Montero, José Francisco: “Del fuero personal al fuero institucional: la Justicia Militar en el Perú”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 7, N.º 13, julio-diciembre, Lima, 2006, págs. 112-115.

39 Ya en la vista fiscal de Manuel Toribio Ureta (1813-1875) de fecha 31 de octubre de 1868, y cuando todavía no teníamos un Código de Justicia Militar, se dejaba notar el influjo de las ordenanzas militares que eran aplicadas conjuntamente con “las leyes patrias y los principios constitucionales relativos a la administración de justicia...”. Cfr. Gastón, Alfredo: *Compilación de las Vistas Fiscales que en materia judicial y administrativa se han expedido en el Perú, desde el año de 1840 hasta 1870, por los Doctores D. José Gregorio Paz-Soldán y D. Manuel Toribio Ureta. Contiene las vistas expedidas en ambas materias por el Doctor Manuel Toribio Ureta*, t. II, Imprenta del Estado, Lima, 1875, págs. 280-282, en concreto, pág. 280.

40 Todo ello, sin obviar la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra del 10 de marzo de 1884 y el Reglamento del Consejo Supremo de Guerra y Marina, mandado observar provisionalmente por Real Orden de 27 de junio de 1884. Ambos textos se pueden consultar en De la Peña y Cuéllar, Nicolás: *Introducción al estudio del Derecho Militar y Organización y atribuciones de los tribunales de guerra*, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1886, págs. 522-590.

de España, que constituyó la fuente directa del Código de Justicia Militar peruano de 1898, conjuntamente con el Código Penal Militar francés modificado y reglamentado hasta el 31 de agosto de 1878⁴¹.

V. EPÍLOGO

Para concluir, debemos manifestar que Carlos III, “adicto a sus buenos amigos” y “consecuente y fiel con los antiguos servidores”, sin duda alguna, en la época de su reinado borbónico sentó las bases de la Justicia Militar, con admiración y conocimiento de causa, institución a la que dejó marchando con la regularidad de un reloj que marca la hora exacta. De ahí que el legado histórico del monarca de la Ilustración siga vigente hasta el día de hoy, especialmente en el campo de la milicia, en donde la legislación marcial le debe muchísimo a él, no solo en la península ibérica, sino también

en la vitrina comparada, en especial, en la América morena. En términos exactos, formalmente las ordenanzas militares estuvieron vigentes en España hasta la Constitución de 1978.

Por lo expuesto, es conveniente y necesario sostener que las Ordenanzas Militares de Carlos III⁴² —paciente y formidable trabajo— impusieron nuevas reformas y reorganización en 1768, que culminaron con la brillante liza al promulgarse la Constitución de Cádiz el 19 de marzo de 1812⁴³. Se puede entender, entonces, que la creación del Consejo Supremo de Guerra, viejo antecedente de las actuales estructuras de la Justicia Militar, también fue recepcionado en el Perú por el innegable influjo del dominio español⁴⁴. Y el tiempo, para decirlo con más exactitud, les dio a las ordenanzas un notabilísimo prestigio que no ha cesado de crecer hasta nuestros días.

41 Vid. *Código Penal Militar y de Organización de los Tribunales de Francia*, en Romero Girón, Vicente y García Moreno, Alejo: *Colección de las Instituciones Jurídicas y Políticas de los Pueblos Modernos, Instituciones y Códigos franceses*, t. 5, t. II, E. Maroto y Hermano, Impresores, Madrid, 1889, págs. 297-358.

42 Por todos, *vid.* la voz: “Ordenanzas Militares”, a cargo de Salas Larrazábal, Ramón, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. V, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1991, págs. 886-887. Del mismo autor, *vid.* “Ejército y Marina”, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 2, 2.ª reimpresión, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 2007, págs. 239-341. Como complemento, *vid.* McAlister, Lyle N.: *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, 2.ª edición, traducción del inglés de José Luis Soberanes Fernández, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., 1982, págs. 24-25. Del mismo autor, *vid.* “El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XV, N.º 43, enero-abril, México, D. F., 1982, págs. 16-74.

43 Entre otros, *vid.*, Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el periodo gaditano: Su influjo en el Perú”, en Palomino Manchego, José F. y Navejas Macías, José de Jesús (coordinadores): *La Constitución de Cádiz de 1812 (A propósito de su bicentenario)*, Cuadernos del Rectorado, Lima, 2015, págs. 903-925. Antecede Prólogo de Luis Cervantes Liñán. Publicado también en *Revista de Derecho Político* N.º 84, mayo-agosto, Madrid, 2012, págs. 351-371, y en el *Jurista del Fuero Militar Policial*. *Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar*, Año VII, N.º 12, diciembre, Lima, 2018, págs. 17-33.

44 *Vid.* Vigón Suerodíaz, Jorge: “El Ejército y la Armada en el reinado de Carlos III”, en *Revista de Estudios Americanos*, N.º 100, Sevilla, 1960, págs. 117-120. También, a modo de complemento, *vid.* Alonso Báquer, Miguel: *El Ejército en la sociedad española*, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971, págs. 71-82. Y el utilísimo libro de Ballbé, Manuel: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2.ª edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1985, págs. 37-60. Antecede Prólogo de Eduardo García de Enterría (1923-2013).

Bástenos traer aquí, a guisa de recuerdo, que el primer Código de Justicia Militar⁴⁵ se promulgó durante el gobierno de Nicolás de Piérola (1839-1913) el 20 de diciembre de 1898, y sirvió como pista de despegue de la Justicia Militar del Perú para ir consolidando y estandarizando su campo de acción al tenor de nuevas tendencias legislativas militares que subsisten hasta la actualidad, montadas sobre los hombros de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

A) FUENTES HISTÓRICAS IMPRESAS

- CEDULA DE S. M. Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUAL SE DECLARA que el conocimiento de las testamentarias de los Factores que tienen à su cargo la provision del Ejército toca à la Jurisdiccion ordinaria, una vez que se hallen entregados los efectos de la provision, en la conformidad que se expresa, En la Imprenta de Don Pedro Marin, 1785.
- Código Penal Militar y Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Guerra comentado y concordado con el Código con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la parte que le es aplicable, y con las Ordenanzas generales del Ejército, 3.^a edición, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1885. Precedido de una Introducción de Excmo. Sr. D. Hilario Igon, y de un Estudio sobre el Derecho Militar del Excmo. Sr. D. José Núñez del Prado, y seguido del Libro II del Código Penal Común.
- Código Penal Militar y de Organización de los Tribunales de Francia, en Romero Girón, Vicente y García Moreno, Alejo: *Colección de las Instituciones Jurídicas y Políticas de los Pueblos Modernos, Instituciones y Códigos franceses*, t. 5, t. II, E. Maroto y Hermano, Impresores, Madrid, 1889.
- Durán, José Miguel-Montt, Luis: *Oracion funebre que en la solemne parentacion que celebró la R. Universidad de S. Marcos de esta corte de Lima, por el alma de nuestro inclito y sábio monárca el señor D. Carlos III Rey de las Españas, y emperador de las Indias, dixo el M.R.P. Dr. Joseph Miguel Duran catedratico de prima de teologia moral, y casos ocurrentes tempore mortis ex V. Provil. en este reyno de PP. Clerigos Regulares Ministros de los Enfermos, el dia 15. de*

45 Cfr. Bravo Maxdeo, Roosevelt: “Los ciento veinte años de la Justicia Militar en el Perú”, en *Direito Militar. Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME*, ano XX, Número 132, novembro/dezembro, Florianópolis/SC, 2018, págs. 2-6. Uno de los primeros trabajos estuvo a cargo de Fernández García, Raúl: *Complemento del Código de Justicia Militar con índice alfabético de artículos, leyes, acuerdos, ejecutorias y resoluciones supremas anotadas y concordadas*, Sanmarti y Ca., Lima, 1916. Igualmente, *vid.*, Bustamante y Rivero, José Luis (1894-1989): *Organización y Procedimientos de la Justicia Militar en el Perú. Comentario de los Libros I, III y IV del Código de Justicia Militar de 20 de diciembre de 1898*, Imprenta del Estado Mayor General del Ejército, Lima, 1920.

- septiembre de 1789*, Imprenta Real de los Niños Expósitos, Lima, 1790.
- Espinoza, Juan: *Prontuario de Ordenanza para el Ejército*, 3.^a edición, Lima, 1900.
 - Gastón, Alfredo: *Compilación de la Vistas Fiscales que en materia judicial y administrativa se han expedido en el Perú, desde el año de 1840 hasta 1870, por los Doctores D. José Gregorio Paz-Soldán y D. Manuel Toribio Ureta. Contiene las vistas expedidas en ambas materias por el Doctor Manuel Toribio Ureta*, t. II, Imprenta del Estado, Lima, 1875.
 - Lardizábal y Uribe, Manuel de: *Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con los mas antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española*, por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1815.
 - *Ley de Enjuiciamiento Militar con formularios completos, concordancias y notas*, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1886. Antecede Prólogo del Excmo. Sr. D. Hilario Igon.
 - Marcos y González, Juan: *Prontuario General clasificado y cronológico de las leyes, ordenanzas, reglamentos, decretos, órdenes e instrumentos que constituyen la legislación administrativa militar*, Editorial Prudencio Cuartero, Madrid, 1863.
 - Muñiz y Terrones, José: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*, 5 ts., anotadas é ilustradas por artículos, con leyes, decretos, órdenes y circulares expedidas y vigentes hasta la fecha de esta edición, R. Velasco, impresor, Madrid, 1880-1883. Incluye un Apéndice General que comprende las disposiciones expedidas durante esta edición, algunas anteriores y los índices cronológicos por materias; y un Apéndice de 1883 que comprende las disposiciones expedidas en todo el año de 1882, algunas anteriores y los índices correspondientes.
 - Negrete, Fr. Manuel: *Cádiz, exequias a Carlos III Oración fúnebre, que en las solemnes honras que hizo la comunidad de los RR. PP. Menores Observantes de N. P. S. Francisco de la Ciudad de Cadiz, en la iglesia de su convento, el dia 18 de febrero de 1789. Po la alma de nuestro augusto monarca el señor don Carlos III, Don Juna Ximenez Carreño, Cádiz, 1789.*
 - NOTICIA DE LAS EXEQUIAS, QUE LA MUY NOBLE, I MUY LEAL Ciudad, i Reyno de Mallorca HIZO EN LA IGLESIA CATHE-DRAL de la Isla, el dia I 5. de Febrero de 1789, A LA CATOLICA Magestad del SEÑOR D. CARLOS III. REY DE ESPAÑA, I DE LAS INDIAS, Palma, en la Imprenta Real, Palma de Mallorca, 1789.
 - ORACION FUNEBRE QUE EN LAS AUGUSTAS EXEQUIAS QUE la Muy Noble, y Fidelisima Ciudad de Palma Capital del Reyno de Mallorca. CONSAGRO EL DIA 16. DEL MES DE FEBRERO de 1789. en su Santa Iglesia Cathedral la perpetua memoria del Serenisimo SEÑOR D. CARLOS III. REY DE LAS ESPAÑAS. DIJO EL DOC-TOR D. BARTHOLOME QUEGLES

- Presbytero, Maestro en Artes, Dr. en Sagrada Theologia, Beneficiado en la S. Igesia Cathedral de Palma, y Secretario de su Ilustrisimo Cavildo. SE DA LA ESTAMPA* Por orden del Muy Ilustre Ayuntamiento MALLORCA, En la Imprenta Real de D. Ignacio Maria Serrá, Palma de Mallorca, 1789.
- RELACION DE LAS SOLEMNES EXEQUIAS, QUE EL REAL CONVENTO DE N. S. P. S. FRANCISCO DE PALMA CAPITAL del Reino de Mallorca, CONSAGRO AL SEÑOR DON CARLOS III. REI DE España, i sus Indias, en los dias 4. i 5. de Marzo del año 1789. SACALA A LUZ UN DEVOTO A LA Religion Serafica, Mallorca: Por Salvador Savali, Impresor, Palma de Mallorca, 1789.
 - REAL ORDENANZA EN QUE S. M. ESTABLECE LAS REGLAS QUE INVOLABLEMENTE DEBEN OBSERVARSE PARA EL ANNUAL REEMPLAZO DELE GÉRCITO CON JUSTA Y EQUITATIVA DISTRIBUCIÓN EN LAS PROVINCIAS, en la Oficina de Pedro Marin, Madrid, Año de MDCCLXX.
 - REAL CEDULA DE SU MAGESTAD, Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUE SE DECLARAN INCLUSOS en Sorteos para el annual reemplazo del Egército à los dependientes de todos los Hospitales del Reyno; y libres de ellos à todos los Oficiales de dotacion fija que existian en las Oficinas de Particulares, y Comunidades antes de la publicacion de la Ordenanza de tres de Noviembre de mil setecientos setenta, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1772.
 - REAL CEDULA DE S.M. Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUAL SE DECLARAN *exemptos* del Sortéo para el Reemplazo del Egército à los Escribientes, que con arreglo à Ordenanza, deben tener los Ingenieros de Marina, los del Guarda-Almacen General, los del Guarda-Almacen del deposito de peltrechos de los Navios, y otros que se expresan, en la forma, y con las prevenciones que se hacen, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1775.
 - REAL CEDULA DE S.M., Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUAL, EN DECLARACION del Artículo X. de la Real Ordenanza de Reemplazos del Egército, se autorizan desde aora à las Juntas Provinciales de Agravios, para que si en alguno de los Sorteados concurriesen motivos de mucha gravedad, y urgencia, le permitan poner en su lugar otro hombre que tenga las calidades que requiere el Servicio Militar, con lo demás que contiene, en la Imprenta de Pedro Marin, Madrid, 1775.
 - ORACION FUNEBRE QUE EN LAS EXEQUIAS CELEBRADAS EN LA IGLESIA de San Cayetano, de la Ciudad de Palma del Reyno de Mallorca, por el Regimiento de Dragones del Rey dia 22, Febrero 1789. EN SUFRAGIO DE LA GRANDE ALma, y honra de la gloriosa memoria de Carlos III. de Borbon Rey de las Españas DIXO DON Juan BINIMELIS PRESBITERO BENEFICIADO en la Santa Iglefia Cathedral, Colegial y Rector que fue

- del Colegio de la Sapiencia, y Cate-dratico de Filosofia, Dr. en la mif-ma facultad, y en la de Teologia, y ambos Derechos, y Promotor Fifcal Eccliaftico del Exercito de S. M. en dicho Reyno. Sale A LUZ. á expen-sas del mismo Regimiento, Mallor-ca: Por Salvador Savall, Impresor, Palma de Mallorca, 1789.
- ORACION FUNEBRE LAUDA-TORIA, QUE EN LAS SOLEMNES EXEQUIAS, QUE EL REAL CON-VENTO DE N. S. P. S. Francisco de la Ciudad de Palma del Reino de Mallorca, hizo por S. M. C. el Señor Don CARLOS III. Rei de España, y sus Indias en la Iglesia de dicho Convento, DIXO EL P. Fr. RAI-MUNDO STRAUCH DEL Orden de los Menores de la Regular Observan-cia, i Lector de Filosofia en el mismo Convento, dia 5. de Marzo de 1789, Palma de Mallorca, 1789.
 - *Ordenanzas de S.M. para el régimen disciplinario, subordinación y servicio de sus ejércitos*, Oficina del Ex-tracto Correo, Coruña, 1813.
 - *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos*, adicionadas previa autorización de S. M. con las dis-posiciones vigentes y Prólogo por el teniente general Mariano Socías, 3 ts., Oficina Tipográfica del Hos-picio, Madrid, 1882-1885. Incluye índice alfabético de las materias que contienen los tres tomos de estas or-denanzas adicionadas.
 - *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinacion, y servicio de sus exercitos*, II ts., en la Oficina de Antonio Marín, Impresor de la Secretaría del Despacho Universal de la Guerra, Madrid, 1768. Edición facsimilar, Editorial Lex Nova, Va-lladolid, 1999.
 - *REAL CEDULA DE S. M. Y SEÑO-RES DEL CONSEJO, POR LA QUAL SE MANDA observar y guardar el Breve inserto expedido por su San-tidad, en que se establece una Con-gregación nacional de las Cartuxas de España con un Vicario general regnícola, independiente del Prior y Capítulo de Grenoble, con lo demas que se expresa*, En la Imprenta de Don Pedro Marin, 1784.
 - *Reales exequias celebradas en la Santa Iglesia Catedral de Mexico por el alma de Senor Don Carlos III*, D. Felipe de Zuniga y Ontiveros, México, 1789.
 - Reguera y Urrutia, Eduardo: *Colec-ción Legislatura Militar (Autoriza-da de Real Orden)*, 5 ts., Imprenta de Pascual Gracia y Orga, Madrid, 1864-1869.
 - Rico, Juan: *Reales exequias, que por el fallecimiento del señor Don Carlos III, Rey de España y de las Indias, mando celebrar en la ciudad de Li-ma, capital del Perú, el excelentísimo señor Teodoro de Croix, caballero de Croix, del Orden Teutónico, coronel del regimiento de Reales Guardias Walonas, Teniente General de los Reales Exercitos, Virrey Gobernador y Capitán General de las provincias de Perú y Chile, Superintendente General de la Real Hacienda, y Pre-sidente de la Real Audiencia de esta capital. Describialas al reverendo Padre don Juan Rico, presbítero de la Real congregación del Oratorio de San Felipe Neri de Lima* Imprenta

Real de los Niños Expósitos, Lima, 1789.

- Vallecillo, Antonio: *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos. Ilustradas por artículos con las Reales órdenes espeditas hasta la fecha de esta edición*, 3 ts., Imprenta de los señores Andrés y Díaz, Madrid, 1850-1852.
- Vallecillo, Antonio: *Comentarios históricos y eruditos a las Ordenanzas Militares expeditas en 22 de Octubre de 1768*, Imprenta de D.P. Montero, Madrid, 1861.
- Yrisarri, Lorenzo de: *Oración fúnebre, que en las exequias solemnes del Señor Rey Don Carlos III, celebradas en la iglesia de religiosos trinitarios calzados de esta corte por la real sociedad económica, dixo el Doctor don, Don Antonio de Sancha*, Madrid, 1789.

B) FOLLETOS Y LIBROS

- Alonso Báquer, Miguel: *El Ejército en la sociedad española*, Ediciones del Movimiento, Madrid, 1971.
- Aguilar Piñal, Francisco: *Bibliografía de Estudios sobre Carlos III y su época*, Editorial del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1988.
- Anes, Gonzalo: *El antiguo régimen: Los borbones*, 4.^a edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1979. Se trata del t. IV de la *Colección Historia de España Alfaguara*, dirigida por Miguel Artola.
- Bacardí, Alejandro de: *Nuevo Colon o sea Tratado del Derecho Militar de España y sus Indias*, 3.^a edición, 2 ts., Establecimiento Tipográfico de los Sucesores de N. Ramírez y C.^a, Barcelona, 1878.
- Baldovín Ruiz, Eladio: *Las Ordenanzas Militares en España. 250 aniversario de la publicación de las Ordenanzas de Carlos III en 1768*, Pinares Impresores, S. L., Madrid, 2018. Antecede Prólogo de José Mena Aguado.
- Ballbé, Manuel: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, 2.^a edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1985. Antecede Prólogo de Eduardo García de Enterría.
- Bustamante y Rivero, José Luis: *Organización y Procedimientos de la Justicia Militar en el Perú. Comentario de los Libros I, III y IV del Código de Justicia Militar de 20 de diciembre de 1898*, Imprenta del Estado Mayor General del Ejército, Lima, 1920.
- Busquets Bragulat, Julio: *El militar de carrera en España. Estudio de Sociología Militar*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1967.
- Coxe, Guillermo: *España bajo el reinado de la Casa de Borbón. Desde 1700, en que subió al trono Felipe V, hasta la muerte de Carlos III, acaecida en 1788*, t. IV, traducida al español con notas, observaciones y un apéndice por Jacinto de Salas y Quiroga, Establecimiento Tipográfico de D. F. de P. Mellado, Editor, Madrid, 1846-1847.
- De la Peña y Cuellar, Nicolás: *Introducción al estudio del Derecho Militar y Organización y atribuciones de*

- los tribunales de guerra*, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, 1886.
- De Tapia Ozcariz, Enrique: *Carlos III y su época*, Aguilar, S. A. de Ediciones, Madrid, 1962.
 - Domínguez Ortiz, Antonio: *Carlos III y la España de la Ilustración*, 3.^a edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 2016.
 - Escudero, José Antonio: *Los orígenes del Consejo de Ministros en España*, t. I, Editora Nacional, Madrid, 1979.
 - Fernández García, Raúl: *Complemento del Código de Justicia Militar con índice alfabético de artículos, leyes, acuerdos, ejecutorias y resoluciones supremas anotadas y concordadas*, Sanmarti y Ca., Lima, 1916.
 - Fernández Almagro, Melchor: *Orígenes del Régimen Constitucional en España*, Editorial Labor, S. A., Barcelona-Buenos Aires, 1928.
 - Fernández, Roberto: *Carlos III. Un monarca reformista*, Espasa Libros, S. L. U., Barcelona, 2016.
 - Ferrer del Río, Antonio: *Historia del reinado de Carlos III en España. Desde la instauración de los Borbones hasta la expulsión de los jesuitas*, t. 1, *Desde las guerras de las colonias hasta el fin del reformismo ilustrado*, t. 2, Desván de Hanta, Madrid, 2016.
 - Gálvez Montero, José Francisco: *La Justicia Militar en la historia del Perú. Primera parte: Desde sus albores hasta 1899*, t. I, Fuero Militar Policial, Lima, 2017. Antecede Presentación de Juan Pablo Ramos Espinoza.
 - García Bruna, Antonio: *Archivo Militar de Legislación, Derecho y Jurisprudencia. Guía Práctica de la Legislación Militar o Diccionario Legislativo para el Ejército*, 2 ts., Imprenta de Emili Vaquer, Madrid, 1899-1901.
 - Giménez López, Enrique: *El fin del Antiguo Régimen. El reinado de Carlos III*, Historia 16, Madrid, 1996.
 - Giménez López, Enrique: *La Compañía de Jesús, del exilio a la restauración. Diez estudios*, Universidad de Alicante, Alicante, 2017. Antecede Prólogo de Niccolo Guasti.
 - Hazard, Paul: *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, traducción del francés y Prólogo de Julián Mañas, Revista de Occidente, Madrid, 1946.
 - Lafuente, Modesto: *Historia General de España desde los tiempos primitivos hasta la muerte de Fernando VII*, continuada desde dicha época hasta nuestros días, por Juan Valera, con la colaboración de D. Andrés Borego y D. Antonio Pirala, t. 15, Montaner y Simon, Editores, Barcelona, 1889.
 - Lavalle y Arias de Saavedra, José Antonio de: *Don Pablo de Olavide. Apuntes sobre su vida y sus obras*, Imprenta Americana, Lima, 1859. Hay 2.^a edición corregida y considerablemente aumentada, Imprenta del Teatro Mercaderes, Lima, 1885.
 - Martínez Ruiz, Enrique: *El ejército del Rey. Los soldados de la Ilustración*, Editorial ACTAS, s.l., Madrid, 2018.

- McAlister, Lyle N.: *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, 2.^a edición, traducción del inglés de José Luis Soberanes Fernández, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D. F., 1982.
 - Menéndez Pidal, Ramón: *Historia de España: La época de los primeros borbones. La nueva monarquía y su posición en Europa (1700-1759)*, vol. 1, Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1985. Antecede Prólogo de Vicente Palacio Atard.
 - Navarro García, Luis: *Hispanoamérica en el siglo XVIII*, 4.^a edición corregida y aumentada, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018.
 - Pérez Estévez, Rosa M.^a: *La España de la Ilustración*, Cuadernos de Cultura y Civilización Hispánicas, Madrid, 2002.
 - Pérez Samper, María de los Ángeles: *La vida y la época de Carlos III*, Editorial Planeta, S. A., Madrid, 1998.
 - Quirós Rosado, Roberto: *Monarquía de Oriente. La corte de Carlos III y el gobierno de Italia durante la guerra de Sucesión española*, Marcial Pons, Ediciones de Historia, S. A., Madrid, 2017. Antecede Prólogo de Antonio Álvarez-Osorio Alvarino.
 - Sánchez Belda, Luis (et al.): *Exposición de la administración en la época de Carlos III*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1962. Antecede Introducción de Vicente Rodríguez Casado.
 - Serrera, Ramón María (coordinador): *Carlos III. El Monarca y el Hombre (1716-2016)*, Real Maestranza de Caballería de Sevilla, Sevilla, 2016.
 - Vargas Ugarte S. J., Rubén: *El Real Convictorio Carolino y sus dos luminarias*, Carlos Milla Batres Editor, Lima, 1970.
 - Velásquez, María del Carmen: *La España de Carlos III de 1764 y 1776 según los embajadores austriacos*, Documentos, UNAM, México, D. F., 1963.
 - Zavala y Lera, Pío: *España bajo los borbones*, 2.^a edición, Editorial Labor, S. A., Barcelona-Buenos Aires, 1930.
- C) ARTÍCULOS EN REVISTAS Y EN LIBROS**
- Alonso Molinero, Antonio: “La profesión militar y las sabias Ordenanzas de Carlos III”, en AA.VV.: *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1999. Antecede Presentación de Daniel Benavides Llorente.
 - Baldovín Ruiz, Eladio: “El Fuero Militar en las Ordenanzas”, en Revista de Historia Militar, N.º 76, Madrid, 1994.
 - Beneyto, Juan: “Notas para el estudio del Ejército Español en la Edad Media”, en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, N.º 52, Mayo, Madrid, 1944.
 - Benito García, Pilar, Jordán de Urriés y de la Colina y Sancho, José Luis (coordinadores): *Carlos III. Majestad y ornato en los escenarios*

- del rey ilustrado*, Patrimonio Nacional-Fundación Banco Santander, Madrid, 2016-2017.
- Bermúdez de Castro, Luis: “A la memoria del autor de las Reales Ordenanzas de Carlos III”, en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XI, N.º 124, Mayo, Madrid, 1950.
 - Bermúdez de Castro, Luis: “Un suceso inesperado y las Reales Ordenanzas”, en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XI, N.º 131, Diciembre, Madrid, 1950.
 - Bouza, Antonio L.: “Biblioteca del Palacio Real de Madrid. Ordenanzas Militares del Reinado de Carlos III”, en Reales Sitios. Revista del Patrimonio Nacional, Año XXV, N.º 98, Madrid, 1988.
 - Bravo Maxdeo, Roosevelt: “Los ciento veinte años de la Justicia Militar en el Perú”, en Direito Militar. Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais - AMAJME, ano XX, Número 132, novembro/dezembro, Florianópolis/SC, 2018.
 - Casado Burbano, Pablo: “Visión histórica del Derecho Penal Militar”, en Bleuca Fraga, Ramón y Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (coordinadores): *Comentarios al Código Penal Militar*, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1988.
 - Canosa Usera, Raúl, notable por su amplitud de horizontes: “Configuración constitucional de la jurisdicción militar”, en Poder Judicial, 2.ª época, N.º 34, junio, Madrid, 1994.
 - Fernández Campos, Sabino: “Las Reales Ordenanzas y la obediencia debida”, en AA.VV.: *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1999. Antecede Presentación de Daniel Benavides Llorente.
 - Gálvez Montero, José Francisco: “Del fuero personal al fuero institucional: la Justicia Militar en el Perú”, en Revista Peruana de Derecho Público, Año 7, N.º 13, julio-diciembre, Lima, 2006.
 - González Díez, Emiliano: “Una ordenación jurídica del Ejército Real: Las Ordenanzas Generales de los Ejércitos de Carlos III”, en AA.VV.: *Ordenanzas Militares de Carlos III*, Editorial Lex Nova, S. A., Valladolid, 1999. Antecede Presentación de Daniel Benavides Llorente.
 - Martínez Frieria, Joaquín: “Sobre las Ordenanzas de Carlos III. Noticias de Don Joseph Antonio Portugues”, en Ejército. Revista Ilustrada de las Armas y Servicios, Año XII, N.º 141, octubre, Madrid, 1951.
 - McAlister, Lyle N.: “El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XV, N.º 43, enero-abril, México, D. F., 1982.
 - Ollero Gómez, Carlos: “Constitución y Reales Ordenanzas”, en Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, N.º 59, Madrid, 1982.
 - Palomino Manchego, José F.: “La Jurisdicción Militar en el periodo gaditano: Su influjo en el Perú”, en

- Palomino Manchego, José F. y Navejas Macías, José de Jesús (coordinadores): *La Constitución de Cádiz de 1812 (A propósito de su Bicentenario)*, Cuadernos del Rectorado, Lima, 2015. También se ha publicado en la Revista de Derecho Político N.º 84, mayo-agosto, Madrid, 2012 y en la Revista Jurista del Fuero Militar Policial. Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, Año VII, N.º 12, diciembre, Lima, 2018.
- Parada, Ramón: “Toque de silencio por la justicia militar”, en Revista de Administración Pública, N.º 127, enero-abril, Madrid, 1992.
 - Rodríguez Casado, Vicente: “El ejército y la marina en el reinado de Carlos III”, en Boletín del Instituto Riva-Agüero, N.º III, Lima, 1956-1957.
 - Salas Larrazábal, Ramón: voz: “Ordenanzas Militares”, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. V, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1991.
 - Salas Larrazábal, Ramón: voz: “Ejército y Marina”, en Artola, Miguel (Dirigida por): *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 2, 2.ª reimpresión, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 2007.
 - Vigón Suerodíaz, Jorge: “El Ejército y la Armada en el reinado de Carlos III”, en Revista de Estudios Americanos, N.º 100, Sevilla, 1960.
- Lima, 22 de octubre de 2018.
Santo Domingo, 22 de marzo de 2019.

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha¹
 Romeu Costa Ribeiro Bastos²

OS REFLEXOS DAS REFORMAS

POMBALINAS NO BRASIL OITOCENTISTA.
 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONJUNTURAL
 DAS TRANSFORMAÇÕES DO SISTEMA E
 FORO MILITAR COLONIAL NO REINADO DE
 DOM JOSÉ I.

RESUMO: I. INTRODUÇÃO. II. AS REFORMAS POMBALINAS EM PORTUGAL. III. AS REFORMAS POMBALINAS NO BRASIL COLÔNIA. OS REFLEXOS NA ECONOMIA. IV. OS REFLEXOS NA EDUCAÇÃO. V. OS REFLEXOS NO SISTEMA JUDICIÁRIO. VI. OS REFLEXOS NA ORGANIZAÇÃO MILITAR. VII. CONCLUSÃO. VIII. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUÇÃO

O século XV marca a era de ouro do Império Português devido aos descobrimentos que resultaram em anexações de colônias na África, Ásia e América, com destaque para Brasil. Após esse período áureo, Portugal entrou em declínio no interregno temporal que permeou o século XVII e a primeira metade do século XVIII, passando a desempenhar um papel

-
- 1 Magistrada do Superior Tribunal Militar do Brasil. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais - Brasil. Doutora *honoris causa* pela Faculdade Inca Garcilaso de la Vega - Peru. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa - Portugal. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais - Brasil. Professora Universitária. Autora de livros e artigos acadêmicos publicados no Brasil e no exterior.
 - 2 General de Divisão do Exército Brasileiro. Doutor em Estratégia pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército - Brasil. Mestre em Engenharia de Sistemas pelo Instituto Militar de Engenharia - Brasil. Especialista em Pesquisa Operacional Militar pelo Royal Military College of Science - Inglaterra. Professor Universitário. Autor de diversos livros e artigos acadêmicos publicados no Brasil e no exterior.

periférico em relação à Europa decorrente do seu diminuto desenvolvimento científico e industrial.³

Certo é ter o Iluminismo trazido à sua ilharga as múltiplas dimensões do homem no mundo, ideias que muitas vezes iam de encontro com o catolicismo que tanto influenciava a cultura e o modo de viver lusitano. O ideário postulava a razão como base da cultura humanística, propugnando a separação do espiritual do temporal e a laicidade do Estado.⁴

A aproximação com o divino levou Portugal, ausente da Reforma Protestante, a refutar as luzes racionalistas⁵, nomeadamente após a Contrarreforma Católica realizada pelo Concílio de Trento⁶, quando se apegou aos dogmas religiosos emanados dos decretos tridentinos e dos diplomas do Concílio, que se constituíram nas principais fontes do Direito Eclesiástico nos quatro séculos seguintes, até a promulgação do Código Canônico em 1917.⁷

O cenário somente se modificaria no segundo quartel do século XVIII, ao entrar

3 CARNEIRO, Ana. SIMÕES, Ana, DIOGO Maria Paula. **Enlightenment Science in Portugal: The Estrangeirados and their Communication Networks**. In: *Social Studies of Science*. London: SSS and SAGE Publications. 2000, pp. 591-619.

4 BOTO, Carlota. **A dimensão iluminista da reforma pombalina dos estudos: das primeiras letras à universidade**. In: *Revista Brasileira de Educação*, v. 15, n. 44, maio/ago, 2010, p.283.

5 LOURENÇO, Eduardo. **Portugal e a Europa**. In: *Nós e a Europa: ou as duas razões*. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1994, p. 147.

6 O Concílio de Trento foi o décimo nono conselho ecumênico reconhecido pela Igreja Católica Romana. Foi convocado pelo Papa Paulo III, em 1542, e compreendeu o período entre 1545 e 1563. Recebeu este nome por ter se realizado na cidade de Trento, região norte da Itália.

7 “Na história de Portugal, o concílio teve grande influência, quer pela participação e apoio dos reis, quer pela influência que os seus decretos tiveram na vida eclesiástica e social do país.

No 1º período participaram o bispo do Porto, Frei Baltazar Limpo, carmelita, e os teólogos dominicanos Frei Jerónimo de Azambuja, também embaixador régio, Frei Jorge de Santiago e Frei Gaspar dos Reis, e ainda o franciscano Frei Francisco da Conceição. Logo que o bispo do Porto regressou de Trento, mandou D. João III que se reunisse com letrados para estudarem o modo de pôr em prática os decretos da reforma.

No fim do 2º período, D. João III e o cardeal D. Henrique constituíram assembleias de peritos para porem em ação um grande plano de reforma, completando com os decretos do V Concílio Laterense aqueles pontos ainda não promulgados em Trento.

No 3º período, D. Fernando Martins de Mascarenhas e o Dr. André Velho não só atuaram como hábeis embaixadores, mas também se portaram como grandes senhores. O Frei João Soares, agostiniano, bispo de Coimbra, levou uma comitiva de umas 30 pessoas, sendo conhecido o seu teólogo António Leitão. A caminho do concílio morreu o teólogo dominicano Fr. João Pinheiro, vice-reitor da Universidade de Coimbra. Participou também neste período o Bispo de Leiria D. Frei Gaspar do Casal, eremita de Santo Agostinho. Acérrimo executor do Concílio foi o arcebispo de Braga Frei Bartolomeu dos Mártires, promulgando-o para Braga no sínodo bracarense e adaptando-o a toda a metrópole no IV Concílio Provincial Bracarense de 1566.

A Reforma Católica-romana foi reforçada pela criação, em 1540, da Companhia de Jesus, ordem religiosa fundada pelo espanhol Inácio de Loyola. A Companhia de Jesus transformou-se num verdadeiro “exército” em defesa da manutenção dos princípios católicos e da evangelização na Europa, na Ásia e nas Américas.” In: Santiago, Emerson (10 de abril de 2010). *Concílio de Trento*. In: InfoEscola. Acesso: 2/02/2019.

em cena o Marques de Pombal, cuja ambição era equiparar a Nação Lusa às congêneres da Europa.⁸

Para tanto, Pombal valeu-se da inércia de D. José I no trato com os problemas governamentais e, com mão-de-ferro, tornou-se o mandatário de fato.⁹

Suas ações reformistas alcançaram os campos econômico, educacional, militar e jurídico e, indubitavelmente, afetaram sobremaneira a América Portuguesa, principalmente, o Brasil, a principal colônia.

O presente texto discorrerá de forma genérica sobre as mudanças pombalinas, com o fito de oferecer compreensão histórica mais lata acerca da época oitocentista em Portugal e no ultramar, esmiuçando a preponderância do Conde de Lippe na reestruturação das forças militares lusitanas e brasileiras, bem assim os seus influxos na formação do foro castrense e na elaboração de uma legislação própria e especializada que regesse a vida na caserna e os seus integrantes.

8 O século XVIII foi palco de grandes modificações na Europa, um período no qual as sociedades sofreram mudanças de conceitos e comportamentos nos campos políticos, intelectual e social. Neste século, ideias transformadoras que estavam em curso ganharam impulso, daí ser conhecido como o período do Iluminismo ou a Idade da Razão.

Opunha-se esta nova filosofia aos dogmas católicos e às monarquias absolutas. Nomes como Immanuel Kant e Jean-Jacques Rousseau pontificavam com seus ensinamentos, introduzindo uma nova noção de democracia. Precedidos pelos pensamentos de John Locke e Thomas Hobbes, suas doutrinas suportariam dogmaticamente as revoluções liberais do século XVIII e as constituições francesas e americanas.

Nesse norte, as Ciências passaram a ocupar lugar proeminente com a fundação da Academia de Paris e da Royal Society of London, objetivando, para além da pesquisa, a difusão do conhecimento.

Nas exatas, particularmente, na matemática e física, Isaac Newton e Leibniz ofereceram uma nova maneira de pensar o universo. Por seu turno, Adam Smith revolveria o cenário econômico com fundamentos que serviram de base à implantação do capitalismo moderno.

Embora tivesse sido a Idade da Razão a quintessência do florescer intelectual, o caldo de cultura que antecedeu seu advento, indubitavelmente, foi o despotismo esclarecido, entendido como um movimento de apropriação da realeza dos ideais iluministas, com vistas a transformar a carcomida monarquia absolutista em um sistema mais palatável e menos obscurantista. Algumas de suas características são: a supressão do direito divino; o descompromisso com Deus e a Igreja; a reconstrução do Estado pelo uso da razão; a abolição dos direitos tradicionais e privilégios de nobres, Igreja, órgãos judiciais e a implementação imediata e abrupta das referidas mudanças. WALTERS, J.F. *AP. European History. Enlightened Despots*. <<https://www.newhartfordschools.org>>. Acesso: 10/11/2018.

Dentre os principais monarcas europeus que adotaram o despotismo esclarecido nomeiem-se Maria Theresza e José II da Áustria, Frederico II da Prússia, Catarina II da Rússia e, conquanto não fosse rei ou Imperador, o Marquês de Pombal em Portugal.

Uma excelente análise sobre os paradoxos da política pombalina em face do iluminismo encontra-se em MAXWELL, Kenneth. **Pombal: the paradox of enlightenment and despotism**. In: *Enlightened Absolutism. Reform and Reformers in Later Eighteenth-Century Europe*. Edited by H.M. Scott. New York: Palgrave Macmillan, 2002, Chapter 3, pp. 73-118.

9 No século XVIII o ouro do Brasil permitiu a Portugal um crescimento econômico, porém, era visível seu atraso em relação ao resto da Europa devido ao poder das famílias, do clientelismo e da religião que dominava a Administração e tolhia o Rei. O poder da igreja era tão grande que em 1750, com uma população de menos de três milhões, o clero português mantinha duzentos mil componentes, e, até, 1761, pessoas ainda eram queimadas em fogueiras públicas. MARTINS, Oliveira. *Historia de Portugal*. Edições Vercial. Universidade do Minho. Edição: 1, 2010, p. 76.

II. AS REFORMAS POMBALINAS EM PORTUGAL

Os câmbios impulsionados pelo Marquês de Pombal visavam inserir Portugal na modernidade, pelo que premente a modificação da relação da metrópole com as colônias, a alteração do tratamento do Estado com a aristocracia e a nobreza e, acima de tudo, a modernização da cultura lusitana.

Objetivavam as reformas equipar a Nação Lusa ao restante do continente europeu, com um sistema de ensino que alavancasse o progresso para ascender a industrialização capitalista, à semelhança da Inglaterra.

Dentre as principais alterações adotadas, apontem-se as de natureza econômica, de ensino, militar e judiciária. Para Angelo Alves Carrara três foram os vetores que as

Com a morte de D. João V, assume o trono D. José I que reinou de 1750 a 1777, herdando de seu antecessor estruturas ultrapassadas na burocracia e na esfera jurídico-política, acrescidas de uma economia em crise, consequência da má gestão do reinado anterior. A superação impunha a escolha de auxiliares competentes. Neste contexto desponta o antigo opositor do período anterior, o Conde de Oeiras, depois Marquês de Pombal, personagem indelével da história portuguesa. Nascido em 1699 e falecido em 1782, a sua existência perpassa quase todo o século XVIII. Figura controversa, passados mais de duzentos anos da sua morte, continua sendo objeto de análises e estudos por ter promovido o ponto de inflexão que gerou mudanças profundas nas estruturas arcaicas lusitanas que alcançaram o Brasil. A vida do Marquês de Pombal divide-se em quatro grandes momentos. O primeiro, abrangendo o período de 1699 a 1738, que compreende o interregno no qual ele busca inserir-se na vida política de Portugal. O segundo, relativo à quadra de 1738 a 1749, quando ele dedica-se à carreira diplomática na Inglaterra e Áustria. O terceiro e mais importante, compreende os anos de 1750 a 1777, é a fase do apogeu de Pombal quando ele se torna um governante poderoso e implanta suas reformas. Finalmente, o quarto e último, que vai até a data de seu falecimento em 1782. MACIEL. Lizete Shizue Bomura; NETO. Alexandre Shigunov. **A educação brasileira no período pombalino: uma análise histórica das reformas pombalinas do ensino.** In: *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v.32, n.3, set./dez. 2006, pp. 465-476.

Nascido em uma família de origem nobre, mas desprovida de recursos, Sebastião José de Carvalho e Melo graduou-se em Direito na Universidade de Coimbra e por força da influência familiar, foi nomeado para um cargo diplomático na Inglaterra. Neste posto celebrou acordos de comércio que capacitaram sua transferência para Viena. No Império austríaco atuou na querela daquele Estado com a Igreja em Roma, uma vez que Portugal fora nomeado mediador, tendo tido atuação destacada. VICENTE, António Pedro. **Marquês de Pombal: um governante controverso.** In: *Revista Camões*, nº15/16, 2003, pp. 17-21.

O tempo vivido no exterior permitiu a Pombal conviver nas sociedades influenciadas pelo ideário iluminista e pela economia capitalista, possibilitando-o avaliar pragmaticamente o atraso de Portugal. Conquanto rotulado como um “estrangeirado”, termo pejorativo conferido aos intelectuais portugueses que, nos estertores do século XVII e particularmente no século XVIII, retornavam ao país influenciados pelo pensamento racionalista, conseguiu de tal maneira sobressair-se que, em 1755, Sebastião de Melo já era Secretário de Estado dos Negócios Interiores do Reino, cargo equivalente a primeiro-ministro.

Sua inteligência, aliada a uma notável energia e capacidade de decisão, levou o futuro Marquês de Pombal a promover profundas modificações no Estado Lusitano fazendo-o ingressar na modernidade.

Logo nos primeiros meses de governo uma fatalidade fortaleceria a sua autoridade: o terremoto de Lisboa, que matou milhares de pessoas e destruiu grande parte da cidade. Naquele momento trágico, Pombal revelou todo o seu senso de governabilidade, sintetizado na famosa frase sobre o que deveria ser feito após tamanha catástrofe. Diria ele a propósito, “enterrar os mortos e cuidar dos vivos.”

Gestor eficiente, angariou o respeito régio, o que lhe permitiu realizar autoritariamente as reformas que desejava e integrar a casta dos chamados Déspotas Esclarecidos, adepto que era da filosofia de adoção de leis que visavam o progresso do Estado e a felicidade do povo.

desencadearam: a busca por uma completa ruptura com o passado; o terremoto de Lisboa de 1755 que criou a atmosfera adequada, associada à própria figura do Marquês, um catalisador desta transformação; e o apoio de uma ampla gama de atores políticos, em especial, os desembargadores.¹⁰

O panorama econômico português do século XVIII bipartia-se em duas fases. A de 1750, quando o envio de ouro brasileiro estava no auge, e a de 1777, quando as remessas caíram para menos da metade. Isto causou um imenso desequilíbrio financeiro na metrópole e afetou o comércio com o seu principal parceiro, a Inglaterra. A reforma do sistema orçamentário foi, portanto, medida necessária para a sobrevivência do Estado, porquanto a desorganização fiscal e o descontrole na arrecadação de impostos exauria o Tesouro Real.

Ademais, o terremoto de Lisboa além de devastar a cidade e provocar um imenso número de mortos, levou à falência grandes proprietários urbanos e desorganizou o sistema fiscal vigente. Neste cenário desolador, premente o equacionamento da gestão pública para recuperar a combalida economia, bem como modernizar o aparelho estatal.

A atuação pronta e enérgica do Marquês foi a principal razão para que ele obtivesse respaldo junto a D. José I, que o investiu de força suficiente para enfrentar

o enraizado poder aristocrático e clerical.¹¹ Políticas financeiras de médio e longo prazo por ele abraçadas alterariam por completo o perfil então existente, destacando-se a regulação do tráfego colonial brasileiro, as iniciativas de centralização e racionalização fiscal e a criação embrionária da Junta de Comércio.

Pombal incentivou, por igual, a instituição de novas e diversas fábricas na tentativa de industrializar o Estado e torná-lo competitivo. Entretanto, o escasso consumo interno e o domínio dos produtos estrangeiros no mercado, obstaculizou a medida.

De extremo relevo a instituição das companhias de comércio para fornecer à Portugal o controle da exportação de seus produtos. Sobrelevaram a Companhia Geral das Vinhas do Alto Douro destinada a regularizar a exportação do vinho do Porto e a Companhia de Grão-Pará e Maranhão, no Brasil, para fomentar a indústria do açúcar e o cultivo de algodão.

Mas, seria o Erário Régio, criado em 1761, a pedra de toque das reformas modernizantes. Ele substituiu a Casa dos Contos, cuja maior parte da documentação perdeu-se no terremoto, e tinha por finalidade centralizar a gestão corrente das contas públicas, bem assim reorganizar o sistema de cobrança de impostos e os monopólios que gozavam as diversas companhias de comércio.

10 In: *O reformismo fiscal pombalino no Brasil*. Historia Caribe - Volumen XI N° 29 - Julio-Diciembre 2016, pp. 83-111.

11 A respeito escreve Kenneth Maxwell; *"It was the earthquake which propelled Pombal to virtual absolute power which he was to retain for another 22 years until the King's death in 1777. He took quick, effective and ruthless action to stabilize the situation."* Op. cit, pp. 81-82.

Detentor de enorme poder, controlava a transferência de verbas para os outros órgãos governamentais e evitava a atomização das repartições encarregadas da arrecadação das receitas. Por meio deste órgão, estabeleceu-se um novo padrão centralizado na administração das finanças do reino e das colônias, porquanto, pela primeira vez, elas adquiriram transparência graças a adoção dos novos métodos de escrituração contábil.¹²

A educação, outrossim, ocupou lugar destacado nas políticas públicas do Marquês. Até a morte de D. João V, em 1750, o ensino português estava entregue aos religiosos católicos. De viés elitizado e direcionado à formação humanística, visava preparar os filhos das classes privilegiadas a ingressar na Universidade.

Para alterar este panorama, Pombal chamou para ajudá-lo os “estrangeiros”, dentre os quais se destacava o Oratoriano,¹³ de pai francês e mãe portuguesa,

Luís Antônio Verney¹⁴. Autor do polêmico “**Verdadeiro Método de Estudar**”, a obra abordava questões de lógica, gramática, ortografia e metafísica dispostas em dezesseis cartas que tratavam dos temas.¹⁵

Para Pombal, o atraso educacional lusitano devia-se aos jesuítas que, desde 1540, dominavam a instrução dos portugueses em todos os níveis.

O desejo do Marquês era colocar o ensino para servir ao Estado e não a fé.¹⁶ O Alvará Régio, editado em 28 de setembro de 1759¹⁷ estabelecia uma reforma geral dos estudos menores e retirava dos religiosos todas as prerrogativas sobre o ensino. Ainda, abolia as classes e escolas por eles dirigidas; restituía os anteriores métodos de ensino; entregava a orientação e a fiscalização do ensino a um Diretor dos Estudos nomeado pelo Rei; estabelecia a criação de aulas públicas de Latim, Grego e Retórica, atribuindo privilégios aos professores e proibindo a criação de quaisquer

12 CARDOSO, José Luís e CUNHA, Alexandre Mendes. *Discurso econômico e política colonial no Império Luso-Brasileiro (1750-1808)*. Lisboa: Tempo, vol.17, nº. 31, 2011, p. 65-88.

13 A Congregação do Oratório, hoje Confederação do Oratório, também conhecida como Oratorianos ou Ordem de São Filipe Néri, é uma sociedade de vida apostólica fundada em 1565, em Roma, por São Filipe Néri, para clérigos seculares, sem votos de pobreza e obediência, dedicando-se à educação cristã da juventude e do povo e às obras de caridade.

14 Luís Antônio Verney (1713-1792), filho de pai francês e de mãe portuguesa, estudou na congregação dos oratorianos e foi o mais conhecido estrangeiro. Adepto do iluminismo, representou o principal inspirador das reformas pedagógicas de Pombal. Escreveu o livro “Verdadeiro Método de Estudar”, publicado em 1746.

15 MAXWELL, Kenneth. *Op. cit.*, p.86.

16 “Seu objetivo superior foi criar a escola útil aos fins do Estado e, nesse sentido, ao invés de preconizarem uma política de difusão intensa e extensa do trabalho escolar, pretenderam os homens de Pombal organizar a escola que, antes de servir aos interesses da fé, servisse aos imperativos da Coroa.” CARVALHO, Laerte Ramos de. *As Reformas Pombalinas da Instrução Pública*. São Paulo: Editora Saraiva, Ed. USP, 1978, p. 139.

17 *Alvará Régio de 1759*. <<http://193.137.22.223/pt/patrimonio-educativo/repositorio-digital-da-historia-da-educacao/legislacao/seculo-xviii/1751-1760>>. Acesso: 12/11/2018.

outras sem autorização prévia do Diretor dos Estudos; e determinava que fossem seguidos métodos e compêndios em uso nas escolas da Congregação do Oratório. Vê-se aqui a colaboração de Luís Antônio Verney.

Contudo, para a transformação da educação superior ser efetiva, imperioso chegar aos pórticos da Universidade de Coimbra. A força e determinação de Pombal, amparado pelo absolutismo do seu governo, modificou o âmago daquela Instituição Acadêmica, alterando a visão discente nas áreas exatas e humanas.¹⁸

Foram editados os “Estatutos da Universidade de Coimbra”¹⁹, um documento ambicioso que visava ombreá-la às demais universidades do continente. Nesse sentido, transferiu-se para a estatalidade a incumbência de formar praticamente todos os profissionais do país acorde suas necessidades - do advogado ao médico, do matemático ao sacerdote.

O curso de Direito foi um dos mais atingidos. Os Estatutos, extremamente cuidadosos e detalhistas, definiram a filosofia e o currículo que deveriam formar os futuros bacharéis. A despeito de o prazo ter diminuído de oito para cinco anos, o ensino jurídico não experimentou qualquer declínio. As chamadas grandes cadeiras, *vg*: o Direito Civil Romano e o Direito Pátrio pontificavam, enquanto as demais compunham o mosaico para que Coimbra pudesse ser um marco na Academia europeia da época.²⁰

A reforma educacional pombalina culminou com a expulsão dos jesuítas de todo o reino. Pombal encarava a Igreja como o maior óbice para o avanço das ideias iluministas na sociedade e seu anticlericalismo voltou-se, maiormente, contra a Companhia de Jesus, base da influência da Igreja Católica no Reino desde o século XVI. Os motivos que o levaram a tomar tal atitude centraram-se, primeiramente, no comportamento dos religiosos depois do Tratado

18 “The Pombaline educational reforms had a highly utilitarian purpose: to provide a new élite to staff the state and church bureaucracy. It was here that the reforms would find their perpetuators and defenders. It is no accident that an almost classic statement of this process should have come from the pen of D. Francisco Lemos, installed by Pombal as the reformer of the University of Coimbra: ‘One should not look on the university as an isolated body, concerned only with its own affairs as is ordinarily the case, but as a body at the heart of the state, which through its scholars creates and defuses the enlightenment of wisdom to all parts of the monarchy, to animate, and revitalize all branches of the public administration, and to promote the happiness of man. The more analyses this idea, the more relationships one discovers between the university and the state: the more one sees mutual dependency of these two bodies one on the other, and that science cannot flourish in the university without at the same time the state flourishing, improving and perfecting itself. This understanding arrived very late in Portugal, but at last it has arrived, and we have established without doubt the most perfect and complete example in Europe today.’” Apud: MAXWELL, Kenneth. *Op. cit.*, p. 105.

19 Os Estatutos de Coimbra tinham força de lei e compunham-se de três livros, cada qual constituindo um curso: Livro I (Teologia), Livro II (Curso Jurídico) e Livro III (Medicina).

20 MONDINI, Fabiane e BICUDO, Maria Aparecida Viggiani. *As reformas pombalinas da instrução pública e o ensino de matemática*. XIV CIAEN. México. 2015. <http://xiv.ciaem-redumate.org/index.php/xiv_ciaem/xiv_ciaem/paper/viewFile/455/210>. Acesso: 15/11/2018.

dos Limites²¹ com a Espanha em 1750, por meio do qual Portugal cedeu a Colônia do Sacramento em troca de sete reduções comandadas pelos padres na fronteira com o Brasil. Pombal alegava que os jesuítas fomentavam a revolta indígena impedindo sua desocupação.

A outra razão foi a forte influência religiosa em praticamente todas as ramificações sociais, uma ameaça à autoridade absolutista e legítima do Monarca. A gota d'água, contudo, que desencadeou o processo de expulsão, foi o atentado sofrido por D. José I, em 1758. Os jesuítas foram acusados de conspirarem e participarem da tentativa de assassinato do rei, tendo mais de quinhentos deles sido presos.

Por fim, resta abordar a questão militar e suas repercussões sobre o foro e os regulamentos castrenses. Conquanto a historiografia atribua ao Marquês de Pombal desinteresse ou, até mesmo, espírito antimilitarista, o certo é que foi sob seu governo que se reformulou a concepção bélica

de defesa portuguesa como uma estratégia para evitar a emergência de poderes concorrentes.²²

*“A reforma introduzida no Exército [...] pelo Conde de Lippe, mesmo que apenas motivada pelo fator da ameaça externa, visou modernizá-lo em relação ao que ocorria em outros países. Reviu-se a organização militar – a substituição dos terços, que procediam do modelo espanhol do início do século XVI, pelos regimentos de inspiração francesa – estrutura de fortificações, formas de seleção e de recrutamento, armamento e disciplina. Princípios estratégicos e organização militar eram oriundos, entretanto, do modelo prussiano de Frederico II, com sua valorização da ofensiva, do foco no exército inimigo,[...], da otimização dos recursos e do novo papel da artilharia.”*²³

Pontue-se, ademais, a relevância dos regulamentos disciplinares setecentistas lippianos instruindo acerca dos

21 O Tratado de Limites ou de Madrid foi firmado na capital espanhola entre os reis João V de Portugal e Fernando VI de Espanha, em 13 de Janeiro de 1750, para definir os limites entre as respectivas colônias sul-americanas, pondo fim assim às disputas.

22 WEHLING, Arno e WEHLING, Maria Jose. **Exército, milícias e ordenanças na Corte Joanina: permanências e modificações**. In: Revista DaCultura. Fundação Cultural do Exército-FUNCEB- Ano VIII / N° 14, Junho de 2008, p. 27.

23 *Id*, pp. 27-28.

Em Portugal, “a questão militar era tema delicado e complexo, já que a organização das forças terrestres afetava praticamente toda a sociedade; à nobreza, porque, dadas suas atribuições basicamente militares em uma sociedade que era estamental, desde suas origens medievais havia sido associada à espada, consequentemente à defesa do território e do soberano. O terceiro estado, por sua vez, deveria organizar, em uma segunda linha, a milícia e, em uma terceira, as ordenanças, estas compreendendo todos os homens livres válidos entre 18 e 60 anos. Isso excluía as mulheres, os jovens, os escravos e os indígenas mesmo aculturados, não obstante estes haverem desempenhado importantes participações em diferentes circunstâncias bélicas na Colônia.

As milícias e as ordenanças estruturavam-se nas freguesias dos municípios, de acordo com o domicílio dos habitantes, e eram significativo instrumento de capilaridade social, à medida que os postos de oficiais de ambas as linhas constituíam-se em meios formais de prestígio e de reconhecimento social, garantido o acesso de seus detentores e descendentes à ascensão social em um meio no qual a mobilidade era restrita.” *Ibid*, pp. 26-27.

procedimentos diários e de comando para debelar a insubordinação e o caos nas tropas.²⁴

Á evidência, o Brasil colonial da época pombalina sofreria os influxos da metrópole que para contrapor-se às ameaças francesa e espanhola, haveria de fortalecer suas milícias e ordenanças, reorganizando-as, para o enfrentamento bélico. No centro do debate está a instituição do foro militar no além-mar que inverteu a matriz do colonizador quanto à prática penal, *pari pasu* ao fortalecimento da hierarquia, disciplina e cadeia de comando por meio da edição de austeras punições.

III. AS REFORMAS POMBALINAS NO BRASIL COLÔNIA²⁵ OS REFLEXOS NA ECONOMIA

Como dantes salientado, a situação de Portugal em meados do século XVIII era de significativa gravidade, notadamente, pelo atraso das suas estruturas sociais e o declínio das riquezas ultramarinas. A principal preocupação de Pombal foi incrementar os ingressos da Coroa organizando a exploração das riquezas do além-mar. A

produção do algodão e açúcar brasileiros aumentava, contudo, sua comercialização era precária. A exportação dos produtos agrícolas poderia ser maior, mas, carecia de estrutura organizada. Para solucionar os impasses foram criadas duas companhias de comércio, a do Grão-Pará e Maranhão, e, a de Pernambuco e Paraíba, com vistas a tornar o agronegócio mais rentável e eficiente, auxiliado pelo aporte da escravidão africana.²⁶

A expansão do comércio e da indústria naval foi incentivada pela construção de estaleiros, sendo o principal, o Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro de 1763.

O setor mais lucrativo era a mineração, alvo de práticas danosas como a sonegação de impostos e o contrabando. Como o Rio de Janeiro era o porto de saída dos metais preciosos, a capital foi transferida de Salvador – Bahia – para lá, no ano de 1763. Paralelamente, medidas para agilizarem e controlar a comercialização do ouro foram implementadas, tais como a alteração do imposto do quinto²⁷. Instituiu-se, também, a Real Extração para controlar a exploração de diamantes.

24 Para um aprofundamento sobre os Regulamentos Disciplinares de 1763 consultar: BRITO, Pedro. **Os Regulamentos do Conde de Lippe**. In: *Libros Relege, Volve, Lege. O Livro Antigo na Biblioteca do Exército*. Mário J. Freire da Silva e Tiago C.P. dos Reis Miranda (coord.), Lisboa: Biblioteca do Exército, junho de 2018, pp. 245-260.

25 Um estudo sobre o período pombalino no Brasil Colonial em seus mais variados enfoques está em: A “*Época Pombalina*” no *Mundo Luso-Brasileiro*. Francisco Falcon e Cláudia Rodrigues (Orgs). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

26 Ambas as companhias objetivavam fomentar a agricultura, mas o principal escopo era a comercialização de escravos trazidos da África para substituir a servidão indígena que havia sido abolida.

27 Quinto régio do ouro era o tributo cobrado por Portugal sobre o ouro extraído no Brasil e que equivalia a 20% do total declarado pelo minerador. Era cobrado nas Casas de Fundação (1719), onde todo o metal produzido na capitania deveria ser fundido e quintado, ou seja, retirado dele a quinta parte pertencente à Coroa. Mais tarde, o quinto foi alterado pela cobrança fixa de 100 arrobas. SECO, Ana Paula e AMARAL, Tania Conceição Iglesias do. Marquês de Pombal e a reforma educacional brasileira. <http://www.histed-br.fe.unicamp.br/navegando/periodo_pombalino_intro.html>. Acesso: 16/11/2018.

No tocante às capitanias hereditárias, foram compradas pela Coroa dos particulares que sobre elas ainda detivessem direitos e transformadas, post eriormente, em capitanias reais. Por acreditar que a imigração europeia fosse insuficiente para povoar um país de dimensões continentais como o Brasil, Pombal investiu na europeização da população indígena. Em 1755, libertou-os da escravidão, mesmo contrariando os senhores de terras e os jesuítas; autorizou o casamento entre aborígenes e portugueses e criou o Diretório dos Índios para substituir os clérigos na administração das missões.²⁸

IV. OS REFLEXOS NA EDUCAÇÃO

As reformas pombalinas no campo educacional impactaram, sobremaneira, a *Terra Brasilis*.

A sociedade ultramarina oitocentista, escravocrata e elitista, classificava os seres humanos baseada em critérios de etnia e gênero, com os homens brancos no topo e os escravos negros na base da pirâmide.

As mulheres da elite viviam enclausuradas, juntamente com os filhos menores e os servos, sujeitas à autoridade do patriarca. Famílias poderosas dominavam as capitanias, vilas e comarcas, estreitamente ligadas à metrópole. Ilustradas na sua maioria, os homens cultos eram educados na metrópole.

A expulsão dos jesuítas que controlavam o ensino em todo império, juntamente com as reformas educacionais portuguesas, refletiram-se no Brasil. As escolas –ainda não houvera sido instituído o ensino superior– saíram das mãos dos religiosos e passaram a ser administradas pelo Estado²⁹, o que ocasionou um declínio na excelência do magistério em face da ausência de professores e mestres bem preparados para exercê-lo. Mais, o ensino teoricamente público, foi moldado de forma que o Império preservasse seu status absolutista e centralizador e permanecesse comandado por uma minoria.³⁰ A situação era crítica, mormente pela reforma ter alcançado o Brasil muito tempo depois de ter sido estabelecida em Portugal.

28 Sobre o Diretório, Souza e Lobo escreveram: “Feitas as necessárias e devidas ressalvas, o Diretório, como gênero textual, pode ser inscrito entre os chamados manuais civilizatórios que passaram a adestrar o comportamento humano nas sociedades modernas europeias e também nos seus domínios coloniais. Como tal, instituiu um conjunto de ações de um programa mínimo, a ser executado com “prudência”, “suavidade” e “brandura”, para fazer dos índios brasileiros seres civilizados.” SOUZA, Pedro Daniel dos Santos e LOBO, Tânia. *Da aplicação do Diretório Pombalino ao Estado do Brasil: povos indígenas e políticas linguísticas no século XVIII*. In: *Revista A Cor das Letras*, v. 17, nº.1, 2016, pp. 46-59.

29 Hélio Avellar citado por Alberto Damasceno, afirma: “A educação no Brasil colonial pode ser dividida em duas fases: antes e depois de 1760. A primeira foi eminentemente jesuítica, embora seja discutível o aparente caráter exclusivamente privado da escola, face à união entre o Estado e a Igreja e aos favores oficiais concedidos aos inicianos. Mas, a partir da expulsão da Companhia, pela primeira vez, reconhecia-se de maneira inequívoca a educação como dever do Estado” DAMASCENO, Alberto. *A historiografia da educação brasileira, o período pombalino e o diretório de 1757*. In: *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, nº 55, mar/2014, pp. 104-116.

30 SECO, Ana Paula e AMARAL, Tania Conceição Iglesias. In: *Histedbr. Faculdade de Educação – UNICAMP*. <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/periodo_pombalino_intro.html>. Acesso: 17/11/2018.

As modificações tinham por escopo erigir a educação à alçada estatal, secularizá-la e padronizar o currículo.³¹

Para substituir os colégios inacianos foram introduzidas, pelo Alvará de 1759, as Aulas Régias, que perduraram no Brasil até 1834, de caráter laico. Constituíam-se em um mecanismo pedagógico no qual as classes eram ministradas por um único professor e ensinavam-se, além da língua portuguesa, as Gramáticas Latina, Grega e Retórica. Mais tarde, ele aperfeiçoou-se com a introdução da Filosofia Moral e Racional, Economia Política, Desenho e Figura, Língua Inglesa e Língua Francesa.³²

Para a adoção das mudanças, óbices haveriam de ser contornados. O principal, como pontuado, era a ausência de professores qualificados, além dos poucos recursos para remunerá-los. Com o fito de suplantar o obstáculo financeiro, foi instituído um imposto designado de Subsídios Literários, incidente sobre o vinho, o vinagre, todos os tipos de aguardente e a carne fresca. Ocorre que, nem sempre, ele era destinado ao magistério, sendo desviado para outros fins, o que gerou atrasos nos pagamentos salariais. O resultado foi o abandono da cátedra pelos mais capacitados para se dedicarem

a outras profissões, deixando os ensinamentos entregues, na sua maior parte, aos leigos. Uma verossimilhança trágica com o Brasil contemporâneo do século XXI.³³

V. OS REFLEXOS NO SISTEMA JUDICIÁRIO

Em 1530 chegou ao Brasil a primeira expedição capitaneada por Martim Afonso de Sousa. Dentre seus poderes constavam os de polícia e de justiça. *A posteriori*, quando da instalação do Governo-Geral em 1549, na Bahia, Tomé de Souza viria acompanhado de um magistrado nomeado para o cargo de Ouvidor-Geral, cuja função era administrar a Justiça. A este magistrado era possível recorrer das decisões dos ouvidores das comarcas em cada capitania.³⁴

O sistema monocrático, no entanto, mostrou-se bastante negativo em virtude do abuso de poder na atividade judicante. O direito da colônia, operado por juízes com baixa cultura e reprodutores da jurisprudência da Corte, incapazes de vislumbrar as peculiaridades do novo mundo, revelou-se motivo de descontentamentos e desordens. A solução, bastante demorada, foi a instituição de uma corte colegiada –o Tribunal

31 MAXWELL, Kenneth. *Op.cit.*, p. 104.

32 **Aulas Régias**. Arquivo Nacional. MAPA. *Memória da administração pública brasileira*. 2016. <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/260-aulas-regias>>. Acesso: 16/11/2018.

33 O desmantelamento da estrutura jesuíta revelou-se extremamente desfavorável ao ensino colonial cujas projeções negativas ainda hoje se mostram presentes. Na análise de MORAIS, Christianni Cardoso e OLIVEIRA, Cleide Cristina: “A História da Educação Luso-Brasileira ainda não foi capaz de dimensionar de modo global o impacto da instituição das aulas régias na América Portuguesa.” **Aulas régias, cobrança do subsídio literário e pagamento dos ordenados dos professores em Minas Gerais no período colonial**. In: *Educação em Perspectiva*, Viçosa, v. 3, nº 1, jan./jun. 2012, pp. 81-104.

34 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira**. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 65, nº 1, out/dez 1999, pp.85-114.

de Relação da Bahia— que por força das várias injunções externas somente firmou-se em 1652.

O crescimento da colônia e o aumento das demandas judiciais originou como um dos primeiros atos do Marquês de Pombal o estabelecimento, em 1751, de um segundo Tribunal de Relação, o do Rio de Janeiro, objetivando facilitar o acesso à jurisdição para a população que morava distante da Bahia. Acorde seu regimento, a *novel* Corte teria competência no centro-sul do Brasil em suas diversas capitanias. Tal qual o Tribunal baiano, integravam-no cinco desembargadores de agravos e apelações, um juiz e um procurador dos feitos da Coroa e fazenda, um ouvidor-geral do cível e outro do crime, além do chanceler e do governador. A Relação tinha por finalidade apreciar os recursos das decisões judiciais das capitanias sob sua jurisdição e exercer funções administrativas, sendo o governador seu presidente, a quem os demais membros não se subordinavam.³⁵

O Judiciário brasileiro da época sofria de males que impediam um bom funcionamento. A demora no *iuris dicere*, a baixa qualificação dos operadores do Direito nas diversas instâncias, agravado pela falta de uniformidade na administração da justiça no vasto território colonial, impediam aprimoramentos.

Na segunda quadra do século XVIII, o Poder Judicial do Brasil-Colônia assim se configurava:³⁶

1ª Instância: Juiz de Vintena: Juiz de paz para as comarcas com mais de 20 famílias. Decidia verbalmente pequenas causas cíveis, sem direito a apelação ou agravo (nomeado por um ano pela Câmara Municipal);

Juiz Ordinário: eleito na localidade, apreciava as causas comuns;

Juiz de Fora: nomeado pelo rei, para garantir a aplicação das leis gerais (substituía o ouvidor da comarca).

2ª Instância: Tribunal de Relação da Bahia (fundado em 1609), e Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (fundado em 1751), ambos, Cortes de Apelação;

3ª Instância: Casa da Suplicação: Tribunal Supremo de uniformização da interpretação do direito português, em Lisboa.

Desembargo do Paço: Originariamente fazia parte da Casa da Suplicação para despachar as matérias reservadas ao Rei. Tornou-se Corte autônoma em 1521, como tribunal de graça para clemência nos casos de penas de morte e outras.

Havia como **instância única**, a Mesa da Consciência e Ordens que decidia questões relativas às ordens religiosas e de consciência de El Rei.

Oportunamente, Pombal, editou legislação destinada a reduzir a corrupção no sistema judicial e fixou as remunerações dos magistrados e funcionários da justiça nas diferentes regiões brasileiras, juntamente

35 Sobre o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro consultar: SÁ, Gilmar de Almeida. Justiça e colonização: juízes e tribunais no Rio de Janeiro. In: *Documentação e Memória/TJPE*, Recife, PE, v.1, n.1, jul./dez.2008. E, ainda, SOUZA, Rogério de Oliveira. A Relação do Rio de Janeiro (1751 a 1808), In: *Revista da EMERJ*, v.4, nº 14, 2001.

36 SÁ, Gilmar de Almeida. **Justiça e colonização**. *Op. cit.*, p. 90.

com as dos magistrados das Relações da Bahia e do Rio de Janeiro (1754).

A falta de preparo intelectual da Magistratura, porém, descortinava-se preocupante como se lê na denúncia do Marquês de Lavradio, Vice-Rei do Brasil, em seu relatório datado de 19 de junho de 1779:

*“São igualmente necessários mais Juizes de fora (...) sendo preciso para a nomeação destes Ministros que tenha precedido um escrupuloso exame sobre o seu merecimento e talento, não julgando eu serem bastantes o único conhecimento das Leis e do Direito Civil; é preciso que sejam homens cheios de espírito pátrio, e de um gênio que esperançassem serem eles capazes de procurar e promover o adiantamento e a felicidade dos povos.”*³⁷

A pedra angular, contudo, para o êxito da reforma judiciária, tanto em Portugal quanto no Ultramar, foi a promulgação da chamada Lei da Boa Razão, em agosto de 1769. Até então, ambas as positivities acatavam o corpo de leis romanas em detrimento da legislação pátria, sendo os casos interpretados e julgados sob este viés exegetico. A propósito, José Homem Correia

Telles, em análise crítica no ano de 1824, assim se expressou:

*“Uma das Leis mais notáveis do feliz Reinado do Senhor D. José, é a Lei de 18 de Agosto de 1769. Denomino-a a Lei da BOA RAZÃO, porque refugou as Leis Romanas, que em BOA RAZÃO não forem fundadas. Um sábio teria nesta Lei vasto assumpto para uma obra de grande preço. Mas ainda que este pequeno commentario atteste o meu pouco saber, nada se perde em o dar á luz, em quanto não apparece outro melhor : Sed tamen nostra legens,... de rebus ipsis utere tuo judicio. Cicer. 1. De Offic”*³⁸

A Lei da Boa Razão sanou o imbróglio legal sobre a correta aplicação das fontes do direito. Editada durante a vigência das Ordenações Filipinas (1603), cuja infinidade de regras já não mais aplacava a insegurança jurídica do Império,³⁹ ela teve o condão, ao redefinir a teoria das fontes normativas, de tornar-se o *leitmotiv* para a compreensão do bacharelismo liberal do século XIX.⁴⁰

“Seu caráter instrumental é notório. Era uma lei cuja finalidade foi tratar de outras leis, ou, mais precisamente,

37 AVELLAR, Hélio de Alcântara. *História administrativa do Brasil: administração pombalina*. 2.ed. Brasília: Editora UnB, 1983, p.256.

38 TELLES, José Homem Correia. *Commentário critico á lei da boa razão el» data de 18 de agosto de 1769*. Lisboa: Tipografia Maria da Madre de Deus, 1865. <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/108523/pdf/108523.pdf>> . Acesso: 15/11/201.

39 CABRAL, Gustavo César Machado. **A lei da boa razão e as fontes do direito: investigações sobre as mudanças no direito português do final do antigo regime**. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza. 2010*. <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3489.pdf>> . Acesso: 16/11/2018.

40 MACIEL, José Fábio Rodrigues. **A Lei da Boa Razão e a formação do direito brasileiro**. In: *Jornal Carta Forense*, São Paulo, 03/06/2008. <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-lei-da-bou-razao-a-formacao-do-direito-brasileiro/1668>> . Acesso: 30/11/2018.

*fazê-las incidir adequadamente. Mais do que uma simples norma sobre a correta aplicação legislativa, a Lei da Boa Razão estatuiu além do modo de utilização das leis, o que poderia ser aplicado; era uma meta-norma, instrumento legal indicador do que era Direito no Portugal do século XVIII.”*⁴¹

Nos seus quatorze parágrafos, dentre disposições outras, atribuía-se ao Rei o mais elevado *status* do órgão judiciário; repudiava-se o Direito Romano; proibia-se o uso do Direito Canônico nos Tribunais Cíveis e fixava-se a boa razão como norte hermenêutico e critério de validade explicitado pelo direito natural.⁴²

O abandono do romanismo em favor do direito natural e internacional, bem assim a vedação aos magistrados seculares de fundarem suas decisões na legislação canônica, trouxe mais transparência à Justiça. Esta modernização conceitual efetivada durante o ministério de Pombal deu azo a importantes decisões, a exemplo da liberdade garantida aos indígenas na colônia (1755 e 1759); a abolição da discriminação entre

“velhos cristãos” e “novos cristãos” (1768 e 1773); a conversão de Inquisição em um tribunal dependente do governo (1769) e, até mesmo, a reforma da Universidade de Coimbra (1772).

*“A reforma da prática jurídica foi complementada com a reforma do ensino jurídico na Universidade. É que a Lei da Boa Razão, ao rever todo o sistema de fontes do direito, fez com que se abandonasse os textos de autoridade dos grandes juristas medievais, como Bártolo e Acúrsio, o mesmo se dando com o direito canônico. O que se buscava era o monopólio da edição do direito a favor da lei do soberano, com raras exceções, como a possibilidade de invocar os princípios de direito natural, especificamente aqueles que tinham sido incorporados na legislação dos novos Estados iluministas.”*⁴³

A influência pombalina na judicatura foi tão acentuada no Brasil que, até a geração de 1870, o jusnaturalismo nortearia o pensamento jurídico nacional, dando cores ao florescente constitucionalismo pátrio.⁴⁴

41 CABRAL, Gustavo César Machado. Op. cit.

Sobre ela, MAXWELL. K. tece os seguintes comentários: “*The legal formulations of the Pombaline state were justified as an application of natural law, a secularized system which was a logical construct where reason (boa razão, as it was expressed) rather than faith or custom defined justice or injustice. In practice, however, the explicit constructs of the state were underpinned by the unstated networks of personal relationship, clientele and self-interest. Such self-interested was seen in fact by Pombal as a means to fortify the state’s objectives in economic policy, as well as in government. Yet to work, this required a vision which set the national interest above private interests.*” Op. cit, p. 107.

42 GODOY, Arnaldo Moraes. *A completude do ordenamento jurídico na lei da boa razão: a teoria de Norberto Bobbio e a experiência jurídica pombalina*. <<http://uniceub.academia.edu/ArnaldoGodoy>>. Acesso: 13/11/2018.

43 MACIEL, José Fábio Rodrigues. Op.cit.

44 SILVA, Mozart Linhares da. *História da cultura jurídica no Brasil: o bacharelismo e a formação do estado-nação*. ANPUH – XXII SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – João Pessoa, 2003.

VI. OS REFLEXOS NA ORGANIZAÇÃO MILITAR

Portugal, historicamente, sempre adotou uma política de neutralidade nos conflitos europeus, não obstante, foi obrigado a rompê-la na Guerra dos Sete Anos (1756-1763)⁴⁵, travada entre Inglaterra e França. O Império fora a ela arremessado após a batalha naval entre as esquadras dos dois Estados em águas territoriais lusitanas. A derrota francesa desencadeou protestos que ocasionaram a invasão do território português pelas forças espanholas, aliadas da França. A motivação do protagonismo espanhol no episódio deu-se em razão da ascensão ao trono do rei Carlos III, da Casa dos Bourbons que, fundado no Pacto de Família⁴⁶, alinou-se aos franceses. D. José I, chamado ao pacto por ser casado com uma princesa desta linhagem, recusou-se em virtude do tratado assinado com a

Inglaterra. A consequência foi a invasão da Espanha no ano de 1762 em Portugal, que demandou a ajuda inglesa para repeli-la.

O episódio serviu para demonstrar as condições deploráveis nas quais se encontravam as forças bélicas portuguesas.⁴⁷ Afinal, desde a Guerra da Sucessão de Espanha (1701-1714), o Estado vivia em paz e não se preparara para participar de um conflito de tamanha proporção. “*Os efectivos militares não chegavam a vinte mil homens, mal armados e indisciplinados. Dizem os testemunhos da época que as fronteiras se achavam abertas e as praças desmanteladas, os regimentos incompletos e vazios os depósitos de material de guerra. Os oficiais eram incompetentes e muitos deles criados de casas fidalgas, mais ocupados e preocupados com o serviço dos senhores do que com as tarefas militares. Aos soldados faltavam instrução e a disciplina.*”⁴⁸

45 “Em 1756 rebentava o que se pode considerar uma guerra à escala mundial – a Guerra dos Sete Anos- entre as potências coloniais, com ramificações na Europa, na América, na África e na Ásia. Tratava-se de um conflito continental que envolveu batalhas travadas na Europa Central entre a Prússia e uma coligação envolvendo a Áustria, França e Rússia e um combate além-mar entre Grã-Bretanha e França, mais tarde auxiliada pela Espanha e que levou as hostilidades ao Canadá, à Índia, à Cuba e às Filipinas. Portugal conseguiu manter a neutralidade até quase ao final da contenda. Contudo, em consequência do Pacto de Família, assinado em 15 de agosto de 1761, materializando uma aliança franco-espanhola dos Bourbons contra a Inglaterra, D. José viu-se obrigado a participar na contenda optando por um dos lados. Instado a aderir ao Pacto, recusou, preferindo manter a velha aliança com os britânicos. Com qualquer pretexto, estava aberto o caminho para uma invasão do reino por forças espanholas e francesas.” SILVA, Antonio Manuel. **Guilherme de Schaumburg-Lippe. O homem para levantar o rei.** ACAFA on-line. Vila Velha de Ródão, 2012, p.12. <www.altotejo.org/acafa/docsn5/conde_lippe.pdf>. Acesso: 4/12/2018.

A guerra disputava a supremacia colonial (domínio marítimo e comercial) pelas Índias e colônias da América do Norte. Pode-se dizer que o vencedor foi o bloco inglês, que em 1763 com a assinatura do Tratado de Paris pôs fim ao litígio.

46 O “Pacto de Família” foi um tratado assinado em 5 de agosto de 1761 entre os reis da França, da Espanha e o Duque de Parma. Foi assim chamado por pertencerem todos os contratantes à família dos Bourbons. Destinava-se à defesa, por intermédio da união de forças, contra a superioridade da marinha inglesa.

47 O parecer sobre a defesa de Portugal dirigida ao Marquês de Pombal revelando as fragilidades das forças militares lusas pode ser encontrado na Biblioteca Nacional Digital de Portugal. <www.purl.pt/index/aut/pt/146982.html>. Acesso: 4/12/2018.

48 SILVA, Antonio Manuel. **Guilherme de Schaumburg-Lippe. O homem para levantar o rei.** Op. Cit., p. 10. “Consciente da situação de fraqueza e de desorganização, face à invasão do território que já tinha se iniciado, o Conde começou por definir um plano militar defensivo. Simultaneamente, concentrou o seu

Sem ameaças exteriores e necessitando reduzir o poderio do Exército, o governo de D. José I descurou-se por completo da defesa nacional. Por decorrência, viu-se compelido a solicitar ao rei Jorge II da Inglaterra, a indicação de um chefe militar estrangeiro que pudesse organizá-lo. O nome foi de um prussiano com grande experiência: o Conde Frederich Wilhelm Ernst Conde reinante de Schaumburg – Lippe – Buckeburg.⁴⁹ O Conde de Lippe, como ficou conhecido, chegou à Portugal em 1762, com a Guerra dos Sete Anos aproximando-se do final. Recebeu a missão de tornar o aparato militar português eficiente e capacitado.⁵⁰

Por certo o conflito espalhou-se nas fronteiras meridionais da Sul América, região disputada com a Espanha desde as últimas décadas do século XVII. A tomada pelos espanhóis da Colônia de Sacramento e a invasão da região do Rio Grande de São Pedro, atual Rio Grande do Sul, proporcionou novos rearranjos no setor belicoso ultramarino.⁵¹

Finda a guerra europeia com a derrota francesa e de seus aliados, firmou-se o Tratado de Paris⁵². O pacto, favorável a Portugal, permitiu a retomada de Sacramento; sem embargo, Pombal ciente da precariedade da paz e cioso da fragilidade das forças

esforço em disciplinar o exército no campo motivacional e material: promoveu pagamentos atempados para evitar as deserções e os descontentamentos e conseguiu o fardamento adequado dos efectivos. Enquanto isso, trabalhou a integração das forças disponíveis, nacionais e estrangeiras e mandou fortalecer algumas posições militares estratégicas [...]”. Id., p. 11.

- 49 Frederico Guilherme Ernesto de Schaumburg-Lippe (em alemão: Friedrich Wilhelm Ernst zu Schaumburg-Lippe, conhecido em Portugal como Conde de Lippe (em virtude de ser conde reinante de Schaumburgo-Lippe), foi um notável militar e político alemão que esteve a serviço do Exército Português, tendo reorganizado e comandado durante a Guerra dos Sete Anos.

Para maior aprofundamento sobre o Conde de Lippe, consultar: BRITO, António Pedro da Costa Mesquita. **Publicações Alemãs sobre o Conde de Lippe – Uma orientação bibliográfica**. In: *Revista Militar*, nº 2508 – Janeiro/2011, pp. 83-150. <www.revistamilitar.pt/artigopdf/627>. Acesso: 4/12/2018. Trata-se de pormenorizada e detalhada pesquisa bibliográfica sobre a influência “lippiana” no ensino militar e científico lusitano, com análises académicas e exaustivas referências de obras em português e alemão que tratam da sua trajetória, biografia e pedagogia castrense.

- 50 Um fato a ser lembrado sobre a passagem do Conde de Lippe em Portugal foi a implantação de um severo código disciplinar que hodiernamente ainda repercute nos conceitos hierárquicos e disciplinares das Forças Armadas Brasileiras. O código, denominado Regulamento para o Exercício e Disciplina dos Regimentos de Infantaria dos Exércitos de S. M. Fidelíssima, também era conhecido como “Regulamento de 1763”. Somente em 1862, o Duque de Caxias substituiu-o pelo Regulamento Correccional das Transgressões Disciplinares e foi adotado o primeiro Código Penal Militar no Brasil.
- 51 “A intensificação dos conflitos com os espanhóis no Rio Grande de São Pedro, Colônia de Sacramento e Ilha de Santa Catarina gerou pedidos para que a Inglaterra intervisse no sentido da manutenção do acordo de paz de Paris. Em resposta, os ingleses afirmavam: “[...]. A deplorável situação do Brasil não pode deixar de estimular seus inimigos a conquistá-lo.” In: *Carta de Martinho de Melo e Castro ao Conde de Oeiras*. Londres, 20/3/1765. BNL, PBA, 612, fls.62-64. *Apud*: COTTA, FRANCIS ALBERT. **O “sistema militar corporativo” na América Portuguesa**. Op. cit, p.8.
- 52 O Tratado de Paris foi assinado em 1763 confirmando a paz definitiva após o armistício anteriormente firmado, em dezembro de 1762, pelo Conde de Aranda e o Conde de Lippe. Sem embargo do término da Guerra, o Conde de Oeiras não quis descuidar-se da questão militar, protelando o retorno do Conde de

castrenses coloniais, decidiu profissionalizá-las.

Adotou, então, uma série de providências para aprimorar as defesas brasileiras⁵³. Logo, no ano de 1763, transferiu o vice-reinado da cidade de Salvador da Bahia para o Rio de Janeiro. Consoante alhures salientado, o Rio descortinava-se como um ponto nevrálgico para a economia imperial, pois além de ser o local de parada para os navios

que se dirigiam ao sul ou ao Pacífico, partindo de lá eventuais ofensivas, maior seria a agilidade da resposta caso houvesse problemas no restante do território brasileiro.⁵⁴

Em simultâneo, Pombal buscou padronizar os procedimentos militares e recomendou às capitanias que não agissem de modo isolado, ao revés, se auxiliassem mutuamente, reunindo, sempre que possível, as forças conjuntas.⁵⁵

Lippe para aproveitar a sua permanência e dotar o Exército Português de uma nova organização e reglamento. O Conde de Lippe, devido a sua vasta sapiência, concluiu que o êxito só adviria se se verificasse: -i) um total envolvimento do poder político nessa transformação, que deveria compreender a necessidade de mudança, a disponibilização de recursos e a necessidade de subordinação das Forças Armadas ao poder político; ii) a transformação das Forças Armadas sentida e levada a cabo por toda a hierarquia da organização castrense, nomeadamente a sua estrutura superior, capaz de liderar e motivar toda a cadeia de comando. Em resumo, para se efetivar o necessário câmbio, três vetores seriam essenciais: normas culturais, política estatal e adoção de estratégias associadas a novas tecnologias. In: *A Partir Pedra: Presença do Conde de Lippe em Portugal*. <<https://a-partir-pedra.blogspot.com/2007/09/introduco-iniciam-se-estas-reflexes-por.html>>. Acesso: 4/12/2018, pp. 3-4.

- 53 A relevância dos corpos militares na América Portuguesa foi destacada nas instruções expedidas pelo Secretário de Estado dos Negócios da Marinha e Domínio Ultramarinos – Martinho de Melo e Castro - aos capitães-generais de Minas Gerais e São Paulo (hodiernamente, estados-membros da Federação brasileira), nas quais ele ressaltava três princípios inalteráveis, leia-se: “[...] **primeiro**, que o pequeno continente de Portugal, tendo braços muitos extensos, muito distantes e muito separados uns dos outros, quais são seus domínios ultramarinos nas quatro partes do mundo, não pode ter meios, nem forças com que se defenda a si próprio, e acudir ao mesmo tempo a preservação e segurança de cada um deles; segundo, que nenhuma potência do universo por mais formidável que seja, pode, nem intentou até agora defender as suas colônias com as únicas forças do seu próprio continente; terceiro, que o único meio que até agora se tem descoberto, e praticado para socorrer a sobredita impossibilidade foi o de fazer as mesmas colônias para a própria, e natural defesa delas. E na inteligência deste inalterável princípio, as principais forças que hão de defender o Brasil são as do mesmo Brasil.” In: Instruções para se regular a Tropa paga de Minas. Salvaterra de Magos, 24/1/19775. PBA: 643, fl. 125-131. Instrução Militar. De Martinho de Melo e Castro para o capitão-general da capitania de São Paulo Martim Lopes Lobo de Saldanha. Salvaterra de Magos, 14/1/19775. In: *Documentos Interessantes para a História e Costumes de São Paulo*. Vol. 43, pp. 29-52. Apud: COTTA, Francis Albert. O “sistema militar corporativo” na América portuguesa. <www.cvc.instituto-camoes.pt/eaar/colui/comunicacoes/francis_albert_cotta.pdf>. Acesso 4/12/2018.
- 54 Fato é que, mesmo antes da transferência oficial, o Rio de Janeiro já funcionava como centro de gravidade do dispositivo militar da América Portuguesa. Ademais, “a transferência possibilitaria uma estrita vigilância sobre o mais dinâmico pólo de exploração econômica, empreenderia maior rigor sobre a atividade mineradora, e proporcionaria uma centralização político-administrativa.” SALGADO, Graça. *Fiscais e meirinhos: a administração no Brasil colonial*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p.62.
- 55 Segundo WEHLING, Arno, “[...] no período pombalino, a filosofia administrativa que norteou as ações dos vice-reis e capitães-generais estaria pautada na segurança e defesa mútua das capitanias.[...] a política defensiva visava estabelecer um sistema militar que articulasse harmoniosamente tropas de primeira linha, milícias e ordenanças.” **Administração portuguesa no Brasil de Pombal a Dom João (1777-1808)**. TAPAJÓS, Vicente (coord.). In: *História administrativa do Brasil*. Vol. VI, Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público, 1986, p. 21.

No ano de 1772, ao fornecer instruções ao capitão-general de São Paulo, a defesa mútua restou assim explicitada:

“[...] a capitania de São Paulo, Rio Grande de São Pedro e as mais colônias portuguesas de Sua Majestade, e os que as governam são todos vassallos seus, e nesta certeza tanta obrigação tem os paulistas de socorrerem o Rio Grande de São Pedro, com todas as suas forças quanto tem o Rio de Janeiro de socorrer a capitania de São Paulo, com todas as que tiver. As outras capitanias têm a mesma obrigação de socorrerem mutuamente, segundo o estado, situação e proximidade de cada uma. E nesta união de poder é que consiste essencialmente toda a força de um estado, e na falta da dita união toda a fraqueza dele. Sendo a mesma falta a única causa de se acharem os castelhanos senhores da parte meridional da América Portuguesa, que ainda hoje ocupam e de nos tratarem ainda por cima com soberba e arrogância, como se não estivessem no que era nosso ou nós possuíssemos o que era seu”⁵⁶.

Naquela altura, a força terrestre no Brasil estruturava-se, basicamente, sobre três escalões: a Tropa de Linha, os Auxiliares e as Ordenanças. A força profissional

era constituída pela Tropa de Linha, integrada por oficiais e soldados e treinada para operações de guerra. Em geral, era composta pelos três regimentos lusos que Pombal enviou: o de Bragança, Moura e Estremoz.⁵⁷ Sem embargo, os efetivos chegaram desfalcados, pelo que seu preenchimento teve de ser feito com os colonos da região. Havia, ainda, na organização geral da defesa, as Tropas de Ordenanças e de Auxiliares, unidades militares não remuneradas, conchegadas por moradores que desempenham atividades diversas e eram recrutados para atender as necessidades bélicas.

Em suma, as Tropas de Linha constituíam o Exército de campanha e com ele empreendiam-se as operações de guerra convencional. Os Auxiliares eram empregados nas fronteiras e recebiam soldo enquanto estivessem mobilizados. Por seu turno, as Ordenanças somente serviam nas pequenas guerras locais e circunscritas, ou, quando grandes as necessidades, deveriam guarnecer as praças vizinhas.⁵⁸

A respeito das Tropas Auxiliares e das Ordenanças, Raymundo Faoro emérito historiador e jurista brasileiro escreveria: *“constituíram a espinha dorsal da colônia, o elemento de ordem e disciplina.”⁵⁹*

56 **Instruções ao Morgado Mateus.** Lisboa, 20/11/1772. In: *Revista do IHGB*, vol.257, p. 53, *Apud*: COTTA, Francis Albert, *Op. cit.*, p.15.

57 Os Regimentos de Bragança e Moura ficariam estacionados, em fins do século XVIII, no Rio de Janeiro, já o de Estremoz guarneceria a ilha de Santa Catarina, Parati e Angra dos Reis.

58 MELLO, Cristiane Figueiredo Pagano de. **Os corpos de ordenanças e auxiliares. Sobre as relações militares e políticas na América Portuguesa.** In: *História: Questões & Debates*, n. 45. Curitiba: Editora UFPR, 2006, p. 29-56.

59 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*, v. I. Porto Alegre: Globo, 1984, p. 196.

As tropas eram pessimamente adestradas para desempenhar suas atribuições. A fim de sanar esta deficiência, Pombal, com a indicação do Conde de Lippe, enviou ao Brasil dois oficiais estrangeiros: o coronel João Henrique Böhn, nomeado Tenente-General e comandante de todas as tropas existentes, que veio acompanhado do Brigadeiro sueco Jacques Funck⁶⁰, este último contratado para modernizar e construir fortificações, atividade que já havia exercido na metrópole.

A missão de Böhn consistia, primordialmente, na formação de um Exército moderno, razão pela qual ele colocou em prática as reformas lippianas executadas desde Portugal, adotando as rigorosas disposições do Regulamento para o Exército e Disciplina dos Regimentos de Infantaria de 1763. Contudo, ela não se restringiu tão somente na aplicação das severas regras corretivas, tinha propósito mais abrangente; organizar a tropa existente no Brasil Meridional.

Devido a sua excelente atuação nas guerras do sul, Böhn pode ser reconhecido como um dos fundadores do Exército Brasileiro.

Sem dúvidas, a *“ação de Böhn, que congregou e comprometeu tôda a população e núcleos coloniais do sul em torno do ideal da defesa comum, encarada pelo ângulo da história, foi de importância decisiva na evolução da colônia luso-sulamericana, para sedimentar-se na unidade política nacional brasileira.”*⁶¹ O tenente-general valorizava as tropas regulares em detrimento das auxiliares e irregulares. Propagador do pensamento de Lippe, ele desvalorizava a atuação das ordenanças e milícias.

Outro protagonista de escol ligado ao Conde, por igual, chegaria à colônia para juntar-se aos dois oficiais estrangeiros. Tratava-se de D. Luís de Almeida Portugal, o Segundo Marquês do Lavradio⁶², em 1769, nomeado Vice-rei do Brasil. O Marquês participara em 1762, sob as ordens do Conde de Lippe, das lutas contra os espanhóis. Em 1769, passou a coordenar as defesas territoriais brasileiras, inserindo modificações nas Forças Armadas. O Exército, contudo, permanecia falho e com a operacionalidade comprometida. Adotaram-se, então, medidas saneadoras, dentre as quais se destacam a reforma no sistema de recrutamento e a atenção cada vez maior à disciplina e as manobras de adestramento.

60 Jacques Funck (1715-1788), nasceu e faleceu em Estocolmo, na Suécia. Foi designado para servir, com a graduação de brigadeiro de infantaria, na Capitania do Rio de Janeiro, fazendo jus a soldo dobrado e com a missão de aprimorar as defesas do porto e da cidade. Seu nome vincula-se à introdução do ensino de engenharia do Brasil ao proferir, na Praia Vermelha, uma aula de Engenharia e Artilharia.

61 OBERACKER Jr. Carlos H .Oberacker. João Henrique Böhn: **O fundador do Exército Brasileiro**. In: *Revista de História da USP*. V.18, nº 38, 1959, pp.339-357. <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/107500/105905>>. Acesso: 06/12/2018.

62 Luís de Almeida Soares Portugal Alarcão Eça Melo Silva e Mascarenhas, quinto Conde de Avintes, segundo Marquês do Lavradio (1729-1790), combateu os espanhóis na Guerra dos Sete Anos atingindo o posto de Brigadeiro. Em 1769, foi designado para o posto de décimo primeiro vice-rei e capitão-general-de-mar-e-terra do estado do Brasil.

No tocante à primeira, durante longo tempo, a Força Terrestre fora constituída por degredados vindos da metrópole. A conscrição dos brasileiros e demais habitantes, desprovida de critérios, revoltava a população local, daí porque decidiu-se chamar os habitantes das ilhas portuguesas, em particular, os Açores, em sua maioria, lavradores que ficariam vinculados à terra.

Quanto a segunda medida, estava-se frente a um campo de manobra já bem conhecido pelos militares que trabalharam junto à Lippe. Assim, o “Regulamento de 1763”, exaustivamente invocado, associado à preocupação de pagar-se o soldo em dia, ao lado da justiça nas promoções, propiciaram um clima favorável à profissionalização dos contingentes. Por último, significativas alterações no foro militar foram adotadas.⁶³

A respeito ressalve-se ser uma característica marcante dos julgamentos castrenses do século XVIII, a morosidade. Eles prolongavam-se demasiado e, após sentenciados,

os réus permaneciam encarcerados por tempo superior à pena fixada. Por meio do “Regulamento de 1763”, buscou-se, pela primeira vez, minimizar situação tão drástica.⁶⁴

Estava-se diante de uma *novel* matriz política elaborada a partir das ideias iluministas que começou a ser implantada durante o reinado de D. José I, em Portugal. Ela centralizou o poder na Coroa, esvaziando os órgãos judiciais periféricos. Iniciou-se em 1763, após o término da Guerra dos Sete Anos, quando Lippe fez adotar seu Código Castrense. Inicialmente, alterou-se as atribuições dos Conselhos de Guerra. Até então os Conselhos somente detinham funções administrativas, de elaboração de relatórios e pareceres para a Coroa, sem os poderes deliberativos de um tribunal. Acatavam as regras do Regimento de 1º de junho de 1678 e os atos posteriores, mediante os quais o julgamento dos crimes cometidos por militares e a comunicação ao rei das informações a eles pertinentes, eram atribuição dos governadores e comandantes.⁶⁵

63 O legado lippiano, seja na metrópole seja na colônia, centra-se nos seguintes pilares de sustentação: pessoal, justiça, liderança, ensino, treino e tecnologia. Nesse diapasão, buscou ele regionalizar o recrutamento; manter a disciplina nas fileiras da tropa; conceber o conceito de foro militar; adotar o critério meritório para as promoções; criar o real colégio dos nobres, assim como bibliotecas em todas as unidades militares por acreditar que a leitura servia para formar o espírito; determinar a execução de manobras periódicas, com o objetivo de ensinar e treinar práticas bélicas; e, restaurar e construir fortalezas. **A Partir Pedra: Presença do Conde de Lippe em Portugal.** Op. cit, pp. 3-4.

64 CABEDA, Coralio Bragança Pardo Cabeda. *A sombra do Conde de Lippe no Brasil: os artigos de guerra.* <<http://www.acadhistoria.com.br/outextos/Cabeda%20-0A%20Sombra%20do%20Conde%20de%20Lippe.pdf> 2>. Acesso: 07/12/2018.

Adriana Barreto de Souza em excelente artigo: A governança da justiça militar entre Lisboa e o Rio de Janeiro (1750-1820), traça um painel sobre como os militares eram julgados após as reformas pombalinas no século XVIII. <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2236-332015000200368&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso: 07/12/2018.

65 CAMARGO, Angélica Ricci. Arquivo Nacional. MAPA. Governadores/Comandantes das Armas. <<http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/156-comandante-das-armas>>. Acesso: 07/12/2018.

Pelo decreto de 20 de agosto de 1777, que regulava o funcionamento deste e de outros conselhos de guerra existentes, o tribunal onde funcionava o Conselho de Guerra de Lisboa passou a designar-se Conselho de Justiça, “*composto por conselheiros, um assessor, um promotor de justiça, um secretário, porteiro e contínuo. Existiam, ainda, um ministro letrado, normalmente desembargador do Paço, dois conselheiros mais velhos, podendo haver o reforço de mais dois juizes letrados, nos casos de sentenças para crimes com pena superior a cinco anos de degredo.*”⁶⁶

No Brasil, o Conselho de Guerra colonial passou a ser considerado tribunal de primeira instância e era regulado pelo Regulamento de 1763, restando vedado à magistratura interpretar livremente as leis.⁶⁷

Outro ponto vital foi os conselhos só julgarem com fundamento “no *“exame de provas”*, fosse na metrópole ou na colônia. A idéia era inédita e fundamental para a formalização da justiça castrense em construção. O texto do alvará estatua

taxativamente que: “*tudo crime devia ser provado, não estando os artigos de guerra sujeitos ao arbítrio dos juizes*”. Cabia-lhe, pois, valorar o acervo probatório colacionado, o que, sem dúvidas, representa um postulado inovador na prestação jurisdicional e no respeito às garantias do réu. O perdão ou a benignidade das sentenças era um atributo exclusivo da clemência real e apenas ao monarca competia.

Em outubro de 1763, foi emitido novo Alvará com dezoito parágrafos esclarecendo diversos pontos, com destaque para aqueles que causavam conflitos interpretativos. Um aspecto relevante deste documento é fazer menção aos “crimes dos militares”, e não aos “crimes militares”. O propósito era fixar o foro sob a égide do qual o soldado deveria ser julgado.⁶⁸ Desta forma, a competência firmar-se-ia acorde a espécie delitiva, a significar que se um militar cometesse delito comum, seria julgado pelos tribunais civis. Fosse o foro pessoal, independentemente do agravo perpetrado, o réu militar estaria sempre sob a jurisdição dos auditores regimentais

66 CABRAL, Dilma. Arquivo Nacional. MAPA. *Conselho Supremo Militar e de Justiça*. <<http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/162-conselho-supremo-militar-e-de-justica-1808-1821>>. Acesso: 07/12/2018.

67 Uma aprofundada análise sobre a constituição da Justiça Militar no período pombalino e, posteriormente, no reinado mariano-joanino está em: SOUZA, Adriana Barreto de. **A governança da justiça militar entre Lisboa e o Rio de Janeiro (1750-1820)**. In: *Almanack.Guarulhos*, nº 10, agosto de 2015, p.395. <<http://dx.doi.org/10.1590/2236-463320151010>>. Acesso: 4/3/2019.

68 “*Finda a guerra, o conde de Lippe, marechal e comandante em chefe do Exército português, tendo sido alçado à condição de Alteza, tratamento reservado aos membros da família real portuguesa, adotou várias medidas para adequar a justiça militar do Reino ao padrão em vigor na Europa, principalmente na França e na Prússia. A primeira delas foi a formalização da primeira instância dessa justiça em um tribunal: os conselhos de guerra. Eles são instituídos pelo Regulamento de Infantaria e Artilharia, de 19 de fevereiro de 1763. A partir de então, caberia a esses conselhos julgar os delitos militares a partir dos Artigos de Guerra, sistematizados pelo conde de Lippe no parágrafo XXVI do mesmo regulamento.*” *Id.*, p.394. A continuidade da estruturação da Justiça Castrense, agora com foco na segunda instância, ocorreria no reinado de D. Maria I, a partir de 1777.

e dos conselhos de guerra.⁶⁹ A única exceção prevista seriam os crimes de lesa majestade que deveriam ser remetidos pelos juízes militares aos tribunais civis.⁷⁰

Em solo brasileiro, alguns anos transcorreriam até que a Justiça Militar adquirisse feição própria. Isto somente aconteceria a partir de 1808, com a vinda do Príncipe Regente e futuro Imperador Dom João VI, após a invasão napoleônica em Portugal. Naquela oportunidade a Corte Castrense, paulatinamente, ganharia organicidade e funcionaria, ininterruptamente, como a mais antiga do país, sob a atual nomenclatura de Justiça Militar da União.⁷¹

VII. CONCLUSÃO

A questão militar sempre foi um tema intrincado e sensível para Portugal e Brasil. Foi no governo do Marquês de Pombal que se delinearão mais concretamente

objetivos geopolíticos estratégicos, a medida que a Guerra dos Sete Anos impôs a reestruturação dos Exércitos da metrópole e colônia.

Medidas concretas em relação à reorganização das forças terrestres foram adotadas pelo Conde De Schaumburg-Lippe, como a criação de auditorias de guerra e a atribuição de um papel destacado às milícias e ordenanças.⁷² Mas, nada se compara ao Regulamento para o Exército e Disciplina dos Regimentos de Infantaria de 1763, que sistematizou os regimentos castrenses, desordenados e caóticos, assim como a vida na caserna.

Comparando-o às Ordenanças Reais vigentes na América Espanhola e aprovadas por Carlos III, em 22 de outubro de 1768, sob o título “Ordenanças de Sua Majestade para o regime, disciplina, subordinação e serviço de seus Exércitos”, revestiram-se elas, por igual, de um conjunto de padrões

69 Essa é a lógica ainda prevalecente no vigente Código Penal Militar Brasileiro de 1969. A despeito de o art. 9º do referido diploma legal mencionar “crimes militares, o critério competencial é o *ratione legis*, e não o *ratione personae, loci ou materiae* tomados isoladamente.

70 SOUZA, Adriana Barreto de. **A governança da Justiça Militar entre Lisboa e o Rio de Janeiro (1750-1820)**, *Op. cit.*, p.395. “E não se trata aqui de preciosismo: o tema foi amplamente visitado pela legislação da segunda metade do século XVIII. A relação é recíproca: uma definição dos limites da jurisdição depende de uma delimitação precisa do alcance do foro, sendo o inverso igualmente válido. Logo, se o foro se define pelo tipo de crime, isso significa que um réu militar deverá, caso tenha cometido um crime comum, ser julgado pelos tribunais civis. Em contrapartida, se o for é pessoal, independentemente do crime cometido, o réu militar estará sempre sob a jurisdição dos auditores regimentais e conselhos de guerra.” *Id.*, p. 395.

71 Análises sobre a Justiça Militar da União, também conhecida como Justiça Militar Federal, na atualidade, podem ser lidas em: *A Justiça Militar da União e a História Constitucional do Brasil*. Artur Vidigal de Oliveira e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (coords). São Paulo: Migalhas, 2016. Ver, ainda: *Coletânea de Estudos Jurídicos*. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Pettersen (coords). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

72 WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. **Exército, milícias e ordenanças na Corte Joanina: permanências e modificações**. *Op. cit.*, p.27. *As ações empreendidas nesse espírito estavam de acordo com as formulações teóricas para o fortalecimento do papel do Estado e da elite política dirigente, típicos da Europa setecentista. Na intenção extrema dessas formulações, visava-se “tudo nivelar ante o absolutismo”, de modo que o clero, nobreza e povo se submetessem a um novo ente político, a monarquia absolutista, muito diferente da monarquia tradicional dos séculos anteriores [...].* *Id.*, pp. 27-28.

reguladores dos variados aspectos militares, incluindo uniformes, títulos, eventos e honras, bem assim o recrutamento e a organização de unidades.

Em comum, exsurge de ambos os textos o espírito iluminista, com destaque para dois aspectos inovadores: o acesso meritório e não o título nobiliárquico, que se tornou critério para a promoção, e a profissionalização dos corpos militares em prol da eficácia. Nesse sentido, pode-se afirmar terem as Ordenanças de Carlos III de 1768, e o Regulamento do Conde de Lippe de 1963, sido modelos de sistematização para o Direito Militar Contemporâneo.

Para além, acorde a premissa de que “quem manda deve julgar”, investiram-se as autoridades militares na jurisdição, na medida em que o direito de punir passou a ser concebido como uma consequência lógica e natural do comando das armas.⁷³

Daí porque, é seguro afirmar configurarem as Ordenanças Reais de Carlos III a genealogia do Direito Militar na Espanha e em suas antigas possessões, hoje Estados independentes.

Na América Portuguesa, sabido que o bourbonismo nela não se fez presente devido a aliança luso-inglesa, o Regulamento

do Conde de Lippe cumpriria este papel ao reger as variadas extensões da vida castrense, *vg*: a formação e educação do soldado; a composição do Exército e das Companhias; o manuseio do armamento; a regulamentação das condutas das autoridades; a organização para os dias de festas; os pagamentos; a carreira; o pundonor; a saúde dos militares, *et caterva*.⁷⁴

Neste diapasão, as semelhanças e confluências entre ambos os acervos legais são grandes. Temporalmente próximos, torna-se difícil precisar se sofreram influências recíprocas, não obstante, indubitável a preocupação com os detalhamentos sobre a organização das tropas, as distribuições de deveres e direitos, a observância do princípio da hierarquia e disciplina e, principalmente, a fixação de penas severas para quem as descumprisse. Ademais, foram regimentos longevos, que vigoraram com poucas alterações em suas *ratio legis*: as Ordenanças até 1978 e o Regulamento Disciplinar de Lippe até 1862. Seus reflexos, contudo, projetam-se hodiernamente, distinguindo-se dentre os mais relevantes contributos a fixação do conceito de foro material e não pessoal, a adoção do devido processo legal e a necessária codificação para o implemento da justa e equânime jurisdição.⁷⁵ Nada mais atual!

73 CORRALES ELIZONDO, Agustín. *Las ordenanzas de la Armada*. <<http://www.armada.mde.es/archivo/mardigitalrevistas/cuadernosihcn/38cuaderno/cap05.pdf>>. Acesso: 28/02/2019.

74 SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. *Conde de Lippe (e seus Artigos de Guerra), quando passou por aqui, também chegou lá*. Monografia (mestrado em História) 1999. Disponível em <http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/mestrado.historia_do_direito_ii.pdf>. Acesso: 20/09/2010.

75 ROQUE, N. *Justiça Penal Militar em Portugal*, Linhó: Edições Atena. 2000. p. 53.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- A 'Época Pombalina' no Mundo Luso-Brasileiro*. Francisco Falcon e Cláudia Rodrigues (Orgns). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.
- A Justiça Militar da União e a História Constitucional do Brasil*. Artur Vidigal de Oliveira e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (coords). São Paulo: Migalhas, 2016.
- A Partir Pedra: Presença do Conde de Lippe em Portugal*. <<https://a-partir-pedra.blogspot.com/2007/09/introduo-iniciam-se-estas-reflexes-por.html>>.
- Administração portuguesa no Brasil de Pombal a Dom João (1777-1808)**. TAPAJÓS, Vicente (coord.). In: *História administrativa do Brasil*. Vol. VI, Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público, 1986.
- Alvará Régio de 1759*. <<http://193.137.22.223/pt/patrimonio-educativo/repositorio-digital-da-historia-da-educacao/legislacao/seculo-xviii/1751-1760>>.
- AULAS RÉGIAS. Arquivo Nacional. MAPA. In: *Memória da administração pública brasileira*. 2016. <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/260-aulas-regias>>.
- AVELLAR, Hélio de Alcântara. *História administrativa do Brasil: administração pombalina*. 2.ed. Brasília: Editora UnB, 1983.
- BOTO, Carlota. **A dimensão iluminista da reforma pombalina dos estudos: das primeiras letras à Universidade**. In: *Revista Brasileira de Educação*, v. 15, n. 44 maio/ago, 2010.
- BRITO, António Pedro da Costa Mesquita. **Publicações Alemãs sobre o Conde de Lippe – Uma orientação bibliográfica**. In: *Revista Militar*, nº 2508, Janeiro 2011. <www.revistamilitar.pt/artigopdf/627>.
- BRITO, Pedro de. **Os Regulamentos do Conde de Lippe**. In: *Libros Relege, Volve, Lege. O Livro Antigo na Biblioteca do Exército*. Mário J. Freire da Silva e Tiago C.P. dos Reis Miranda (coords). Lisboa: Biblioteca do Exército, junho de 2018.
- CABEDA, Coralio Bragança Pardo Cabeda. *A sombra do Conde de Lippe no Brasil: os artigos de guerra*. <<http://www.acadhistoria.com.br/outextos/Cabeda%20-20A%20Sombra%20do%20Conde%20de%20Lippe.pdf>>.
- CABRAL, Dilma. Arquivo Nacional. MAPA. *Conselho Supremo Militar e de Justiça*. <<http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/162-conselho-supremo-militar-e-de-justica-1808-1821>>.
- CABRAL, Gustavo César Machado. **A lei da boa razão e as fontes do direito: investigações sobre as mudanças no direito português do final do antigo regime**. In: *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza*. 2010. <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3489.pdf>>.
- CAMARGO, Angélica Ricci.. *Governadores/Comandantes das Armas*. Arquivo Nacional. MAPA. <<http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/156-comandante-das-armas>>.

- CARDOSO, José Luís e CUNHA, Alexandre Mendes. *Discurso econômico e política colonial no Império Luso-Brasileiro (1750-1808)*. Lisboa: Tempo, vol.17, nº. 31, 2011.
- CARNEIRO, Ana. SIMÕES, Ana, DIOGO Maria Paula. **Enlightenment Science in Portugal: The Estrangeirados and their Communication Networks**. In: *Social Studies of Science*. London: SSS and SAGE Publications. 2000.
- CARVALHO, Laerte Ramos de. *As Reformas Pombalinas da Instrução Pública*. São Paulo: Editora Saraiva, Ed. USP, 1978
- Coletânea de Estudos Jurídicos. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Pettersen (coords). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.
- CORRALES ELIZONDO, Agustín. *Las ordenanzas de la Armada*. <http://www.armada.mde.es/archivo/mardigitalrevistas/cuadernosihcn/38cuaderno/cap05.pdf>.
- COTTA, Francis Albert. **O “sistema militar corporativo” na América portuguesa**. In: *O reformismo fiscal pombalino no Brasil*. Historia Caribe - Volumen XI Nº 29 - Julio-Diciembre 2016. <www.cvc.instituto-camoes.pt/eaar/coloqui/comunicacoes/francis_albert_cotta.pdf>.
- DAMASCENO. Alberto. **A historiografia da educação brasileira, o período pombalino e o diretório de 1757**. In: *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, nº 55, mar/2014.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*, v. I. Porto Alegre: Globo, 1984.
- GODOY, Arnaldo Moraes. *A completude do ordenamento jurídico na lei da boa razão: a teoria de Norberto Bobbio e a experiência jurídica pombalina*. <<http://uniceub.academia.edu/ArnaldoGodoy>>.
- LOURENÇO, Eduardo. **Portugal e a Europa**. In: *Nós e a Europa: ou as duas razões*. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1994.
- MACIEL, José Fábio Rodrigues. **A Lei da Boa Razão e a formação do direito brasileiro**. In: *Jornal Carta Forense*, São Paulo. 03/06/2008. <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-lei-da-boa-razao-e-a-formacao-do-direito-brasileiro/1668>>.
- MACIEL. Lizete Shizue Bomura; NETO. Alexandre Shigunov. **A educação brasileira no período pombalino: uma análise histórica das reformas pombalinas do ensino**. In: *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v.32, n.3, set./dez. 2006.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira**. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 65, nº 1, out/dez 1999.
- MARTINS, Oliveira. *Historia de Portugal*. Edições Vercial. Universidade do Minho. Edição: 1 . 2010
- MAXWELL, Kenneth. **Pombal: the paradox of enlightenment and despotism**. In: *Enlightened Absolutism. Reform and Reformers in Later Eighteenth-Century Europe*. Edited by H.M. Scott. New York: Palgrave Macmillan, 2002.

MELLO, Cristiane Figueiredo Pagano de. **Os corpos de ordenanças e auxiliares. Sobre as relações militares e políticas na América Portuguesa.** In: *História: Questões & Debates*, n. 45. Curitiba: Editora UFPR, 2006.

MONDINI. Fabiane e BICUDO, Maria Aparecida Viggiani. *As reformas pombalinas da instrução pública e o ensino de matemática.* XIV CIAEN. México. 2015. <http://xiv.ciaem-redumate.org/index.php/xiv_ciaem/xiv_ciaem/paper/viewFile/455/210>.

MORAIS, Christianni Cardoso e OLIVEIRA, Cleide Cristina. **Aulas régias, cobrança do subsídio literário e pagamento dos ordenados dos professores em Minas Gerais no período colonial.** In: *Educação em Perspectiva*, Viçosa, v. 3, nº 1, jan./jun, 2012.

OBERACKER Jr. Carlos H .Oberacker. João Henrique Böhn: **O fundador do Exército Brasileiro.** In: *Revista de História da USP.* V.18, nº 38, 1959. <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/107500/105905>>.

ROQUE, N. *Justiça Penal Militar em Portugal*, Linhó: Edições Atena, 2000.

SÁ, Gilmar de Almeida. **Justiça e colonização: juízes e tribunais no Rio de Janeiro.** In: *Documentação e Memória / TJPE*, Recife, PE, v.1, n.1, jul./dez.2008.

SALGADO, Graça. *Fiscais e meirinhos: a administração no Brasil colonial.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

SECO, Ana Paula e AMARAL, Tania Conceição *Iglesias do. Marquês de Pombal e a reforma educacional brasileira.* <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/periodo_pombalino_intro.html>.

SILVA, Antonio Manuel. Guilherme de Schaumburg-Lippe. O homem para levantar o rei. In: *ACAFA on-line.* Vila Velha de Ródão, 2012. <www.altotejo.org/acafa/docsn5/conde_lippe.pdf>.

SILVA, Mozart Linhares da. *História da cultura jurídica no brasil: o bacharelismo e a formação do estado-nação.* ANPUH – XXII SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – João Pessoa, 2003.

SOUZA, Adriana Barreto de. **A governança da justiça militar entre Lisboa e o Rio de Janeiro (1750-1820).** In: *Almanack.* Guarulhos, nº 10, agosto de 2015. <<http://dx.doi.org/10.1590/2236-463320151010>>.

SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. *Conde de Lippe (e seus Artigos de Guerra), quando passou por aqui, também chegou lá.* Monografia (mestrado em História), 1999. [http://www.jusmilitaris.com.br /uploads/docs/mestrado.historia_do_direito_ii.pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/mestrado.historia_do_direito_ii.pdf).

SOUZA, Pedro Daniel dos Santos e LOBO, Tânia. **Da aplicação do Diretório Pombalino ao Estado do Brasil: povos indígenas e políticas linguísticas no século XVIII.** In: *Revista A Cor das Letras*, v. 17, nº.1, 2016.

SOUZA, Rogério de Oliveira. **A Relação do Rio de Janeiro (1751 a 1808).** In: *Revista da EMERJ*, v.4, nº 14, 2001.

TELLES. José Homem Correia. *Commentário critico á lei da boa razão el» data de 18 de agosto de 1769.* Lisboa: Tipografia Maria da Madre de Deus, 1865. <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/108523/pdf/108523.pdf>>.

VICENTE, António Pedro. **Marquês de Pombal: um governante controverso.** *In: Revista Camões*, nº 15/16, 2003.

WALTERS, J.F. *AP. European History. Enlightened Despots.* <<https://www.newhartsfordschools.org>>.

WEHLING, Arno e WEHLING, Maria Jose. **Exército, milícias e ordenanças na Corte Joanina: permanências e modificações.** *In: Revista DaCultura.* Fundação Cultural do Exército-FUNCEB- Ano VIII / Nº 14, Junho de 2008.

Daniel Schoeni¹

SEMINARIOS SOBRE JUICIOS ORALES

E INTERCAMBIOS ACADÉMICOS ENTRE EL COMANDO SUR DE LOS EE.UU. DE NORTEAMÉRICA Y EL FUERO MILITAR POLICIAL DEL PERÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA HISTORIA DEL JUICIO ORAL; III. LA EXPORTACIÓN DEL JUICIO ORAL A AMÉRICA LATINA; IV. LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN EL PERÚ; V. LOS SEMINARIOS SOBRE JUICIO ORAL QUE IMPARTE EL COMANDO SUR DE LOS EE. UU. DE NORTEAMÉRICA; Y VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

Después de las coordinaciones realizadas con altos miembros del Fuero Militar Policial del Perú (FMP), en enero de 2018, la Oficina del Asesor Jurídico de las Fuerzas Aéreas Sur, componente aéreo del Comando Sur de los Estados Unidos, ofreció dictar seminarios sobre técnicas de juicios orales en los Tribunales Superiores Militares de Arequipa, Cusco, Iquitos, Lambayeque y Lima. En julio de dicho año, un equipo dio inicio a los seminarios programados. Este artículo explica, desde una perspectiva norteamericana, la finalidad de este intercambio y por qué los litigantes del FMP participan en ellos.

¹ Teniente coronel del Cuerpo Jurídico de la Fuerza Aérea de los EE. UU. de Norteamérica. Agradezco al Sr. Robert Burton, teniente coronel Steven Loertscher, Sr. Samuel Londoño, Sr. Antonio López y teniente coronel Jennifer Sánchez, por su apoyo en la revisión de este artículo.

ABSTRACT:

After coordinating with senior members of the Military and Police Jurisdiction of Peru (FMP), in January 2018, the Office of the Legal Advisor of the Southern Air Force, an aerial component of the Southern Command of the United States, offered to give seminars on oral trials in the Military Superior Courts of Arequipa, Cusco, Iquitos, Lambayeque and Lima. In July 2018, a team started the scheduled seminars. This article explains, from an American perspective, the purpose of this exchange and why the FMP litigants participate in them.

I. INTRODUCCIÓN

Desde inicios del año pasado hemos estado planeando y discutiendo con el FMP la posibilidad de compartir seminarios sobre juicios orales, tal como los que se han presentado en la última década en México, por parte de asesores jurídicos estadounidenses. Mi breve ensayo pretende explicar los antecedentes, motivos y métodos de este programa, desde una perspectiva idiosincrática: la mía. Cuando los oficiales militares publicamos, siempre se nos requiere que incluyamos el siguiente descargo de responsabilidad: las opiniones expresadas son del autor y no reflejan una posición oficial de su servicio, el Departamento de Defensa, ni ninguna agencia de los EE. UU. de Norteamérica. Y así es con mi ensayo. Para ser franco, escribo no solamente para el beneficio del lector sino también para que yo mismo pueda

entender mejor lo que estamos haciendo y el propósito de esta obra.

Durante la investigación para escribir este ensayo, he aprendido mucho en cuanto a la historia del sistema penal peruano y la exportación de nuestro sistema acusatorio, empezando en los años 1980. He limitado mi investigación a fuentes disponibles en inglés, por lo tanto, tal vez encuentren errores por mi ignorancia de la gramática castellana. Entonces, hay grandes omisiones por no haber revisado las escrituras latinoamericanas. Por lo tanto, me disculpo con el lector por esta deficiencia.

II. LA HISTORIA DEL JUICIO ORAL

Antes de contar el propósito de los seminarios en el Perú, me parece necesario hablar un poco del origen del sistema acusatorio y de su contraste con el sistema inquisitivo que se utiliza en la mayor parte del mundo. También debemos contestar esta pregunta obvia: ¿Por qué creemos que nuestro sistema penal es tan eficaz que otros países deben adoptarlo?

A. EL ORIGEN DEL SISTEMA ACUSATORIO

Se dice comúnmente que el sistema acusatorio se originó en la edad media, en Inglaterra, pero no es cierto.² De hecho, este sistema tiene raíces mucho más antiguas, que las propias raíces del sistema inquisitivo. Mientras que el sistema inquisitivo se originó en la Roma imperial, el

2 Véase, e.g., Janet Ainsworth, *Legal Discourse and Legal Narratives: Adversarial versus Inquisitorial Models*, 2(1) *LINGUAGEM E DIREITO* 1, 2 (2015).

sistema acusatorio se originó en la Grecia antigua y en la Roma temprana y pre imperial.³ El último era público, oral y adversarial entre las dos partes, mientras el primero era secreto, escrito y las partes tenían papeles más pasivos; y solamente el juez tenía un rol activo en este proceso jurídico. Históricamente, el sistema acusatorio se asociaba con sociedades democráticas que subordinaban los poderes del estado a los derechos del individuo; el sistema inquisitivo se asociaba con los gobiernos centralizados y potentes que usaban el poder estatal para controlar, subyugar e imponer el orden y la disciplina.⁴

En el último milenio, el sistema acusatorio se ha asociado no tanto con gobiernos antiguos como los romanos y los griegos, sino, con la jurisprudencia anglosajona. En esta tradición, la distinción más importante entre el sistema inquisitivo y el acusatorio es el papel del juez: si el juez mismo hace la investigación objetiva y jurídica, el sistema es inquisitivo; y si el juez forma juicios basados en hechos y argumentos presentados por las partes, el sistema es acusatorio.⁵ Esta distinción es profunda, no meramente estructural.⁶

Hablando no tanto del sistema de gobierno angloamericano sino, específicamente, de los EE.UU. de Norteamérica, hay algo más. Nuestro gobierno fue fundado en una cultura de recelo al mismo, no solamente de nuestro propio gobierno, sino de los gobiernos en sí. Nuestro sistema penal refleja este recelo. Debido a esta desconfianza, nuestro sistema está orientado principalmente a la protección de los derechos del individuo.⁷ El jurista inglés William Blackstone captura el sentimiento de los fundadores de nuestro país: “Es mejor que diez personas culpables escapen a que una inocente sufra.”⁸ Esta máxima fue conocida y repetida entre esta generación⁹ y constituye el principio cardinal del sistema.¹⁰ Contrastamos esta orientación con el sistema inquisitivo en la sección que sigue.

Como una acotación histórica, al momento de lograr su independencia Latinoamérica, los fundadores de estos países estaban conscientes de que sistemas penales eran más liberales. Ellos tomaron una decisión deliberada de rechazar tales sistemas y escoger el inquisitivo porque desconfiaban de los jurados y juicios públicos y orales.¹¹ Las élites juzgaron que la gente no estaba

3 James L. Bischoff, *Reforming the Criminal Procedure System in Latin America*, 9 TEX. HISP. J.L. & POL'Y 27, 31 (2003).

4 *Id.* a 31–32.

5 *McNeil v. Wisconsin*, 501 U.S. 171, 181, n. 3 (1991) (Justicia Scalia).

6 John D. King, *The Public Defender as an International Transplant*, 38 U. PA. J. INT'L L. 831, 837 (2017) (explicando que el cambio más profundo para los países latinoamericanos en transición de sistemas inquisitorios a acusatorios es la transferencia del poder para investigar y presentar cargas del fiscal al juez).

7 *Id.* a 892–893.

8 WILLIAM BLACKSTONE, 4 COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 352 (1768).

9 Daniel Epps, *The Consequences of Error in Criminal Justice*, 128 HARV. L. REV. 1065, 1080 (2015).

10 *Id.* a 1068, citando *United States v. Greer*, 538 F.2d 437, 441 (D.C. Cir. 1976).

11 King, *supra* nota 6, a 839–840.

preparada para un sistema más democrático.¹² Como veremos después, esta decisión afectó a la opinión pública. Con el tiempo, los juicios inquisitivos ineficaces, burocráticos y secretos llegaron a ser asociados con las dictaduras y por su parte, los juicios acusatorios con la democracia y la protección de los derechos ciudadanos.¹³

B. EL CONTRASTE CON EL SISTEMA INQUISITIVO

Si la protección de los derechos del individuo es el sello distintivo del sistema acusatorio, para los anglosajones el sistema inquisitivo se asocia con la tortura de La Inquisición.¹⁴ Obviamente, esta caracterización es injusta y se debe, en parte, a nuestra ignorancia y a la propaganda anticatólica de la reforma protestante.¹⁵ Tener un sistema inquisitivo no necesariamente significa tener un sistema injusto de tortura, brutalidad e intolerancia. De hecho, es probable que cada sistema penal tiene sus pros y contras. Sin embargo, esta sección se dedica a las diferencias entre los dos sistemas y, así, naturalmente, mis prejuicios me traicionan a favor del sistema acusatorio.

El acusatorio anglosajón se caracteriza por el *debido proceso*. Esta frase está cargada de significado en nuestra jurisprudencia penal y abarca varios derechos y aspectos de la estructura de nuestro sistema, incluso el juicio oral, el juicio por jurado, un juez imparcial, el derecho de ser representado por un defensor y procedimientos controlados no por un juez sino por las partes (defensor y fiscal).¹⁶ Al contrario, el inquisitivo se caracteriza por un juez prominente que maneja la investigación, presenta cargos y controla los procedimientos;¹⁷ en vez de un juicio donde la evidencia se presenta, principalmente, por medio de testimonio oral a corto plazo y la evidencia se recopila en archivos con tiempo.¹⁸

Quizás el derecho más significativo del sistema acusatorio anglosajón sea la presunción de inocencia. En contraste, el inquisitivo presume que el acusado es culpable y así justifica la prisión preventiva antes del juicio. Por lo tanto, este principio ha resultado en el encarcelamiento masivo de latinoamericanos que aún están esperando sus juicios.¹⁹ Esta es una gran diferencia. Y tal vez sea en parte por esta causa que generalmente había poca fe en el sistema penal

12 *Id.* a 839–840.

13 *Id.* a 841–842.

14 Erin Creegan y Clare Hatfield, *Creeping Adversarialism in Counterterrorist States*, 29 CONN. J. INT'L L. 1, 5 (2013) (observa que para la mayoría de los estadounidenses el sistema inquisitivo es sinónimo de tortura, que era emblemático de La Inquisición).

15 Pero véase Mauricio Duce y Rogelio Pérez Perdomo, *Citizen Security and Reform of the Criminal Justice Systems in Latin America*, en CRIME AND VIOLENCE IN LATIN AMERICA: CITIZEN SECURITY, DEMOCRACY, AND THE STATE 69, 72 (Hugo Frühling y Joseph S. Tulchin, editores, 2003) (reportando que la tortura era común para extraer confesiones durante la Edad Media tardía).

16 *Id.*; Allegra M. McLeod, *Exporting U.S. Criminal Justice*, 29 YALE L. & POL'Y REV. 83, 117 (2010).

17 Véase McLeod, *supra* nota 16, a 116–117.

18 Ronald F. Wright, *Mexican Drug Violence and Adversarial Experiments*, 35 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 363, 370 (2010).

19 María Gracia Andía, *The Uphill Battle of Justice Reform*, AMERICAS Q. 50, 51 (verano 2012).

previo en toda la región.²⁰ (Sin embargo, uno debe reconocer que, aunque nuestro sistema estadounidense manda mucho menos acusados a la prisión preventiva, encarcelamos a más personas *después* del juicio que en la mayoría de los países.²¹)

Actualmente, gran parte de los países de Latinoamérica está en la transición al sistema acusatorio.²² Y es notable observar que esta transformación no comenzó con la exportación del modelo de los EE. UU. en los años de 1980 que describo abajo,²³ sino con las plumas de dos académicos argentinos: Alberto Binder y Julio Maier.²⁴ Ellos y otros profesores de Derecho de toda la región, abogaron para la transición al acusatorio porque afirmaron que el sistema existente era susceptible a la corrupción e incompatible con la democracia.²⁵ Aunque ellos sabían de las fallas del acusatorio, creían que los juicios orales y públicos serían más protectores de los derechos individuales y también más eficaces en la administración del sistema penal.²⁶ Para convencer al público, los reformadores enfatizaron que el

acusatorio cumpliría con los derechos humanos reconocidos internacionalmente. La retórica resonaba con la gente que desconfiaba del inquisitivo por la asociación con gobiernos autoritarios y represivos.²⁷ Entonces, los nuevos códigos penales que fueron adoptados en esta onda de reformas, se alinearon con los derechos humanos.²⁸

C. EL MÉRITO ÚNICO DEL SISTEMA ACUSATORIO

Winston Churchill, el famoso primer ministro de Inglaterra durante la segunda guerra mundial, dijo que la democracia era la peor forma de gobierno . . . excepto todos los demás. Podríamos decir algo parecido para nuestro sistema acusatorio.²⁹ No tenemos ilusiones. Nuestro sistema tiene fallas y siempre estamos en proceso de mejorarlo para que sea más justo, eficaz y confiado.³⁰ Pero funciona. Creemos que funciona suficientemente bien, por lo que resulta valioso que lo compartamos. No para que otros países lo copien al pie de la letra, sino que

20 A Broken System, ECONOMIST, July 4, 2014.

21 Creegan y Hatfield, *supra* nota 14, at 45; McLeod, *supra* nota 16 at 94–95. Véase también King, *supra* nota 6, a 836 (observando que el nivel del encarcelamiento creció dramáticamente en Chile después de su adopción del sistema acusatorio).

22 Ainsworth, *supra* nota 2. a 3.

23 Véase Sección III.

24 Ainsworth, *supra* nota 2. a 4.

25 *Id.* (explicando que estos eruditos se dedicaron a la producción del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica en 1988, el mismo que ha influido en las reformas de los sistemas penales regionales desde entonces).

26 McLeod, *supra* nota 16. a 119.

27 King, *supra* nota 6. a 841–842.

28 Andía, *supra* nota 19. a 51; McLeod, *supra* nota 16. a 119–120.

29 King, *supra* nota 6. a 834.

30 Quizás el mejor ejemplo de las fallas de nuestro sistema sea que el 99% de los casos se resuelvan por medio de convenios declaratorios, porque los juicios orales son demasiado costosos para administrar. Véase McLeod, *supra* nota 16, a 117–118.

sirva como un modelo para adecuarlo a sus circunstancias y culturas propias.

¿Cuáles, entonces, son los méritos únicos del sistema acusatorio? Aparte de que ello es el nuestro, ¿Por qué creemos que éste es especial y aún debe ser trasplantado a otros países? Es obvio que la respuesta a estas preguntas depende de cómo uno define lo preferible.³¹ Antes de contestar estas preguntas hay que reconocer ciertas limitaciones en la evaluación y comparación de los sistemas penales. A pesar de tener dos décadas de experiencia con la transición al sistema acusatorio, los resultados son en su mayoría desconocidos.³² Como veremos en la Sección III., durante las últimas tres décadas varias agencias del gobierno de los EE.UU. se han dedicado a la exportación de nuestro sistema. Sin embargo, los datos que se han recopilado respecto al progreso han sido, en su mayoría, inútiles para medir el progreso de las reformas. Los datos se han concentrado en la cantidad de personas que han sido capacitadas, no en indicadores más relevantes para la evaluación de un

sistema penal como la reducción de la violencia, la eficiencia de las operaciones o el nivel de cumplimiento con las protecciones de los derechos individuales.³³ A pesar de los vastos recursos para llevar a cabo las reformas,³⁴ muy poca atención se ha dedicado a la evaluación de este esfuerzo.³⁵ También es difícil hacer una comparación definitiva porque han habido tantas variedades de reformas que se llaman sistemas acusatorios en la región.³⁶ Además, se necesita más tiempo para evaluar si el cambio a sistemas acusatorios ha sido exitoso a largo plazo.³⁷ Gracias a la recopilación de más datos y los trabajos comparativos del Centro de Estudios de las Américas (Chile), sabremos más al respecto.³⁸

Debido a estas limitaciones, cuando hablamos de las ventajas del sistema acusatorio, hasta cierto grado, aún estamos hablando hipotéticamente. Sin embargo, todavía sospechamos que el sistema tiene ciertos méritos únicos. Primero, creemos que protege mejor los derechos del individuo.³⁹ Segundo, estimamos que ello es

31 Ainsworth, *supra* nota 2 a 5.

32 McLeod, *supra* nota 16. a 160.

33 *Id.* a 134–139.

34 *Id.* a 119–120 (reportando que solamente en su primera década los EE. UU. gastó más que \$500 millones para la transición de Latinoamérica al sistema acusatorio).

35 *Id.* a 87–88. Véase también Brett J. Kyle y Andrew G. Reiter, *Militarized Justice in New Democracies: Exploring the Process of Military Court Reform in Latin America*, 47 LAW & SOC'Y REV. 375, 380 (2013) (observando que pocas investigaciones se han publicado respecto de las reformas de sistemas penales militares de países latinoamericanos y por lo tanto el campo está maduro para tal esfuerzo).

36 Daniel Pulecio-Boek, *The Genealogy of Prosecutorial Discretion in Latin America: A Comparative and Historical Analysis of the Adversarial Reforms in the Region*, 13 RICH. J. GLOB. L. & BUS. 67, 67–68 (2014).

37 Bischoff, *supra* nota 3, a 49.

38 Steven E. Hendrix, *Current Legal Trends in the Americas: USAID Promoting Democracy and the Rule of Law in Latin America and the Caribbean*, 9 SW. J.L. & TRADE AM. 277, 310–311.

39 King, *supra* nota 6. a 892–893.

más eficiente.⁴⁰ Tercero, que sus resultados son más justos.⁴¹ En relación con ese último punto, creemos que los participantes en el proceso jurídico creen que los resultados son justos y que tal confianza es fundamental para mantener el estado de derecho y para el funcionamiento de una sociedad.⁴²

En este momento, no podemos comprobar todas nuestras sospechas respecto a la eficiencia del sistema acusatorio. Pero la evidencia anecdótica apoya la fe en nuestro sistema hasta cierto grado. Por ejemplo, sabemos que la prisión preventiva era más común con el inquisitivo y que esta práctica se ha reducido con la adopción del acusatorio. También hemos visto el mejoramiento de la eficacia procesal. Quizás lo más importante sea que los juicios son públicos y así el sistema acusatorio es mucho más transparente que el inquisitivo. Hay suficientes hechos para que sigamos creyendo, racionalmente, que el sistema representa progreso, aunque no sea una panacea.⁴³

III. LA EXPORTACIÓN DEL JUICIO ORAL A AMÉRICA LATINA

La exportación del sistema acusatorio comenzó con las peleas políticas entre el presidente Ronald Reagan, del partido

republicano, y el Congreso, del partido demócrata. Los congresistas se oponían al apoyo militar para El Salvador, debido a los asesinatos de alto perfil por el ejército salvadoreño, por militares entrenados por estadounidenses.⁴⁴ Una comisión bipartidista fue designada para buscar otro modo de apoyar a este aliado anticomunista, sin apoyar directamente a sus fuerzas armadas. La recomendación fue invertir en la democratización, incluso en la reforma del sistema penal. Tal reforma se concentraba en la prosecución de los casos de violaciones de derechos humanos y otros casos de alto perfil.⁴⁵ La Agencia de Desarrollo Internacional de los EE. UU. (USAID), comenzó un programa en El Salvador y, poco después, en Guatemala y Colombia, para reemplazar sus sistemas inquisitivos por sistemas acusatorios. Con el tiempo, este programa que empezó en El Salvador, creció hasta involucrar a 38 países.⁴⁶ Además, lo que había comenzado con los sistemas penales de los civiles, con el tiempo también fue adoptado por los sistemas penales militares. Fue con razón que el ex fiscal general del país, Eric Holder, dijera, en el contexto del programa de exportar el sistema acusatorio, “el estado de derecho ha llegado a ser una de las exportaciones más grandes de los Estados Unidos.”⁴⁷

40 McLeod, *supra* nota 16. a 94; *Judging Latin American Judges*, ECONOMIST, Aug. 2, 2018.

41 McLeod, *supra* nota 16. a 94.

42 Ainsworth, *supra* nota 2 a 6.

43 *Judging Latin American Judges*, *supra* nota 40.

44 McLeod, *supra* nota 16. a 100–101.

45 *Id.* a 101.

46 *Id.* a 85–86. Véase también *id.* a 84–85 (recontando la creación de la Oficina de Asistencia y Capacitación para el Desarrollo de la Fiscalía Extranjera (OPDAT) en el Departamento de Justicia en 1991 cuyo mandato era la capacitación de fiscales extranjeros y ahora trabaja en más que 30 países).

47 *Id.* a 84.

Después de la caída de la Unión Soviética, el gobierno estadounidense buscaba la manera de continuar con la cooperación en seguridad con sus aliados de la guerra fría, pero hacía falta una “lógica unificadora”.⁴⁸ El combate contra el crimen transnacional parecía una buena opción y tenía el apoyo de ambos partidos políticos.⁴⁹ Con el tiempo, este programa que empezó con el benigno propósito de asistir a nuestros socios en la lucha contra la criminalidad, se transformó en un programa cuyo propósito principal era reformar sus sistemas penales para que fueran acusatorios como el nuestro.⁵⁰ Las reformas se facilitaban también porque nuestro apoyo coincidía con el susodicho movimiento de las élites latinoamericanas que clamaban para las mismísimas reformas.⁵¹

Sin duda, hemos invertido mucho y se han reformado profundamente los sistemas penales de muchos países en el mundo, pero permanece una pregunta abierta: ¿Valió la pena? Muchos críticos y observadores dicen que este esfuerzo fue

contraproducente.⁵² Sin embargo, creemos que nuestro sistema es superior, pero no podemos comprobarlo. Tampoco podemos saber con certeza si nuestro sistema penal es trasplantable a otros países o si es una planta tierna y frágil que depende de su suelo y el clima nativo para poder florecer. Se requiere más tiempo con este experimento revolucionario para confirmar la hipótesis con toda certeza.⁵³

IV. LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR EN EL PERÚ

El Perú inició su transición al sistema acusatorio en 2004, formando parte de la segunda ola de países que reformaron sus sistemas penales.⁵⁴ Junto con México, en esta ola de reformas y con el beneficio de la retrospectiva, podemos decir fue posible para ellos lograr mayor éxito en comparación con la primera ola de países, que iniciaron esta experiencia una década antes.⁵⁵ Entre los profesores, hay escépticos del progreso que se ha logrado con el nuevo

48 *Id.* a 103.

49 *Id.* a 116–122.

50 *Id.* a 126–127 (contando que oficiales del Departamento de Justicia que eran mandados al extranjero para asistir a la prosecución de un crimen, tendían a exportar nuestro sistema penal a pesar de las instrucciones de sus superiores en sentido contrario).

51 *Id.* a 119; Ainsworth, nota *supra* 2. a 3–4; King, nota *supra* 6. a 841–842.

52 McLeod, nota *supra* 16. a 146–153; *Judging Latin American Judges*, nota *supra* 40. citando LUÍS PASARA, UNA REFORMA IMPOSIBLE: LA JUSTICIA LATINOAMERICANA EN EL BANQUILLO (2015); Paul Hathazy y Markus-Michael Müller, *The Crisis of Detention and the Politics of Denial in Latin America*, 98:903 INT’L REV. RED CROSS 889 (2016).

53 No es que el sistema acusatorio en sí es revolucionario sino la trasplantación de la variedad anglosajona a docenas de países a través del mundo. Sabemos que nuestro sistema funciona en ciertas culturas, pero no sabemos si es transportable a otros países con distintas culturas.

54 Andía, nota *supra* 19. a 50–51. De hecho, el Perú ya había experimentado con sistemas penales híbridos o acusatorios, primero en 1924 y otra vez en 1990. *Id.* a 52; Duce y Pérez Perdomo, nota *supra* 15. a 74.

55 Andía, nota *supra* 19. a 50–52.

sistema.⁵⁶ Es obvio que es un desafío evaluar el éxito de las reformas en esta etapa temprana.⁵⁷ Pero también el Perú ha visto resultados tangibles.⁵⁸ Por ejemplo, ahora la prisión preventiva es la excepción, no la regla. Además, el tiempo de los juicios se ha reducido a la mitad.⁵⁹ En este sentido, el nuevo sistema penal ha demostrado bastante progreso, aunque no es posible en este momento saber, con toda certeza, los resultados de las reformas a largo plazo.

Hablando más ampliamente de los resultados de la transición en toda Latinoamérica, vemos ciertos patrones y problemas que se repiten. Los abogados y funcionarios judiciales vienen de una profesión conservadora –no en el sentido político sino en el psicológico– y entonces tienden a resistirse al cambio.⁶⁰ Por lo tanto, ellos tienden a regresar a los procesos anteriores con los que están más familiarizados y cómodos.⁶¹ Los recursos designados para defensores son

insuficientes.⁶² Sobre todo hace falta la inversión en la capacitación de abogados que están aplicando el sistema⁶³ y la experiencia en las escuelas de Derecho que desechan siglos de conocimiento con el inquisitivo, para capacitar la nueva generación en un sistema desconocido.⁶⁴ Quizás sea en parte por eso que el Fuero Militar Policial (FMP) ha pedido que los intercambios con el Comando Sur se concentren más en las técnicas prácticas del juicio oral.⁶⁵

V. LOS SEMINARIOS SOBRE JUICIO ORAL QUE IMPARTE EL COMANDO SUR DE LOS EE. UU. DE NORTEAMÉRICA

Llegamos ahora a los seminarios. Tres preguntas fundamentales se presentan al respecto. ¿Cuáles son sus fines, sus temas de estudio y sus teorías de docencia? Esta última sección contestará estas preguntas en el mismo orden.

56 Véase, e.g., *Judging Latin American Judges*, nota *supra* 40 (citando a un académico peruano, Luis Pasara, quien dice que la reforma no ha disminuido la impunidad ni aumentado la confianza pública).

57 Bischoff, nota *supra* 3. a 49.

58 Andía, nota *supra* 19. a 52.

59 Ross Boone, *Reform of the Criminal Justice System in Peru*, HUMAN RIGHTS BRIEF (Mar. 27, 2014), <<http://hrbrief.org/hearings/reform-of-the-criminal-justice-system-in-peru/>>.

60 Andía, nota *supra* 19. a 53.

61 *Judging Latin American Judges*, *supra* nota 40.

62 King, *supra* nota 6, a 865–866 (citando un estudio que indica que el derecho al defensor suele ser una formalidad, no una garantía jurídica); McLeod, nota *supra* 16. a 151–152 (reportando que los defensores no han sido capacitados en como desafiar la evidencia ni en estrategias eficaces y que proporcionalmente con los fiscales son pocos, por lo tanto, siempre están en los juicios y no pueden hacer investigaciones propias).

63 *Id.* a 863–865; Bischoff, nota *supra* 3. a 49–50; *Judging Latin American Judges*, nota *supra* 40. Véase también The Honorable M. Margaret McKeown, *The ABA Rule of Law Initiative: Celebrating 25 Years of Global Initiatives*, 39 MICH. J. INT'L L. 117, 132 (2018) (observando que la transición a otro sistema penal debe ser sumamente difícil para los abogados con capacitación y experiencia con el sistema antiguo).

64 Andía, nota *supra* 19. a 53.

65 McKeown, nota *supra* 63. a 132–133 (describiendo el programa intenso e interactivo de capacitación que el Perú ha desarrollado para cerrar la brecha).

A. EL FIN

Como he explicado, a inicios de 1980 y 1990, la estrategia de nuestro país era exportar el sistema penal acusatorio anglosajón al resto del mundo, especialmente, para los sistemas penales comunes (civiles). Ciertas ramas de este esfuerzo continúan por parte del Departamento de Justicia (DOJ) y otras agencias ejecutivas. Sin embargo, los seminarios que consensuadamente estamos realizando el Comando Sur y el FMP, no están coordinados con este esfuerzo más amplio. Compartimos nuestra experiencia porque nos solicitaron apoyo de esta manera. No forma parte de un gran plan norteamericano.

El fin de los seminarios, entonces, es contestar la solicitud del FMP. Cada país tiene que adecuar su sistema penal a sus circunstancias, sus necesidades y su cultura.⁶⁶ Una cosa es cierta: nosotros definitivamente no somos los expertos de estas cuestiones para el Perú. Confiamos en el juicio de los líderes del FMP y que ellos saben bien cómo los seminarios forman parte de su plan para desarrollar su sistema acusatorio. Si no fuera así, no habrían invertido tantos recursos humanos en los intercambios.

Desde nuestra perspectiva, hay también beneficios complementarios con los intercambios, como mantener contacto con un país socio, cultivar amistades entre asesores jurídicos y poder entender más profundamente nuestro propio sistema penal. En inglés, un lema dice que la mejor manera

de aprender es intentar explicar. Por mi parte, he investigado más en cuanto a la contra interrogación y su relación íntima con la prohibición contra el testimonio de oídas y tengo planeado otro ensayo explicando esta cuestión. Nunca habría examinado el propósito de los procesos de nuestro sistema si no tuviera la experiencia de tratar de explicarlo a extranjeros que desconocían el sistema estadounidense. Entonces, aparte de formar nuevas amistades, aprendemos del intercambio, por las preguntas que se presentan, las dudas que se tienen y las conversaciones que se comparten.

B. LOS TEMAS

En cuanto a los temas, los seminarios de juicios orales se enfocan en el desarrollo de tres técnicas: la presentación de evidencia, el cuestionamiento de testigos y el alegato de clausura. Consideramos cada una a su vez.

Primero, la presentación de evidencia. Esta técnica también abarca la presentación de fundamentos. Aunque se presentaba evidencia en el antiguo sistema, el procedimiento para entregar evidencia era distinto para el sistema inquisitivo: el juez controlaba ambas, la presentación y aceptación de la evidencia y las objeciones de la contraparte casi no existían. Al contrario, la presentación de evidencia en el sistema acusatorio constituye un baile entre las tres partes en el juicio: el fiscal o defensor presentan sus fundamentos apoyando la aceptación de la

⁶⁶ Duce y Pérez Perdomo, nota supra 15. a 74 (describiendo la experiencia del Perú con la adopción del código penal de Suiza en 1924: el código era el más liberal de Europa, pero su aplicación en el Perú fue represiva debido a la gran diferencia cultural entre los dos países).

evidencia, su contraparte puede objetar y el juez neutral decide si va a admitir la evidencia que se ofrece. Por lo que entiendo, la presentación de la evidencia en su sistema antiguo era mucho más fácil y, entonces, este aspecto del sistema acusatorio tal vez parezca engorroso.

Segundo, el cuestionamiento de testigos. La evidencia en juicios orales se presenta por medio de testigos. En contraste con el sistema inquisitivo, no es el juez sino los abogados que manejan el procedimiento en el sistema acusatorio: deciden cuales testigos llamar, en qué orden, y el contenido de sus preguntas. La parte que llama al testigo hace el examen directo y las preguntas son abiertas, es decir, no sugieren la respuesta. Después, su contraparte, tiene oportunidad de contra interrogar al testigo y sus preguntas pueden ser cerradas. Una pregunta cerrada sugiere una respuesta breve, es decir, normalmente se puede contestar simplemente con un sí o con un no. Si el examen directo es una ciencia, la contra interrogación es un arte; el último requiere años de práctica para ser eficaz. Claro que no podemos inculcar tal destreza en una sola semana de instrucción, pero podemos compartir las técnicas básicas e indicar como evitar los errores más comunes.

Tercero, el alegato de clausura. En el sistema acusatorio, dependiendo del caso, el juez o el jurado decide el juicio al final de la presentación de evidencia. Pero antes de deliberar, las partes tienen la oportunidad de argumentar. Este alegato de clausura es la última posibilidad para interpretar y explicar el significado de los hechos que se han presentado. Normalmente, los abogados han sabido el contenido del testimonio de los testigos por bastante tiempo. Ya han tenido tiempo suficiente para examinar contradicciones y pensar en cómo se

conectan varias perspectivas que suelen ser incompatibles. Ni el juez ni el jurado tendrían tanto tiempo para digerir los hechos. Presentar un alegato de clausura convincente es sumamente importante. Tal como la contra interrogación, poder argumentar con eficacia normalmente requiere mucha experiencia. Pero por medio de los ejercicios y la retroalimentación durante el seminario, se puede progresar mucho.

Por supuesto, hay otras técnicas que discutimos, incluso el alegato de apertura, las objeciones a la presentación de evidencia, la impugnación y la investigación que hacen los abogados de ambas partes. Pero estas tres técnicas son las más importantes, tanto de los seminarios como en el desempeño profesional en el sistema acusatorio.

C. LAS TEORÍAS

Espero que los que participan en los seminarios se den cuenta que las técnicas no se enseñan tal como se hace en la universidad. Para cada tema, el presentador explica lo básico de la técnica, tomando un máximo de 30 o 40 minutos. Siguen dos breves ejemplos por parte del fiscal y del defensor, quizás por 15 a 20 minutos en total. Luego nos dividimos en 2 o 3 grupos y cada uno tiene la oportunidad de aplicar lo que fue presentado y recibir retroalimentación, tanto del facilitador como de los compañeros. La mayoría del tiempo estamos practicando. Estos ejercicios prácticos son la clave de la teoría del seminario: uno aprende haciendo. Se dice que la eficacia de los antiguos soldados romanos se debía a su entrenamiento; entrenaban de manera realística, como si estuvieran peleando en la batalla.

Si hubiera una segunda teoría de docencia operativa en los seminarios, sería que uno aprende mejor por medio de la

enseñanza. En abril del año pasado, cuatro abogados del FMP asistieron a un seminario parecido, presentado en México por el Instituto de Defensa de Estudios Internacionales de Derecho (DIILS), para investigar si este programa serviría también para el Perú. Uno de ellos, el señor José Castro, participó como docente en el primer seminario que se realizó en Cusco, en el mes de julio. Del grupo de cincuenta personas que participaron en el seminario del Cusco, dos de los participantes que demostraron mayor capacidad en la aplicación de las técnicas enseñadas, viajaron a Iquitos este año para capacitar al siguiente grupo. Dos más de este nuevo grupo fueron ya escogidos para participar en el siguiente seminario, método que seguirá más adelante.

Aunque somos conscientes que nuestro sistema penal tiene sus fallas, estamos orgullosos de él y creemos que mayormente funciona bien. Si nuestros socios de la región deciden adoptar parte de nuestro sistema penal, a fin de perfeccionar sus sistemas penales, con mucho gusto estamos disponibles para compartir seminarios en cuanto a las técnicas que nos han servido. También, para los países que adopten parte de nuestro sistema, deseamos que las reformas sean exitosas y que se capaciten los litigantes en las técnicas del modelo. Nuestra perspectiva es que reformas

institucionales o procesales no bastan; las técnicas de abogacía son necesarias para que el sistema acusatorio funcione debidamente. El lema del Comando Sur, en el contexto de cooperación en seguridad, es *entrenar al entrenador*. A esta obra urgente nos dedicamos.

VI. CONCLUSIÓN

Me siento muy orgulloso de ser parte de este programa. Espero que este ensayo sirva como una introducción informativa a nuestra perspectiva –o por lo menos la mía– en cuanto al propósito de ello. También hay beneficios colaterales para mí y mis colegas. Obviamente, uno aprende mucho de su propio sistema al intentar explicar ello a un tercero. Además, hemos incorporado una hora al fin del día para discutir el derecho comparativo. Estas conversaciones han sido fructíferas. Por lo que entiendo, su sistema reformado es un híbrido del inquisitivo y el acusatorio. Saber más de la aplicación de nuestro sistema a sus circunstancias, es instructiva para la consideración del mejoramiento del nuestro. Finalmente, como otro beneficio colateral de participar en estos seminarios, he tenido el placer no solo de visitar el Cusco e Iquitos, sino también de formar nuevos lazos de amistad con nuestros generosos anfitriones.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN ESPAÑA, SU APLICABILIDAD A LAS JURISDICCIONES ESPECIALES, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA JURISDICCIÓN MILITAR (PARTE I)

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN; II. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA; II.1. EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD JURISDICCIONAL; II.2. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL; II.3. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL JUEZ LEGAL O PREDETERMINADO POR LEY; II. 4. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA; III. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LOS JUECES Y MAGISTRADOS; III.1. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL; III. 2. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL; III.3. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA INAMOVIBILIDAD JUDICIAL; Y IV. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS.

RESUMEN:

El autor expone la posición de diversos autores y la propia sobre los principios constitucionales de la jurisdicción ordinaria española, previstos en la Constitución y Leyes Orgánicas de ese país. Estos principios,

1 Doctor en Derecho, por la Universidad de Castilla La Mancha Toledo España, Abogado, Magister y Doctor en Derecho (Revalida) por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Master en Teoría de las Organizaciones, por la Universidad de Burdeos, Montesquieu IV, Francia, Bachiller y Doctor en Educación por la UNMSM. Es profesor titular y Director de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

según el autor, resultan aplicables a la jurisdicción militar. Se presenta en esta oportunidad la primera parte del artículo, con el compromiso que en el siguiente número se incluirá la parte que lo complementa.

ABSTRACT:

The author presents the position of various authors and his own about the constitutional principles of the ordinary Spanish jurisdiction, as mentioned in the Constitution and Organic Laws of that country. According to the author, these principles are applicable to military jurisdiction. The first part of the article is presented on this occasion under the commitment that the part complementing it will be included in the next issue.

I. JUSTIFICACIÓN

Para nosotros es de suma importancia conocer si los principios constitucionales del Poder Judicial español pueden ser aplicados a la jurisdicción militar y a otras jurisdicciones españolas especiales como el Tribunal de Cuentas y los Tribunales Consuetudinarios.

Para poder entender la aplicabilidad de los referidos principios a las demás jurisdicciones especiales es una condición sine qua non precisar qué entendemos por jurisdicción.

En nuestra concepción, la jurisdicción es un componente de la soberanía del Estado, la cual se ejerce a través del órgano jurisdiccional competente para resolver los conflictos que se susciten entre los particulares; desde luego, mediante la aplicación de la Ley.

El ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos: 1. Haber un conflicto entre partes; 2. existir interés social en la composición del conflicto; 3. haber posibilidad normada de intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial; y 4. poder realizar la aplicación de la Ley o la integración del derecho.

Asimismo, la jurisdicción está determinada por dos aspectos: 1) cuándo y cómo se deciden y ejecutan los actos procesales; y 2) la existencia de coerción y pruebas, como medios por los cuales se puedan comprobar de manera efectiva, clara y contundente la realización de los actos bajo jurisdicción, teniendo en cuenta el modo, el tiempo y la forma de cómo se llevan a cabo.

En razón de lo manifestado, se presume, con fundamento lógico claro, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional tiene como fin primordial la tutela de derechos fundamentales.

En el Estado de Derecho, los principios fundamentales propios de su naturaleza (la separación de los poderes del Estado; el imperio de la Ley como expresión de la soberanía popular; la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; y la garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas) requieren de la existencia de unos órganos que —institucionalmente caracterizados por su independencia— tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular; someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la Ley; controlar la legalidad de la actuación administrativa; y ofrecer a todas las personas tutela efectiva

en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.²

En esta misma perspectiva, se sostiene en la exposición de motivos que:

[...] El conjunto de órganos que desarrollan esa función constituye el Poder Judicial del que se ocupa el Título VI de nuestra Constitución, configurándolo como uno de los tres poderes del Estado y encomendándole, con exclusividad, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que las Leyes establezcan.

[...] El artículo 122 de la CE dispone —a su vez— que la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único y del personal al servicio de la Administración de Justicia, así como el estatuto y el régimen de incompatibilidades de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.

[...] Las exigencias del desarrollo constitucional —en su momento— demandaron la aprobación de una Ley Orgánica que regulara la elección,

composición y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial, aun antes de que se procediese a la organización integral del Poder Judicial. Tal Ley Orgánica tiene, en no pocos aspectos, un carácter provisional que se reconoce explícitamente en sus disposiciones transitorias, las cuales remiten a la futura Ley Orgánica del Poder Judicial.³

Para explicar lo planteado, es importante analizar el artículo 1.1 de la CE. En él se afirma que “[...] España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

En este respecto, para el profesor Garrido Falla⁴ está claro que la definición de España como 1) Estado de Derecho; 2) Estado social; y 3) Estado democrático, significa cuando menos, la incorporación de estos principios rectores a nuestro ordenamiento positivo y su posible utilización como piezas clave para su interpretación.

Evidentemente, la Constitución no se queda en esto. Con cabalidad, el resto del articulado se dedica a instrumentalizar la realización práctica de dichos principios establecidos; por ejemplo, la subordinación de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1); la independencia judicial (art. 117); el poder legislativo democrático (arts. 166 y ss.); y los principios del Estado social

2 Exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio de 1985, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 35.

3 Exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de 1985, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 36.

4 F. GARRIDO FALLA, “Título Preliminar”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución*, (Dir. por F. Garrido Falla), Editorial Civitas, Madrid, 3era. ed., 2001, pág. 33.

(arts. 39 a 53), todo lo cual, desde el punto de vista jurídico, es sumamente importante.

En relación con la última parte del art. 1.1. de la CE —mediante el cual el Estado español propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político— la importancia desde el punto de vista jurídico es la instrumentalización de que tales principios se llevan a cabo en la propia Constitución. De este modo, el pluralismo político se plasma mediante el reconocimiento del sistema de partidos políticos que consta en el artículo 6, y el de la igualdad, plasmado en el art. 14.⁵

En atención a lo explicado, creemos que es necesario realizar un breve análisis del artículo 117.5 de la CE, el cual prescribe que “[...] el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.”

Ciertamente, para un importante sector de la doctrina, la unidad es entendida como la negación de la fragmentación jurisdiccional. Esto porque —como consecuencia de motivaciones derivadas de la esencia, carácter y calidad de la función de dirimir en los conflictos interindividuales de contenido estrictamente jurídico— se hace patente la necesidad, dentro de lo razonable, de asegurar la individualidad y unidad de dicho atributo soberano a favor del Poder Judicial.

El principio de unidad permite que la función jurisdiccional sea ejercida por una entidad *unitaria*, a efectos de asegurar el cumplimiento del principio de igualdad ante la Ley, previsto en el artículo 14° de la CE; y, asimismo, de que todos los justiciables se encuentren, en principio y como regla general, sometidos a los mismos tribunales, sin que se considere inconstitucional la existencia de fueros especiales o de privilegio, en *razón* de la mera e inadmisibles diferenciación de las personas o de cualquier otra consideración absurda.

En efecto, el principio en referencia, que justifica la atención especial de la jurisdicción militar, se ubica en el vértice, en el nivel jerárquico más alto de esa jurisdicción, la cual se rige por la LOPJ. Sin embargo, los juzgados togados, como los tribunales militares territoriales o centrales, se encuentran a extramuros de la organización propia del Poder Judicial y dentro del Ministerio de Defensa, con estatuto jurídico diferente. Ello, desde nuestro punto de vista, es seriamente cuestionable pues afecta los principios constitucionales aplicables a los Jueces y Magistrados.

Sobre este tema, Peñarrubia afirma que:

[...] el legislador constituyente introdujo la mención a la jurisdicción militar en el Título VI de la Constitución dedicado al Poder Judicial del Estado y lo hizo además, para nombrar esta jurisdicción junto con el principio de unidad jurisdiccional. La clave de la jurisdicción militar está en la

5 F. GARRIDO FALLA, “Título Preliminar”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución*, Op. cit., pág. 33.

circunstancia de que ha sido tradicionalmente una jurisdicción retenida y no hay que rasgarse las vestiduras por ello. En la CE cabe una amplia posibilidad de elección para el legislador, que puede mantener el sistema organizativo de la jurisdicción militar como una jurisdicción retenida o preferir otro sistema.⁶

Sin embargo, de modo distinto, nosotros creemos que la opción a tomar en cuenta es la que debe garantizar los derechos fundamentales de los militares, opción que no ha ocurrido en España y de la cual nos vamos a ocupar de manera detenida en el capítulo V.

En la actualidad, en España —tómalo en cuenta— los principios de unidad constitucional⁷ y corrección funcional⁸, la exclusividad de la jurisdicción recae en el Estado. Este ha creado ámbitos para su aplicación. Así, los asuntos ordinarios tratados en el Poder Judicial son regulados en el Título VI CE y en la LO 6/1985, de 1 de julio; los que competen al enjuiciamiento de la

responsabilidad contable, en el Tribunal de Cuentas, en el artículo 136 CE y en la LO 2/1982, de 12 de mayo; los asuntos consuetudinarios, en el Título VI CE y LO 6/1985. Este se refiere a los Tribunales consuetudinarios y tradicionales —como el Tribunal de las Aguas de Valencia y el Consejo de Hombres Buenos de Murcia— los cuales son competentes para resolver los conflictos de agua entre los regantes de los territorios en conflicto. Así mismo, los asuntos castrenses son regulados en la jurisdicción militar en el Título VI CE y en la LO 4/1987 de 15 de julio.

Resumiendo, las jurisdicciones mencionadas se encuentran a extramuros del Poder Judicial lo cual, a nuestro parecer, es ampliamente discutible pues se estaría violando el principio de unidad jurisdiccional y, por ende, el principio del juez independiente e imparcial.⁹

Sin embargo, sí creemos que los asuntos constitucionales que juzga el TC —regulados en el Título IX CE y en LO 2/1979, de 3 de octubre— así como los asuntos de

6 J. M. PEÑARRUBIA IZA, *Presupuestos constitucionales de la función militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 369. En el mismo sentido, F. FERNÁNDEZ SEGADO, “La garantías constitucionales del proceso penal militar”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones penales y procesales militares*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 19 y ss.; del mismo autor, “Sujeción de la jurisdicción militar a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, en E. SÁNCHEZ GUZMÁN (Coordinador), *Comentarios a las Leyes procesales militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, tomo I, págs. 121 y ss.

7 El principio de unidad de la Constitución y de la interpretación de la Constitución se encuentran orientados a ser considerados como un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto, estando exento de toda interpretación aislada y literal.

8 *El principio de corrección funcional obliga al juez constitucional a que, al momento de llevar a cabo su labor de interpretación constitucional, no pueda desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente ha determinado para los órganos constitucionales; de tal forma que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, se constituya en presupuesto para que el respeto de los derechos fundamentales se encuentre plenamente garantizado.*

9 En lo que respecta a este trabajo doctoral, abordaremos de manera detenida la problemática de la jurisdicción militar en el capítulo V.

derechos humanos —normados, asimismo, por los tribunales supranacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, normado en el Convenio de Roma de 1950 o los Tribunales de Justicia de la Unión Europea— sí deben encontrarse a extramuros del Poder Judicial, por la naturaleza y la materia que juzgan. Estos son tribunales que tienen vida sobre la base del control de constitucionalidad el primero y el control de convencionalidad los segundos; todos ellos, órganos de decisión jurisdiccional en última instancia, tanto en la vía nacional como internacional.

De todo lo desarrollado, podemos afirmar que la existencia de la jurisdicción militar en España, dentro del marco del Estado Constitucional, no es materia debatible, pues —en tanto se encuentre prevista en la norma constitucional— posee plena existencia. No obstante, el legislador ordinario tiene la discrecionalidad de regularla mediante Ley y, por ello, a nuestro entender, podría corregir su legislación y establecer la incorporación de la jurisdicción militar —en su totalidad— en el Poder Judicial, con la finalidad de que sea más garantista.

Esta posición adquiere mayor asidero si se tiene en cuenta que, según la CE, la jurisdicción es un asunto exclusivo del Estado. Hay tribunales en las comunidades autónomas y este hecho determina —como se verá— modalidades organizativas y funcionales de los tribunales y de su *planta y demarcación* (dotación y distribución en el territorio). Pero no hay órganos

jurisdiccionales de las Comunidades Autónomas, pese a alguna inexactitud expresiva.¹⁰

Así, en palabras del profesor De La Oliva Santos:

[...] todos los órganos jurisdiccionales españoles, o han de encuadrarse en la llamada jurisdicción ordinaria o son constitutivos o integrantes de jurisdicciones especiales. En efecto, la jurisdicción ordinaria es el conjunto de los tribunales a quienes se encomienda el conocimiento y la resolución de la generalidad de los procesos relativos, a su vez, a la generalidad de las materias jurídicas. Este conjunto de tribunales posee una estructura basada en criterios de jerarquía funcional y de división del trabajo, tanto en sentido cualitativo como cuantitativo. [...] Así la jurisdicción especial es uno o varios órganos jurisdiccionales constituidos o dedicados al completo conocimiento y resolución de procesos concernientes solo a materias o sujetos específicos. El fenómeno de la Jurisdicción especial implica que una parcela del Derecho objetivo se encomienda a un órgano jurisdiccional concreto o a un complejo orgánico determinado. Con frecuencia, la existencia de una Jurisdicción especial comporta que el personal juzgador se reclute de manera especial, que la estructura y el funcionamiento del órgano u órganos presenten singularidad y que la actividad jurisdiccional y procesal también se desarrollen especialmente.¹¹

10 A. DE LA OLIVA SANTOS, “La organización jurisdiccional española”, en VV.AA., *La organización jurisdiccional española*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999, págs. 217-218.

11 A. DE LA OLIVA SANTOS, “La organización jurisdiccional española”, *Op. cit.* pág. 218.

II. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Debemos entender, que la justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial. Este, a su vez, está organizado por un conjunto de juzgados y tribunales, integrados por Jueces y Magistrados que tienen la potestad de administrar justicia en nombre del Rey.

Para Asencio Mellado¹² la CE, al regular en el Título VI con el nombre “Del Poder Judicial”, recupera una tradición que quedó olvidada tras la Constitución de 1869¹³, pero que no ha sido ajena a nuestra experiencia jurídica a lo largo de este siglo. En tal sentido, la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870 —vigente hasta el año 1985 y heredera de la Constitución aludida— siempre mantuvo presente el concepto de Poder Judicial.

Igualmente, para Ramos Méndez¹⁴, el concepto de jurisdicción, independiente del sujeto que la ejerce, se encuadra —según el modelo constitucional actual— en la estructura del Estado como consecuencia de haber asumido estas cargas que comportaba el ejercicio de la acción privada. Este encuadramiento se materializa en lo que la Constitución denomina como “Poder Judicial”. Así, los principios constitucionales que rigen el quehacer del Poder Judicial se

contienen, en su mayor parte, en la norma fundamental, y sus desarrollos se regulan en la LOPJ de 1 de julio de 1985. Parte de esta configuración de los principios se encuentra, asimismo, en el artículo 117º de la CE y en algunos principios específicos del Poder Judicial frente al resto de los poderes del Estado, que tienen también rango constitucional.

En esta instancia, podemos afirmar que el Poder Judicial tiene una doble significación constitucional.¹⁵ La primera se refiere a los órganos dotados de potestad jurisdiccional en general, cuya denominación puede ser “Poder Judicial político”; y la segunda, “Poder Judicial jurisdiccional”, en tanto organización, toda vez que está compuesto por un conjunto de Jueces y Magistrados que tienen potestad jurisdiccional.

Así, las garantías constitucionales de la jurisdicción ordinaria son: a) la unidad jurisdiccional; b) la exclusividad jurisdiccional; c) el juez legal o predeterminado por la Ley; y d) la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la justicia.

II.1. El principio de la unidad jurisdiccional

En la actualidad, el estudio de la jurisdicción debe abordarse desde la configuración constitucional. En tal sentido,

12 J. M. ASENCIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, Tiran lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 45.

13 Como es sabido, la Constitución Española de 1869, aprobada durante el Gobierno provisional de 1868-1871 —el cual pone fin al reinado de Isabel II— regula por primera vez el ejercicio del Poder Judicial en España. Sin embargo, fue abolida tras el triunfo de Martínez Campos en diciembre de 1874 y dio paso a la Restauración Borbónica.

14 F. RAMOS MÉNDEZ, *El Sistema Procesal Español*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 158.

15 En este mismo sentido cf. J. MONTERO AROCA, “La Jurisdicción”, en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 10ma. ed., 2010, pág. 42.

puede decirse que la CE trajo consigo un cambio político sustancial en la concepción del Estado y en la función jurisdiccional, el cual trasciende el ámbito procesal.

La CE establece que la justicia emana del pueblo y se administra por Jueces y Magistrados —integrantes del Poder Judicial— independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley. Este ordenamiento fundamental expone las garantías constitucionales que rodean la potestad jurisdiccional correspondiente a juzgados y tribunales, y consagra el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización de los órganos jurisdiccionales.¹⁶

Así, pues, no puede concebirse una sociedad y mucho menos un Estado que no posea, de una forma u otra, un servicio de justicia. En ese mismo sentido, Bidart Campos¹⁷ explica que “[...] está abolida la justicia privada porque hay un interés público y legítimo en que los individuos resuelvan sus conflictos y pretensiones dentro de la esfera del poder estatal”. Asimismo, Alvarado

Velloso¹⁸ sostiene que la función jurisdiccional del Estado tiene como finalidad primordial la erradicación del uso de la fuerza ilegítima en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de la adecuada convivencia.

Así, pues, en razón de lo dicho, habría que tener en cuenta que, junto a las funciones que realizan los órganos jurisdiccionales, estos también llevan a cabo actividades administrativas y legislativas, lo cual no es impedimento para afirmar que la función jurisdiccional sigue ocupando una ubicación principalísima.

Es cierto también, que fuera del Poder Judicial se ejerce la función jurisdiccional; por ejemplo, la que desarrolla el Poder Legislativo en el juicio político; el Tribunal de Cuentas en asuntos de responsabilidad contable; la jurisdicción militar en lo estrictamente castrense; y también la cuantiosa actividad jurisdiccional que realizan otros órganos, tales como los tribunales administrativos.

Sin embargo, para un sector mayoritario de la doctrina nacional¹⁹, el

-
- 16 A.M. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, “La exclusividad y la unidad jurisdiccionales como principios constitucionales en el ordenamiento jurídico español”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, pág. 3. [en línea], <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/113/art/art4.htm>>, consultada el 19 de agosto de 2011.
 - 17 G. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, vol. II, Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 410.
 - 18 A. ALVARADO VELLOSO, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, págs. 19 y ss.
 - 19 v. J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos de Derecho Procesal, Jurisdicción, Acción y Proceso*, Editorial Civitas, Madrid, 1981; J. MONTERO AROCA, M. ORTELLS RAMOS y J. L. GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1991; A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES, *Derecho Procesal, Introducción*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1999.

principio de unidad jurisdiccional es entendido como la negación de la idea de la fragmentación jurisdiccional. Y esto, debido a que motivaciones derivadas de la esencia, carácter y calidad de la función de dirimir —en los conflictos interindividuales de contenido estrictamente jurídico— hacen patente la necesidad, dentro de lo razonable, de asegurar la individualidad y unidad de dicho atributo soberano a favor del Poder Judicial.

En esta óptica, López Aguilar²⁰, por ejemplo, señala que;

[...] la unidad de la jurisdicción debe ser valorada como uno de los logros señeros del constitucionalismo moderno: consecución histórica y opción jurídica política de primera magnitud; este principio de unidad (art. 117.5. CE) expresa la proscripción de fueros privilegiados (arts. 24.2 y 117.3 CE) y tribunales de excepción (art. 117.6 CE); al mismo tiempo, es trasunto de los dogmas de unidad, coherencia, integración y completitud del propio sistema de Derecho, pese a la multiplicidad de fuentes nutrientes del mismo.

Como sostiene este sector de la doctrina, el principio de unidad permite que la función jurisdiccional sea ejercida por una entidad “unitaria”, a efectos de asegurar el cumplimiento del principio de igualdad ante la Ley, previsto en el Artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante Ley, sin que pueda

prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal.” Con ello, todos los justiciables se encuentran, en principio y como regla general, sometidos a los mismos tribunales sin que se considere inconstitucional la existencia de fueros especiales o de privilegio, en *razón* de la mera e inadmisibles diferenciación de las personas o de cualquier otra consideración absurda.

En nuestra opinión, el principio de unidad de la función jurisdiccional se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según esta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones ha de estar confiada jurídicamente a un único cuerpo de Jueces y Magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado “Poder Judicial”.

Sobre el tratamiento de esta materia, Ramos Méndez²¹ observa que con los rasgos de *exclusividad* e *independencia* hubiera bastado para configurar el papel del Poder Judicial en el Estado de Derecho, ya que a nadie se le hubiera ocurrido poner en duda que existiera más de un Poder Judicial o que este fuera compartido por alguien más dentro de una misma organización estatal. Sin embargo, no es menos cierto que la unidad aparece fragmentada por la especialización y la materia tratada en las diversas instancias.

20 J.F. LÓPEZ AGUILAR, *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 44-45.

21 F. RAMOS MÉNDEZ, *El Sistema Procesal Español...*, *Op. cit.*, pág. 162.

Igualmente, en similar línea de análisis, García Morillo²² asevera que el reconocimiento constitucional del principio de unidad tiene dos consecuencias inmediatas: la primera, que la división territorial del poder no afecta el Poder Judicial (las Comunidades Autónomas pueden asumir poderes legislativos y ejecutivos, pero el Poder Judicial es único en toda España); y la segunda, que todo tribunal que no esté previamente integrado en el Poder Judicial debe ser excluido.

Sin embargo, como parte de un sector minoritario de la doctrina nacional Garberí Llobregat²³ sostiene que:

[...] si la vigencia del principio de unidad, de regir de manera absoluta comportaría la inexistencia de toda clase de jurisdicciones especiales y de tribunales especiales, no es tal sino únicamente relativa. Porque, en efecto, y dado que la Jurisdicción se define primordialmente en función del ejercicio de la potestad jurisdiccional, es obligado concluir que en nuestro ordenamiento existen dichas jurisdicciones y tribunales especiales, que se encuentran situados formalmente a extramuros del Poder Judicial, y que, sin embargo, pese a todo, juzgan y hacen ejecutar lo juzgado.

A nuestro juicio, por el principio de unidad jurisdiccional no se impide que el legislador pueda establecer, al interior del Poder Judicial, juzgados

especializados militares; siempre que dichos órganos jurisdiccionales aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas a la tutela judicial efectiva. Evidentemente, la existencia de la jurisdicción militar no debe ni puede entenderse como sinónimo de lo que propiamente constituye una “jurisdicción de excepción”.

Desde otro punto de vista, si bien la CE regula la existencia de diecisiete Comunidades Autónomas con sus respectivas asambleas legislativas y sus órganos ejecutivos, aquellas carecen de un Poder Judicial propio, toda vez que la administración de justicia es competencia exclusiva del Estado de ámbito nacional, de conformidad con el artículo 149.1.5 CE. En este se preceptúa, entre otros, que “[...] El Estado tiene competencia exclusiva sobre las Administración de Justicia”.

En semejante sentido y de acuerdo con el artículo 152.1 de la CE, en los Estatutos aprobados, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por

22 J. GARCÍA MORILLO, en la obra colectiva, con L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, P. PÉREZ TREMPs y M. SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, vol. II, Op. cit., pág. 219.

23 J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Editorial Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pág. 67.

el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla. El presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea.

Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123 CE, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.

En consecuencia, resulta imposible admitir en nuestro tiempo la existencia de un Poder Judicial autonómico por mucho que, como seguidamente se dirá, las Comunidades Autónomas participen de alguna manera en la administración de justicia. Esta participación,

por lo tanto, debe hacerse de acuerdo con lo que prevea la CE y la LOPJ, los referidos Tribunales Superiores de Justicia que integran la jurisdicción ordinaria y el artículo 122.1 de la CE que preceptúa lo relativo a los Jueces y Magistrados *de* carrera que forman un cuerpo único.²⁴

Es por tal razón, que el TC consagra la posibilidad de que:

[...] las Comunidades Autónomas asuman competencias en lo relativo a la administración de justicia, con tal de que se respete la división constitucional, según la cual cabe distinguir un núcleo esencial, la administración de justicia, integrada por los órganos que ejercen la potestad jurisdiccional y su órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, materias que son competencia exclusiva del Estado.²⁵

II.2. El principio de exclusividad jurisdiccional

El principio de exclusividad de ejercicio de la función jurisdiccional, en puridad, afecta, en primer lugar, al estatus jurídico de los Magistrados y, en segundo lugar, al orden funcional del órgano de la jurisdicción ordinaria. De acuerdo con el primero, los Jueces que forman parte del Poder Judicial están dedicados única y exclusivamente a ejercer funciones de naturaleza judicial; de acuerdo con el segundo, sólo

24 A.M. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, "La exclusividad y la unidad jurisdiccional...", *Op. cit.*, pág. 3.

25 STC 56/1990, de 29 de marzo, f. 2.

el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional del Estado, sin que algún otro poder público pueda avocarse al ejercicio de dicha función.

En consecuencia, el Poder Judicial, en principio, es el órgano estatal al que se ha confiado la protección jurisdiccional de las situaciones subjetivas y de los intereses y bienes jurídicamente relevantes. Respecto de ello, advierte Ramos Méndez “que el Poder Judicial goza de exclusividad en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional. Esta es la función que compete a los Jueces y Tribunales, frente a las funciones típicas del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. El ejercicio de la jurisdicción está reservado al Poder Judicial. Se podría hablar de monopolio, pero no es exacto.”²⁶

Por tanto, el principio de exclusividad de la función jurisdiccional constituye un rasgo constitutivo importante del funcionamiento de todo órgano jurisdiccional, siendo el Poder Judicial, por antonomasia, el órgano al que se le ha encargado ejercer dicha función. Sin embargo, es importante resaltar que la función jurisdiccional es independiente del sujeto que la ejerce. Tan es así, que el caso del recurso a los Tribunales empieza a debilitarse, en el ámbito de las relaciones estrictamente privadas, si es que se efectúa un convenio entre las partes, las cuales pueden optar por el arbitraje como medio de solución de conflictos.

Asimismo, fuertemente vinculado con el principio de exclusividad se encuentra el antes mencionado principio de unidad de la función jurisdiccional. Así, conforme al tercer párrafo del artículo 117 de la CE, este principio posee dos vertientes:

- a) En la vertiente negativa, se manifiesta en la exclusividad judicial — prevista en el artículo 127, primer y segundo párrafos, de la CE— por la cual los Jueces y Magistrados están impedidos de desempeñar otra función que no sea la jurisdiccional.

En efecto, en el desarrollo de la función jurisdiccional los titulares de esta solo pueden realizar esta función, no pudiendo laborar en ninguna otra actividad ya sea para el Estado o para particulares. Es decir, un juez o magistrado no puede, a la vez que administra justicia, desempeñar otros empleos o cargos retribuidos por la administración pública o por entidades particulares. Esta vertiente del principio de exclusividad de la función jurisdiccional se encuentra directamente relacionada con el principio de imparcialidad en la función jurisdiccional, pues tiene la finalidad de evitar que el juez se parcialice en razón de los intereses de una determinada entidad pública o privada.

- b) En la vertiente positiva, se manifiesta en la exclusividad judicial,

la cual encuentra fundamento en el artículo 117 inciso 3, de la CE, según el cual sólo el Poder Judicial puede ejercer función jurisdiccional, salvo el caso de excepciones ya mencionadas como las del Tribunal Constitucional y la de la jurisdicción militar.

En otras palabras, en un Estado constitucional de Derecho, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo pueden arrogarse la función jurisdiccional; pues, como se ha mencionado, esta actividad le corresponde exclusivamente, entre otros, al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y a la jurisdicción militar.

Así las cosas, anota bien Ramos Méndez²⁷ al sostener que “[...] la exclusividad del Poder Judicial tiene claros límites territoriales en el ámbito del propio Estado, confines a los que se limita la soberanía.”

A nuestro juicio, el hecho de que la jurisdicción militar se encuentre facultada para administrar justicia en sede militar no la ampara para que diseñe y autorice el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia (independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, garantía de inamovilidad de los Jueces, etc.). De igual modo, la jurisdicción

militar, en tanto órgano jurisdiccional, no se encuentra exceptuada de observar todas aquellas garantías que componen la tutela judicial efectiva.

II.3. El principio constitucional del Juez Legal o predeterminado por Ley

Para Garberí Llobregat²⁸:

[...] el sometimiento de los poderes públicos a la legalidad vigente adquiere una nueva dimensión cuando es predicado por el Poder Judicial. Porque en este ámbito y aunque en lo que se refiere a la actuación de los Jueces y Magistrados, la referida cláusula de sometimiento como principio informador en el art. 117.1 CE, cuando se refiere a la creación, competencia, constitución o composición de sus órganos, aquel sometimiento se erige también en un auténtico derecho fundamental.

Complementariamente, los artículos 6.1 CEDH y 14.1. PIDCP regulan, al más alto nivel, la garantía del derecho al “juez ordinario predeterminado por la Ley”. En este respecto, debe precisarse que la CE eleva el *principio del Juez Legal* al rango de derecho fundamental y lo reconoce en el artículo 24.2: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso

27 F. RAMOS MÉNDEZ, *El Sistema Procesal Español...*, Op. cit., pág. 161.

28 J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Constitución y Derecho Procesal...*, Op. cit., pág. 61.

público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

En palabras de Asencio Mellado²⁹ este derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por Ley es más amplio en algunas ocasiones o reducido en otras, si se le compara con el principio sobre el que se asienta el derecho al juez legal es una garantía constitucional de la jurisdicción, cuya razón de ser es la de asegurar la independencia e imparcialidad en el ordenamiento jurídico. De conformidad, con ello, en el artículo 117.6: “Se prohíben los Tribunales de excepción.”

Así las cosas, el derecho al juez legal debe analizarse desde dos puntos de vista: uno positivo, que comprende el respeto de los órganos judiciales, como derecho fundamental; y otro negativo, relativo a la prohibición de los tribunales de excepción.

Desde el punto de vista positivo, Montero Aroca³⁰ nos ilustra en el sentido de que este principio sirve para determinar cómo ha de conformarse la organización del conjunto de órganos a los que se dota de potestad; y, en esta perspectiva, descendiendo en esa escala, llega a determinar la persona física que ha de conocer de un asunto concreto.

Esta garantía implica también el derecho fundamental de toda persona a que su caso sea juzgado por Jueces y Magistrados pre determinados por Ley, lo cual encuentra su garantía en el recurso de amparo (art. 53.2 CE).

Complementariamente, Asencio Mellado³¹ sostiene que ha de destacarse que el principio del juez legal o predeterminado por Ley solo es reclamable a los órganos que integran la jurisdicción; no siendo, en consecuencia, aplicable a la regulación, constitución y competencia de los órganos administrativos. Ello es así, en tanto que no es deseable ni exigible la independencia de la administración pública y de sus actuaciones cuando resuelve peticiones de los administrados. Sería absurdo reclamar el derecho al juez legal para el procedimiento administrativo.

Por su parte, el derecho al juez legal, en su vertiente negativa, significa la prohibición de los tribunales de excepción. Esto nos permite comprender, por el principio de reserva de Ley orgánica, que el Poder Ejecutivo no puede crear órganos jurisdiccionales ni alterar su composición o competencia. En este orden de ideas es necesario precisar, conforme lo ha expresado Montero Aroca³² “[...] que los tribunales de excepción, se entiende como aquel que se constituye para juzgar de

29 J. M. ASECIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, Op. cit., pág. 75.

30 J. MONTERO AROCA, “La Jurisdicción”, en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Op. cit., pág. 101.

31 J. M. ASECIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, Op. cit., pág. 76.

32 J. MONTERO AROCA, “La Jurisdicción”, en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Op. cit., pág. 106.

un caso particular o casos individualizados, vulnerando las normas legales de competencia y ex post facto, con lo que supone ello de privación total del principio de juez predeterminado”.

Explica, asimismo este autor, que —tomando en cuenta que el artículo 117.6 de la CE prohíbe los tribunales de excepción— importa precisar cuál es su alcance y contenido, el cual debe comprenderse en el sentido de que los constituyentes en ningún momento pensaron en establecer excepciones reales a la prohibición de estos tribunales, sino simplemente en permitir la ampliación de la competencia de los tribunales especiales militares cuando se declare el estado de sitio. De ello se desprende que los tribunales de excepción están prohibidos sin excepción alguna.

A nuestro juicio, ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la Ley; de tal forma que el legislador debe determinar los elementos de competencia judicial solo a través de ella. Este derecho presupone dos exigencias fundamentales: En primer lugar, que el juez o magistrado tenga potestad jurisdiccional, permitiendo la prohibición de que alguien sea enjuiciado por un juez o magistrado excepcional o por una comisión especial creada para desarrollar funciones jurisdiccionales específicas; y, en segundo lugar, que la jurisdicción y competencia del juez deben ser

predeterminadas por la Ley, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc.

Así, pues, en nuestro concepto, el respeto del principio constitucional del juez legal, en el ámbito militar, es de suma importancia, pues sus órganos jurisdiccionales deben primeramente ser creados por Ley para evitar la creación de tribunales excepcionales pues esta se encuentra prohibida en la CE.

II.4. El principio constitucional de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la justicia

El ejercicio de la función jurisdiccional —enseña también García Morillo³³— se distingue por la responsabilidad. Sin embargo, las singulares condiciones del Poder Judicial implican unos mecanismos de responsabilidad muy particulares. Así, en el artículo 121 CE se regula “[...] que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley.”

A través de esta norma constitucional, se configura la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la justicia. Pero esta responsabilidad, constitucionalmente reconocida de forma genérica, encuentra muy difícil concreción.

33 J. GARCÍA MORILLO, en la obra colectiva, con L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, J., P. PÉREZ TREMPES y M. SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, vol. II, Op. cit., páginas 221-222.

Al respecto, Montero Aroca³⁴ arguye “[...] que en la CE se distingue entre responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 106 CE) y la responsabilidad del Estado Juez (art. 121 CE)”. Al respecto, este autor explica que, con carácter general, debe tenerse en cuenta que esta responsabilidad es: a) directa, en el sentido que no es subsidiaria de la del juez o magistrado que hubiera realizado la actividad originadora del daño evaluable económicamente; b) objetiva, es decir, no dependiente de la existencia de dolo o culpa; y c) derivada de la actividad jurisdiccional sin limitación de procesos, pero no de la actuación administrativa que pueda realizar un juez o magistrado.

A nuestro parecer, lo que debe quedar claro, es que la responsabilidad e independencia son dos elementos de suma importancia pues, en un Estado de Derecho, un juez que comete errores judiciales no puede ser irresponsable de sus actos.

Ciertamente —afirma Asencio Mellado³⁵ en el respecto que nos ocupa— la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la justicia, a diferencia de la responsabilidad personal, se caracteriza por ser directa, toda vez que los supuestos generadores del daño del Estado son producidos y declarados con cargo a la indemnización sin

actuar de forma subsidiaria respecto de los Jueces y Magistrados y al margen de su posibilidad de repetir posteriormente contra ellos. Asimismo, es objetiva porque no se exige que el daño sea consecuencia de una actuación dolosa o culposa, sino que basta la producción de un hecho que ocasione un daño al justiciable que lo alega.

Otro aspecto importante que tiene que ver con la responsabilidad del Estado, por el funcionamiento de la justicia, es el referido al error judicial. Este no se encuentra definido ni en la CE, ni en la LOPJ, pero debemos entender que el error judicial se refiere a toda equivocación del órgano jurisdiccional que puede producir daños al perjudicado en sus bienes, aun cuando no concurra culpa alguna.

Finalmente, a nuestro juicio, el principio constitucional de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la justicia ordinaria es de aplicación a la justicia militar, pues los daños causados en bienes o derechos por error de los Jueces y Magistrados militares —como consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia militar— darán a todos los militares perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor. Es por ello que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizable con relación a un militar o grupo de militares.

34 J. MONTERO AROCA, “La Jurisdicción”, en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Op. cit., págs. 124 y ss.

35 J.M. ASENSIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, Op. cit., págs. 81-82.

III. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS A LOS JUECES Y MAGISTRADOS

Junto a las garantías constitucionales de la jurisdicción ordinaria, en la CE se regula otra serie de garantías, por las cuales los Jueces y Magistrados deben ejercer la función jurisdiccional sobre la base de los principios de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sujeción al imperio de la Ley. En tal sentido, nos interesa determinar si es posible o no que estas garantías constitucionales sean de aplicación también en la jurisdicción militar.

III.1.El principio constitucional de la independencia judicial

Para garantizar la independencia del Poder Judicial, la CE crea el Consejo General del Poder Judicial al que encomienda el gobierno del mismo y remite a la Ley Orgánica el desarrollo de las normas contenidas en su artículo 122.2 y 3.³⁶ En cumplimiento de tales mandatos, en la referida Ley Orgánica se reconoce al Consejo General todas las atribuciones necesarias para la aplicación del estatuto orgánico de los

Jueces y Magistrados; en particular, en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. La Ley, asimismo, concibe las facultades de inspección de juzgados y tribunales, no como una mera actividad represiva sino, más bien, como una potestad que incorpora elementos de perfeccionamiento de la organización que se inspecciona.³⁷

Explica bien Montero Aroca³⁸ que, sobre esta materia, cualquier lectura que se realice de la CE nos llevará a la conclusión de que el requisito fundamental que especializa el estatus de los Jueces y Magistrados es la independencia, pues todos los demás sirven para garantizarla, están a su servicio o se justifican por ella.

Ciertamente, la independencia de la función jurisdiccional es un principio consustancial para los Jueces y Magistrados. En tal sentido, Garberí Llobregat afirma “[...] que la independencia es en verdad, la característica esencial que han de ostentar quienes tienen constitucionalmente atribuido el ejercicio de la potestad jurisdiccional.”³⁹

36 Artículo 122.2 CE: “El Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La Ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y su funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.”

Artículo 122.3 CE: “El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la Ley Orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.”

37 Exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio de 1985, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 37.

38 J. MONTERO AROCA, “La función jurisdiccional y el status de Jueces y Magistrados”, en *Justicia* 86, núm. 1, Barcelona, 1986, pág. 17.

39 J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Constitución y Derecho Procesal...*, Op. cit., págs. 74-75.

Sin embargo, de lo manifestado, debemos tomar en cuenta que la independencia no puede ser exacerbada ni entendida solo y únicamente como sometida a las convicciones del titular de la potestad jurisdiccional; muy por el contrario, se tienen que respetar de manera escrupulosa tanto el principio de legalidad como el de constitucionalidad.

Fairén Guillén, por su parte, explica su acuerdo con lo manifestado al afirmar que “la característica de Jueces y Magistrados, en su labor jurisdiccional, es su independencia en contraste con la dependencia oficial de los funcionarios administrativos.”⁴⁰ En el mismo sentido, Gimeno Sendra sostiene que “[...] la independencia es una nota esencial de la Jurisdicción, sin cuya concurrencia, no puede denominarse “Tribunales” los órganos que puedan ejercitar funciones juzgadoras.”⁴¹ En palabras de este autor, la independencia de los Jueces y Magistrados, frente a los demás poderes del Estado, se puede describir y sintetizar en una sola frase: “división de poderes”.

Asimismo, el propio Gimeno Sendra, asevera que hay tres tipos de garantías que fluyen del principio de independencia: por medio de un primer orden de normas, se intenta evitar que el Poder Ejecutivo pueda manipular ya sea la constitución orgánica de los

tribunales, ya sea la distribución de los asuntos entre los órganos legalmente competentes; por otro, se obliga a la administración a su sumisión; en el más estricto sentido, al principio de legalidad; y, por medio de un tercer grupo de normas, se obliga a que la jurisdicción no tenga otra misión que la de la aplicación misma del derecho objetivo.

En efecto, el principio de la unidad jurisdiccional tiene, como una de sus principales funciones, garantizar la independencia de los órganos que imparten justicia. Tan es así, que la independencia judicial se constituye en uno de los principios medulares de la función jurisdiccional y, sin la ella, simplemente no se podría sostener la existencia de un Estado de Derecho.

En razón de lo hasta ahora manifestado, la independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad de autodeterminación para declarar el derecho, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos fijados por la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

Así, pues, el principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas para que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que

40 V. FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Bosch, Barcelona, 1990, páginas. 105-106.

41 J.V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal, Jurisdicción, Acción y Proceso*, Editorial Civitas, Madrid, 1981, pág. 43.

sea posible la injerencia de otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial, a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, en consecuencia, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se; salvo, desde luego, el caso de los recursos impugnativos, siempre que se hallen sujetos a las reglas de competencia.

En la misma línea de reflexión, López Aguilar manifiesta “[...] que la independencia, como opción constitucional (art. 117.1. CE), no es un preconcepto abstracto, genuinamente dogmático. No es tampoco el precipitado de un imperativo lógico constitucional axiomático.”⁴² De modo distinto, este autor entiende que la independencia requiere de una revisión doctrinal tan profunda como extensa, porque conecta la independencia, en tanto principio, con las prerrogativas estatutarias del juez (art. 112 CE). Y ello porque, a su entender, la independencia es, ante todo, postulado constitucional descriptivo del órgano que imparte jurisdicción (ajeno a presiones específicas, situado en posición de *tercería supra partes* frente a los litigantes)

y garantía de la función que cumple en el universo jurídico.

Así, pues, a nuestro juicio, la independencia judicial —así conceptuada— tiene que concretizarse. No basta con que se regule en una norma constitucional estableciendo que un órgano determinado sea independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones; mucho más importante es que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada posibilite su actuación.

De lo afirmado, se desprende que el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos características: su independencia externa y su independencia interna.

a) Independencia externa. Según esta característica, el Juez o Magistrado, durante su labor jurisdiccional, no se sujeta a ningún tipo de interés que venga de fuera del Poder Judicial. Tampoco admite presión alguna para resolver un conflicto jurídico. Ello, en razón de que las decisiones que adopten los Jueces o Magistrados no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Ejecutivo o Legislativo, por ejemplo); partidos políticos; medios de comunicación o individuos sino, tan solo, de la Constitución y de la Ley.

Ahora bien, la exigencia de que no se admita la influencia de otros

42 J. F. LÓPEZ AGUILAR, *La justicia y sus problemas en la Constitución...*, Op. cit., pág. 45.

poderes o personas, sean públicos o privados, para el ejercicio de la función jurisdiccional, no implica que el Juez o Magistrado goce de una discreción absoluta para las decisiones que deba asumir. Ello porque el principio de independencia judicial tiene como correlato el sometimiento del juzgador a la Constitución y a la Ley, tal como se desprende del artículo 117.1 CE: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley.”

Asimismo, es importante precisar que lo expuesto en los párrafos precedentes no implica que la actuación de los Jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometida a crítica. Así se entiende de lo dispuesto en el artículo 20, inciso 1, literal a) CE, por el cual se reconocen y protegen los derechos “[...] a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.”

- b) Independencia interna.** Por esta característica, la independencia judicial implica, entre otros aspectos que, dentro de la organización judicial:

- 1) los Jueces y Magistrados, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no pueden sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que exista un medio impugnatorio; y
- 2) en el desempeño de la función jurisdiccional, los Jueces y Magistrados no pueden sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

Complementariamente a ello, López Guerra⁴³ enseña que la independencia judicial aparece como un elemento esencial del Poder Judicial, necesariamente vinculado al cumplimiento de su función; y, siendo su función primordial aplicar la Ley a casos puntuales, solo la independencia del Juez o Magistrado, frente a otros poderes, garantizará que se cumpla la voluntad de la Ley y no la voluntad de esos otros poderes. Es así que la seguridad jurídica (certeza del Derecho y de la fuerza vinculante de sus mandatos) y la independencia judicial aparecerán inevitablemente unidas.

Finalmente, debemos sostener que la independencia judicial, como categoría jurídica, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano

43 L. LÓPEZ GUERRA, *Introducción al Derecho Constitucional*, Op. cit., págs. 86-87.

determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones —como es el caso del artículo 8 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, acerca de la Competencia y Organización de la jurisdicción militar (“... en el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley”), sino que también es necesario que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada, como la militar, posibilite tal actuación. En consecuencia, el principio de independencia judicial es de plena aplicación en la jurisdicción militar.

III.2.El principio constitucional de la imparcialidad judicial

La imparcialidad judicial es la vertiente de la independencia judicial. Ella implica la ausencia de todo interés del juez o magistrado en el conflicto que enfrentan las partes.

Así, pues, a nuestro entender, el principio de imparcialidad judicial constituye uno de los componentes esenciales de la función jurisdiccional y, necesariamente, debe formar parte de la jurisdicción militar, toda vez que posee —como el principio de independencia— una doble configuración, ya que

también constituyen garantías para las partes procesales cuando acuden a los órganos jurisdiccionales.

En efecto, el principio de imparcialidad posee dos características exigibles: *imparcialidad subjetiva* si se refiere a algún tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso; y la *imparcialidad objetiva* si se trata de alguna influencia negativa que pueda incidir en el juez, en el magistrado o en la estructura del sistema, restándole calidad a una posición imparcial; es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

Con respecto a lo manifestado, el TEDDH manifiesta que, en tanto existan indicios de parcialidad, “[...] un Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia [...]; debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables.”⁴⁴

En ese mismo sentido, el TC sostiene que:

44 TEDDH Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984.

“[...] la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso la primera de ellas: ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados, de modo que sin juez imparcial no hay propiamente, proceso judicial”.⁴⁵

III.3.El principio constitucional de la inamovilidad judicial

La inamovilidad es una de las garantías de la independencia judicial. Por medio de ella, se procura eliminar la dependencia que pudiera existir sobre el Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. La inamovilidad judicial —explica Maciel Guerreño— tuvo su origen a mediados del siglo XVII y principios del siglo XVIII. Desde ese entonces, fue concebida como la permanencia de los Jueces en sus puestos, mientras dure su buena conducta, garantizándoles estabilidad y plena autonomía en sus decisiones. Posteriormente, se sumó a la inamovilidad de los Jueces, la tangibilidad de sus remuneraciones y la independencia del Poder Judicial.⁴⁶

En los primeros tiempos —prosigue dicho autor— las instituciones inglesas recibían numerosos elogios, tomándose su Constitución como ejemplo. Fue entonces que hasta la época de Lord Coke, la inamovilidad de los Jueces ingleses quedaba librada al arbitrio del Rey. El primer antecedente, fue el reconocimiento de la inamovilidad a los barones que ejercían la jurisdicción en el Tribunal del Tesoro o ‘Exchequer’. Pero, recién en 1701, en tiempos de Guillermo III, la Ley de sucesión que tuvo carácter de Ley fundamental, estableció que los Jueces permanecerían en el empleo *quamdiu se bene gesserint*, es decir, mientras dure su buena conducta. Con esta Ley se dio el puntapié inicial para que los demás países de Europa la agreguen a su sistema judicial. Se la incorporó en las modernas reformas de la Constitución de Suecia; de las Constituciones francesas de 1791, de 1795 y de la Carta Constitucional de Luis XVIII. También fue adoptada por la Constitución holandesa de 1814, al igual que por la mayoría de las constituciones modernas con sus modificaciones respectivas.⁴⁷

En la actualidad, la garantía de la inamovilidad se encuentra prevista en el inciso 2 del artículo 117.2 de la CE, mediante el cual se preceptúa que “los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados

45 STC 45/2006, de 13 de febrero, f. 2.

46 R. MACIEL GUERREÑO, *La inamovilidad judicial*, [en línea], www.rmg.com.py, consultada el 29 de julio de 2011, pág. 3.

47 R. MACIEL GUERREÑO, 2002, “La inamovilidad judicial”, *Op. cit.*, pág.3.

ni jubilados, sino por algunas de las causas y con las garantías previstas en la Ley.”

Así también en el artículo 15 de la LOPJ se señala que “...los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por algunas de las causas y con las garantías previstas en esta Ley.” En efecto, el Poder Ejecutivo, mediante esta normatividad debe aceptar una prohibición, toda vez que, por vía reglamentaria, no podrá reglamentar el régimen orgánico de Jueces y Magistrados ni menos modificar la inamovilidad.

Sobre este punto, tiene razón Gimeno Sendra cuando sostiene que “[...] el binomio independencia responsabilidad ha pasado a transformarse en una ecuación en la que suele afirmarse que a mayor independencia más responsabilidad”⁴⁸, toda vez que la inamovilidad judicial, en esencia, es una garantía instrumental de la independencia de la magistratura, pues lo que busca es proteger la autonomía de los Jueces y Magistrados en el pleno ejercicio de su potestad, evitando que —sin causa— sean separados, suspendidos o trasladados de sus puestos por voluntad unilateral del Poder Ejecutivo.

En el mismo sentido Fernández Segado⁴⁹ asevera que la inamovilidad tiene

como fin fortalecer la resistencia del Poder Judicial frente a los embates del Ejecutivo. En esta óptica, se constituye en un valladar —contra la remoción y el apartamiento de los Jueces, impuestos por la vía del traslado sin consentimiento— convirtiéndose, por ende, en un resguardo seguro para la permanencia en la sede y en el grado.

Es por ello que la inamovilidad de los Jueces y Magistrados, durante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, define su estatus jurídico y la consagra como una garantía de justicia para el litigante. De ello se colige que es imprescindible la inamovilidad para la independencia judicial en un Estado constitucional.

Al respecto, Garberí Llobregat⁵⁰ precisa que las cuatro posibilidades de movilidad (separación, suspensión, traslado y jubilación) no tienen un mismo régimen jurídico, ni producen iguales efectos, ya que las dos primeras y algunos aspectos de la tercera entran en el ámbito de las sanciones disciplinarias derivadas del incumplimiento inherente al cargo judicial, mientras que el traslado, en ocasiones, y la jubilación no tienen carácter punitivo. Por ello dicho autor sostiene que:

- La separación del cargo, entre otras razones, puede producirse por la pérdida de la nacionalidad española, por sanción disciplinaria, por

48 J. V. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal, Jurisdicción, Acción y Proceso*, Op. cit., pág. 81.

49 F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Sistema Constitucional Español*, Op cit., pág. 1065.

50 J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Constitución y Derecho Procesal*, op cit., págs. 82-83.

imposición de condena penal de separación o inhabilitación absoluta o especial para cargo público, o, por último, por estar incurso el Juez o Magistrado en alguna causa de incapacidad (art. 379 LOPJ).

- La suspensión, que también constituye sanción disciplinaria (art. 420 LOPJ), tendrá lugar cuando se declare judicialmente proceder contra un Juez o Magistrado por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, cuando contra ellos se hubiere dictado auto de prisión, de libertad bajo fianza o de procesamiento, en virtud de expediente disciplinario o de incapacidad, y por sentencia penal firme que contemple la suspensión a título de pena principal o accesoria (art. 383 LOPJ).
- El traslado, cuando es forzoso, tiene carácter sancionador (art. 420 LOPJ).

Por último, la jubilación es susceptible de adoptarse automáticamente por razón de edad (al cumplir los setenta años, art. 386 LOPJ), pero también por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones (art. 385 LOPJ).

IV. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS

Si partimos por entender que el principio de responsabilidad de los Jueces y Magistrados es la otra cara del principio de

independencia judicial, de ello se desprende que la responsabilidad es el resultado de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados. En este contexto, la responsabilidad puede ser disciplinaria, civil y penal. La disciplinaria se refiere al incumplimiento de deberes profesionales; la civil y penal se derivan del ejercicio de la función jurisdiccional.

En este respecto, Asencio Mellado precisa que:

[...] el artículo 117 de la CE se refiere a la responsabilidad de Jueces y Magistrados como una garantía más inherente al ejercicio de su función. En tanto esta cumple en forma independiente, un uso incorrecto de la misma o simplemente no sujeto a la Ley en sentido amplio, debe ser causa de exigencia de responsabilidad. Quien es independiente ha de ser responsable en evitación de arbitrariedades y máxime en quienes gozan de un poder de tal magnitud en la sociedad.⁵¹

Asimismo, este autor explica que la responsabilidad personal de Jueces y Magistrados, regulada en la LOPJ —en desarrollo de las previsiones constitucionales— se refiere, precisamente por ello, a la derivada únicamente del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Fuera de las actividades propias de esta función, a los Jueces y Magistrados le afectan responsabilidades similares a las exigibles a cualquier otro ciudadano.

De similar parecer es Garberí Llobregat⁵² pues, para él “[...] la responsabilidad es el adecuado contrapunto a la

51 J. M. ASENSIO MELLADO, *Introducción al Derecho Procesal*, Op. cit., pág. 99.

52 J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Constitución y Derecho Procesal*, op. cit., pág. 83.

independencia de los Jueces”. De ello se desprende que la relación entre independencia y responsabilidad es clara, toda vez que estas conforman, dentro del marco de los principios de Estado constitucional, un binomio necesario; pues, como ya se dijo, a mayor independencia debe haber mayor grado de responsabilidad de los Jueces y Magistrados.

Sin embargo, la responsabilidad de los Jueces y Magistrados contiene un reconocimiento constitucional genérico y, por lo tanto, su aplicación se hace muy difícil.

En esta misma línea de análisis, García Morillo⁵³ observa que:

[...] aunque ejercen un poder de indudable relevancia política, los Jueces y Magistrados no están sometidos a ninguna responsabilidad política, que sería radicalmente contraria a la inamovilidad; esto se expresa, pues la única forma de control a que están sometidas es la derivada de los recursos que se interpongan, cuando ello proceda legalmente, contra sus resoluciones y ante otros órganos y ello no puede acarrear otra consecuencia que la anulación de la resolución recurrida.

En palabras de Montero Aroca⁵⁴ —quien desarrolla de manera expresa las tres clases de responsabilidades antes referidas, contempladas en los artículos 117 CE y 16 de la LOPJ— estas permiten establecer dos grupos:

- El de la responsabilidad disciplinaria o gubernativa sin referencia a un proceso concreto. Este grupo comprende dos tipos de actuaciones: unas en las que no se ve implicada la potestad jurisdiccional —como sería el caso de infracción de normas de incompatibilidades o la ausencia injustificada del lugar donde se prestan los servicios— y otras en las que entran en juego la potestad jurisdiccional, pero no sobre un proceso concreto sino, en general, sobre el abandono o el retraso injustificado en el desempeño de la función judicial.
- El de la responsabilidad jurisdiccional, por el que se atiende a la actuación en el desempeño de la potestad jurisdiccional, la misma que va referida a los casos juzgados específicamente. Puede ser: 1) civil, para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por los Jueces o Magistrados si, en el desempeño de sus funciones, incurren en dolo o culpa; y 2) penal, por delitos cometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional.

En estos dos grupos se delimitan de manera expresa los dos grandes ámbitos de la responsabilidad de los Jueces: el disciplinario y el jurisdiccional. En uno se ven los casos juzgados; y en el otro, sin expresa referencia a un

53 J. GARCÍA MORILLO, en la obra colectiva, con L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, P. PÉREZ TREMPs y M. SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, vol. II, *Op. cit.*, págs. 221-222.

54 J. MONTERO AROCA, “La Jurisdicción”, en VV.AA., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, *Op. cit.*, págs. 121-122.

proceso específico, los casos en los que no se ve comprometida la potestad jurisdiccional.

Esta problemática de la responsabilidad ha generado una serie de situaciones respecto de las cuales, hasta el momento, no existen repuestas del todo convincentes.

A nuestro juicio, el principio de la responsabilidad de los Jueces es de plena

aplicación en la jurisdicción militar pues, en el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos judiciales militares deben resolver de acuerdo a derecho. De no hacerlo responderían penal y civilmente en los casos y en la forma determinados en las Leyes; y, disciplinariamente, por las faltas e infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones dentro del marco legal.

Angelita Del Rosario Huapaya Rueda¹

MISIÓN DE PAZ

EN LA REPÚBLICA CENTROAFRICANA: UNA EXPERIENCIA DE VIDA

SUMARIO: I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN; II. DE LA PREPARACIÓN PREVIA AL DESPLIEGUE; III. EL DESPLIEGUE; IV. LA MISIÓN MULTIDIMENSIONAL INTEGRADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ESTABILIZACIÓN EN LA REPUBLICA CENTRO AFRICANA – MINUSCA; V. EXPERIENCIA ÚNICA Y PRIVILEGIADA; VI. LO BUENO Y LO NO TAN BUENO DE LA MISIÓN; VII. EXPERIENCIA PARA VOLVER A REPETIR; Y VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

En este artículo, la capitán de corbeta Angelita Del Rosario Huapaya Rueda, narra su experiencia personal como “casco azul”, miembro de la Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Centroafricana (MINUSCA). Sus consejos y la narración de los retos que tuvo que enfrentar como “peacekeepers” durante un año, pueden ser serviciales a otros miembros de nuestras Fuerzas Armadas en misiones de paz.

1 Capitán de Corbeta CJ de la Marina de Guerra del Perú. Abogada de profesión, con estudios de maestría en Derecho de la Empresa, ostenta la especialidad de Asesor Jurídico Operacional. Es asesora y docente en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, con estudios en el Centro de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos en Perú y el Instituto Internacional de Derecho Humanitario en San Remo- Italia; cursó estudios como Observador Militar en el “Centro de Entrenamiento y Capacitación para Operaciones de Paz” (CECOPAZ) en Perú e hizo el Curso de Staff en Operaciones de Paz en la Escuela de Misiones Internacionales y Acción Integral- ESMAI en Colombia. Fue condecorada con la Medalla de la Paz por Naciones Unidas, al haber servido como Oficial Staff en la Misión Multidimensional Integrada de las Naciones Unidas para la Estabilización en la República Centro Africana –MINUSCA (abril 2017-abril 2018).

ABSTRACT:

In this article, corvette captain Angelita Del Rosario Huapaya Rueda recounts her personal experience as a "blue helmet", member of the United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in the Central African Republic (MINUSCA). Her advice and the narration of the challenges she had to face as "peacekeepers" for a year, can be helpful to other members of our Armed Forces in peacekeeping missions.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Desde que fui estudiante del Curso Básico de Derecho Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, en el Centro de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas del Perú, supe que quería convertirme en un Casco Azul. Estaba decidida a conocer de cerca la experiencia de trabajar para las Naciones Unidas, de aplicar los conocimientos adquiridos en ambas ramas del Derecho Internacional Público, convencida de que ello cambiaría definitivamente mi vida.

Consciente también de que ello no sería fácil, me preparé tanto a nivel teórico, siguiendo los cursos obligatorios que me exigía la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como a nivel práctico, asistiendo de lunes a viernes al gimnasio y corriendo los fines de semana. Tener una adecuada preparación intelectual y física puede hacer la diferencia entre la vida y la muerte en una

misión de paz, porque no sólo es necesario saber cumplir los estándares de seguridad exigidos por la ONU, sino, también, saber cuándo aplicarlos y reaccionar ante situaciones extremas, que en la mayoría de los casos pueden resultar siendo fatales.

II. DE LA PREPARACIÓN PREVIA AL DESPLIEGUE

La preparación previa a un despliegue, para servir en una misión de paz, significa tener un 50% de éxito en la misma. El Perú tiene la fortaleza de contar con una de las mejores escuelas de preparación de peacekeepers: el "Centro de Entrenamiento y Capacitación para Operaciones de Paz" (CECOPAZ).² Este Centro fue creado por Resolución Ministerial N° 212-2013-DE/SG, de 11 de marzo de 2013, y es un órgano académico del Sector Defensa, que tiene por misión desarrollar los programas de entrenamiento, capacitación, actualización y perfeccionamiento, para poder conformar las misiones de paz solicitadas por la ONU. Es la primera ventana que permite conocer de cerca el trabajo que se realiza en una misión de paz, siendo dicha preparación muy exigente y positiva.

Este Centro cuenta con la participación de oficiales peruanos de los tres Instituciones Armados y con oficiales extranjeros que apoyan como docentes en las áreas de su competencia y comparten sus experiencias en las diferentes misiones de paz en las que han servido. Como egresada de esta escuela puedo decir, sin temor a equivocarme,

que tenemos una de las mejores escuelas del continente americano. Nos damos cuenta de ello, sin duda, en la práctica, al compartir vivencias y experiencias con nuestros pares latinos desplegados en una misión.

No obstante, la creación del CECO-PAZ en el año 2013, es preciso resaltar que el Perú viene colaborando con la ONU, enviando tropas de cascos azules, desde junio de 1958, cuando los primeros militares peruanos viajaron al Líbano para participar en la Misión de Observadores de las Naciones Unidas en ese país (UNOGIL).³ Desde entonces, el Perú ha venido desplegando personal militar en diferentes misiones, teniendo una notable participación en todas ellas. El otro 50% del éxito es la actitud.

De otro lado, tuve la valiosa oportunidad de poder hacer el Curso de Staff en Operaciones de Paz en la Escuela de Misiones Internacionales y Acción Integral-ESMAI, en Colombia,⁴ con el auspicio y la dirección de las fuerzas armadas canadienses. Ese fue mi primer acercamiento con oficiales de instituciones armadas foráneas, tales como Argentina, México, Paraguay, Uruguay, Bélize, Jamaica, Trinidad y Tobago, Colombia y Canadá. Esta experiencia significó un complemento a nivel teórico - práctico, acercándome cada vez más a lo que sería posteriormente mi desenvolvimiento como “Oficial Staff” y con oficiales del resto del mundo.

III. EL DESPLIEGUE

Una mañana recibí una llamada telefónica y mi interlocutor preguntó si estaba

lista para viajar en una misión de paz; ya tienes un “Posting order”, dijo él. Sin dudar, respondí: ¡Presente señor, estoy lista y que sea lo que Dios quiera! Así fue como, después de un mes, aproximadamente, me encontraba en la sala de espera del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de Lima, lista a partir, sin temor, porque me sentía preparada para cumplir la misión.

Llegada al Aeropuerto Internacional de Bangui, capital de la República Centroafricana, mi impresión fue negativa. Sus instalaciones distaban mucho de ser uno de categoría internacional y al mirar sus alrededores parecía que no existía civilización, dándome la sensación de que si tenía problemas nadie me ayudaría.

Debo reconocer que he visto muchas películas de guerra y acción, documentales sobre zonas en conflicto, pero siempre me pareció imposible encontrarme en un lugar de aquellos, cuyos escenarios mostraban las matanzas más sangrientas, lo más duro del sufrimiento humano, el hambre, la desesperación, la incertidumbre, el padecimiento constante, la opresión; pero, pisar un área donde se libera un conflicto armado, estar en medio de dicho conflicto, es algo que nunca terminas de asumir.

Finalmente llegué al HQ (Headquarters) para recibir las charlas respectivas de seguridad, donde te vuelven a recalcar que primero es tu vida y debes hacer todo lo posible por preservarla. Dos semanas después de mi llegada terminé mi “check in” y, luego de pasar los exámenes teóricos y prácticos

3 <<http://www.ccffaa.mil.pe/labor-internacional/misiones-de-paz/>>

4 <<https://www.esmai.mil.co/>>

respectivos, me encontraba ya lista para iniciar mis labores como Oficial Staff.

IV. LA MISIÓN MULTIDIMENSIONAL INTEGRADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ESTABILIZACIÓN EN LA REPUBLICA CENTROAFRICANA – MINUSCA

Mediante Resolución 2149, de 15 de setiembre de 2014,⁵ la Misión Internacional de Apoyo a la República Centroafricana con Liderazgo Africano (MISCA), traspasó su autoridad a la Misión Multidimensional Integrada de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Centroafricana (MINUSCA), inicialmente, hasta el 30 de abril de 2015. Actuando de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad autorizó a la MINUSCA a adoptar todas las medidas necesarias para desempeñar su mandato, en la medida de sus capacidades, dentro de las zonas en que esté desplegada. Asimismo, solicitó al Secretario General que, en estrecha coordinación con la Unión Africana, desplegara un equipo avanzado para establecer la MINUSCA y preparar la transición fluida de autoridad de la MISCA a la MINUSCA, para el 15 de setiembre de 2014, que nombrara a un representante especial para la República Centroafricana y Jefe de la Misión de la MINUSCA, quien, a partir de la fecha de su nombramiento, asumiría la autoridad general sobre el terreno, en la coordinación de todas las actividades

del sistema de las Naciones Unidas en la República Centroafricana.⁶

Estas actividades de Naciones Unidas se justificaban, porque en la República Centroafricana existía y continúa existiendo un conflicto interno que ha cobrado la vida de mucha gente, entre ellas, de la población civil, ajena a dicho conflicto. Este país se encuentra fragmentado socialmente, existiendo dos grandes grupos antagónicos: los Ex Selekas (musulmanes), cuyo objetivo es mejorar la situación socio política y económica de sus miembros y desarrollar arreglos políticos y económicos duraderos y los Anti-Balakas (cristianos), cuyo nombre significa anti machete, quienes buscan vengar la violencia indiscriminada de los Ex Selekas y asegurar un papel dominante en el futuro político y económico del país. Dentro de estos grupos, a su vez, existen otras subdivisiones con intereses particulares y en medio de todo ello está el sufrimiento de niños, mujeres, ancianos y todas aquellas personas que no pertenecen a esos grupos.

En este contexto, el mandato principal otorgado por las Naciones Unidas a la Misión consistía en:

- a) La protección de los civiles;
- b) La protección del personal, las instalaciones y los equipos de las Naciones Unidas, así como la seguridad y la libertad de circulación del personal de este organismo mundial y el personal asociado;

5 <<https://peacekeeping.un.org/es/mission/minusca>>.

6 <<http://www.un.org/es/peacekeeping/missions/minusca/background.shtml>>.

- c) El apoyo al proceso político y los elementos clave de la transición, incluido el restablecimiento de la autoridad del Estado y su extensión a todo el territorio;
- d) La creación de condiciones de seguridad propicias para la prestación de asistencia humanitaria basada en principios y el regreso seguro, voluntario y sostenible de los refugiados y los desplazados internos;
- e) La promoción y la protección de los derechos humanos;
- f) La promoción de un diálogo, mediación y reconciliación nacionales en todos los niveles; y
- g) El apoyo al desarme, la desmovilización y la reintegración de antiguos elementos armados, con especial atención a los niños, y la repatriación de elementos extranjeros, así como programas comunitarios para la reducción de la violencia.⁷

En cuanto a las tareas adicionales de la Misión, se encuentran:

- a) El apoyo a la organización y la celebración de elecciones;
- b) El apoyo a la reforma del sector de la seguridad;
- c) El apoyo a las instituciones policiales, penitenciarias y de justicia, a fin de restablecer el sistema de justicia penal;
- d) Las actividades relativas a las minas, la vigilancia del tráfico de armas y

municiones y la gestión de las existencias;

- e) La coordinación de iniciativas internacionales para apoyar una mejora de la gobernanza, por ejemplo, la elaboración de políticas fiscales sólidas y la gestión de los recursos naturales; y
- f) La creación de instituciones y el establecimiento de las bases para lograr una recuperación socioeconómica a largo plazo.

Lo que la ONU pretende es recuperar un Estado, que hasta el momento es fallido, para lograr con ello la paz y que el país pueda mantenerse sin necesidad de ayuda externa.

V. EXPERIENCIA ÚNICA Y PRIVILEGIADA

Convertirme en casco azul, en una Misión de Paz como la MINUSCA, significó para mí la posibilidad de prestar servicio en un lugar olvidado, como es la República Centroafricana, catalogada por la UNHCR ACNUR (Agencia de la ONU para los Refugiados) como uno de los diez (10) países más peligrosos del mundo⁸, con gente que sufre a diario los escarnios de una guerra que le es ajena, de un clima caluroso, con escasez de alimentos y de agua y, por si fuera poco, padeciendo numerosas enfermedades endémicas como la malaria. La pobreza que vive la República Centroafricana es impactante, por ello, salir a las calles y convivir con la gente, que no sabe si comerá ese día, produce una profunda impresión.

7 <<http://www.un.org/es/peacekeeping/missions/minusca/background.shtml>>.

8 <<https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/cuales-son-los-paises-mas-peligrosos-del-mundo>>.

Mucha gente piensa que la vida de un casco azul es fácil. Nada más lejos de la realidad. Para nosotros no era posible desplazarnos solos por las calles, el peligro era constante, más si eres mujer, debido al alto índice de raptos y violaciones; por esta razón, sólo estaba permitido desplazarse en los carros y mini buses que te asignaba la ONU; tampoco debíamos estar fuera de la casa después de las 22.00 horas (Curfew). La comida era congelada y solo comíamos pollo, ya que la carne era de dudosa procedencia y lo combinábamos con arroz y menestras. Debíamos alimentarnos bien, para que cuando tocara enfermarse pudiéramos resistir la enfermedad y el tratamiento. El agua que tomábamos era de las plantas de la ONU, teníamos una “rutina de agua”, generalmente los domingos, que consistía en llenar nuestras tinajas y tenerlas de reserva en la casa para poder consumirla durante la semana. El agua de la grifería era turbia y no apta para el consumo humano, que usábamos para bañarnos y, cuando no había agua, lo cual sucedía a menudo, usábamos las tinajas. Los más de 40 grados de temperatura casi siempre eran insoportables y te aferrabas a tu ventilador, pero de pilas, ya que, por lo general, tampoco había electricidad.

Pese a todo ello, la ventaja de los casos azules es que somos aventureros y mujeres y hombres de guerra, nos amoldamos a cualquier situación. Desde que pisé Bangui me mantuve con la mente positiva y pese a lo que podía ver a mi alrededor; tuve la suerte de encontrar gente amiga, al principio latinos que me tendieron la mano y luego personas de otros países que también me ayudaron y tuve la oportunidad de ayudar también. Compartía la casa donde estuve alojada con cinco oficiales varones, uno de Brasil y los demás de Guatemala, Colombia,

Paraguay y Uruguay. En la rutina para mantener la casa, cargaba las tinajas, conducía la Nissan Patrol para ir de compras, lavábamos, cocinábamos, limpiábamos la casa juntos, ganándome en todo momento el respeto de mis compañeros, quienes siempre me trataron muy bien. Nos cuidábamos mutuamente, aprendía mucho de ellos y denominábamos a nuestra vivienda: “Casa Latina”, donde albergábamos a los nuevos oficiales que llegaban a la misión como miembros en tránsito, para ser distribuidos a otras zonas del país, mientras que otros, como yo, pudimos quedarnos en ella como miembros permanentes por un año.

Hay algo que es muy cierto y hasta creo es una de las claves para el éxito en una misión: tener conciencia de no estar solo, que puedes ayudar y que hay gente que está viviendo lo mismo que tú, que también te ayudará. Hacer amigos en una misión es una bendición, porque ellos pasan a ser, literalmente hablando, tu familia. Recuerdo que cuando estuve hospitalizada, por contraer una infección africana, me fue a visitar mucha gente, entre ellos mi jefe inmediato (Oficial Superior de Zambia), mis compañeros de oficina, amigos de habitabilidad, oficiales del HQ de diferentes países, pero, debo admitir, que lo que me hizo verter una lagrima fue recibir la visita de las señoras lugareñas que se encargaban de la limpieza en mi oficina; verlas llegar al hospital para desearme pronta mejoría, para mí, no tenía precio. Pensé: ¡definitivamente creo que algo estoy haciendo bien!

VI. LO BUENO Y LO NO TAN BUENO DE LA MISIÓN

Ser Oficial Staff y trabajar de forma directa para el Force Commander y con los oficiales del Estado Mayor, me enseñó

a exigirme cada día más. Trabajaba no sólo en la oficina, donde debía agudizar mi oído para entender el distinto acento del inglés en cada compañero, sino también me desplazaba por la capital e interactuaba con los lugareños, que me permitió mejorar mi hasta entonces básico francés. Realizaba servicio de guardia con regularidad, actividad en la que sentía siempre una gran responsabilidad, no obstante, mi experiencia de doce años realizando este servicio en mi institución. Saber que las vidas de mis compañeros dependían de mí, me producía una extraña sensación.

Tener miedo no es malo, lo malo es no enfrentar tus temores, así que allí estaba yo, bien preparada con mi café pasado, con mis dulces y mucha agua, porque en un país en conflicto no te puedes dar el lujo de pestañear. Al día siguiente, en el Puesto de Comando, tenía que hacer una breve exposición de las novedades de mi guardia. Recuerdo que lo que más anhelábamos era reportar el informe con aquella famosa frase: *"nothing special to report"*, pero, lamentablemente, era pocas veces utilizada, porque los ataques eran constantes y los sucesos más duros y crueles sucedían por las noches, debido a que los rebeldes, tanto Selekas como Antibalakas, por lo general, aprovechaban la noche para atacar. Recuerdo la vez en que tuvimos que despedir a nuestros compañeros del contingente de Camboya, muertos cruelmente a machetazos, sin ningún tipo de compasión. Al día siguiente, todos estábamos con la moral por los suelos, tratando de entender lo que había pasado, pensando en cómo estarían sus familias y, en mi caso, preparando el funeral, lo cual se daría luego de las investigaciones respectivas a cargo del Provost Marshal y el Legal Adviser. Era parte de mi misión preparar las exequias de mis compañeros: *"hoy por ti mañana por*

mí", se dice, claro que, en el fondo, ruegas que algo así nunca te pase.

En otra oportunidad, estando en el HQ, escuchamos fuertes ruidos que venían de la calle, nuestras radios empezaron a enviar los reportes de seguridad y la ansiedad creció. ¿Qué había pasado?, la ciudad se había levantado por la muerte de una niña. La turba pretendía atacar la MINUSCA, porque para ellos, no habíamos sido capaces de protegerla, quemaron un carro de la misión y nuestros compañeros de Sri Lanka, que se encontraban en el vehículo, salieron despaavoridos y se pusieron a buen recaudo, aun cuando resultaron seriamente lastimados. Se decretó "orden de inamovilidad", porque todos nos convertimos en "blancos" y dependíamos únicamente de nuestros contingentes de seguridad. Ese día nadie almorzó, nos juntamos en la zona de refugio, todos desconcertados, esperando que la situación se calmara, hasta que finalmente evacuamos la HQ. Los disturbios eran parte del día a día en la misión.

VII. EXPERIENCIA PARA VOLVER A REPETIR

Recuerdo que un compañero de misión y buen amigo, el coronel Julio Pinelo Soto de Guatemala, me dijo: *"comandante, ¿Pasó usted su examen psicológico antes de venir a esta Misión?"*, por supuesto señor, en mi país debemos pasar todos los exámenes médicos para participar en una misión, le contesté. El replicó: *¡pues no creo que usted haya pasado el examen!*, desconcertada, le dije: *¿por qué no me cree señor?*, a lo que él replicó: *"porque para querer venir por propia voluntad a este infierno, uno tiene que estar loco"*. Si me pidieran algún consejo para participar de una misión de paz, les preguntaría primero si realmente se sienten

capaces de asumir retos y compromisos y, luego, los incentivaría a que lo hagan, porque parte del éxito de una misión radica en disfrutar a cada instante de lo que se hace, cuidarse, seguir las reglas de conducta de la ONU y por sobre todo, tener la conciencia de que más que un militar con nombre y apellido, uno es un embajador de su país y de la institución a la cual pertenece. Por eso, cuando me preguntan si volvería a ir, les

respondo sin dudar: CLARO QUE SÍ, porque no solo es una experiencia de vida, es tu pequeña contribución a la paz del mundo.

¡SOMOS HOMBRES Y MUJERES CONVENCIDOS Y DISPUESTOS A HACER ALGO POR LA PAZ, POR ELLO UNA VEZ PEACEKEEPER... SIEMPRE PEACEKEEPER!!!

VIII. BIBLIOGRAFIA

Bienvenidos a las Naciones Unidas. Son su mundo. (consultado el 03 de enero del 2019). Disponible en: <<http://www.un.org/es/peacekeeping/missions/minusca/>>

Centro de Entrenamiento y Capacitación para Operaciones de Paz (consultado el 03 de enero del 2019). Disponible en: <<http://www.cecopazperu.mil.pe/>>

Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas del Perú (consultado el 03 de enero del 2019). Disponible en: <<http://www.ccffaa.mil.pe/labor-internacional/misiones-de-paz/>>

Escuela de Misiones Internacionales y Acción Integral ESMIAI (consultado el 30 de diciembre del 2018). Disponible en: <<https://www.ejercito.mil.co/>>

UNHCR ACNUR, La Agencia de la ONU para los Refugiados (consultado el 05 de enero del 2019). Disponible en: <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/cuales-son-los-paises-mas-peligrosos-del-mundo>



La capitán de corbeta Angelita Del Rosario Huapaya Rueda en Bangui, con niños de la República Centroafricana.

Alejandro Martín Ponce Gálvez Durand¹

LA OPERACIÓN CHAVÍN DE HUÁNTAR Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

SUMARIO: I. PREÁMBULO; II. SOBRE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA OPERACIÓN; III. RESPECTO A LA REGULACIÓN APLICABLE; Y IV. CONCLUSIÓN.

RESUMEN:

El autor expone su punto de vista sobre las normas de Derecho aplicables durante la ejecución de la "Operación Chavín de Huántar", el 22 de abril de 1997, para liberar a los 72 rehenes que miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru retuvieron por 126 días en la casa del embajador del Japón.

ABSTRACT:

The author gives his point of view on the applicable legal rules during the execution of "Operación Chavín de Huántar (Chavín de Huántar Operation)", on April 22, 1997, to free the 72 hostages that members of the Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (Tupac Amaru Revolutionary Movement) retained for 126 days in the house of the ambassador of Japan.

¹ Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas -UPC-, Master en Derecho Internacional de la Empresa por la Universitat de Barcelona y OBS Business School, y egresado del XXXI CEDEYAC.

I. PREÁMBULO

En la década de los noventas, nuestro país se encontraba inmerso en el terror ocasionado por las organizaciones denominadas “Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso (PCP-SL)”² y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (“M.R.T.A.”), situación que había alcanzado parte importante del territorio nacional, incluyendo la capital limeña.

En la noche del 17 de diciembre de 1996, 14 miembros del grupo terrorista M.R.T.A. tomaron la residencia del embajador del Japón Morihisa Aoki, cuando se celebraba el natalicio del Emperador del Japón Akihito, evento al que asistían 500 invitados entre empresarios, diplomáticos, religiosos, militares y políticos, siendo liberados gran parte de estas personas por los propios terroristas, quedando finalmente como rehenes 72 personas. Durante los 126 días que duró la toma de la residencia, los terroristas aplicaron distintos métodos de tortura contra estos.

Los terroristas contaban con un arsenal de armas de guerra ilegales, entre fusiles de guerra AKM de fabricación rusa, pistolas ametralladoras UZI israelíes, lanzacohetes RPG-7V, granadas de mano, pistolas automáticas Browning, ametralladoras GP-35, subfusiles Thompson, explosivo C-4, máscaras antigás, chalecos antibalas, entre otro equipo militar.

El 22 de abril de 1997 se puso en ejecución la “Operación Chavín de Huántar”,

con la finalidad de liberar a los 72 rehenes, falleciendo como consecuencia de ella los 14 terroristas, el magistrado supremo Carlos Giusti Acuña que se encontraba de rehen y los oficiales del ejército teniente coronel Juan Valer Sandoval y teniente Raúl Jiménez Chávez, comandos integrantes de una de las patrullas de rescate. La operación tuvo éxito al ser liberados los rehenes y hoy mismo es materia de estudio por la eficiencia militar con la que se actuó.

II. SOBRE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA OPERACIÓN

La operación se desarrolló en una situación extraordinaria, debido a la violencia y la gravedad de la toma de la residencia. El Estado prudentemente optó por recurrir, para la restauración del orden interno, a las Fuerzas Armadas, que están autorizadas a participar en esta clase situaciones, previa declaración de un Estado de Emergencia, que el artículo 137º de nuestra Carta Magna previene. A este respecto, el doctor Alberto Otárola Peñaranda (1997) señala:

“(…) Dada la naturaleza extraordinaria, estos acontecimientos deben ser regulados por la Constitución a través de determinadas disposiciones que no son precisamente las que se aplican para situaciones de normalidad. En estos casos, el gobierno asume competencias mayores y puede decretar la suspensión o restricción del ejercicio de determinados derechos fundamentales por parte de los ciudadanos.”³

2 Coloquialmente conocidos en el Perú como “Sendero Luminoso”.

3 Alberto Otárola Peñaranda. Capítulo VII Régimen de Excepción. En *La Constitución Explicada*. Lima: ICS Editores, pág. 204.

En muchas ocasiones se han generado discusiones sobre el Derecho que debe aplicarse por la participación de las Fuerzas Armadas en la lucha antiterrorista. En el caso que nos ocupa, particularmente, sobre la regulación que debía aplicarse a la operación en cuestión, más, cuando los militares participantes y otros que estuvieron en el entorno, fueron sometidos a procesos penales en la jurisdicción militar y común e incluso el Perú estuvo inmerso en un juicio internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH.

No obstante, ello, la intención de este artículo es analizar la posibilidad de aplicar una norma internacional, como el Derecho Internacional Humanitario (DIH), a una situación nacional de conflicto social criminal, típicamente denominado “terrorismo”.

III. RESPECTO A LA REGULACIÓN APLICABLE

Por un lado, los principios generales del Derecho permiten contar con una aproximación concertada en cuanto a la norma aplicable. Es pertinente señalar que, en el presente caso, que un principio general del Derecho establece que la norma especial prima sobre la general (*Lex specialis derogat legiti generali*), lo que nos obligaría a utilizar las normas nacionales previstas para el combatir el terrorismo y el uso de la fuerza por las FF.AA.

Por otro lado, el DIH como norma Internacional es de obligatorio cumplimiento,

siendo este un “derecho de mínimos” y de aplicación residual para nuestro caso. Además, la mencionada regulación tiene por finalidad humanizar los conflictos armados, donde los derechos fundamentales, como la vida, se encuentran limitados al estar autorizado el uso de la fuerza letal entre los elementos en conflicto.

En el caso de la operación “Chavín de Huántar”, las normas penales que regulaban el uso de la fuerza eran las diseñadas específicamente para atender el conflicto generado en la toma de la residencia del Embajador del Japón de ese entonces. No siendo necesario tener que referirnos a normas internacionales, cuya vocación es supletoria y de aplicación residual, es decir, las normas humanitarias son “mínimos”, como bien afirman las doctoras Irigoin Barrenne y Espaliat Larson (2003) en su artículo sobre la aplicación del DIH en Chile:

“Lo anterior nos conduce a distinguir, por un lado, “entre la exclusión de tensiones y disturbios de la consideración de conflicto interno y, de otro, la protección de los derechos y garantías fundamentales internas e internacionales de las que no estaban desamparadas en este sentido las personas que intervinieran en tales situaciones”. El CICR tiene reconocido un derecho de iniciativa humanitaria de carácter estatutario que le ha permitido en esas situaciones efectuar numerosas gestiones y visitas a detenidos, las que son aceptadas por los Estados”⁴.

4 Jeannette Irigoin Barrenne & Astrid Espaliat Larson (2003), *Las normas de Derecho Internacional Humanitario que rigen los conflictos armados sin carácter internacional: su aplicación en Chile*. En el Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos N° 78. Buenos Aires. CICR, pág. 355.

Al respecto, el DIH tiene vocación de humanizar los conflictos armados, ya sea en la interacción bélica entre las fuerzas armadas y/o del orden de distintos Estados, los civiles y los combatientes que se encuentran fuera de la capacidad de ser considerados como tales por distintas situaciones, como el "*hors de combat*"⁵. Ello es distinto al Derecho Penal y a las reglas de empleo de la fuerza por parte de las fuerzas del orden en el Perú.

El DIH permite el enfrentamiento a muerte, siendo este no considerado como un delito de homicidio o asesinato; podemos observar cómo se ha ido proscribiendo la orden de "no dar cuartel" (no tomar prisioneros) en los enfrentamientos. En los conflictos armados no internacionales (CANI), o sin carácter internacional (no entre Estados), se ha buscado cuidar la

"humanidad" entre las partes en conflicto, pero es una aplicación residual que implica en sí misma una falla del Estado de Derecho y las garantías que permiten la salvaguarda de los derechos fundamentales.

El Derecho Internacional Humanitario, esencialmente, se encuentra regulado por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, fruto de la Conferencia Diplomática reunida para elaborarlos, destinados a proteger, en términos generales, a las víctimas de la guerra. La misma fue convocada por el Consejo Federal Suizo (Gerente de los Convenios de Ginebra) y se reunió del 21 de abril al 12 de agosto del mismo año. Más adelante, en 1977, se elaboraron dos Protocolos Adicionales y uno más en 2005.

El artículo 3 común de los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁶ y el primer

5 Término en el idioma francés para señalar que el combatiente se encuentra "fuera de combate".

6 Artículo 3 - Conflictos no internacionales.- En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

precepto del Protocolo II de 1977, establecen que deberá aplicarse el DIH en el territorio de cualquier Estado parte del tratado, donde se establezca una lucha entre las FFAA. y otras fuerzas disidentes o grupos armados organizados con los siguientes requisitos:

1. Se encuentre bajo la dirección de un mando responsable.
2. Ejercen sobre parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo II de 1977.
3. No se trate de:
 - a) Una situación de tensiones internas.
 - b) Disturbios internos (Tales como motines, los actos esporádicos y aislados), otros actos análogos.

Asimismo, el artículo primero del Protocolo Adicional II, relativo a la protección de las víctimas de los CANI,⁷ prohíbe su aplicación a tensiones internas y disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos **como la toma de rehenes en**

la residencia del embajador del Japón en Perú, durante 126 días.

Por otro lado, si queremos interpretar desde la *ratio legis* del DIH, se trata de disminuir el sufrimiento de todos los involucrados, activamente o no, en el conflicto armado. Comenzó como un mecanismo de garantía para la humanización de los conflictos armados internacionales, para luego expandir su “cobertura” a los CANI.

La diplomática Silvia A. Fernández de Gurmendi (2003) ayuda al hacer una diferencia entre la aplicación de los tratados de Ginebra y del Estatuto de Roma al afirmar lo siguiente:

“Cabe recordar que el Protocolo Adicional II se aplica solamente a conflictos internos que se desarrollen entre las fuerzas armadas de una parte y fuerzas o grupos armados disidentes que tengan además control efectivo sobre una parte del territorio. Tomando en cuenta la experiencia recogida en algunos conflictos recientes, el Estatuto no exige control efectivo de parte del territorio ni que el conflicto involucre necesariamente a las fuerzas armadas de un país y solamente se exige la existencia de un conflicto armado prolongado sea entre las

7 Artículo 1. Ámbito de aplicación material

1. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

autoridades gubernamentales y grupos armados organizados sea entre estos grupos entre sí.”⁸

En otras palabras, no se podría afirmar que nos encontramos en un CANI, debido a que la operación no se desarrolló en una parte del territorio controlado por la fuerza o grupos armados disidentes, sino que se trata de un grupo de terroristas que tomaron la residencia del embajador del Japón mediante la violencia extrema. Además, aun encontrándonos fuera de un CANI se podría determinar que un terrorista es un delincuente no solo para el Perú, sino también internacionalmente por haber cometido una infracción al Estatuto de Roma y ser pasible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional.

En el caso particular de la mencionada operación, la residencia se encontraba dentro de una zona declarada en emergencia según lo estipulado en el primer inciso del artículo 137° de la Constitución Política del Perú. Entonces, también había una justificación constitucional para el uso de la fuerza de manera extraordinaria, pues el Estado tiene que garantizar que puede mantener el control y preservar el Estado de Derecho.

Las FF.AA. se encuentran constituidas con la finalidad de brindar condiciones de seguridad y defensa nacional ante las amenazas externas e internas que atentan a los intereses de nuestro pueblo. No es suficiente razón la sola presencia militar para aseverar que nos encontramos ante un conflicto

armado no internacional o que los delincentes hayan tenido acceso a armamento ilegal. Peor, aun, cuando los crímenes de estos terroristas, que no se encontraban bajo un mando responsable que ejerciese disciplina sobre ellos, resultaba execrable, toda vez que no correspondían a las reglas del DIH y los Derechos Humanos.

Definitivamente, la toma de la residencia no pertenece a un ataque sistemático dentro de un territorio con operaciones militares sostenidas y concertadas, sino que ha sido un ataque selectivo no concertado, a traición y bajo ningún estándar del DIH.

Si bien han ocurrido una serie de atentados en el país, no son más que una consecución de actos y planes para implantar el terror de manera generalizada. Sendero Luminoso y el MRTA no buscaron establecerse en un territorio donde ejerciesen algo siquiera parecido a la soberanía, sino que siempre se trató del terror como medio de alcanzar el poder y no para el bien común o la instauración de un gobierno, sino la propagación de una serie de ideas con inclinación a la violencia, buscando la libertad de delincentes que cumplieran condena.

En el numeral 248 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del caso “Cruz Sánchez y otros contra el Perú” (proceso en que se examinó la operación Chavín de Huántar), se afirmó lo siguiente:

8 Silvia A. Fernández De Gurmendi, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Extensión de los crímenes de guerra a los conflictos armados de carácter no internacional y otros desarrollos relativos al derecho internacional humanitario*. En el Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas, Lecciones y Ensayos N° 78, Buenos Aires. CICR. Pág. 10.

“248. La Comisión sostuvo que los emerretistas que habían tomado la residencia del Embajador de Japón ‘eran objetivos militares legítimos durante el tiempo que duró su participación activa en el enfrentamiento’ y que, aquellos que ‘se hubieran rendido, hubieran sido capturados o heridos y hubieran cesado actos hostiles, [habrían quedado] efectivamente en poder de los agentes del Estado peruano, quienes desde un punto de vista legal, ya no podían atacarlos o someterlos a otros actos de violencia’, por cuanto una vez que se encontraban hors de combat eran ‘acreedores de las garantías irrevocables de trato humano estipuladas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y en el artículo 4 de la Convención Americana’. Añadió que, ‘si bien los agentes de la Fuerza Pública pueden utilizar legítimamente fuerza letal en el ejercicio de sus funciones, este uso debe ser excepcional [,] [...] planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades, de forma que sólo procederán al ‘uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control.’”⁹

En este párrafo se puede notar la mezcla de regulaciones que hacen confundir si es que los DD.HH. se deben aplicar a un atentado terrorista o si es que es posible establecer una regulación del uso de la fuerza extraordinaria incluso con la posibilidad de utilizar la fuerza letal que ofrece el DIH para el enfrentamiento. Unos podrían afirmar

que no hay problema con aplicarlos todos juntos, que se trata de una “complementación”, que se cumple cuando es aplicable el DIH en un CANI que se desarrolla en un país estructurado y con Estado de Derecho.

Al respecto, en primer lugar, el artículo primero del Estatuto de la Corte IDH¹⁰ establece que es competente para juzgar las vulneraciones a la Convención Interamericana de Derechos Humanos mas no verificar el cumplimiento ni interpretar el contenido en los Convenios de Ginebra ni sus Protocolos Adicionales ni el Estatuto de Roma.

En segundo lugar, la situación, tanto del país como del lugar donde se desarrolló la operación, no cumple con los requisitos para ser considerado un CANI según el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, pues no hay un mando responsable ni el enfrentamiento en un territorio donde se puedan realizar operaciones militares concertadas. Es más, los terroristas no cuentan con un uniforme para que se le pueda otorgar algún carácter militar, sino que utilizaron un mero disfraz que no trae valor jurídico por sí mismo; en cambio, el uniforme militar cuenta con una autorización legal de cuándo, cómo y dónde utilizarlo.

Respecto del uniforme militar, en el Decreto Legislativo N° 1145 que modifica la Ley N° 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, el uniforme demuestra la subordinación a su superior en grado y antigüedad, es una concreción del mando al que se somete. Se entiende que hay un espíritu militar contenido en

9 Cruz Sánchez y otros vs. el Perú, Serie C n.o 292 (Corte IDH, 2015), pág. 75.

10 La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto.

la doctrina que se enseña y que siguen con la finalidad de prevalecer los principios que permiten cumplir con las obligaciones constitucionales confiadas a las FF.AA.

Como bien se puede ver, se ha establecido una situación jurídica específica de quienes están autorizados por el Estado para llevar el uniforme militar. Como afirmaba Sun Tzu: “*Maniobrar con un ejército es ventajoso. Maniobrar con una multitud indisciplinada, es peligroso.*”¹¹ Todo ejército requiere de un orden jerárquico, con consecuencias, sanciones, doctrina militar y sobre todo con una misión acorde a los estándares constitucionales. Todo ello se puede encontrar reflejado en la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, como también en el entonces vigente

Código de Justicia Militar y actual Código Penal Militar Policial.

IV. EN CONCLUSIÓN

En nuestra opinión, la toma de la residencia fue un acto típicamente terrorista y la operación de rescate se encuadraba en una regulación específica que garantizaba la debida aplicación de normas legales nacionales, las cuales establecían la situación jurídica tanto de los terroristas, de los rehenes y los Comandos que participaron en la operación. El país fue sometido a una dura lección, que no debe repetirse. Juan Pablo II dijo: “*La paz exige cuatro condiciones esenciales: verdad, justicia, amor y libertad*”.

11 Albert Galvany. (2001). Sun Tzu, *El Arte de la Guerra*. Madrid: Trotta.

ANÁLISIS DEL DELITO

DE OFENSAS AL SUPERIOR

SUMARIO: I. ANTECEDENTES; II. SOBRE LA OBEDIENCIA AL SUPERIOR; III. EL DELITO DE OFENSAS AL SUPERIOR; CONCLUSIONES; Y V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

El autor analiza el delito de "Ofensas al Superior" previsto en el artículo 114 del Código Penal Militar Policial, en relación con los elementos que conforman la teoría del delito: el comportamiento del sujeto activo, el bien jurídico protegido, el sujeto pasivo del delito, entre otros.

ABSTRACT:

The author analyzes the crime of "Offenses against the Superior" as mentioned in article 114 of the Police Military Criminal Code, related

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Magister en Derecho con mención en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor Asociado en la Academia de la Magistratura (AMAG). Profesor de ABA ROLI Perú. Profesor del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar (CAEJM). Profesor en pre y post grado a nivel nacional. Miembro del Consejo de Honor de la Revista Derecho y Sociedad PUCP. Autor de 3 libros y diversos artículos jurídicos en revistas especializadas de derecho penal. Ha sido Comisionado y Secretario Técnico en la Comisión Especial encargada de modificar el Código Penal en delitos de Minería Ilegal y delitos conexos (2012). Ha formado parte de CERIAJUS como Delegado Alterno en la GTT N° 07 (reforma del sistema procesal penal).

to the elements that make up the theory of crime: the behavior of the active subject, the protected legal asset, the passive subject of the crime, among others.

I. ANTECEDENTES

El delito de ofensas al superior, conforme establece el artículo 114 del Código Penal Militar Policial, se configura cuando un militar o un policía ofende o coacciona a un superior en grado, empleo o mando, con el ánimo de menoscabar su autoridad o la disciplina. Considero necesario realizar una reflexión académico - procesal acerca de este tipo penal.

Durante la investigación preliminar, investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral, los abogados defensores de los militares o policías que cometen este hecho delictivo, tratan de evitar la acción de la justicia militar policial argumentando que debe sobreseerse el caso porque se trataría de un delito que, presuntamente, corresponde al fuero común, pues el bien jurídico sería el honor y este no es un bien jurídico castrense. ¿Estas aseveraciones son correctas? ¿Este comportamiento no corresponde ser juzgado en el Fuero Militar Policial?

Frente a estos argumentos, el primer cuestionamiento desde lo académico- procesal, debería ser: ¿corresponde realmente al Fuero Militar Policial juzgar el delito de ofensas al superior? Si la respuesta es negativa, entonces, ¿por qué no se ha solicitado la declaración de su inconstitucionalidad o la derogación de este tipo penal? Considero que la duda se resolvería determinando si existen conductas de militares o policías que afecten algún bien jurídico castrense, que ocasione un perjuicio a la institución

militar o policial y/o al mismo suboficial u oficial superior en grado.

En este artículo, precisamente, trataremos de analizar el tipo penal de ofensas al superior, en relación con los elementos que conforman la teoría del delito, que debieran ser establecidos al momento de su valoración por un fiscal o por un juez militar policial. De otro lado, trataremos de dejar establecido que existe más de un sujeto pasivo en la comisión de este ilícito penal.

II. SOBRE LA OBEDIENCIA AL SUPERIOR

Preguntemos en principio: ¿tienen los militares los mismos derechos que un ciudadano común? Si la respuesta fuese positiva, entonces, ¿pueden denunciar a sus superiores por el delito de coacción, abuso de autoridad o algún otro delito contra su libertad en el fuero común, cuando se les ordene hacer servicio de guardia durante 48 horas continuas o cuando su permanencia en un puesto de frontera se prolonga por más tiempo de lo previsto? ¿pueden estos denunciar a sus superiores en el Fuero Militar Policial por el delito de excesos en el ejercicio del mando? ¿pueden denunciarlos ante la Inspectoría General de su Instituto o acudir al Ministerio de Trabajo?

Si un subordinado no saluda a su superior jerárquico y es sancionado con ejercicios físicos como planchas, abdominales, ranas, ¿puede denunciar al superior por el delito de abuso de autoridad o algún otro contra su libertad en el fuero común? ¿puede denunciarlo en el Fuero Militar Policial por excesos en el ejercicio del mando? ¿en la Inspectoría General por abuso de autoridad?

Si un suboficial se cree afectado por no haber sido aceptado en un proceso de asimilación como Oficial en alguna de las fuerzas armadas y “*crea*” un móvil injurioso y calumnioso (inexistente) ¿puede denunciar penalmente en el fuero común o en el Fuero Militar Policial? o ¿puede plantear alguna otra acción judicial contra el superior jerárquico? Estas acciones injuriosas y calumniosas ¿son pasibles de algún proceso disciplinario y/o penal en el Fuero Militar Policial? O deberíamos decir que el suboficial sólo se encontraba ejerciendo su derecho de petición.

¿La subordinación al superior debe ser la misma que se considera en el fuero común? La respuesta debe ser negativa, no puede ser la misma, debe considerarse necesariamente una peculiar característica, la cual está establecida en la Ley y en diversas normas de los Institutos Armados y de la Policía Nacional que, precisamente, le dan sentido y razón de ser.

La Ley N° 29131, Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece, entre otras reglas:

“Artículo 1.- Condición de Militar

La condición de militar se opta por voluntad propia. Dicha condición se adquiere a través de los centros de formación, procesos de asimilación y servicio militar. Una vez adquirida, **se sujeta a las condiciones de vida y restricciones propias de la carrera militar**”. (resaltado agregado).

El personal militar está sujeto a un régimen especial de servicio a la patria, de acuerdo a las leyes de la República y los reglamentos militares que regulan su organización, funciones,

especialidades, preparación, empleo y disciplina.

Podemos apreciar que la condición de militar (oficial, suboficial o tropa) se adquiere por voluntad propia, en los centros de formación, procesos de asimilación y servicio militar y, una vez adquirida dicha condición, debe sujetarse a las formas de vida y restricciones propias de la carrera militar.

“Artículo 2.- Disciplina Militar

La disciplina es condición esencial para la existencia de toda institución militar. Permite al Superior exigir y obtener del subalterno, bajo cualquier circunstancia, la ejecución de las órdenes impartidas y el cumplimiento de los deberes militares. Se articula en razón del mandato y la obediencia y debe realizarse dentro de las atribuciones del superior y las obligaciones y deberes del subalterno.

Su finalidad es posibilitar el cumplimiento de la misión, objetivos o tareas trazados en las Instituciones Armadas.

Los medios para encauzar la disciplina son preventivos y sancionadores.

Los medios preventivos se utilizan para conservar, mantener y vigorizar la disciplina. Se ejecutan mediante evaluaciones, difusión de deberes, obligaciones y otorgamiento de estímulos. Estos son dispuestos por cada Superior Jerárquico en función de la conducta del subordinado.

Los medios sancionadores se utilizan en caso de quebrantamiento de la disciplina militar.”

La **disciplina** es la condición **sine qua non** para que una institución militar

exista. Sin disciplina no podría cumplir con su finalidad, no podría cumplir con sus funciones ni con su especial y peculiar forma de vida, que ,además, es proteger a la nación. Si no existe disciplina no existe institución armada y no existiría certeza de que las órdenes impartidas se cumplan, peligrando la seguridad nacional externa y/o interna.

La disciplina no sólo se puede apreciar con el cumplimiento estricto de una orden impartida sino, también, con la forma de comportarse el subalterno, oficial o suboficial; si los subordinados realizan comportamientos que cuestionan la disciplina y son actos de insubordinación frente a su superior jerárquico, entonces deben ser sancionados. Esta norma se refiere a la sanción administrativo-disciplinaria.

“Artículo 8.- Subordinación

La subordinación implica la obediencia a las órdenes y el debido respeto al Superior Jerárquico, independientemente de pertenecer a distintas instituciones armadas.

La subordinación se manifiesta de grado a grado. La estricta observancia de las reglas que la garantizan debe mantener a cada cual en el límite de sus derechos y de sus deberes.

En general, todo subordinado debe obediencia a todo superior².

Independientemente de esta subordinación jerárquica, la disciplina exige también la subordinación debido a la

antigüedad en todos los actos del servicio. A igual antigüedad en el grado prevalecerá la del anterior o la de los anteriores sucesivamente.”

La subordinación se encuentra estrictamente vinculada a la disciplina, pues precisamente como establece esta norma, las órdenes son cumplidas por el subalterno por la disciplina y obediencia debida, en respeto al superior jerárquico; sin embargo, como decíamos, no sólo podemos determinar que existe subordinación cuando hay una orden impartida sino en relación con los actos y conducta que realice el subalterno, ya sea oficial o suboficial.

Esta norma precisa y aclara que, **todo subordinado debe obediencia y subordinación a todo Superior (Oficial o suboficial)**; con lo que se deja establecido que no es necesario, de manera alguna, que el subalterno se encuentre bajo la orden directa del “Superior Jerárquico”.

El derecho penal militar necesariamente se debe regir por los principios y doctrina del derecho penal común, por ello debe analizarse en cada caso concreto si el comportamiento incriminado cumple los elementos de la teoría del delito (comportamiento de acción o de omisión, típicamente antijurídico y culpable), para lo cual debe verificarse si existe alguna institución jurídico penal que ha sido afectada por el comportamiento del suboficial u oficial.

“(…) el Derecho Penal Militar debe regirse por los principios del Derecho

2 El subrayado es nuestro.

Penal común, ya que los postulados dogmáticos de la teoría del delito son aplicables a este fuero militar, claro está con la anotación de que, en algunos casos, como en los casos de la obediencia debida al superior, debe respetarse algunas situaciones especiales propias de los institutos armados y policiales.³”

En esta investigación⁴ realizada en la Escuela de Post Grado de Derecho de la Universidad Privada San Martín de Porres, se puede apreciar claramente que, si bien en el fuero militar policial se deben utilizar las reglas del derecho penal que se aplica en el fuero común, también se debe considerar que existe una particular forma de análisis para estos comportamientos que se presenten en la justicia militar.

El Artículo 6 de la Ley N° 29131, Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece:

“Artículo 6.- Virtudes Militares

Las virtudes militares son inherentes a la función militar. Su ejercicio hace que el militar actúe conforme a los principios y las normas establecidos por las Fuerzas Armadas.

La carrera militar exige⁵, entre otras virtudes, depurado patriotismo, clara

concepción del cumplimiento del deber, acendrado espíritu militar, firmeza de carácter, sentido de la responsabilidad, veracidad, valor, obediencia, subordinación, compañerismo y preocupación por cultivar y desarrollar en el más alto grado, las virtudes y deberes antes mencionados.⁶”

Esta norma, una vez más, privilegia sobre todo como virtudes militares, *una clara concepción del cumplimiento del deber*, la *obediencia*, la *subordinación* y la *preocupación por cultivar y desarrollar en el más alto grado, las virtudes y deberes antes mencionados*. Esto significa que el cumplimiento del deber, la obediencia y subordinación son deberes y virtudes que constantemente deben ser desarrollados y mejorados.

En el Artículo I del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial se establece, una vez más como principio rector de todas las normas penales contenidas, *la disciplina* en las fuerzas armadas y policiales:

“Artículo I.- Objeto del Código

El Código Penal Militar Policial tiene por objeto prevenir la comisión de los delitos de función militar o policial, como medio protector y de

3 BORJAS SAAVEDRA, Elizabeth y otros. “La Jurisdicción Militar en el Perú”. Escuela de Post Grado. Doctorado en Derecho UPSMP, p. 43. Tomado el 20.10.2018 a las cinco de la mañana de: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/LA%20JURISDICCION%20MILITAR%20EN%20EL%20PERU_2008/LA_JURISDICCION_MILITAR_EN%20EL%20PERU_PROF_PALOMINO.PDF>

4 BORJAS SAAVEDRA, Elizabeth y otros. *Op. Cit.*

5 El subrayado es nuestro.

6 Ley N° 39131 (Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, publicada en el diario oficial El Peruano el 09.11.2007).

cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Contribuye al mantenimiento del orden, seguridad y disciplina⁷ en dichas fuerzas del orden”

Igualmente, en el Artículo XIV del Título Preliminar del referido código, se establece una vez más como principios, expresa, diferenciada y claramente a la disciplina, la jerarquía y la subordinación, el mando y la obediencia:

“Artículo XIV.- Principios militares policiales esenciales

a. **Disciplina:** La disciplina es el conjunto de deberes que imponen al militar y al policía su permanencia en el servicio, el acatamiento y observancia fiel del orden establecido y de los preceptos que la reglamentan. Es la subordinación a la autoridad legítima y al puntual cumplimiento de las obligaciones que dicha relación de subordinación impone a superiores y subalternos.

b. **Jerarquía y subordinación:** La jerarquía militar y policial es la base de la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Cada grado tiene una autoridad directa que encarna el superior inmediato, se halla sometido, al mismo tiempo, a todos los grados superiores y ejerce, a su vez, autoridad sobre los inferiores en grado. El medio por el cual se ejercita la autoridad del superior sobre el inferior en grado es la subordinación y ella

consiste en el respeto y acatamiento a cada grado militar o policial. La subordinación entraña respeto, obediencia y colaboración. El superior se presenta ante sus subordinados con el grado y la autoridad legítimos que la Nación le ha otorgado por sus aptitudes y merecimientos. La jerarquía y la subordinación son principios absolutamente impersonales, pues tanto el oficial como el subalterno forman parte de una organización militar o policial, cuyo fin es el cumplimiento de sus deberes militares o policiales.

c. Principio de mando y obediencia:

El mando es el privilegio y la obligación de dar órdenes. Todo superior debe mantener, por todos los medios posibles, su autoridad sobre sus subordinados. Cualquiera que sea su grado o la dificultad que se le presente se halla absolutamente obligado a exigir la obediencia y el respeto que le son debidos, la estricta ejecución de sus órdenes y el cumplimiento de las leyes, reglamentos y consignas que importan el servicio.

III. EL DELITO DE OFENSAS AL SUPERIOR

III.1. Concepto

El tipo penal de ofensas al superior constituye supuestos de insubordinación en cuanto implican un rompimiento de los vínculos de la disciplina por parte del inferior; se caracteriza específicamente por constituir una conducta de acción o de

7 El subrayado es nuestro.

omisión que envuelve siempre una iniciativa de parte del inferior y responde a un ánimo doloso contrario al respeto que debe al superior, por virtud del principio de subordinación.

El tipo penal se puede manifestar con hechos materiales, acciones u omisiones tendentes a coaccionar u ofender al superior en grado, empleo o mando, con el ánimo de menoscabar su autoridad o la disciplina, pero también puede tratarse de comportamientos de omisión que reflejen una clara insubordinación, falta de disciplina y respeto debido, todo ello siempre y necesariamente de manera dolosa.

III.2.Comportamiento en el tipo de Ofensas al Superior

El comportamiento que realiza el agente o sujeto activo puede ser de acción o de omisión. Debe considerarse que estamos frente a un garante del cumplimiento de un deber, frente a la subordinación, por la disciplina frente a la autoridad y mando del Superior jerárquico.

Al hallarnos frente a un delito de cumplimiento de un deber, nos encontramos ante la figura del deber de garante y, por ello el militar en actividad (suboficial u oficial) tiene una responsabilidad mayor y especial frente al deber (principio) incumplido y que, precisamente por ello se ha consumado con la mera actividad el delito de ofensas al superior. Por ello denominamos esta conducta como infracción

de un deber especial que se consuma instantáneamente.

III.3.Análisis del tipo de Ofensas al Superior

Al encontrarnos frente a un comportamiento que presuntamente es constitutivo del delito de ofensas al superior, lo que corresponde es que sean denunciados e investigados por el fiscal, a fin que se pueda determinar, conforme a la teoría del delito, si nos encontramos frente a un hecho criminal militar policial. Para ello requerimos analizar si se trató de un comportamiento de acción o de omisión típicamente antijurídico y culpable.

III.3.1 Tipo y Tipicidad

Luis Miguel Bramont señala que el tipo penal es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma. La tipicidad es la adecuación de un hecho ocurrido en la realidad al tipo penal⁸.

Felipe Villavicencio Terreros indica que el tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual⁹.

El tipo penal está conformado por un antecedente o supuesto de hecho que es precisamente la descripción de la conducta incriminada y un consecuente que es la sanción penal para la conducta descrita.

8 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2º ed. EDDILL. Lima. 2002. p. 166 y 167.

9 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal. Parte General". Grijley. Lima. 2012. p. 295 y 296.

Debemos concluir que el tipo penal es la descripción del comportamiento ilícito esperado por la norma jurídico penal que, de realizarse, va a dar lugar a un encuadramiento de la conducta realizada con la norma jurídico penal, si esta encuadra nos hallamos ante la tipicidad de la conducta.

El tipo penal que nos hallamos analizando es el contenido en el Artículo 114° del Código Penal Militar Policial:

“Artículo 114.- Ofensas al superior

El militar o el policía que coaccione u ofenda al superior en grado, empleo o mando, con el ánimo de menoscabar su autoridad o la disciplina, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años y el pago de ciento veinte días multa.”

III.3.1.1 Tipicidad Objetiva

Son las características que debe cumplirse en el mundo exterior y comprende diversos puntos por evaluar como el tipo penal, el bien jurídico, los sujetos activo y pasivo, el comportamiento e imputación objetiva, así como los elementos normativos y descriptivos¹⁰.

III.3.1.1.1 Bien Jurídico

El bien jurídico¹¹ es el interés jurídicamente relevante para una sociedad en un momento y lugar determinados. Lo que

significa que, para una sociedad en un momento determinado, una conducta o comportamiento puede ser considerado ilícito; sin embargo, posteriormente, años después puede descriminalizarse la conducta por derogación.

El teniente coronel Roosevelt Bravo Maxdeo refiere que el bien jurídico que se quiere proteger en el delito de ofensas al Superior es, en términos generales, la disciplina; señala, además, que, siguiendo a Jiménez Jiménez en un sentido más estricto, el bien jurídico protegido sería la subordinación y el respeto al superior. Querol y Duran optan por considerar como bien jurídico lesionado la disciplina, y dentro de ella, la subordinación que es su parte más esencial. Asimismo, expresa que este deber de subordinación no sólo está referido a los jefes inmediatos sino, también, a todo superior, con independencia del instituto armado al que pertenezca (Fuerza Aérea del Perú, Marina de Guerra del Perú, Ejército del Perú o Policía Nacional del Perú).¹²

Consideramos entonces que el bien jurídico que pretende proteger el tipo penal de ofensas al superior es pluriofensivo: la disciplina y dentro de ella la subordinación vinculadas necesariamente al mando, la obediencia y la jerarquía. Ello, porque la disciplina, la obediencia y la subordinación que debe en todo momento un subordinado a un superior jerárquico, como ya dijimos,

10 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Op. Cit.* p. 172.

11 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Op. Cit.* p. 173.

12 BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt. “El Jurista del Fuero Militar Policial” IMAGIDEAS.COM. Lima, 2012. Año I, Numero 1. p. 68.

son principios rectores de las institutos castrenses.

III.3.1.1.2 Sujeto Activo:

Luis Miguel Bramont señala que el sujeto activo¹³ es la persona que realiza la conducta prohibida descrita por la norma o tipo penal. Debe considerarse que como sujeto activo puede hallarse el autor, el coautor, el autor mediato, el instrumento o los partícipes necesarios o secundarios. Para Villavicencio Terreros¹⁴, el concepto de sujeto activo tiene por utilidad describir los requisitos que debe reunir una persona al momento que realiza el comportamiento ilícito.

El teniente coronel Roosevelt Bravo¹⁵ señala que se trata de un delito especial propio, pues sólo pueden ser autores quienes ostentan la condición de militares o policías en actividad; los militares y policías que se encuentren en situación de retiro no cometen ofensas al superior porque si bien conservan el grado y los honores, no tienen empleo o mando militar policial.

De esta manera, concluimos que el sujeto activo del delito de ofensas al superior será cualquier militar o policía en actividad, en el que concurra la circunstancia de ser subordinado del afectado (Superior jerárquico). Como ya evaluamos, *el sujeto activo no requiere hallarse específicamente bajo el mando directo del superior jerárquico, basta que sólo sea un subordinado de este, por ello*

es indiferente incluso si el instituto armado del que este forma parte es otro en relación al afectado.

III.3.1.1.3 Sujeto Pasivo

Luis Miguel Bramont afirma que el sujeto pasivo¹⁶ es el individuo que recibe el comportamiento realizado por el sujeto activo. Puede distinguirse entre sujeto pasivo de la acción (persona que recibe directamente la acción u omisión típica) o sujeto pasivo del delito (es el titular del bien jurídico protegido).

En el mismo sentido que lo indicado por Luis Miguel Bramont se manifiesta Felipe Villavicencio Terreros¹⁷ al señalar que, en ciertos casos, el sujeto en quien recae la acción delictiva no viene a ser el titular del bien jurídico protegido, sino otro diferente. En estas circunstancias estamos frente a un sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito.

El sujeto pasivo del delito en el tipo penal de ofensas al superior es el Estado peruano y el sujeto pasivo de la acción debe ser el militar afectado por la conducta de insubordinación, el cual necesariamente debe hallarse en situación de actividad, en el que concurra además la circunstancia de ser superior jerárquico y que haya sido afectado con el comportamiento del sujeto pasivo, menoscabando el bien jurídico castrense subordinación, jerarquía, obediencia, mando, que deben primar en los institutos armados.

13 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Op. Cit.* p. 179.

14 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. Cit.* p. 304.

15 BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt. *Op. Cit.* p. 68.

16 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Op. Cit.* p. 179.

17 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. Cit.* p. 305.

III.3.1.1.4 Comportamiento

Felipe Villavicencio señala sobre la descripción de la conducta¹⁸ que suele ser muy precisa, que los tipos penales se estructuran en función a un proceso de abstracción a partir de las conductas de la vida real. La innumerable cantidad de circunstancias son resumidas por el legislador con características comunes, aunque en algunos casos son estrictamente exhaustivos.

El comportamiento típico en el tipo de ofensas al superior se configura esencialmente como un supuesto delictivo de mera actividad; es decir, basta que el subordinado coaccione al superior jerárquico o lo ofenda para que el tipo penal se consuma. Entonces, no requiere la comprobación de una afectación real y efectiva en el superior jerárquico, basta la *mera actividad*, afectando per se la libertad del superior jerárquico (coacción) u ofendiéndolo de alguna manera en su autoridad o jerarquía, quebrando la subordinación y el mando como principios.

El menoscabo sobre el bien jurídico *disciplina y obediencia se consigue con la insubordinación que afecta el mando y a la vez quiebra el principio de jerarquía*; como decíamos es de mera actividad. Por tanto, no requiere que exista un resultado lesión efectiva, basta poner en peligro la subordinación, la disciplina, el mando y la jerarquía en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Sin subordinación no existiría autoridad ni disciplina, sin autoridad no existiría mando ni obediencia ni jerarquía, sin obediencia, mando, jerarquía, subordinación y

disciplina NO existiría como tal una institución armada.

Respecto de los delitos de mera actividad, podemos hacer un paralelo entre el delito de ofensas al superior y *el delito de conducción en estado de ebriedad*, el cual se castiga por el sólo hecho de encender el vehículo; es decir, no requiere lesionar, ni matar, ni dañar; por tratarse de un delito de peligro común, con sólo encenderlo ya se afectó el bien jurídico protegido, por ello debe sancionar el derecho penal en el fuero común. Lo mismo sucede con *el delito de Tenencia Ilegal de Armas*, que no requiere que se haya disparado; si se disparó no se requiere que haya lesionado o matado a alguna persona o se haya dañado algún bien; se sanciona penalmente por el sólo hecho de poseer el arma y/o las municiones.

III.3.1.1.2 Tipicidad Subjetiva

Se encuentra prohibida la responsabilidad penal objetiva, conforme al Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal de 1991.

“Artículo VII.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.”

De esta manera es fundamental dejar establecido que ninguna sanción puede imponerse por el sólo comportamiento de hecho, será necesario analizar el hecho objetivo, conjuntamente con lo que subjetivamente el agente quiso hacer u omitir para

18 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. Cit.* p. 308 y 309.

verificar que la afectación al bien jurídico se realizó con dolo o con culpa.

III.3.1.1.2.1 Dolo

El dolo¹⁹ es la conciencia y voluntad de querer realizar el hecho descrito por la norma jurídico penal, es decir que el sujeto sabe lo que hace y lo quiere hacer. Conforme señala Felipe Villavicencio, el dolo²⁰ es el conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo y es el núcleo de los hechos punibles dolosos.

En el tipo penal de ofensas al superior, la conducta necesariamente debe ser realizada con dolo, pues no se aprecia expresamente la existencia de algún supuesto de culpa. Debe acreditarse que existió el *dolo de conocer la relación* jerárquica existente entre el subordinado y el Superior jerárquico y, *pese a ello, coacciona u ofende al Superior*.

Al afirmar que el tipo penal sólo puede realizarse con dolo, estamos señalando que puede realizarse con cualquiera de los supuestos de dolo que establece la doctrina penal unánime; de esta manera, puede realizarse, entonces, la conducta con dolo directo, dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual.

Estamos frente a dolo directo²¹ cuando el agente busca realizar un hecho y lo hace, existiendo coincidencia entre lo que

se quiere hacer y lo que se hace. Entonces el delito de ofensas al superior puede ser realizado con dolo directo.

Existirá el dolo de consecuencias necesarias²² cuando el agente sabe que para realizar un hecho delictivo necesariamente tendrá que producir una consecuencia adicional ligada al resultado. De esta manera, este dolo también puede ser utilizado en el tipo penal analizado.

Nos encontramos frente al dolo eventual²³ cuando el sujeto no quiere producir el resultado, pero considera que es de probable producción, es decir que asume el riesgo. Cabe destacar que el dolo eventual también se permite utilizar en este tipo penal.

III.3.1.1.2.2 Culpa

Conforme al Artículo XV del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, se tiene como principio rector de la norma penal militar que, en caso de vacío o deficiencia de esta norma, se debe recurrir a la aplicación supletoria del Código Penal y Código Procesal Penal 2004:

“Artículo XV.- Aplicación supletoria

En caso de vacío o defecto del presente Código, serán de aplicación supletoria las normas previstas en los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos y fines de este Código.”

19 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Op. Cit.* p. 204 y 205.

20 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. Cit.* p. 354.

21 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Op. Cit.* p. 206.

22 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Op. Cit.* p. 207.

23 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Op. Cit.* p. 207.

Conforme establece el Artículo 12 del vigente Código Penal de 1991, para que una conducta criminal sea considerada culposa, debe hallarse expresamente establecida en la norma jurídico penal.

“Artículo 12.- Delito Doloso y Delito Culposo

Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.”

En cuanto a la culpabilidad, conforme a las normas estudiadas, la naturaleza de este tipo penal exige que sea cometido sólo en su forma dolosa, en cualquiera de sus formas, pero no cabe la culpa de modo alguno.

Habiendo analizado el comportamiento de acción o de omisión, la tipicidad de la conducta de hecho, ahora debemos evaluar si existe alguna causa de justificación del comportamiento delictivo de ofender al Superior. En este tipo de manera particular, no existiría en principio, ninguna causa que justifique la antijuricidad de la conducta; sin embargo, cabe la posibilidad de utilizar uno o dos, como el haber actuado en legítima defensa o por actuar en cumplimiento de un deber. Sobre la culpabilidad, debemos descartar primigeniamente que el agente sea un inimputable, pues de serlo, no podría haber sido admitido en las fuerzas armadas.

Tampoco podemos utilizar el miedo insuperable, quizá algún tipo de error y/o de motivación de la conducta también.

III. CONCLUSIONES

1. El delito de ofensas al superior es un delito pluriofensivo, que afecta necesariamente bienes jurídicos como la disciplina, jerarquía, mando, obediencia, subordinación y principios militares.
2. El delito de ofensas al superior es un delito de función que sólo puede ser realizado por un militar en actividad y en perjuicio de otro militar en actividad que sea su superior jerárquico.
3. Opera el delito de ofensas al superior cuando el agente es un subordinado y el sujeto pasivo un Superior jerárquico. No requiere que el subalterno dependa directamente del superior y no es necesario que las funciones que cumplan sean las mismas, incluso pueden ser de institutos armados diferentes.
4. El delito de ofensas al superior es un delito de mera actividad, basta la realización de la conducta para que se consume, no requiere un resultado lesivo posterior.
5. El delito de ofensas al superior puede realizarse por acción o por omisión

IV. BIBLIOGRAFÍA

BORJAS SAAVEDRA, Elizabeth y otros. "La Jurisdicción Militar en el Perú". Escuela de Post Grado. Doctorado en Derecho UPSMP. p. 43. Tomado el 20.10.2018 de: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/LA%20JURISDICCION%20MILITAR%20EN%20EL%20PERU_2008/LA_JURISDICCION_MILITAR_EN%20EL%20PERU_PROF_PALOMINO.PDF>

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2º ed. EDDILI. Lima. 2002. 533 p.

BRAVO MAXDEO, Alejandro Roosevelt. "El Jurista del Fuero Militar Policial" IMAGIDEAS.COM. Lima, 2012. Año I, Numero 1. 149 p.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal. Parte General". Grijley. Lima. 2012. 807 p.

Ley N° 29131 - Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas

Decreto Legislativo N° 1094 - Código Penal Militar Policial

COMPONENTES DEL SISTEMA Y ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL CASO

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- MÉTODO. 3.- MATERIALES: MARCO TEÓRICO. 3.1.- TEORÍA DEL CASO CON UN ENFOQUE SISTÉMICO. 3.2.- ESTRUCTURA Y SISTEMA. 3.3.- ELEMENTOS, COMPONENTES, TEORÍAS O NIVELES DE ANÁLISIS. 3.3.- COMPONENTE FÁCTICO. 3.4.- COMPONENTE JURÍDICO O TEORÍA JURÍDICA. 3.5.- COMPONENTE PROBATORIO. 4.- RESULTADOS. 4.1.- ESTRUCTURA Y SISTEMA EN LA TEORÍA DEL CASO. 4.2.- PRIORIDAD: ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL CASO EN EL “MANUAL DE ACTUACIONES FISCALES”. 5.- DISCUSIÓN: ¿ES LA NARRACIÓN UN COMPONENTE O FINALIDAD DE LA TEORÍA DEL CASO? 6.- BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

En el presente trabajo se describen los componentes o elementos de la teoría del caso (fáctico, jurídico y probatorio) por medio de la doctrina procesal, explicando la importancia de que estén ordenados en una estructura, por así considerarlo disciplinas como el estructuralismo y la teoría de sistemas, rigor científico que amerita reforzar el tratamiento de la teoría del caso con un enfoque sistémico y su adopción por parte de la Fiscalía Militar Policial, vía el “Manual de Actuaciones Fiscales”.

1 Coronel FAP, Fiscal Supremo Adjunto Coordinador del Fuero Militar Policial, ex Presidente del Tribunal Superior Militar Policial del Centro, docente del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, ex Director de Asesoría Jurídica de la FAP, magister en Derecho Penal Militar, docente universitario en las asignaturas de Derecho Penal Militar, Derecho Penal Económico, Proceso Contencioso Administrativo y Gestión Pública.

ABSTRACT:

The components or elements of the theory of the case (factual, legal and probatory) are described in this paper by means of the procedural doctrine, explaining the importance of being ordered in a structure, by considering it disciplines such as the structuralism and the theory of systems, scientific rigor that merits strengthening the treatment of the theory of the case with a systemic approach and its adoption by the Military Police Prosecutor, through the "Manual of Fiscal Proceedings".

1. INTRODUCCIÓN

Con la implementación del sistema procesal acusatorio se ha sustituido el papel por las audiencias, quedando también proscrita la actuación improvisada y empírica de los litigantes, requiriendo ahora las partes de una preparación responsable, antelada y científica, con el objetivo de convencer al juez quien recibirá la información del hecho penalmente relevante en una audiencia, de manera oral y en breves minutos, por lo que, teniendo en consideración que no sólo hay una sino dos o más pretensiones con verdades distintas y hasta contradictorias, dará la razón a la pretensión no sólo más persuasiva sino más convincente, por haber transmitido la información lo más exacta posible o cercana a la verdad de los hechos. La herramienta científica, por ser proporcionada por la ciencia del Derecho en su vertiente procesal, que va a ayudar a la consecución de tal objetivo, es la teoría

del caso y de ahí la importancia de ampliar su tratamiento.

En un artículo de investigación anterior nos referimos a dos de las concepciones que orientan la teoría del caso: la sistémica y la narrativa; asimismo, dimos especial tratamiento al concepto de la teoría del caso, procediendo a su elaboración sobre la base de la prevalencia de la concepción sistémica, considerando que este concepto permitirá a los Fiscales Militares Policiales construir mejor su teoría del caso y hacer una presentación exitosa en las audiencias que se llevarán a cabo en el proceso acusatorio. Dicho concepto se formuló de la siguiente manera:

“La teoría del caso es la herramienta metodológica que permite al Fiscal Militar Policial conducir estratégicamente la investigación de los presuntos delitos de función y plantear con éxito en juicio oral la forma en que ocurrieron los hechos, la existencia de la responsabilidad o no del acusado y los medios de prueba que sustentan su posición; se perfecciona a través de un sistema de análisis en tres niveles: fáctico, jurídico y probatorio”².

En uno de los fundamentos que reforzó este concepto, se hizo alusión a la “estructura” en los siguientes términos: “Gracias a la concepción sistémica, forman parte de la estructura de la teoría del caso los elementos fáctico, jurídico y probatorio. Si falta alguno de esos elementos, no existe la teoría del caso. Pero, para perfeccionarla

2 Ampuero Begazo, Jorge Félix; *Concepto Sistémico, Estratégico y Metodológico de la Teoría del Caso en el Manual de Actuaciones Fiscales*, en EL JURISTA del Fuero Militar Policial, CAEJM, número 12, diciembre 2018, pág. 147.

no es suficiente la presencia pasiva de estos componentes, sino un procedimiento de análisis por niveles"³. Con esta expresión se afirmó la existencia de una "estructura" en la teoría del caso, pero no se explicó ni justificó aspectos importantes relativos a su reconocimiento en la doctrina procesal, así como a detalles sobre su composición y funcionamiento, debido a lógicas razones de delimitación del trabajo destinado en esa ocasión a lo conceptual. Debido a la importancia y actualidad de la teoría del caso, ha llegado el momento de ampliar el estudio sobre su "estructura".

Para tal fin, básicos son los métodos que se emplearán en esta investigación, los mismos que serán de orden jurídico y socio jurídico. Por el primero, se hará uso del método dogmático, para que a través del concepto de la teoría del caso y de la doctrina procesal, se recabe información sobre los componentes, estructura, sistema y funcionamiento de la teoría del caso; y socio jurídico, para que a través del método sistémico-estructural-funcional, se logre llenar omisiones o vacíos que sobre los temas anteriores dejaría la doctrina procesal.

En el marco teórico se abordarán temas relacionados a la estructura de la teoría del caso y sus componentes desde una óptica de la doctrina procesal; y si resulta insuficiente la información que nos proporciona, se recurrirá a otra ciencia, como es la sociología, para que a través del estructuralismo y la teoría de sistemas, justifiquen el empleo de la estructura y el sistema en el contexto procesal.

En los resultados se establecerá la necesidad de aplicar la estructura y el sistema, en aras de comprender su funcionamiento y utilidad, concluyendo con la implementación de esta estructura en el "Manual de Actuaciones Fiscales". Por último, el tema de discusión se centrará en resolver la interrogante sobre la narración, si es componente o finalidad de la teoría del caso.

2. MÉTODO

El hecho de empezar con el concepto de la teoría del caso, implica que estamos empleando el método dogmático, propio de la investigación jurídica, el mismo que considera que forman parte del sistema jurídico, no sólo el derecho positivo o normas jurídicas, sino también el conjunto de conceptos y de proposiciones doctrinales. Tomando como base nuestro concepto de la teoría del caso elaborado en un trabajo anterior, dotaremos al presente de coherencia teórica.

Siguiendo el mismo método, nos vamos a remitir a la doctrina procesal, para recabar información sobre la estructura en la teoría del caso y sus partes; lógicamente, no va a ser posible revisar la totalidad de tratados procesales sobre esta materia, por lo que se va a escoger una muestra que permita generalizar su entendimiento en el derecho procesal, para lo cual se ha recurrido a las técnicas de muestreo de la investigación científica, de las que se ha elegido el tipo de muestra intencional, intencionada o criterial. Con esta muestra se seleccionarán doctrinarios

3 *Ibidem*, págs. 140 y 141.

especialistas en materia de teoría del caso, pero proclives al enfoque sistémico. De sus estudios, vamos a aclarar dos problemas formulados de la siguiente manera:

¿Existe una estructura de la teoría del caso? De ser así,

¿Cuáles son las partes que la conforman y cómo funcionan?

Si el Derecho Procesal y su muestra escogida no aclaran las anteriores interrogantes, se recurrirá a otro método que tenga relación con la “estructura”, resultando el elegido el método sistémico-estructural-funcional, sugerido también por la ciencia de la sociología, respecto al cual la metodología de la investigación científica refiere que *“está dirigido a modelar el objeto como sistema, para lo que se deben determinar componentes, estructura, principio de jerarquía y las relaciones funcionales. Como opera sobre la base de la modelación, en su aplicación son válidos los análisis realizados para la elaboración de modelos de investigación y, por tanto, su finalidad fundamental es la construcción de conocimientos”*⁴.

Importante resulta este método por cuanto su definición deja entrever que permite la “modelación” de un sistema mediante el análisis de sus componentes, estructura, el principio de jerarquía y las relaciones funcionales. Entendido el

“modelar” como dar la forma deseada, podemos afirmar que el sistema está conformado por sus componentes, los mismos que están ordenados en una estructura, regidos por el principio de jerarquía y las relaciones funcionales.

Asimismo, estimamos que la ciencia que nos ayudará a resolver las cuestiones planteadas es la sociología, a través de las siguientes disciplinas: “estructuralismo”, que es un movimiento europeo en el área de las humanidades que emergió en Francia a mediados de los años cincuenta del siglo pasado y que tuvo como uno de los principales cultores a Claude Lévi-Strauss; y la “teoría de sistemas”, contemporánea, acuñada por Niklas Luhmann. Ciencia y disciplinas con las cuales nuestra investigación adquirirá la calidad de investigación socio jurídica, la misma que permitirá complementar los vacíos dejados por la investigación jurídica.

Sobre la información recabada tanto de la investigación jurídica como socio jurídica, se aplicará el método analítico-sintético; y por último, se ejecutará el prospectivo en la implementación de la estructura de la teoría del caso en el “Manual de Actuaciones Fiscales y Formatos Técnicos del Fiscal Militar Policial” (en adelante “Manual de Actuaciones Fiscales”)⁵.

4 Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto; *Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento*, extraído de <<https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647>>, fecha de recepción: 21 de diciembre de 2016, fecha de aprobación: 1 de marzo de 2017, pág. 193.

5 Manual aprobado mediante la Resolución Administrativa N° 037-2013-PFSMP/SP del 27 de diciembre del 2013, expedida por el entonces Presidente la Fiscalía Suprema Militar Policial, Almirante Hernán Ponce Monge.

3. MATERIALES: MARCO TEÓRICO

3.1. Teoría del caso con un enfoque sistémico

Vía la muestra intencional, se ha seleccionado a cuatro autores (dos extranjeros y dos nacionales) que tratan sobre la teoría del caso y que la abordan con un enfoque sistémico. Con sus nociones vamos a deducir si la denominación “estructura” es utilizada y explicada por la doctrina procesal y en qué forma se emplea. Los procesalistas elegidos son: Nakazaki Servigón, Baytelman y Duce, Ríos Mostajo y Solórzano Sánchez.

En primer término, Nakazaki Servigón dice sobre la teoría del caso: “...es un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis: fáctico, jurídico y probatorio, los cuales no solamente benefician a las partes (...), sino también al juez, dado que se le brindará una carga informativa tal que le permitirá contar con los elementos de juicio y decisión para resolver el conflicto jurídico-penal del cual ha tomado conocimiento”⁶.

Por su parte, Baytelman y Duce la consideran como una respuesta a la pregunta “¿qué pruebas necesito, para acreditar cuáles son las proposiciones fácticas, que satisfagan qué elementos de cuáles teorías jurídicas son útiles? (...) no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia cómo es

posible dentro de un todo coherente y creíble (...) Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante, pues está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal pueda ‘leer’ toda la actividad probatoria, de tal manera que si el tribunal mira el juicio desde allí, será guiado a fallar en nuestro favor”⁷.

Mientras que Ríos Mostajo, en un estudio para la Academia de la Magistratura, señala: “La teoría del caso es un instrumento de planificación estratégica que debe ser elaborado por abogados y fiscales y tiene por finalidad definir los propósitos así como los objetivos y acciones estratégicas; (...) Consideramos que la planificación estratégica del juicio oral debe estar orientada hacia la obtención de una decisión judicial motivada que ampare nuestros objetivos. (...) La teoría del caso es la versión que el litigante asume sobre el hecho, su relevancia jurídica y su sustento probatorio. Está compuesto por tres partes: a) La teoría jurídica. b) La teoría fáctica. c) La teoría probatoria”⁸.

Finalmente, de Solórzano Sánchez se destacan los siguientes extractos: “La teoría del caso, como herramienta estratégica, es la que permitirá a los litigantes determinar con la mayor exactitud posible, cuáles son los hechos importantes para llevar al juicio, en función de qué tipos penales concretos y con cuál respaldo probatorio. (...) Estos tres

6 Nakazaki Servigón, César; *Juicio Oral – Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa del juicio oral*, Caceta Jurídica S. A., primera edición, Lima, octubre 2009, pág. 100.

7 Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio; *Litigación Penal y Juicio Oral*, publicación del Fondo de Justicia y Sociedad (Fundación Esquel – USAID), Santiago de Chile, septiembre, 2004, págs. 35 y 37.

8 Ríos Mostajo, Hans Berly; *Material Auto Instructivo Taller “Litigación Oral”*, Academia de la Magistratura, Lima, págs. 60, 61 y 54 (sic).

componentes de la teoría del caso, deben de estar interrelacionados, hay una vinculación necesaria entre los hechos que componen la teoría fáctica, la norma jurídica y las pruebas, para hacer de ello un todo monolítico, que resulte ser una teoría del caso fuerte vigorosa, que pueda ser sustentada durante todo el proceso”⁹.

De las anteriores apreciaciones doctrinales se desprende que la teoría del caso está conformada por tres partes: fáctica, jurídica y probatoria, las que deben estar articuladas, vinculadas o interrelacionadas en un todo coherente y creíble. Coherente, para determinar con la mayor exactitud posible los hechos importantes a llevar a juicio, en función de la teoría jurídica y con el respaldo probatorio. Y creíble, con el fin de obtener del juez una decisión motivada que ampare la pretensión del litigante. Entonces, se puede apreciar que la teoría del caso aquí analizada tiene un enfoque marcadamente sistémico; pero, no se deja de lado la concepción narrativa, por cuanto también se busca convencer y persuadir al juez con la pretensión.

Sin embargo, los tratadistas en mención no han hecho referencia expresa al vocablo “estructura”, ni lo emplean y menos encabezan en algún subtítulo al momento de exponer académicamente sus artículos relativos a la teoría del caso. Consideramos que es insuficiente la alusión a que sus partes están articuladas, vinculadas e interrelacionadas, para afirmar que

estamos ante una “estructura”. Sí se deduce que se trata de un “sistema”, por la concepción que defienden, pero tampoco hacen empleo expreso de este término, por lo que la omisión y falta de tratamiento expreso de estos vocablos, deja inconcluso su significado, importancia y relación con la teoría del caso, lo que implica un problema que debe esclarecerse con la ayuda, esta vez, de disciplinas y ciencias distintas a la jurídica.

Asimismo, la muestra doctrinal tampoco refleja uniformidad en el empleo de las denominaciones de las partes de la teoría del caso, verificándose la utilización de diversas designaciones, como: “niveles de análisis”, “componentes”, “elementos”, “teorías” y, por supuesto, “partes”, lo que también involucra otro problema, esta vez de falta de uniformidad en esas denominaciones que es necesario aclarar.

No estando resueltos los problemas antes formulados con la investigación jurídica realizada, vamos a recurrir a las disciplinas del estructuralismo y de la teoría de sistemas, así como al método sistémico-estructural-funcional.

3.2 Estructura y sistema

Parecería suficiente la definición que de la “estructura” da el diccionario de la Real Academia Española, como: “1. Disposición o modo de estar relacionadas las distintas partes de un conjunto”, para emplear

9 Solórzano Sánchez, Rodolfo; *La Teoría del Caso*, en la REVISTA EL FORO, N° 15, del Colegio de Abogados de Costa Rica, año 2014, págs. 10 y 12.

este término en nuestro título. Pero, los conceptos que dan Claude Lévi-Strauss, el principal referente del “estructuralismo” y Rodríguez y Pérez sobre la estructura, denotan una confusión entre los conceptos de “estructura” y “sistema”, por lo que se hace necesario deslindar sus significados.

Claude Lévi-Strauss se refiere a la “estructura” en el sentido que *“presenta un carácter de sistema. Consiste en elementos tales que una modificación cualquiera en uno de ellos entraña una modificación en todos los demás”*¹⁰. Por su parte, Rodríguez y Pérez explican que: *“La estructura es el modo en que dichas partes se conectan entre sí, en el todo, y forman un esqueleto en el que se distingue lo secundario de los elementos indispensables. El estructuralismo insiste en determinar cuáles son los elementos esenciales, determinantes, profundos, para distinguirlos de aquellos secundarios o superficiales de un fenómeno. En esta concepción, el todo es el sistema o estructura”*¹¹. Y respecto al mismo “estructuralismo”, Piaget expresó que *“hace hincapié en la interrelación e interdependencia entre las partes del todo que posibilitan la autorregulación y que asegura tanto la estabilidad del sistema en cuestión como su transformación”*¹².

Aparte de confundir estructura con sistema, los autores del “estructuralismo” antes citados, darían a entender que la estructura está constituida o conformada

por partes o elementos, pero los esenciales, determinantes o profundos, los cuales se interrelacionan y autorregulan con interdependencia, para asegurar la estabilidad o transformación del sistema.

Con relación al sistema, consideramos que la corriente doctrinaria más idónea para explicarlo es la “teoría de sistemas” de Niklas Luhmann, quien se sirve de este instrumento metodológico para *“Construir una teoría de la sociedad completa y exhaustiva, de carácter interdisciplinar –y dentro de ella una Teoría del Derecho”*¹³. Luhmann entiende a los sistemas como medios de comunicación (en ello radica su racionalidad), cuya función es facilitar la comprensión de la realidad y reducir la complejidad, encontrando soluciones en un mundo cambiante, siendo su característica las notas de auto referencia y autopoiesis.

Nos ayuda a comprender el significado de estas características técnicas Montoro Ballesteros, quien señala que *“La auto referencia alude a la distinción entre el sistema y su entorno, viendo en el sistema un todo cerrado en donde todas sus operaciones y elementos aparecen referidos a si mismos”*. Mientras que *“La autopoiesis (autoproducción) significa que los sistemas sociales tienen la capacidad de producir ellos mismos, los elementos que los integran, construyendo su propio espacio de operación y reducción de la complejidad”*¹⁴.

10 Cárdenas, Hugo; *El Sistema de la estructura. Estructuralismo y teoría de sistemas sociales*, en la página web <www.moebio.uchile.cl/45/cadenas.html>, recibido el 15 Jul 2012, aceptado el 26 Sep 2012, pág. 208.

11 Rodríguez Jiménez y Pérez Jacinto; *op. cit.*

12 *Ibidem.*

13 Montoro Ballesteros, Alberto; *El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs*, en Anuario de Derecho Humanos. Nueva Época, volumen 8, 2007, pág. 366.

14 *Ibidem*, pág. 368.

Ese carácter de autopoiesis del sistema lleva a Luhmann, citado por Hugo Cárdenas, a afirmar lo siguiente: “Limitamos el concepto de estructura, por lo tanto, de otra forma: no como un tipo particular de estabilidad, sino por su función de hacer posible la reproducción autopoietica del sistema de acontecimiento en acontecimiento”¹⁵. Es decir, no descarta el empleo de la estructura, pero la reformula despojándola de su referencia hacia la estabilidad y la reenfoca hacia la autopoiesis (autoproducción) de los sistemas sociales.

Entonces, de los estudios que el “estructuralismo” y la “teoría de sistemas” antes descritos, se infiere que los conceptos de estructura y sistema, varían por la preferencia que en su momento le han dado Lévi-Strauss al primero y Luhmann al segundo. Las similitudes entre estructura y sistema radican en que están constituidas como un todo o conjunto, integrado por sus partes o elementos, pero los esenciales, los cuales se interrelacionan y autorregulan con interdependencia. La diferencia se centra en su finalidad, por cuanto la estructura tiene por finalidad, asegurar la estabilidad o transformación del sistema; mientras que para la teoría de sistemas de Luhmann, el rol central lo tiene la comunicación y la finalidad ya no es la estabilidad sino la autoproducción de los sistemas sociales.

3.3. Elementos, componentes, teorías o niveles de análisis

El otro problema al que nos hemos propuesto dar solución, es la diversidad de

denominaciones en la doctrina procesal sobre las partes de la teoría del caso. Así tenemos, que Nakazaki nos habla de “niveles de análisis”; Baytelman y Duce de “elementos”; Ríos Mostajo hace mención a “partes” y “teorías”; mientras que Solórzano se refiere a “componentes” y “teorías”. Esta vez, acudimos al estructuralismo y al método sistémico-estructural-funcional, para unificar criterios.

Al destacar Piaget, Claude Lévi-Strauss y Rodríguez-Pérez, el término “elementos” en sus definiciones sobre el estructuralismo y la estructura; y al considerar como uno de sus objetivos del método sistémico-estructural-funcional, determinar “componentes” para modelar el objeto como sistema; lógicamente se deja entrever que los vocablos apropiados, desde el punto de vista técnico, para referirse a las partes de una determinada estructura “social”, son los “elementos” y “componentes”. Esta sinonimia también tiene respaldo gramatical, puesto que el diccionario de la Real Academia Española, en una de sus definiciones, equipara ambos términos; veamos: “Elemento (...) 8. m. Mat. Cada uno de los componentes de un conjunto”.

Así, el empleo de elementos o componentes para referirse a las partes de la estructura de la teoría del caso, resulta adecuado y correcto desde el punto de vista gramatical y técnico. Empero, teniendo en consideración la tradición doctrinaria del Fuero Militar Policial, traducida en el “Manual de Actuaciones Fiscales” (artículo 14°), en el cual se hace referencia expresa a los “componentes de la teoría del caso”, daremos preferencia a esta denominación.

15 Cárdenas, Hugo; *op. cit.*, pág. 211.

Sobre los componentes de la teoría del caso, la doctrina seleccionada (Nakazaki, Ríos, Solórzano y Baytelman y Duce) es unánime en señalar como tales, a los elementos fáctico, teórico y probatorio. Este criterio académico guarda relación con una de las razones del estructuralismo, como es “*determinar cuáles son los elementos esenciales, determinantes, profundos, para distinguirlos de aquellos secundarios o superficiales de un fenómeno*”. Con lo cual queda claro cuáles son los componentes esenciales de la teoría del caso, tanto es así que han sido elevados a nivel normativo, como lo afirmó Nakazaki, al decir: “*estos niveles de análisis los encontramos en el artículo 371.2 del Código Procesal Penal de 2004, el cual establece que: ‘Acto seguido, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas...’*”¹⁶. A continuación, nos referiremos a ellos.

3.4. Componente fáctico

Tanto Solórzano como Nakazaki comienzan la estructura de su teoría del caso con este componente, bajo los subtítulos de teoría fáctica y nivel de análisis fáctico, respectivamente. Sin embargo, Ríos la encabeza con la teoría jurídica, contrasentido que merece una explicación.

Si bien este componente se caracteriza por contener “hechos penalmente relevantes”, todo caso se construye comenzando con la narración de los hechos por parte

de la víctima o con la *notitia criminis* que llega al fiscal vía los medios de comunicación masivos o por denuncia de funcionarios que tienen esa obligación, hechos que todavía no son penalmente relevantes, lo que recién ocurre cuando entra en acción el componente jurídico, vía su análisis y adecuación efectuada por el fiscal, naciendo así “las proposiciones fácticas”.

Entonces, el componente fáctico está compuesto por los hechos narrados por la víctima o por la *notitia criminis* y por los hechos penalmente relevantes o “proposiciones fácticas”, respecto a las cuales Baytelman y Duce las define así: “*una proposición fáctica es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, sobre lo que un testigo, sí puede declarar*”¹⁷. En este concepto se ve claramente que los hechos pasan por un proceso de análisis jurídico previo para poder ser penalmente relevantes, siendo este el motivo por el cual Ríos encabeza la estructura de la teoría del caso con el componente jurídico.

Realizada esa previa aclaración, nos enfocamos en las “proposiciones fácticas” y su utilidad para los litigantes, destacada por Rafael Blanco y otros en el sentido que “*constituyen una forma de resolver la distancia entre una teoría jurídica por naturaleza abstracta y un mero relato de hechos*”¹⁸, lo que significa que no se trata de simples hechos ni de elementos o conceptos jurídicos.

16 Nakazaki Servigón, César; op. cit., pág. 101.

17 Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio; op. cit., pág. 32.

18 Blanco, Decap, Moreno y Rojas; *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis, Santiago de Chile, año 2005, pág. 24.

Y con ello ya nos estamos refiriendo a la construcción de las “proposiciones fácticas”, que si bien debe ser materia de otro trabajo más prolijo, no releva la obligación de dar algunas nociones preliminares, como la destacada por Ríos al enfatizar que *“lo importante en la descripción de un hecho, es librarlo de abstracciones”*¹⁹, lo que quiere decir que si se narra un hecho o se elabora una proposición fáctica con términos jurídicos, se estaría haciendo un mal relato. Lo contrario sucede si se expresan en lenguaje sencillo, que sí se trataría de un buen relato.

Como se ve, la transformación de los hechos en selectos o penalmente relevantes, necesita de un análisis complejo de índole jurídico-penal, cuya síntesis necesita de la elaboración del boceto o borrador, para ir haciendo los ajustes necesarios y que la teoría fáctica resulte ser robusta. Esta relación de hechos debe separarse y numerarse para que la herramienta funcione adecuadamente.

3.5. Componente jurídico o teoría jurídica

Se le conoce también como teoría jurídica por su vínculo con la teoría del delito, componente respecto al cual Solórzano dice que *“está relacionada directamente con la teoría fáctica, pues depende de esa relación fáctica que tengamos, cual es la norma o normas que corresponde aplicar”*²⁰. Noción que se armoniza con la primera fase del nivel de análisis jurídico de la teoría del caso de

Nakazaki, cuando sostiene *“que tiene por objetivo, por un lado, determinar la ley penal aplicable y, por otro lado, la teoría jurídica a ser empleada en el caso”*²¹.

No obstante, esa concepción de la teoría jurídica en el sentido de solo relacionarla o establecer el análisis jurídico del componente fáctico con “la norma” o “ley penal aplicable”, es limitada, por estar referida esa subsunción de los hechos solo al tipo penal, que es una categoría jurídica de la teoría del delito, por lo que se trata de un procedimiento que forma parte del proceso de adecuación de los hechos a la teoría del delito, respecto a la cual no puede realizarse aisladamente la tipicidad.

Lo dicho anteriormente se vincula con el método de la dogmática jurídico penal destinado a averiguar si hay o no un delito en un caso concreto, lo que se logrará siguiendo un camino lógico y un orden vía la subsunción de los hechos en los elementos o categorías de la teoría del delito, como son: la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y, adicionalmente, en algunos casos, la punibilidad (respecto a los presupuestos sustantivos que apartan la punibilidad). A este ejercicio de adecuación de los hechos a la teoría del delito, no puede dejarse de lado los demás elementos de la dogmática jurídico penal, como: las formas de realización del tipo penal, la autoría y participación, las causas modificatorias de la tipicidad y las causas eximentes de antijuridicidad y culpabilidad, entre otras.

19 Ríos Mostajo, Hans Berly; *op. cit.*, pág. 55.

20 Solórzano Sánchez, Rodolfo; *op. cit.*, pág. 13.

21 Nakazaki Servigón, César; *op. cit.*, pág. 104.

Debe resaltarse también la importancia de este elemento jurídico con la justificación interna o lógica formal jurídico-penal que debe tener toda sentencia penal y las disposiciones y requerimientos fiscales, cuya ausencia acarrea nulidad por contravención a la garantía y derecho constitucional a la motivación escrita de las resoluciones, bajo la modalidad de falta de motivación interna del razonamiento por incorrección lógica.

Con las reglas de la “lógica jurídica” se puede salvar la inconstitucionalidad antes advertida, gracias a la lógica formal o deductiva la misma que, al ocuparse de los argumentos desde el punto de vista de su corrección formal, tiene una argumentación válida (deductivamente) cuando la conclusión necesariamente es verdadera si las premisas son verdaderas. En sede de razonamiento jurídico, el medio de expresión por excelencia del argumento deductivo es el silogismo judicial o jurídico, que tiene la misma composición del silogismo lógico y cuya estructura es como sigue:

- Premisa mayor: Es una proposición general que contiene el término mayor, predicado de la conclusión. Se trata de una proposición cuya verdad se afirma sin demostrar y que adquiere la característica de axioma o postulado, a partir de la cual se van deduciendo otras proposiciones verdaderas.
- Premisa menor: Es una proposición específica que contiene el término menor, que hace de sujeto en la conclusión.
- Conclusión: Basada en las dos premisas anteriores.

Trasladadas estas reglas de la lógica formal o deductiva al campo penal,

estructuran el silogismo jurídico con tres proposiciones: premisa normativa, premisa fáctica y conclusión. La premisa mayor es la premisa normativa y no sólo está constituida por el tipo que describe el delito de función (es decir “la norma” o la “ley penal aplicable”) sino también por la teoría del delito y la dogmática jurídica penal. Por su complejidad y relevancia jurídica, será tratada con mayor detalle en otro artículo de investigación.

Pero, en esa relación y análisis entre la premisa normativa y la premisa fáctica o entre la teoría jurídica y proposiciones fácticas, cobra vital importancia el componente probatorio, sin el cual no puede haber teoría del caso.

3.6. Componente probatorio

Al igual que con el método de la dogmática jurídico penal para averiguar si hay o no un delito en un caso concreto, en la teoría del caso también se sigue un camino lógico y su respectivo orden, para que al final tengamos un caso sólido a presentar en el juicio oral. El recorrido va por niveles de análisis, de los cuales ya se han realizado dos, como son: el fáctico y el jurídico. Si bien lo mencionado corresponde a la construcción de la teoría del caso, vale también para establecer el orden en que deben ir los componentes de la teoría del caso en su estructura, correspondiendo el tercer orden, con igual o mayor grado de importancia, al componente probatorio.

Entonces, establecidas las proposiciones fácticas y construida la teoría jurídica, corresponde organizar las pruebas que les den sustento. Pero, debemos tener en cuenta la advertencia de Baytelman y Duce, cuando dice que, si bien “*El lenguaje del juicio es,*

*en sus partes más relevantes, el lenguaje de la prueba (...) la construcción precisa y clara de la proposición fáctica determina completamente la prueba que necesitaremos*²². Es por esta razón que Ríos señala que: *“Para facilitar la búsqueda de fuentes de prueba, se tiene que definir que se quiere probar y, para ello, el fiscal debe transformar la solución jurídica del caso, en proposiciones fácticas demostrables”*²³.

Importante lo anteriormente dicho, por cuanto deja entrever que debe haber una depuración de los hechos, donde sólo deben quedar las proposiciones fácticas demostrables, es decir, aquellas que serán probadas en juicio. De utilidad resulta la propuesta de Solórzano de que aquí se cuente con una “herramienta de boceto” que nos permita visualizar, por ejemplo, si hay vacíos probatorios o si hay prueba superabundante; y, además, hacer aplicación de los criterios de utilidad, necesidad y pertinencia, como filtros de pruebas, con los que *“podremos hacer un juicio de valor y concluir si esa es una prueba fuerte, o por el contrario es una prueba débil por no soportar el análisis con esos filtros”*²⁴.

No debemos olvidar que en el modelo acusatorio, el juez es un tercero imparcial, por lo que el *tema probandum* o de necesidad de la prueba le corresponde en el proceso a las partes (fiscal y defensa), por lo que si pretende convencer de su teoría al juez imparcial, debe verificar y demostrar su hipótesis vía el componente probatorio. Así, y sólo así, habrá teoría del caso.

4. RESULTADOS:

4.1. Estructura y sistema en la teoría del caso

De los tratadistas procesales elegidos, sólo Nakazaki hace una mención expresa al “sistema” al considerar la teoría del caso como *“un sistema o aparato conceptual que permite la articulación de tres niveles de análisis”*; empero, parecería desechar el término “estructura” al obviarla en su concepto. Con relación a Baytelman y Duce (*“¿qué pruebas necesito, para acreditar cuáles son las proposiciones fácticas, que satisfagan qué elementos de cuáles teorías jurídicas son útiles?”*), Ríos Mostajo (*“Está compuesto por tres partes: a) La teoría jurídica. b) La teoría fáctica. c) La teoría probatoria”*) y Solórzano Sánchez (*“Estos tres componentes de la teoría del caso, deben estar interrelacionados, hay una vinculación necesaria ..., para hacer de ello un todo monolítico”*), aparte de no referirse al “sistema” y a la “estructura”, sus anotaciones denotan un significado similar a esta última.

En efecto, las nociones anteriores tienen clara similitud con las definiciones de la estructura que dan los autores del estructuralismo. Así tenemos que hacen mención a tres elementos o partes esenciales, que forman el todo (la teoría del delito); dan a entender que esos elementos se autorregulan mediante la interrelación e interdependencia; y su finalidad es asegurar la estabilidad del sistema, lo que se desprende de las finalidades de la teoría del caso de Nakazaki (*“brindará una carga informativa tal que le*

22 Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio; *op. cit.*, pág. 32.

23 Ríos Mostajo, Hans Berly; *op. cit.*, pág. 54.

24 Solórzano Sánchez, Rodolfo; *ibidem*.

permita contar con los elementos de juicio”), de Baytelman y Duce (“está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal ... será guiado a fallar en nuestro favor”), de Ríos (“tiene por finalidad definir los propósitos así como los objetivos y acciones estratégicas”) y de Solórzano (“una teoría del caso fuerte vigorosa, que pueda ser sustentada durante todo el proceso”).

Considerada en esta forma la estructura de la teoría del caso, trae como ventajas que la dota de orden y jerarquía, al organizarla con los componentes esenciales (fáctico, jurídico y probatorio), que se interrelacionan para asegurar, principalmente, la estabilidad de este sistema (teoría del caso). El juicio que se desprende de esta lectura, es doble: Primero, estimamos que la relación entre la estructura y el sistema es de género a especie, donde la teoría del caso es el sistema y sus partes, elementos o componentes conforman su estructura. Segundo, si bien la estructura ayuda en orden y síntesis, sólo revela una composición estática, mas no el funcionamiento y resultados de la teoría del caso y sus elementos; esta dinámica y eficacia la completa la noción de sistema.

Se dijo anteriormente que la teoría de sistemas contemporánea no descarta el empleo de la estructura, pero la reformula despojándola de su referencia hacia la estabilidad y la reenfoca hacia la autopoiesis (autoproducción) de los sistemas. Asimismo, debemos tener en cuenta para el próximo análisis, la definición de los sistemas y su diferencia con la estructura. Se les definió a los sistemas como medios de comunicación, cuya función es facilitar la comprensión de la realidad y reducir la complejidad, encontrando soluciones en un mundo cambiante, siendo su característica

las notas de auto referencia y autopoiesis. Mientras que la diferencia se centró en la finalidad, que: la estructura, es asegurar la estabilidad o transformación del sistema; y del sistema, cuyo rol central lo tiene la comunicación, es la autoproducción.

Aplicada esa teoría estructural y sistémica a la teoría del caso, significa que a su estructura, conformada por elementos esenciales que se interrelacionan entre sí para que tengan orden, se le tienen que añadir las características y función del sistema, que perfeccionan o completan la teoría del caso como información fáctica, jurídica y probatoria (medios de comunicación), producida a través de niveles de análisis independiente (autoproducción), siendo su función la de facilitar al litigante la comprensión del caso a través de la simplificación y organización de esa información (comprensión de la realidad y reducción de la complejidad), con la finalidad de obtener proposiciones fácticas, la teoría jurídica y el componente probatorio, que permitan al litigante afrontar con éxito todo el proceso acusatorio y, principalmente, el juicio oral (obtención de soluciones en un mundo cambiante).

Entonces, a partir de esta importante base teórica podemos desarrollar el funcionamiento de la teoría del caso, con esa finalidad práctica y eficaz a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior. Ya se ha adelantado lo relacionado a la estructura de la teoría del caso, sus componentes esenciales, su orden e interrelación. En efecto, se vio la estructura de la teoría del caso, su conformación con los elementos fáctico, jurídico y probatorio, sus nociones generales, su orden y la interrelación de estos componentes. Sobre el orden, cabe mencionar que la doctrina procesal

no es rígida, puesto que unos tratadistas consideran que primero debe ir lo fáctico (Nakazaki y Solórzano), mientras que otros, lo jurídico (Ríos Mostajo). Lo que sí queda claro es que los tres componentes de la teoría del caso deben interrelacionarse y funcionar, en una forma similar a la del método de la dogmática jurídico penal, esto es, se sigue un camino lógico en orden a las categorías básicas de la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad), respecto a los cuales se efectúan análisis independientes por niveles para averiguar si hay o no delito en un caso concreto. En cuanto a la teoría del caso, los análisis que se hacen a sus componentes, van a traer como resultado que tengamos o no un caso sólido a presentar en el juicio oral.

Pero, esta última parte relativa al funcionamiento de la teoría del caso, no se ha agotado en la presente investigación, por lo que será materia no sólo de otro sino de otros artículos en los cuales se tratarán con mayor detalle la operatividad de las proposiciones fácticas, la teoría jurídica y el componente probatorio.

4.2. Prioridad: estructura de la teoría del caso en el “manual de actuaciones fiscales”

Siempre con la predisposición de aportar a nuestro Fuero Militar Policial, en esta oportunidad, a través del “Manual de Actuaciones Fiscales”, se proyecta una modificación a su artículo 4º, que a la letra dice lo siguiente:

“Artículo 14º.- Componentes de la teoría del caso

(1) **Fáctico:** Identificación de los hechos relevantes.

(2) **Jurídico:** Encuadramiento de los hechos al tipo penal.

(3) **Probatorio:** Permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes”.

Se ha escogido este artículo porque es el que más se aproxima en forma a la estructura de la teoría del caso, la misma que contiene los tres componentes esenciales que hemos tratado en el presente trabajo, como son: fáctico, jurídico y probatorio. En la modificación que proyectamos, se va a poner énfasis al término “estructura” que ahora encabezará el título del artículo, debido a la base teórica y utilidad que se ha descrito, seguida de la denominación de sus partes: componentes.

De otro lado, se modifica también el contenido del componente jurídico, por cuanto la teoría jurídica no solo está compuesta del análisis del tipo penal, como se menciona en el texto original del artículo 14º, sino que abarca a la teoría del delito y a la dogmática jurídico penal, como se ha explicado al tratar este componente. Por lo tanto, el nuevo texto del “Manual de Actuaciones Fiscales” que se propone, es el siguiente:

“Artículo 14º. - Estructura de la teoría del caso: Componentes

(1) **Fáctico:** Identificación de los hechos relevantes.

(2) **Jurídico:** Adecuación de los hechos a la teoría jurídica (tipo penal, teoría del delito y dogmática jurídico penal).

(3) **Probatorio:** Permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes”.

Asimismo, se plantea la modificación del formato N° 1 del Plan de Investigación Fiscal, que corre como anexo en el “Manual de Actuaciones Fiscales”, en la parte

que contiene las plantillas de la teoría del caso, donde se sugiere la inclusión de una plantilla que contenga cuadros con los elementos fáctico, jurídico y probatorio, en los cuales el Fiscal Militar Policial resumirá lo más relevante luego del análisis de la información contenida en dichos componentes. Esos resúmenes serán los

más importantes para la litigación oral en la etapa de juzgamiento. Esta plantilla irá antes de las “conclusiones” y después de los “elementos de convicción”, siendo su forma similar a la empleada en el Plan de Investigación Fiscal del Ministerio Público de 2013, la misma que a continuación se diseña²⁵:

IV. TEORIA DEL CASO

Fáctico:**Jurídico****Probatorio**

25 Ministerio Público; *Manual para el Desarrollo del Plan de Investigación*, aprobado mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1700-2013- MP-FN del 14 de junio del 2013, págs. 40 y 48.

Se recomienda revisar los ejemplos contenidos en el referido Plan de Investigación Fiscal del Ministerio Público del 2013, cuando resume y sintetiza la información de casos prácticos en las partes fáctica, jurídica y probatoria de esta plantilla.

5. DISCUSIÓN: ¿ES LA NARRACIÓN UN COMPONENTE O FINALIDAD DE LA TEORÍA DEL CASO?

De la cita de Baytelman y Duce en el sentido que la teoría del delito “(...) *no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia como es posible dentro de un todo coherente y creíble (...) está destinada a proveer un punto de vista cómodo y comfortable desde el cual el tribunal pueda ‘leer’ toda la actividad probatoria, de tal manera que si el tribunal mira el juicio desde allí, será guiado a fallar en nuestro favor*”²⁶, podría entenderse que hay un acercamiento a la concepción narrativa de la teoría del caso, por tener la característica de “explicación” y basarse en teorías idealistas o “coherentistas” de la verdad que, con referencia al proceso judicial, excluyen que pueda estar orientado hacia la determinación de la verdad de los hechos.

Sin embargo, como se ha dicho, se trata sólo de un acercamiento, puesto que prevalece la concepción sistémica en la teoría del caso de Baytelman y Duce, debido a que la ordena como sistema en función a los elementos fáctico, jurídico y probatorio, dándole relevancia a este último componente y, por tanto, a la verdad procesal,

que tiene como referencia a la teoría de la correspondencia, que estima que las decisiones deben adecuarse a la verdad para que puedan ser justas y correctas. La narración, como se ve, no es descartada, pero la emplea como herramienta, por tener como ventajas el uso de las proposiciones fácticas con un fin esencial: la persuasión.

Lo anterior significa que con la herramienta de la narración, previamente se van a elaborar proposiciones fácticas, que describen los hechos y las circunstancias que se dieron en el pasado y que son relevantes para la solución del litigio, para posteriormente formar parte de la narración que se expondrá en el juicio con la finalidad práctica de persuadir y lograr convicción en el juez sobre la pretensión del litigante.

Entonces, podemos afirmar que la función de la narración comienza en el componente fáctico de la teoría del caso, vía la formulación de proposiciones fácticas, y concluye con la narración coherente a ser expuesta al juzgador. No la consideramos como un componente esencial de la teoría del caso, ni como la finalidad a perseguir por parte de los Fiscales Militares Policiales, debido a que como ya dejamos sentado: “*la narración y la persuasión sí son finalidades para los abogados litigantes, pero para los fiscales es sólo una herramienta o técnica por cuanto su función en el proceso penal se fundamenta en la defensa de la legalidad, en el principio de objetividad y, por supuesto, en la verdad procesal*”²⁷.

26 Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio; *ibídem*.

27 Ampuero Begazo, Jorge Félix; *op. cit.*, pág. 148.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AMPUERO BEGAZO, Jorge Félix; *Concepto Sistémico, Estratégico y Metodológico de la Teoría del Caso en el Manual de Actuaciones Fiscales*, en *EL JURISTA del Fuero Militar Policial*, CAEJM, número 12, diciembre 2018.
- BAYTELMAN, Andrés y Duce, Mauricio; *Litigación Penal y Juicio Oral*, publicación del Fondo de Justicia y Sociedad (Fundación Esquel – USAID), Santiago de Chile, septiembre, 2004, págs. 35 y 37.
- BLANCO, Rafael; Decap, Mauricio; Moreno, Leonardo; y Rojas, Hugo. *Litigación Estratégica en el Nuevo Proceso Penal*, Lexis, Santiago de Chile, año 2005.
- CÁRDENAS, Hugo; *El Sistema de la estructura. Estructuralismo y teoría de sistemas sociales*, en la página web <www.moebio.uchile.cl/45/cadenas.html>, recibido el 15 Jul 2012, aceptado el 26 Sep 2012.
- FUERO MILITAR POLICIAL – Fiscalía Suprema Militar Policial; *Manual de Actuaciones Fiscales y Formatos Técnicos del Fiscal Militar Policial*, aprobado mediante la Resolución Administrativa N° 037-2013-PFSMP/SP, primera edición, Lima, diciembre, 2013.
- MINISTERIO PÚBLICO; *Manual para el Desarrollo del Plan de Investigación*, aprobado mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1700-2013-MP-FN del 14 de junio del 2013.
- MONTORO BALLESTEROS, Alberto; *El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs*, en *Anuario de Derecho Humanos*. Nueva Época, volumen 8, 2007.
- NAKAZAKI SERVIGÓN, César; *Juicio Oral – Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa del juicio oral*, Gaceta Jurídica S.A., primera edición, Lima, octubre, 2009.
- RÍOS MOSTAJO, Hans Berly; *Material Auto Instructivo Taller “Litigación Oral”*, Academia de la Magistratura, Lima, junio, 2016.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Andrés y Pérez Jacinto, Alipio; *Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento*, extraído de <<https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647>>, fecha de recepción: 21 de diciembre de 2016, fecha de aprobación: 1 de marzo de 2017.
- SOLÓRZANO SÁNCHEZ, Rodolfo; *La Teoría del Caso*, en la *REVISTA EL FORO*, N° 15, del Colegio de Abogados de Costa Rica, año 2014.

EL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL, LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN, Y EL USO DE LA FUERZA LETAL EN EL PERÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. ANÁLISIS; Y III. CONCLUSIONES.

RESUMEN:

En este artículo se tratan tres ejes temáticos: el derecho a la protesta social, los estados de excepción, y el uso de la fuerza letal en el Perú. En cuanto al derecho a la protesta social que se materializa en las calles, dice que aparece como un “suplemento electoral” indispensable, cuando la mayoría de canales formales de participación no funcionan. Refiere que la declaratoria de Estado de Emergencia es una medida

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con un Título de Post Grado y estudios de maestría en Ciencia Política y Gobierno (Sistema Electoral, Sistema de Partidos y Sistema de Gobierno) en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Cuenta con un Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución en la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo – España). Es Candidato a Máster en Derecho Constitucional en la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo-España). Ha sido Jefe de Práctica en el curso de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la PUCP y Jefe de Práctica en el curso de Teoría Política en la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Ha sido Profesor de Derecho Electoral y Ciencia Política en la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres (USMP). Es profesor de Historia de las Ideas Políticas en la Facultad de Derecho de la (USMP). Es miembro de la Sociedad de Debates de la Facultad de Derecho de la USMP (2016). Es miembro del Centro de Estudios en Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la USMP (2017). Es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

legítima y democrática que puede adoptar un Gobierno con el objetivo de restablecer el orden interno en un escenario de extrema convulsión social, pero que debe ser de última ratio. El uso de la fuerza letal debe estar circunscrito a las personas que efectivamente sean una amenaza y que se encuentren en situaciones preestablecidas por la ley y su uso debe orientarse bajo los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad.

ABSTRACT:

This article discusses three thematic axes: the right to social protest, states of emergency and the use of lethal force in Peru. As for the right to social protest that is embodied in the streets, it says that it appears as an essential "electoral supplement" when most formal channels of participation do not work. The second one states that the declaration of a State of Emergency is a legitimate and democratic measure that a Government can adopt with the objective of restoring internal order in a scenario of extreme social upheaval, but must be as a last resort. Finally, the use of lethal force must be limited to people who are effectively a threat and who

are in situations pre-established by law and its use should be guided by the principles of proportionality, necessity and humanity.

I. INTRODUCCIÓN

El jueves 28 de marzo de 2019, la presidencia del Consejo de Ministros publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 056-2019-PCM, mediante el cual declaró el Estado de Emergencia en el distrito de Challhuahuacho, provincia de Cotabambas, departamento de Apurímac, y la prórroga del Estado de Emergencia declarado en parte del Corredor Vial Apurímac - Cusco - Arequipa, disponiendo que la Policía Nacional del Perú (PNP) mantenga el control del orden interno, con el apoyo de las Fuerzas Armadas (FF.AA). El motivo de esta decisión fue el conflicto desatado entre los pobladores de esa zona con la mina de cobre Las Bambas, operada por el consorcio australiano-chino MMG.

Al respecto, cabe recordar que hace dos semanas², comuneros de Cotabambas habían bloqueado dos accesos a la mina Las Bambas, y que, además, hace 53 días, los comuneros de Fuerabamba impedían el paso de camiones de la minera por la vía

(2017). Observador Electoral Internacional en Colombia (2016), Ecuador (2017) y Colombia (2018) representando al RENIEC. Delegado Electoral Internacional en Bolivia (2017) y Ecuador (2017) representando al RENIEC. Conferencista Internacional en México (2018), Argentina (2018) y México (2019) representando al RENIEC. Es miembro del Comité de Coordinación Electoral del Sistema Electoral Peruano representando al RENIEC. Es representante del RENIEC ante la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República en el Proceso de Reforma Electoral, Reforma Política y Reforma del Sistema de Justicia (2018-2019). Ha sido Asesor del Gabinete de Asesores de la Jefatura Nacional del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil 2016-2019 (RENIEC). Es Secretario General del RENIEC (2019). Escribe y publica artículos sobre temas de Derecho Constitucional, Derecho Electoral, Derechos Humanos y Ciencia Política en medios especializados y periodísticos.

2 Este artículo fue escrito en la semana del lunes 08 de enero de 2019 al viernes 12 de enero de 2019.

nacional que cruza el fundo Yavi Yavi, ubicado en la provincia de Chumbivilcas, departamento de Cusco.

En esa línea, me propongo dividir la parte analítica de este trabajo en tres ejes temáticos, y pronunciarme sobre el contenido y alcance de los mismos: 1) El derecho a la protesta social; 2) Los Estados de Excepción en la Constitución Política de 1993; y, 3) El uso de la fuerza letal en la jurisprudencia constitucional e internacional, ya que, como pone en evidencia la publicación del Decreto Supremo N° 056-2019-PCM, no son pocas las veces en las que frente a la protesta social de la población, el Gobierno de turno decide emitir una declaración de Estado de Emergencia sobre la zona en conflicto, haciendo -en algunos casos- uso de la fuerza letal.

Por último, debo dejar constancia que este trabajo busca sintetizar las reflexiones que a lo largo de los últimos años hemos sostenido, las mismas que han sido materia de artículos publicados en diversos medios impresos y digitales, compilados en mi libro titulado “Ideario Republicano”, editado en el ámbito internacional por la Editorial Académica Española (2018) y en el ámbito nacional por la Editorial Quimera (2019).

II. ANÁLISIS

Al respecto, diremos lo siguiente:

2.1 El derecho a la protesta social

Sobre este punto, aprovecho la oportunidad para reflexionar sobre la importancia que tiene el derecho a la protesta social en sociedades democráticas, sabiendo que quizá con ello, muchos terminen llamándome defensor de vándalos, criminales e, incluso de “aprendices de terroristas”.

Al respecto, el profesor argentino de Teoría Constitucional y Filosofía Política, Roberto Gargarella, uno de los académicos que más ha investigado sobre el derecho a la protesta, nos recuerda el valor que este derecho tiene para el constitucionalismo, sobre todo en un contexto donde los partidos políticos, los sindicatos y los gremios han perdido la capacidad para la movilización cívica. Entonces, ante situaciones de grave deterioro social, el derecho a protestar permite mantener firme toda la estructura de derechos, por lo que puede ser considerado “el primer derecho”, el “derecho de los derechos”.

Asimismo, Gargarella señala que el valor que tiene la protesta para el constitucionalismo se refuerza cuando advertimos la conexión que existe entre ella y la democracia. Es más, citando al profesor Owen Fiss, Gargarella advierte que la protesta en las calles aparece como un “suplemento electoral” indispensable, particularmente en situaciones de debilidad institucional como la que caracteriza a los países de América Latina, ya que cuando la mayoría de canales formales de participación no funcionan y se torna imposible criticar y sancionar a los representantes, para que corrijan sus errores, la protesta cumple un papel democrático crucial.

Ahora bien, es necesario reconocer, como apunta Gargarella, que la protesta puede ser ejercida en desafío al derecho (cortando calles), y que también puede venir acompañada de actos graves (uso indebido de la violencia). Siendo ello así, queda claro que no podemos pensar en la protesta desconociendo su valor constitucional y democrático, pero tampoco pretender que la protesta sea inmune a toda queja o reproche por parte del Estado.

En esa línea, Gargarella contextualiza la protesta haciendo referencia a la responsabilidad que el Estado tiene en los agravios que la protesta comúnmente denuncia. Es decir, el Estado, que la mayoría de veces reprime violentamente la protesta, resulta siendo el primer responsable de la misma. Primero, porque es el responsable de la violación de derechos que el mismo se ha comprometido a asegurar (educación, salud, justicia, entre otros), en la promesa más importante que nos hace a los ciudadanos: la Constitución. Segundo, porque cierra los canales institucionales a través de los cuales los ciudadanos pueden decidir sobre los asuntos que más les importan, impidiendo responsabilizar y sancionar políticamente a los representantes que defraudan y que no son capaces de atender las demandas sociales.

Siendo ello así, es lógico afirmar, como lo hace Gargarella, que ambas fallas estatales en materia constitucional y democrática, socavan la autoridad estatal para reprochar a los ciudadanos que incumplen con sus deberes violando la ley. En otras palabras, Gargarella pregunta lo siguiente: ¿Cómo puede el Estado levantar el dedo acusador contra los agitadores que violan derechos, si es el primer responsable de violar los derechos que esos agitadores reclaman?

Entonces, ¿Cuál debería ser la posición del poder frente a la protesta? En principio, el Estado y la Sociedad deben entender, por las razones que hemos expuesto, que toda protesta, como lo anota Gargarella, y, sobre todo, quienes protestan merecen respeto. Pero también debe saberse que respetar la protesta no es lo mismo que no reprimirla, porque resulta claro que cuando en medio de la protesta se cometen delitos

(asesinatos, secuestros, por ejemplo) estos deben ser castigados de acuerdo a ley. Y también debe entenderse que respetar la protesta no implica, al menos no necesariamente, someterse a cada una de las exigencias de sus integrantes, como temen y denuncian algunas voces desde una cómoda posición social y económica.

Sin embargo, es justo reconocer, como lo anota Gargarella, que respetar la protesta -sobre todo cuando no es nuestra- no es fácil. Respetar la protesta de los otros exige tomar en serio a los que se quejan, nunca burlarse de ellos o insultarlos llamándolos vándalos, criminales o “aprendices de terroristas”. Respetar la protesta exige cierta dosis de empatía, pues de lo que se trata es de ponerse en el lugar del otro, afirma Gargarella, sin denigrar a los miles de ciudadanos, que como suele ocurrir, se suman a la protesta poniendo lo mejor de sí, convencidos de que están haciendo lo mejor por su patria.

Asimismo, creo que es necesario reivindicar, siguiendo la línea de Gargarella, el mérito de las personas que salen a las calles, de buena fe, asumiendo costos personales, exponiendo su cuerpo contra regímenes cada vez más amedrentados frente a la movilización popular, contrarios a escuchar y atender las quejas de quienes los cuestionan.

En esa medida, Gargarella da en el clavo cuando señala que un buen test para saber qué tan democrático es un Estado (Gobierno, en última instancia) es preguntarse qué hace para escuchar a sus críticos: ¿El Estado promueve espacios de diálogo: asambleas públicas, cabildos, rendiciones de cuenta, para que los ciudadanos puedan libremente dar a conocer sus demandas? ¿El Estado es tolerante frente a los ciudadanos

o grupos que cuestionan su actuación? En suma, todos necesitamos escucharnos, todos necesitamos preguntarnos qué es lo importante que los que protestan tienen para decirnos. Pero, sobre todo, como lo apunta Gargarella, son los gobiernos auténticamente democráticos los que deben escuchar a los que protestan.

Dicho todo ello, ahora propongo continuar el análisis, pero centrando nuestra atención en cuatro ejes temáticos fundamentales al momento de reflexionar sobre la importancia que tiene el derecho a la protesta en sociedades democráticas: a) La necesidad de escuchar a los críticos; b) La necesidad de regular el derecho a la protesta (pero en qué términos); c) La criminalización de la protesta; y d) La manera cómo el Estado legitima su poder en una democracia republicana.

En primer lugar, debemos partir por reconocer que tomar en consideración la voz de los que protestan no supone asumir que todas o la mayoría de las quejas que enuncian sean válidas. Pueden no serlo, como expone Gargarella, pero justamente será la labor y responsabilidad de los representantes políticos diferenciar cuáles demandas merecen ser dejadas de lado y cuáles no, y de qué modo. En eso consiste justamente el ejercicio del poder en una democracia republicana, ya que de lo que se trata es que, para la adopción de una decisión de interés público, el poder sea capaz de escuchar a todos aquellos que se verán directamente afectados por dicha decisión, ya que es la única manera de garantizar la legitimidad y validez de la misma.

En segundo lugar, quienes defendemos la importancia del derecho a la protesta, debemos ser los primeros en advertir que actualmente existe una importante parte de

la sociedad que está convencida de que en la calle cualquiera puede hacer cualquier cosa. Es decir, existe la creencia de que, so pretexto de protestar o reprimir la protesta, está permitido todo. Por un lado, están los que toman las calles, atentan contra la propiedad pública y/o privada, o incurrir en actos criminales. Por el otro, las fuerzas del orden que reprimen indiscriminadamente. Surge entonces en la sociedad la necesidad de formular la siguiente pregunta: ¿Cómo restablecer el equilibrio entre el ejercicio del derecho a la protesta y el uso de la fuerza de los agentes del Estado?

La respuesta a esta interrogante, afirma Gargarella, pasa primero por regular el ejercicio del derecho a la protesta, pero con una legislación que sea el resultado de una deliberación pública (profunda e inclusiva), que involucre a todos los afectados (partidos, movimientos, sindicatos, gremios, estudiantes, entre otros). Caso contrario, terminará ocurriendo lo de siempre: aprobación de leyes redactadas por un minúsculo grupo de “técnicos independientes” preocupados más por blindar a la autoridad que por el compromiso real y efectivo con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Asimismo, a los medios de comunicación que pretenden deslegitimar la protesta de sectores como los estudiantes, acusándolos de politizar sus demandas, debemos explicarles, como lo expone Gargarella, algo que es evidente: “Toda protesta tiene un contenido político y ese contenido político no la ensucia, sino que le confiere dignidad. El carácter político debe representar el presupuesto con el que nos acercamos a la protesta y no la premisa final de un discurso condenatorio sobre el conflicto”. En otras palabras, el que una protesta tenga un

contenido político no es ninguna sorpresa, ya que la motivación política es justamente la materia prima de cualquier protesta.

En esa línea, si de lo que se trata es de establecer límites razonables al ejercicio del derecho a la protesta, Gargarella nos advierte que no podemos caer en el facilismo en el que incurren algunos medios de comunicación cuando señalan que los motivos del derecho a la protesta —cuando esta se traduce en tomar las calles, por ejemplo— no justifican per se la limitación del derecho al libre tránsito o el derecho al trabajo de los que no protestan.

Este facilismo, según Gargarella, denota un error de enfoque monumental, ya que en la mayoría de los casos de protesta que se registran en América Latina, la ciudadanía no se moviliza en pos de su derecho a quejarse (derechos expresivos) sino, más bien, en nombre de otros derechos fundamentales que el Estado viola sistemáticamente, al incumplir obligaciones sociales asumidas frente a ellos referidas, por ejemplo, a garantizar la prestación de servicios públicos de calidad relacionados con la educación, salud, justicia, entre otros.

¿Eso quiere decir, como pregunta Gargarella, que los derechos afectados por la protesta no importan? Por supuesto que no. Pero ello no supone simplificar el análisis para creer que estamos ante ciudadanos caprichosos que se quejan por las puras, impulsados únicamente por el deseo de molestar a los demás. Mucho menos, cuando sabemos que los derechos que más gravemente suelen ser violados en estos casos lo son por la obra u omisión del propio Estado.

En tercer lugar, queda claro que no corresponde comenzar hablando de “criminales” (frente a los cuales es legítimo el uso de

la fuerza) cuando el Estado es parte principal del problema, omitiendo, en palabras de Gargarella, asegurar derechos sociales básicos a lo que está constitucionalmente obligado. De lo contrario, podríamos caer en otro exceso si señalamos que estamos ante un “Estado criminal” que viola derechos sistemáticamente y que, además, criminaliza a quienes reclaman la violación de esos derechos.

Sobre esto último, debemos advertir que la legitimidad del Estado para el reproche de la protesta es menor en América Latina porque no sólo no garantiza derechos fundamentales básicos, sino porque además presenta un marco institucional precario para atender las demandas sociales. En palabras de Gargarella, estamos frente a un Estado que desde hace décadas bloquea los mecanismos institucionales que podrían ayudar a la ciudadanía a acceder a sus representantes, a cuestionarlos y a hacerlos efectivamente responsables por las faltas que cometen. Si ello es así, entonces no deberíamos sorprendernos si los ciudadanos comienzan a usar formas extra institucionales de protesta (toma de calles, la más frecuente), cuando los canales formales no responden, sobre todo para los marginados, desplazados y excluidos, que son justamente contra quienes se aplicará el uso de la fuerza y las sanciones penales, respectivamente.

Por último, resulta claro que en una democracia republicana el Estado no puede dejar de asumir las consecuencias de sus fallas y mucho menos imponer soluciones policiales a cualquier precio. Más aún, el Estado no debe criminalizar a quienes lo critican. Sobre todo, si se trata de quienes históricamente han sido víctimas de las ofensas del propio Estado. Entonces, a modo de cierre, considero necesario preguntarnos

lo siguiente: ¿Cómo el Estado puede llamar “criminales”, a quienes lo único que hacen es recordarle sus graves y continuos agravios constitucionales?

2.2 Los Estados de Excepción en la Constitución Política de 1993

Sobre este punto, debemos empezar señalando que en el Perú la Constitución Política de 1993 ha reconocido expresamente la presencia de los Estados de Excepción. Estos son declarados ante situaciones de especial apremio que ponen en peligro el cumplimiento del orden legal establecido o la existencia del propio Estado. Para ello, el Poder Ejecutivo —sobre la zona conflictiva— declara el Estado de Excepción con la posterior limitación de algunos derechos fundamentales.

Es decir, se trata de una decisión política que debe ser adoptada bajo circunstancias “excepcionales”. Un Estado de Excepción solo será declarado cuando la situación de anormalidad no puede ser resuelta a través de la implementación de los medios ordinarios. En otras palabras, la declaración de un Estado de Excepción supone la valoración adecuada del principio de necesidad, el mismo que impone al Estado la obligación de haber agotado otros medios menos restrictivos de los derechos en el esfuerzo por restablecer el orden interno. Por tanto, los gobiernos democráticos no pueden convertir a la declaración de Estados de Excepción en una práctica de uso común ante cualquier hecho de violencia que altere la tranquilidad de la población.

A continuación, profundizaremos en el tratamiento de esta materia siguiendo una dinámica de preguntas y respuestas:

¿Cuántos tipos de Estados de Excepción reconoce nuestra Constitución?

Nuestra Constitución ha establecido claramente dos tipos de Estados de Excepción: a) Estado de Emergencia, el cual opera en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la nación; y, b) Estado de Sitio, el cual opera en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente que se produzcan.

¿Quién declara los Estados de Emergencia y por cuánto tiempo?

Es el presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, la autoridad encargada de decretar por un plazo determinado, y sobre todo el territorio nacional, o en parte de él, esta medida. Ello siempre con cargo de dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente. No obstante, ello, es importante recordar que los Estados de Emergencia en nuestro país no pueden exceder el plazo de sesenta días, y en caso de que se requiera de una ampliación del mismo, dicha prórroga exige la promulgación de un nuevo decreto.

¿Qué institución resguarda el orden interno durante los Estados de Emergencia?

En principio, por mandato constitucional expreso, es la Policía Nacional del Perú la institución encargada de restablecer el orden interno. Sin embargo, y siempre que el presidente de la República lo disponga expresamente, esta labor puede correr a cargo de las Fuerzas Armadas.

¿Se suspenden los derechos fundamentales durante los Estados de Emergencia?

A pesar de que la Constitución señala que un Estado de Emergencia supone la suspensión de algunos derechos, se debe entender este término no como la pérdida temporal de ciertas libertades, sino únicamente como la limitación de ciertos derechos. Cabe apuntar que estas limitaciones, a pesar de la declaratoria de emergencia, deben ser siempre valoradas a la luz del principio de proporcionalidad. Ello es así, pues de ningún modo puede un Estado de Emergencia ser utilizado como medio para la justificación de actos arbitrarios de violación de derechos fundamentales que socaven las bases mismas de un Estado Democrático de Derecho.

¿Qué derechos fundamentales se pueden limitar durante los Estados de Emergencia?

Los derechos fundamentales que pueden restringirse son aquellos relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de reunión y de tránsito en el territorio nacional, respectivamente. En esa misma línea, es muy importante dejar en claro que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se ven “suspendidas” durante la vigencia de los regímenes de excepción antes señalados. Incluso, la Constitución le impone al órgano jurisdiccional competente la obligación de examinar el acto restrictivo de derechos que motivó la interposición de estas acciones a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por lo expuesto, queda claro que todos los ciudadanos debemos tener presente que la declaratoria de Estado de Emergencia es una medida legítima y democrática que puede adoptar un Gobierno con el objetivo de restablecer el orden interno en un escenario de extrema convulsión social, el cual puede desencadenar una serie de actos ilícitos que atenten contra los derechos de las personas o contra el propio Estado. Pero, al mismo tiempo, debemos observar que esta salida debe operar siempre ante la ausencia de otros medios menos limitativos de derechos fundamentales, pero igualmente eficaces.

Por estas razones, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de velar por la aplicación estrictamente legal del Estado de Emergencia. Eso quiere decir que las fuerzas del orden deberán actuar de manera constitucional y democrática, reconociendo la vigencia de los derechos, solo pudiéndolos limitar de manera razonable y proporcional, ya que una democracia no puede permitir que una medida legítima como esta se convierta en un arma para justificar los posibles excesos que se pudiesen cometer en contra de la población civil.

Por último, podríamos afirmar que recurrir a los Estados de Emergencia es algo plenamente legítimo. El problema es, según el constitucionalista Domingo García Belaunde, cómo y con qué frecuencia un Gobierno recurre a este tipo de medidas. Ello es importante, ya que, si bien esta medida puede ser constitucionalmente legítima, puede resultar políticamente inconveniente, sobre todo cuando la ciudadanía siente que se encuentra ante un Gobierno débil

que ha perdido la capacidad para imponer el principio de autoridad.

2.3 El uso de la fuerza letal en la jurisprudencia constitucional e internacional

Sobre este punto, cabría recordar que la Ley N° 30151, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de enero de 2014, establecía que “el miembro de las Fuerzas del Orden que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte, está exento de responsabilidad penal”, con lo cual si la referida Ley era interpretada literalmente, se cometería un grave error ya que se dejaba abierta la posibilidad para que el personal de las Fuerzas del Orden (PNP y FFAA, respectivamente) cometa excesos que acaben con la vida o generen graves daños a la integridad de los ciudadanos y queden totalmente impunes.

Afortunadamente, la referida Ley ha sido derogada, y ahora la intervención de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas se efectúa conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1186, el mismo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, y en el Decreto Legislativo N° 1095, que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, respectivamente, normas que resultan mucho más compatibles con el conjunto de derechos, valores y principios que la Constitución consagra.

No obstante, ello, me parece necesario recordar los criterios básicos, que de manera uniforme y reiterada ha señalado tanto nuestro Tribunal Constitucional⁴ como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵ (y otros organismos internacionales) sobre el uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas del Orden en el marco de una democracia constitucional.

Así, podríamos iniciar diciendo que el Derecho Internacional reconoce que la privación de la vida de un ser humano representa uno de los aspectos más complejos en la regulación del Estado. Ya que, si bien no existen derechos absolutos (la vida tampoco lo es) y en algunas “especiales” circunstancias la privación de este derecho resulta justificada, esta lo será siempre y cuando dicha restricción no haya sido realizada de manera arbitraria.

A continuación, profundizaremos en el tratamiento de esta materia desarrollando tres ideas fuerza que constituyen la base de nuestro planteamiento.

El uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas del Orden y el Derecho Internacional

Sobre este punto, es importante señalar que la normativa internacional sobre la materia, recogida en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (entre otros), fue elaborada básicamente para prevenir la actuación arbitraria por

3 Ver la STC EXPEDIENTE N. 0 00002-2008-PI/TC, sentencia del 09 de setiembre de 2009, entre otras.

4 Ver el Caso Zambrano Vélez vs Ecuador, sentencia del 04 de julio de 2007, entre otras.

parte de las Fuerzas del Orden, no obstante ello, la jurisprudencia progresivamente ha determinado las situaciones y condiciones bajo las cuales el uso de la fuerza letal sí resulta acorde con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el Estado puede recurrir al uso de la fuerza letal sólo contra individuos o grupos que amenazan la seguridad de todos y, por tanto, el Estado no puede utilizar la fuerza letal contra civiles que no presentan esa amenaza. Por eso para la Comisión, el uso de la fuerza letal, cuando se ejerce de manera indiscriminada y/o desproporcional, puede constituir una privación arbitraria de la vida o una ejecución sumaria. Por tal motivo, el Estado está en la obligación de distinguir entre los civiles inocentes y las personas que constituyen la amenaza, pues en una democracia el uso de la fuerza letal estará justificado únicamente por el derecho del Estado a proteger la seguridad de todos.

Lo que se prohíbe son los excesos y arbitrariedades por parte de las Fuerzas del Orden en el uso de la fuerza letal

Sobre este punto, resulta evidente que el Estado, a través de las Fuerzas del Orden, tiene el deber de garantizar la paz y la tranquilidad públicas, y que esta es una obligación que no puede eludir. Sin embargo, lo que debe quedar claro, es que, en aras del cumplimiento de esa función, el Estado no puede invocar el uso de medios indiscriminados e ilimitados, en especial, cuando se trata del uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas del Orden.

Por esta razón, el uso de la fuerza letal debe estar circunscrito a las personas que efectivamente sean una amenaza y que se encuentren en situaciones preestablecidas por la ley; y que inclusive, encontrándose las Fuerzas del Orden frente a estas situaciones, en las cuales el uso de la fuerza letal estaría justificado legalmente, dicho uso debe orientarse bajo los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad.

En esa línea, la Corte ha señalado que la fuerza excesiva o desproporcionada por parte de las Fuerzas del Orden queda absolutamente prohibida, pues puede generar la pérdida de la vida que no es otra cosa que una ejecución sumaria, acción que constituye una grave violación contra los derechos humanos. De allí la importancia que cobra la observancia de los principios de necesidad y humanidad por parte de los agentes del Estado en el uso de la fuerza letal.

Principios que rigen el uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas del Orden

Sobre este punto, empezamos señalando que el principio de necesidad justifica sólo las medidas de violencia estatal no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionales para garantizar el restablecimiento del orden con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. Por su parte, el principio de humanidad prohíbe las medidas de violencia que no son necesarias (es decir, relevantes y proporcionales). En ese mismo sentido, resulta fundamental recordar los principios básicos que sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego,

también ha adoptado la Organización de las Naciones Unidas.

Para la ONU, las Fuerzas del Orden no deben emplear armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que presente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos.

Además, señala este organismo internacional, las Fuerzas del Orden se deben identificar como tales y dar una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.

Por último, podríamos afirmar que el uso de la fuerza letal por parte de las Fuerzas del Orden debe ser considerada como una medida de último recurso y que el criterio para emplearla es que esté en peligro la vida o integridad de otra persona. Segundo, que en la legislación se deben fijar pautas lo suficientemente claras para el uso de la fuerza letal, así como para asegurar un control independiente acerca de la legalidad de la misma. Y finalmente, que la Ley que regule esta materia, debe interpretarse “siempre” siguiendo los criterios

señalados, pues de no ser así, se convertirá en un instrumento para garantizarles impunidad a las Fuerzas del Orden, las mismas que deberían recibir capacitación continua sobre los principios y normas que rigen la protección de los derechos humanos y sobre los límites para el uso de las armas letales, algo que en nuestro país no se ha hecho jamás, al menos no con la seriedad y profesionalismo que su importancia lo exige.

III. CONCLUSIONES

Por lo expuesto, me propongo desarrollar tres ideas fuerza que nacen del seno de cada uno de los tres ejes temáticos desarrollados en la parte analítica de este trabajo:

Primero, es preciso recordar que el derecho a la protesta social que se materializa en las calles, aparece como un “suplemento electoral” indispensable, particularmente en situaciones de debilidad institucional como la que caracteriza a los países de América Latina, ya que cuando la mayoría de canales formales de participación no funcionan y se torna imposible criticar y sancionar a los representantes para que corrijan sus errores, la protesta cumple un papel democrático crucial.

Segundo, es necesario reconocer que la declaratoria de Estado de Emergencia es una medida legítima y democrática que puede adoptar un Gobierno con el objetivo de restablecer el orden interno en un escenario de extrema convulsión social, el cual puede desencadenar una serie de actos ilícitos que atenten contra los derechos de las personas o contra el propio Estado. Pero al mismo tiempo, debemos tener claro

que esta salida debe operar siempre ante la ausencia de otros medios menos limitativos de derechos fundamentales, pero igualmente eficaces.

Finalmente, es importante resaltar que el uso de la fuerza letal debe estar circunscrito a las personas que efectivamente sean una amenaza y que se encuentren en situaciones preestablecidas por la ley; y que e inclusive, encontrándose las Fuerzas del Orden frente a estas situaciones, en las

cuales el uso de la fuerza letal estaría justificado legalmente, dicho uso debe orientarse bajo los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad, ya que la fuerza excesiva o desproporcionada por parte de las Fuerzas del Orden queda absolutamente prohibida pues puede generar la pérdida de la vida que no es otra cosa que una ejecución sumaria, acción que constituye una grave violación contra los derechos humanos.

Guillermo Martín Sevilla Gálvez¹

EL PRINCIPIO NE BIS IN IDEM

EN MATERIA PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. EL PRINCIPIO NE BIS IN ÍDEM; III. EL NE BIS IN ÍDEM A NIVEL FISCAL PENAL (MINISTERIO PÚBLICO); IV. LA TRIPLE IDENTIDAD ANALIZADA POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN SU REITERADA JURISPRUDENCIA; V. EL PRINCIPIO NE BIS IN ÍDEM RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN Y/O PROCESAMIENTO EN EL FUERO PRIVATIVO MILITAR Y ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA; Y VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN:

El autor analiza, desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los alcances del principio Ne Bis in ídem, en sus vertientes material y procesal. Presenta decisiones del supremo intérprete de la Constitución en materia de habeas corpus, relacionados con investigaciones del Ministerio Público, las implicancias de la cosa juzgada y la cosa decidida y otras relativas a procesos llevados en la jurisdicción de guerra.

ABSTRACT:

The author analyzes, from the doctrine and jurisprudence of the Constitutional Court, the scope of the Ne Bis in idem principle in its material and procedural aspects. It presents decisions of the supreme interpreter of

1 Abogado y maestra en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

the Constitution in the matter of habeas corpus, related to investigations of the Public Prosecutor's Office, the implications of the res judicata and the decided matter and others related to proceedings brought in the jurisdiction of war.

I. INTRODUCCIÓN

El *Ne Bis in ídem* es un principio constitucional en virtud del cual, en materia penal, ninguna persona puede ser procesada o sentenciada dos veces por un mismo hecho delictuoso y en agravio de un mismo bien jurídico; por lo que, en cada caso concreto en que se invoque la afectación de dicho principio, se debe evaluar los presupuestos que deben presentarse o concurrir de forma copulativa y simultánea, para determinar la vulneración del citado principio, como son: identidad de persona, hecho y fundamento.

Existe mucha confusión al respecto, puesto que, pese a que se presentan algunos presupuestos comunes entre una y otra investigación o proceso penal, no se afecta el principio *ne bis in ídem*.

En el presente artículo analizaremos y comentaremos algunos conceptos doctrinarios así como algunas sentencias en las que se declararon fundadas demandas de habeas corpus, porque se demostró la vulneración del principio *ne bis in ídem*; igualmente, otras sentencias constitucionales en que fueron declaradas fundadas o infundadas, entre las cuales existen algunas donde se cuestionan las investigaciones por

el Ministerio Público y procesos penales instaurados respecto a casos que ya fueron resueltos anteriormente, que tienen la calidad de cosa decidida o cosa juzgada, o en procesos penales tramitados en el fuero privativo militar y en la vía ordinaria.

II. EL PRINCIPIO NE BIS IN ÍDEM

El principio o la garantía del *ne bis in ídem* no se encuentra elevado a rango constitucional; es decir, no está consagrado por la actual Constitución Política de 1993 como una garantía del debido proceso, puesto que no se encuentra dentro del catálogo de los principios y derechos de la función jurisdiccional regulado por el artículo 139 de la Constitución. Sin embargo, no por ello debe ser inobservado o vulnerado, pues pertenece al bloque de constitucionalidad; y, en todo caso, está comprendido dentro del derecho fundamental de naturaleza procesal al debido proceso previsto en el inciso 3, del mencionado artículo 139, por lo que se puede invocar.

Al respecto, el máximo intérprete de la Constitución ha referido: "...Este Tribunal Constitucional ha señalado respecto del principio *ne bis in ídem* que, si bien no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental, se trata de un contenido implícito del debido proceso...".²

José Antonio Neyra Flores dice que "... el principio *ne bis in ídem* impide que una persona sufra una doble condena o vuelva a afrontar un proceso por un mismo hecho;

es por ello que se trata de una garantía personal...”³.

Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha advertido: “...Respecto de la alegada vulneración al principio *ne bis in ídem*, dicho principio, informador del *ius puniendi* estatal, declara, respecto de su dimensión sustantiva, la imposibilidad de que recaigan dos sanciones cuando concurra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador...”

En el Exp. N.º 4587-2004-AA/TC (Caso Santiago Martín Rivas), el Tribunal Constitucional dijo que las condiciones para que se configure una vulneración del *ne bis in ídem* procesal, eran las siguientes:

- a) El procesado debe haber sido condenado o absuelto;
- b) La condena o absolución debe sustentarse en una resolución judicial firme;
- c) *La nueva persecución penal debe sustentarse en la infracción del mismo bien jurídico que motivó la primera resolución de absolución o condena (...)*

Tal como lo afirmó este Tribunal en la citada sentencia, dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos

en que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa a consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso...”⁴

Así pues, para evaluar si se está produciendo una doble investigación o juzgamiento penal, se debe verificar si existe triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, que deben ser presupuestos concurrentes o copulativos y simultáneos entre el proceso penal anterior, que terminó con una sentencia condenatoria o absolutoria, y el nuevo proceso penal instaurado.

Al respecto, resulta pertinente citar otra jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

“...El Tribunal Constitucional ha manifestado que el *ne bis in ídem* es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, y que impide que una persona sea sancionada o procesada dos veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Con ello se impide tanto la dualidad de sanciones como de procedimientos cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos [Cfr. STC 10192-2006-PHC/TC].

Entonces, el principio *ne bis in ídem* constituye un límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* contra una determinada conducta delictiva, debe tener una sola oportunidad de

3 Neyra Flores, José Antonio, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Idemsa, Lima, 2015, pág. 217.

4 Expediente 4228-2005-PHC/TC.

persecución, lo que guarda conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, puesto que de configurarse la concurrencia simultánea de los tres presupuestos del susodicho principio y llevarse a cabo un nuevo proceso penal y/o imponerse una nueva sentencia, se incurriría en un exceso del poder sancionador contrario a las garantías propias del Estado de derecho [Cfr. STC 04765-2009-PHC/TC]...”⁵

Cuando una misma persona o personas son investigadas, juzgadas y/o sancionadas por los mismos hechos delictuosos, en perjuicio de uno o más bienes jurídicos similares, estamos ante un caso de vulneración del principio *ne bis in ídem*, por lo que la nueva investigación y juzgamiento deben ser declaradas nulos.

Esa doble e innecesaria investigación y juzgamiento no sólo perjudica a la persona imputada con una carga de aflicción, sufrimiento, dispendio de gastos y de tiempo para sufragar su defensa; sino, también, afecta al sistema de justicia, pues lo sobrecarga con investigaciones y procesos innecesarios que ya fueron resueltos con anterioridad y que tienen la calidad de cosa decidida o de juzgada, como también del empleo innecesario de recursos y de tiempo.

Existe también lo que en doctrina se conoce como el *ne bis in ídem* procesal y el *ne bis in ídem* material. En efecto, resulta pertinente anotar lo que el Tribunal Constitucional ha considerado:

“... El *ne bis in ídem* es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide –en su formulación material- que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que *nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos*, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos, y por otro el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos (Cfr. Expediente N.º 2050-2002-HC/TC, *Carlos Ramos Colque*, fundamento 19) ...”⁶

Cuando se habla del *ne bis in ídem* material en proceso penal, por ejemplo, se considera que, si una persona fue sancionada y condenada por un mismo hecho delictuoso o infracción en agravio de un mismo bien jurídico, no puede volver a ser condenada por similar hecho delictuoso en perjuicio del mismo bien jurídico.

Respecto al *ne bis in ídem* procesal, se presenta cuando un sujeto es investigado o procesado dos veces por un mismo delito o infracción con afectación del mismo bien jurídico.

En el primer caso, se trata de la existencia de un proceso fenecido (el primero) frente a otro en trámite en que se persigue

5 Expediente OI323-2014-PHC/TC.

6 Expediente 02704-2012-PHC/TC.

la sanción de un delito. En el segundo caso de una investigación en trámite frente a otra investigación (nueva), también en trámite, que se lleva con la finalidad de imponer, también, alguna sanción punitiva. En ambos casos, no puede haber una doble persecución contra la misma persona por un mismo hecho delictuoso y en agravio de un mismo bien jurídico.

Asimismo, dicho principio también tiene reconocimiento convencional, dado que en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dispone: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este “principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos” (Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997).

De otro lado, sobre este principio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado que no se vulnera el principio cuando se juzga a una misma persona por delitos distintos, a pesar de que sean los mismos hechos (Caso *Oliveira contra Suiza*, sentencia de 30 de julio de 1998). En este supuesto, se acepta que la misma conducta puede generar diversos delitos

susceptibles de ser sancionados de forma independiente sin vulnerar el principio *non bis in ídem* o *ne bis in ídem*...”⁷

Así, pues, la garantía de naturaleza procesal en comento tiene un reconocimiento a nivel de los diversos instrumentos internacionales, que la respaldan para su invocación.

El Tribunal Constitucional ha dicho también, que “... En materia penal, este principio se vulnera cuando en la doble sanción o en el doble juzgamiento se aprecia que concurre copulativamente la triple identidad de sujeto activo, de hecho (misma conducta: acciones u omisiones) y de fundamento (mismo contenido del ilícito penal o calificación legal). Sobre la identidad de fundamento resulta importante precisar que este principio no se vulnera en los supuestos de concurso de delitos, pues si bien en estos casos puede haber una identidad de sujeto y, de hecho, el fundamento de la incriminación es diferente, en la medida de que el mismo hecho lesiona una pluralidad de bienes jurídicos tutelados por diferentes tipos penales...”⁸

En efecto, en el tema penal la garantía del *ne bis in ídem* resulta relevante porque está en juego un derecho fundamental, que no es otro que el derecho a la libertad personal, que puede ser restringido de manera injusta y arbitraria, en mérito de un nuevo proceso penal instaurado en relación a hechos delictuosos que concluyeron con

7 EXP. N.º 02704-2012-PHC/TC.

8 EXP. N.º 02704-2012-PHC/TC.

anterioridad con una sentencia condenatoria o una absolución.

III. EL NE BIS IN IDEM A NIVEL FISCAL PENAL (MINISTERIO PÚBLICO)

El Tribunal Constitucional en su anterior jurisprudencia en materia de habeas corpus, consideró que se podía afectar la garantía del *ne bis in idem* si se instauraba y se tramitaba una investigación penal en el Ministerio Público contra un mismo investigado, por un mismo delito y en contra de un mismo bien jurídico (fundamento), que fueron materia de una anterior investigación o proceso concluido con resolución fiscal de archivo definitivo, que tenga la calidad de cosa decidida o mediante sentencia o resolución que tenga la calidad de cosa juzgada, emitida en el anterior proceso penal.

Sin embargo, en su reciente jurisprudencia correspondiente al citado proceso constitucional, el máximo intérprete de la Constitución ha cambiado dicha postura y ha señalado que como las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y no afectan la libertad personal, no puede configurarse la vulneración del *ne bis in idem*. Al respecto, resulta necesario apreciar ambas líneas jurisprudenciales, citando a continuación sentencias que aclaren lo dicho.

“...una cuestión que merece consideración en el presente caso, es si las investigaciones preliminares fiscales que arriban a una resolución conclusiva de archivo, pueden generar la aplicación de la garantía. Al respecto, si bien el Tribunal Constitucional ha señalado en precedente sentencia (Cf. Exp. N° 6081-2005-PHC/

TC. FJ. 7. Caso: Alonso Leonardo Esquivel Cornejo), que “una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que la demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos”. No obstante, dicho criterio merece una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de “no ha lugar a formular denuncia penal” por parte del fiscal se refieren a que el hecho no constituye delito, es decir, carecen de ilicitud penal.

16. Este Tribunal afirma que la decisión fiscal de “No ha lugar a formalizar denuncia penal” en los términos precisados anteriormente, genera un estatus de inamovible. Esta afirmación tiene sustento en dos postulados constitucionales: a) La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159° de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; b) Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de autoridad de la cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de cosa decidida que las hace plausibles de seguridad jurídica. Este Tribunal ha señalado en precedente sentencia (Exp. N° 0413-2000-AA/TC. FJ. 3. Caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado), **que el principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela**

constitucional correspondiente. Es necesario acotar que, el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados.

17. Se trata, entonces, de una decisión discrecional que implica una valoración de hechos e interpretación de disposiciones en mérito de la cual se decide si se está técnicamente en condiciones de ejercer la acción penal y cuál es el modo más adecuado de hacerlo, pero sin soslayar que los actos del Ministerio Público, no se legitiman, “desde la perspectiva constitucional, en sí misma, sino a partir del respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo (...) de la Constitución” (Cf. Exp. N° 1762-2007-HC/TC. FJ. 11. Caso: Alejandro Toledo Manrique) ...”⁹

El Tribunal Constitucional ha establecido pues, que, si bien las resoluciones finales de archivamiento de una denuncia penal en sede fiscal no tienen la calidad de cosa juzgada como la tendría una resolución final o una sentencia emitida en un proceso penal, por lo que en principio, pese al archivo de la denuncia penal, se puede instaurar una nueva investigación en el Ministerio Público cuando aparezcan nuevos indicios probatorios y nuevos sujetos a investigar, sin que se afecte la garantía del *ne bis in idem*; empero, cuando constituyan cosa decidida inamovible e inalterable, similar a la cosa juzgada, si se afecta la mencionada garantía.

En efecto, cuando la resolución de archivo de “no ha lugar a formular denuncia penal” y en el que se estableció que el hecho no constituye delito luego de haberse realizado la investigación correspondiente en sede fiscal, no puede volverse a investigar por similar hecho en virtud de que adquiere la calidad de cosa decidida.

Se reitera similar criterio en otras sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, tales como la siguiente, que reproducimos:

“... 15. Pero la sola existencia de dos procesos o dos condenas impuestas, o si se quiere dos investigaciones fiscales no pueden ser los únicos fundamentos para activar la garantía del *ne bis in idem*, pues se hace necesario previamente la verificación de la existencia de una **resolución que tenga la calidad de cosa juzgada o cosa decidida**. Una vez verificado este requisito previo será pertinente analizar *strictu sensu* los componentes del *ne bis in idem*, esto es: a) Identidad de la persona física o identidad de sujeto; b) Identidad del objeto o identidad objetiva; y, c) Identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento.

Se debe precisar que no existe cosa decidida si aparecen nuevos elementos indiciarios que permitan realizar una nueva investigación o la ampliación de una resolución archivada provisionalmente, respecto a la presunta comisión de algún delito imputado a la misma persona, por similares hechos y en agravio del mismo bien jurídico, toda vez que se archivó la anterior

investigación fiscal porque no se determinó la presunta existencia del referido delito, por falta de pruebas o ante una deficiente investigación y aparezcan también nuevos investigados, sin que viole la garantía del *ne bis in ídem*, conforme lo ha señalado el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia emitida en el Expediente 02110-2009-PHC/TC y Expediente 02527-2009-PHC/TC (acumulado):

“... 21. Este criterio ha sido asumido por el Tribunal Constitucional a través de diversos fallos en los que ha señalado que: “... las resoluciones que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal, que en el ejercicio de sus funciones pudieran emitir los representantes del Ministerio Público, no constituyen, en estricto, cosa juzgada, pues esta es una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales. No obstante, ello, este Colegiado les ha reconocido el status de inamovible o cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución, que los hechos investigados no configuran ilícito penal...” (STC 2725-2008-PHC/TC).

22. A *contrario sensu*, no constituirán *cosa decidida* las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reabrir la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público; o, b) cuando la investigación ha sido deficientemente realizada.

23. Esta forma de razonamiento asumida por el Tribunal Constitucional tiene como fundamento el principio de seguridad jurídica; principio que forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho y está íntimamente vinculado con el principio de interdicción de la arbitrariedad. En tal sentido, el *principio de seguridad jurídica* se erige como la garantía constitucional del investigado que no puede ser sometido a un doble riesgo real de ser denunciado y sometido a investigaciones por hechos o situaciones que en su oportunidad han sido resueltos por la autoridad pública

24. Teniendo en cuenta lo enunciado, resulta pertinente aquí precisar que si de la resolución que puso fin a la primera investigación, esto es la llevada por la titular de la Trigésimo Novena Fiscalía Provincial Penal de Lima, se deriva indubitadamente que dicho funcionario se ha pronunciado por la falta de ilicitud de los hechos reputados como antijurídicos e imputados al favorecido, es posible asumir que dicho pronunciamiento tiene la condición de cosa decidida (con los efectos de cosa juzgada), por lo que se procederá a analizar los elementos que configuran el *ne bis in ídem*...”¹⁰

“... 39 Por ello, este Tribunal considera que la segunda investigación desarrollada en la carpeta fiscal 480-2014 no afecta el principio *ne bis in ídem*, dado que el Fiscal emplazado dispuso la ampliación de la investigación, identificando nuevos hechos y material probatorio que no fueron materia de investigación en la carpeta fiscal

10 Expediente 02110-2009-PHC/TC y Expediente 02527-2009-PHC/TC (acumulado).

122-2009 (reporte UIF 025-2015-DAO-UIF-SBS y otras transferencias bancarias), y ha identificado también otros sujetos...”¹¹

Asimismo, también citaremos la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional por las que a través de las sentencias interlocutorias se declare improcedente el recurso de agravio constitucional, en las que se alega la afectación de la garantía *ne bis in ídem* por la instauración de una nueva investigación tramitada a nivel de la fiscalía penal.

“... 4. En el caso de autos, el recurso interpuesto no está relacionado con una cuestión de Derecho de especial trascendencia constitucional, toda vez que la tramitación de una investigación fiscal y la demora en la emisión de un pronunciamiento fiscal que cuestiona, no están relacionadas con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, materia de tutela del *habeas corpus*. En efecto, el recurrente cuestiona la tramitación de la investigación fiscal 4006034502-2017- 726-0, seguida en su contra ante la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Santa Rosa del Distrito Fiscal de Ventanilla, por la presunta comisión de los delitos de usurpación y maltrato animal, así como la demora en la emisión del pronunciamiento fiscal respecto de su solicitud contenida en el escrito de fecha 23 de abril de 2018.

5. Se alega que la mencionada fiscalía viene investigando al recurrente por los mismos hechos, delitos y agraviado penal

que fueron materia de archivamiento fiscal en el caso 951-2017, que se tramitó ante la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Santa Rosa del Distrito Fiscal de Ventanilla, lo cual afecta el principio *ne bis in ídem*. Se afirma que mediante escrito de fecha 23 de abril de 2018 el actor ha solicitado a la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Santa Rosa que a su caso aplique el principio *ne bis in ídem* y que a la fecha (3 de mayo de 2018) hace caso omiso a su pedido.

6. Sin embargo, esta Sala aprecia que la investigación fiscal que se cuestiona y la alegada demora en la emisión del pronunciamiento respecto de la mencionada solicitud del actor no inciden de manera negativa, concreta, directa y sin justificación razonable en el derecho a la libertad personal. Por consiguiente, el recurso de autos debe ser declarado improcedente, máxime si la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Santa Rosa del Distrito Fiscal de Ventanilla, mediante la Disposición 8, de fecha 22 de mayo de 2018, ha emitido pronunciamiento respecto de la aludida solicitud del actor (f. 146).”¹²

Ello significa que pese a que en la anterior investigación se archivó definitivamente la denuncia penal, con la calidad de cosa decidida, o concluyó el proceso penal con una resolución de sobreseimiento o sentencia condenatoria, respecto a determinados hechos delictuosos que tengan la calidad de cosa juzgada; y, luego se abrió una nueva investigación en sede del

11 Expediente O5811-2015-PHC.

12 Expediente 03189-2018-PHC/TC.

Ministerio Público por similares hechos ya resueltos, no puede haber pronunciamiento de fondo en un proceso de habeas corpus, que se pronuncie si se vulneró o no la garantía del *ne bis in ídem*, porque, como lo viene estableciendo el Tribunal Constitucional en su reciente y reiterada jurisprudencia, las actuaciones del Ministerio Público son, en principio, postulatorias y requerientes, que no inciden ni afectan de forma directa, negativa y concreta el derecho a la libertad personal tutelado por el habeas corpus, derecho que si podría ser afectado por el órgano jurisdiccional ordinario ante tales supuestos.

Sin embargo, dicha afectación si se puede analizar mediante el proceso de amparo, porque puede dilucidarse afectaciones a las garantías propias del debido proceso como el *ne bis in ídem*, cuando se inicie una nueva investigación fiscal por hechos que fueron resueltos anteriormente en sede fiscal, que tengan la calidad de cosa decidida, o con resolución final en sede judicial penal que tenga la calidad de cosa juzgada, porque el amparo no requiere la afectación del derecho a la libertad personal para tutelar o restituir la garantía constitucional en comento; o, también se puede reconvertir un proceso de habeas corpus en uno de amparo para analizar dicho tema.

IV. LA TRIPLE IDENTIDAD ANALIZADA POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN SU REITERADA JURISPRUDENCIA

“... Tal como lo afirmó este Tribunal en la citada sentencia, dado que la exigencia

primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa a consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso. En el mismo sentido, la nulidad de actuados al interior de un proceso penal no puede configurar una afectación al *ne bis in ídem*. Por lo tanto, la declaración de nulidad del auto de archivamiento realizado por el colegiado emplazado no constituye una vulneración del principio *ne bis in ídem*, por lo que la demanda debe ser desestimada...”¹³.

No se configura la violación del principio *ne bis in ídem* cuando, pese a concurrir los tres elementos (persona, hecho y fundamento), el nuevo proceso penal se ha instaurado y se tramita luego de que el proceso penal anterior haya sido declarado nulo, por algún vicio o vicios en su interior, por no tener la calidad de cosa juzgada, inamovible e inalterable.

También resulta pertinente citar un considerando de la reciente sentencia emitida por el Tribunal Constitucional:

“...12. A partir de lo señalado se puede colegir que se ha verificado que en los procesos penales 3015-2006 y 26546-2006 se procesó y sentenció a don César Adán Casanova Audante por pertenecer, entre los años 2005 y mayo 2006, a una organización criminal destinada a la adquisición, almacenamiento y tráfico de armas de guerra,

13 Expediente 4228-2005-PHC/TC.

con destino al Ecuador, afectando con su conducta los bienes jurídicos seguridad pública y tranquilidad pública. Así, verificada la concurrencia de todas y cada una de las exigencias requeridas para la materialización de la afectación del principio del *ne bis in ídem*, corresponde declarar fundada la demanda...”¹⁴

“...5. Sobre la base de dicho alegato, corresponde recordar que el principio *ne bis in ídem*, en su dimensión material, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción; y, en su dimensión procesal, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. En buena cuenta, el principio *ne bis in ídem* veda la imposición de una dualidad de sanciones o la iniciación de una duplicidad de procesos sancionadores en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

6. Analizado el caso en concreto desde la perspectiva del test de triple identidad, este Colegiado concluye que no se ha lesionado el principio *ne bis in ídem*, pues, de la documentación que obra en autos a fojas 9 y 17, se aprecia que los fundamentos por los cuales la favorecida fue procesada y condenada por el Décimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima Norte (Expediente 3958-2010), es porque se le encontró responsabilidad penal como autora del delito de micro comercialización de drogas agravada, por hechos acontecidos el 9 de julio de 2010; siendo que la conducta que se

le imputó se subsumió en el inciso primero del primer párrafo y último párrafo del artículo 298 del Código Penal, concordado con el inciso sexto, primer párrafo, del artículo 297 del mismo Código. Esta condena fue confirmada por sentencia de fecha 13 de mayo de 2013.

7. Por el contrario, según se aprecia a fojas 519 y 532 de autos, el Séptimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima Norte, mediante sentencia de fecha 31 de octubre de 2012, la condenó como autora del delito de micro comercialización de drogas por hechos suscitados el 13 de julio de 2010, los mismos que se enmarcaron en el tipo penal contenido en el primer y segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal, concordado con el inciso primero del primer párrafo del artículo 298 del mismo Código, pronunciamiento que fue confirmado por la Sala demandada mediante sentencia de fecha 12 de junio de 2013 (Expediente 3914-2010).

8. En consecuencia, no se advierte triple identidad en los procesos penales aludidos, pues, si bien se trata de la misma persona, los hechos que fueron materia de persecución penal en los dos procesos penales aludidos y en los cuales se sustentan las resoluciones en cuestión no son los mismos. Por lo tanto, en el presente caso, no se ha producido la vulneración del principio *ne bis in ídem*, por lo que la demanda debe ser desestimada...”³²⁵

“...5. Consecuentemente en el caso de autos debe señalarse, atendiendo a la doble

14 Expediente 04234-2015-PHC/TC.

15 Expediente 03986-2016-PHC/TC.

dimensión del contenido constitucionalmente protegido por el *ne bis in ídem*, que no está frente a procedimientos distintos, sino que no concurre la identidad de hechos, pues si bien se trata de la misma modalidad delictiva la empleada en la comisión de los ilícitos, estos fueron efectuados en diferentes momentos y en agravio de diferentes personas; es por ello que se han seguido diferentes procesos que merecieron sentencias distintas...”¹⁶

Por un tema de espacio y de tiempo no podemos citar textualmente más jurisprudencia del Tribunal Constitucional; sin embargo, se puede consultar en su página web, las sentencias y resoluciones emitidas en diversos expedientes.

V. EL PRINCIPIO NE BIS IN ÍDEM RESPECTO A LA INVESTIGACIÓN Y/O PROCESAMIENTO EN EL FUERO PRIVATIVO MILITAR Y ANTE LA JUSTICIA ORDINARIA

Al respecto, debemos citar y comentar sentencias desestimatorias porque se cuestiona un nuevo proceso penal en el que se juzgue a una misma persona por los mismos hechos que fueron materia de una sentencia condenatoria o absolutoria emitida en un proceso tramitado ante el fuero privativo militar, pero en agravio de un distinto bien jurídico.

Resulta importante citar la siguiente jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

“4...La competencia del fuero militar, de acuerdo al artículo 173° de la

Constitución Política del Perú, se encuentra limitada para los delitos de función en los que incurran los miembros de las fuerzas armadas y policiales. Este Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al delito de función señalando en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2003-AI/TC, que se trata de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio, en las que la conducta que se imputa debe haber sido cometida con ocasión de actos de servicio. Asimismo, en la sentencia precitada se determinó la exigencia de que la infracción afecte “(...) bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento jurídico, y que estén relacionados con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que les encargan”; añadiéndose que ello implica, básicamente, la “(...) infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley, además la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar)”.

5. Este Tribunal ya ha señalado que los delitos contra el bien jurídico “vida” no pueden ser competencia del fuero militar, pues no constituye un bien institucional, propio o particular de las fuerzas armadas, ni la Constitución ha establecido un encargo específico a su favor, tal como ocurre con algunos contenidos del bien jurídico “defensa

16 Expediente 06190-2007-PHC/TC

nacional”. De este modo, el bien jurídico “vida” no puede ser protegido por el Código de Justicia Militar, sino por la legislación ordinaria. (Cfr. Expediente N.º 0012-2006-PI/TC, fundamento 38). Es por ello, que el delito de homicidio no puede constituir un delito de función y en consecuencia no puede ser competente el fuero militar para su juzgamiento...”¹⁷

“...5. Este Tribunal se ha pronunciado respecto del concepto de delito de función, señalando en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2003-AI/TC que se trata de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio, en las que la conducta que se imputa debe haber sido cometida con ocasión de actos de servicio. Sin embargo, no todo acto cometido por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales durante el servicio configura delito de función. La sentencia precitada determinó la exigencia de que la infracción afecte “(...) bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan”.

6. Revisados los autos este Colegiado advierte que en el proceso seguido contra el recurrente y otros, ante el fuero privativo militar, causa 52000-2003-0148, se emitió la resolución de fecha 28 de febrero de 2007 (fojas 370), que declara la nulidad del auto de apertura de instrucción,

en acatamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de enero de 2007, que declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Lima contra el Código de Justicia Militar-Policial, por lo que el extremo instruido por la modalidad de fraude fue declarado nulo, sin pronunciamiento sobre el fondo de la materia, y archivado sin perjuicio de enviar copia de lo actuado a la Primera Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción (fojas 370 a 372); posteriormente, el 5 de julio de 2007 (fojas 330 a 331) en el mismo expediente la justicia militar declaró la prescripción del delito de desobediencia militar, cuando ya no se encontraba avocada al proceso por delito de fraude.

Se tiene entonces que, aun tratándose de los mismos hechos, como alega el demandante, este caso no puede implicar la afectación del principio *ne bis in ídem*, puesto que el proceso seguido ante el fuero privativo se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar el delito de fraude; por ello es que lo actuado sobre los hechos ligados a ese delito fue antes declarado nulo y se remitió al fuero común, lo que dio lugar a que, posteriormente, se investigue e instruya al recurrente. Queda entonces, meridianamente claro, que el actor pretende detener ese proceso usando la vía constitucional, cuando tal proceso no amenaza ni afecta ilegalmente su libertad individual...”¹⁸

17 Expediente 5560-2009-PHC/TC.

18 Expediente 03852-2011-PHC/TC.

6. Respecto a la alegada vulneración al principio *ne bis in idem*, este Tribunal ha señalado que los delitos contra el bien jurídico “vida” no pueden ser competencia del fuero militar, toda vez que no constituye un bien institucional, propio o particular de las fuerzas armadas, ni la Constitución Política del Estado ha establecido un cargo específico a su favor. De este modo, el bien jurídico “vida” no puede ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria. (Cfr. Expediente N.º 0012-2006-PI/TC, fundamento 38). Es por ello que el delito de homicidio calificado no puede constituir un delito de función, y en consecuencia no puede ser competente el fuero militar para su juzgamiento.

6. Conforme a lo antes expuesto, habiendo el Tribunal Constitucional determinado que no resulta vulneratorio del *ne bis in idem* el doble juzgamiento si el primer proceso se llevó a cabo ante un juez incompetente *ratione materiae*, quien dispuso el sobreseimiento de la causa (f. 26); en el presente caso, en tanto el fuero militar era incompetente para conocer del homicidio que se le imputa al accionante, se habilitó el nuevo juzgamiento ante el fuero común por los mismos hechos, lo que no constituye vulneración del *ne bis in idem*...¹⁹

“... Este Tribunal ya ha señalado que los delitos contra el bien jurídico vida no pueden ser competencia del fuero militar,

pues el indicado bien no constituye un bien institucional, propio o particular de las Fuerzas Armadas, ni la Constitución ha establecido un cargo específico a su favor, tal como ocurre con algunos contenidos del bien jurídico *Defensa Nacional*. De este modo, el bien jurídico *Vida* no puede ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria. (Cfr. Expediente N.º 0012-2006-PI/TC, fundamento 38). Es por ello que el delito de homicidio no puede constituir un delito de función y, en consecuencia, no puede ser competente el fuero militar para su juzgamiento.

7. En el presente caso, revisados los documentos que obran a fojas 22 a la 52, este Tribunal aprecia que en el proceso realizado en el fuero militar y en el proceso penal iniciado en el fuero penal ordinario se imputó al recurrente y otros los delitos de secuestro, desaparición de personas y homicidio calificado. Sin embargo, conforme a lo señalado en el fundamento 4, habiendo el Tribunal Constitucional determinado que no resulta vulneratorio del *ne bis in idem* el doble juzgamiento si el primer proceso se llevó a cabo ante un juez incompetente *ratione materiae*, en el presente caso, en tanto el fuero militar era incompetente para conocer de los delitos de homicidio, secuestro y desaparición forzada que se le imputa al recurrente, el nuevo juzgamiento ante el fuero común por los mismos hechos no constituye ninguna vulneración a los derechos invocados...²⁰

19 Expediente 02534-2010-PHC/TC.

20 Expediente 00021-2010-PHC/TC

“...Este Colegiado también ha señalado que los delitos contra el bien jurídico vida no pueden ser competencia del fuero militar, pues este no constituye un bien institucional, propio o particular de las Fuerzas Armadas, ni la Constitución ha establecido un encargo específico a su favor, tal como ocurre con algunos contenidos del bien jurídico *defensa nacional*. De este modo, el bien jurídico *vida* no puede ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria (Cfr. Expediente N.º 0012-2006-PI/TC, fundamento 38). Es por ello que el delito de tortura no puede constituir un delito de función y, en consecuencia, no puede ser competente el fuero militar para su juzgamiento.

9. En el presente caso, conforme a la sentencia de fecha 27 de setiembre de 2000 (fojas 59), el favorecido fue procesado y sentenciado en el fuero militar-policial por los delitos de abuso de autoridad y abandono de servicio en agravio del Estado; pero resultó absuelto por el delito de lesiones seguidas de muerte; sin embargo, los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud son bienes jurídicos de naturaleza estrictamente ordinaria y, por lo tanto, no debió ser juzgado en el fuero militar por este delito.

10. Conforme a lo señalado en el fundamento 8, habiendo el Tribunal Constitucional determinado que no resulta vulneratorio del *ne bis in idem* el doble juzgamiento si el primer proceso se llevó a cabo ante un juez incompetente *ratione*

materiae, en el presente caso, en tanto el fuero militar-policial era incompetente para conocer los hechos imputados configurativos del delito de tortura, el nuevo juzgamiento ante el fuero común, por los mismos hechos, no constituye vulneración del *ne bis in idem*, por lo que la demanda debe ser desestimada...”²¹

Como se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no resulta posible alegar la afectación del principio *ne bis in idem* cuando se pretenda cuestionar la continuidad de un proceso penal en la vía ordinaria, alegando que en el fuero privativo militar existe una resolución o sentencia que haya dado fin a un proceso tramitado en dicho fuero privativo, por la comisión de un delito de función, porque como ha quedado establecido pueden concurrir la misma persona (sujeto) y los mismos hechos; pero lo que no concurre es el bien jurídico afectado (fundamento); por lo que al no concurrir los tres elementos no se vulnera el citado principio.

Además, el fuero privativo militar (integrado por fiscales y jueces militares) tiene facultades para investigar, procesar y sancionar delitos de función policial o militar, que comprendan la inobservancia de los deberes de función militar o policial, previstos en el Código Penal Militar Policial, con la finalidad de prevenir dichos delitos; pero no puede realizar función jurisdiccional alguna respecto a los delitos previstos y sancionados en el Código Penal; es decir, que dicho fuero no puede juzgar, imponer condenas y reparaciones civiles ante la

21 Expediente 05197-2011-PHC/TC

comisión de delitos contenidos en el Código Penal, porque esta labor le corresponde realizar a los fiscales y jueces penales del Poder Judicial, conforme al mandato constitucional.

En otras palabras, diremos que el fuero militar policial no es competente para conocer ni para condenar los delitos que afectan los bienes jurídicos como el de “vida” porque es una labor que le corresponde a la judicatura penal ordinaria.

Por ello, la decisión jurisdiccional final emitida en el fuero privativo militar, en ningún caso, puede constituir cosa juzgada o cosa decidida, que pueda alegarse para pretender dar término al proceso penal instaurado y tramitado en la judicatura penal ordinaria, por no concurrir la triple identidad propia del *ne bis in idem*.

VI. CONCLUSIONES

El *Ne Bis in idem* es un principio constitucional en virtud del cual, en materia penal, ninguna persona puede ser procesada o sentenciada dos veces por un mismo hecho delictuoso y en agravio de un mismo bien jurídico; por lo que en cada caso concreto en que se invoque la afectación de dicho principio, se ha de evaluar los presupuestos que deben presentarse o concurrir de forma copulativa y simultánea para determinar la vulneración del citado principio, como son identidad de persona, de hecho y de fundamento.

En el caso de que una misma persona o personas son investigadas, juzgadas y/o sancionadas por los mismos hechos delictuosos, en perjuicio de uno o más bienes jurídicos similares, estamos ante un caso de vulneración del principio *ne bis in idem*,

por lo que la nueva investigación y juzgamiento deben ser declarados nulos. En ambos casos, no puede haber una doble persecución contra la misma persona por un mismo hecho delictuoso y en agravio de un mismo bien jurídico.

En el *ne bis in idem* material en lo penal se considera que, si una persona fue condenada por un hecho delictuoso o infracción en agravio de un mismo bien jurídico, no puede volver a ser condenada por similar hecho delictuoso en perjuicio del mismo bien jurídico.

El *ne bis in idem* procesal se presenta cuando un sujeto es investigado o procesado dos veces por un mismo delito o infracción, con afectación del mismo bien jurídico.

El Tribunal Constitucional, en su anterior jurisprudencia en materia de habeas corpus, consideró que se podía afectarse la garantía del *ne bis in idem*, si se instauraba una investigación penal en el Ministerio Público, contra un mismo investigado, por un mismo delito y en contra de un mismo bien jurídico (fundamento), que fue materia de una resolución fiscal de archivo definitivo, que tenía la calidad de cosa decidida.

En reciente jurisprudencia sobre habeas corpus, el Tribunal ha cambiado dicha postura y ha señalado que como las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y no afectan la libertad personal, no puede configurarse la vulneración del *ne bis in idem*.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que no resulta posible alegar la afectación del principio *ne bis in idem*, cuando se pretenda cuestionar la

continuidad de un proceso penal en la vía ordinaria, alegando que en el fuero privativo militar existe una resolución o sentencia que haya dado fin a un proceso tramitado en dicho fuero privativo, por la comisión de un delito de función, porque, como ha

quedado establecido, pueden concurrir la misma persona (sujeto) y los mismos hechos, pero lo que no concurre es el bien jurídico afectado (fundamento), por lo que al no concurrir los tres elementos no se vulnera el citado principio.

ENFOQUE CONSTITUCIONAL

DE LA SUBORDINACIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICIA NACIONAL DEL PERÚ

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS; II. LA SUBORDINACIÓN EN LAS INSTITUCIONES MILITARES Y POLICIALES; III. UN ENFOQUE ERRADO DE LA SUBORDINACIÓN A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DERIVADAS DE PROCESOS POR DELITOS DE FUNCIÓN; IV. CONCLUSIONES; Y V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

La autora analiza los alcances de la subordinación desde la doctrina, la ley y la jurisprudencia. Refiere, que, en un Estado Constitucional de Derecho, la subordinación está relacionada con el cumplimiento de las misiones que la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional. La subordinación no puede ser mal utilizada por el personal militar para justificar conductas y decisiones ilícitas en perjuicio de los bienes jurídicos de interés institucional.

ABSTRACT:

The author analyzes the scope of subordination from the doctrine, law and jurisprudence. It states that, in a Constitutional State of Law, subordination is related to the fulfillment of the missions that the Constitution

1 Abogada, Magister en Gestión de Políticas Públicas, Doctora en Derecho por la Escuela de Post Grado de la Universidad Federico Villareal, Maestría concluida en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Master Oficial en Derecho Constitucional en la Universidad Castilla la Mancha, concluida, Especialista en argumentación en el Estado Constitucional, Conciliadora Extrajudicial, Árbitro de Derecho.

assigns to the Armed Forces and the National Police. Subordination cannot be misused by military personnel to justify illicit behavior and decisions to the detriment of legal assets of institutional interest.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Hemos vivido bajo la sombra de un Estado Legal de Derecho, donde la Ley imperaba inclusive subordinando a la Constitución, el amor a la Ley era casi maternal porque vinculaban y exigían ciega obediencia. En el ámbito militar fue más férreo, se guardaba especial religiosidad a ese principio de “obedecer sin dudas ni murmuraciones hasta después de cumplida la orden”, en particular considero que este aforismo, era adecuado para los tiempos en los que nuestra patria se encontraba en guerra o pasible de amenazas externas que requería personal subordinado y atento a las necesidades que la patria exigía para garantizar su seguridad. Ahora hemos transitado por veredas y escombros hasta llegar a un escenario de un Estado Constitucional de Derecho, donde el rostro del derecho se ha replanteado en todos sus matices, este cambio exige que las instituciones replanteen sus políticas, las Instituciones castrenses y policiales no son

la excepción. En la actualidad, la Constitución pasa a ser la Norma de las Normas, de mera Norma Política, a Norma Normarum, Madre de las Normas y como cita Cesar Landa (2013) “...la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional²...” y en razón a ello, por encima de ella no existe ninguna disposición que sea válida y por debajo de ella, ninguna norma, de ninguna categoría o jerarquía podrá contradecirla. Es decir, los postulados de la Constitución en el Estado Constitucional de Derecho, han tomado vida y se han convertido en los linderos que establecen los límites del poder.

Ahora bien, el rol de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en un Estado Constitucional de Derecho ha cambiado, no es una fuerza bruta, sino más bien racional, ya no se encuentra aislada de la población, al contrario, se encuentra muy cercana a las necesidades del ciudadano e involucrado en el desarrollo socioeconómico del país, ahora las Fuerzas Armadas tienen más actividades en las amenazas no convencionales³ que en convencionales.⁴

De cara a la verdad, el rol de las Fuerzas Armadas en especial, ha cambiado y no se limita solamente a lo establecido en los

2 “La constitucionalización del derecho peruano” por César Landa en la *Revista de la Facultad de Derecho* PUCP N° 71. Pág. 13.

3 Ministerio de Defensa- Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas “DOCTRINA BÁSICA CONJUNTA” LIMA – PERÚ 2015 “... las amenazas no convencionales, constituidas por el terrorismo y la subversión; así como las otras amenazas representadas por el contrabando, la tala ilegal de madera, la caza furtiva de camélidos sudamericanos protegidos y del tráfico ilícito de sus productos, el tráfico ilícito de drogas, los desbordes populares, entre otras...” Pág. 44.

4 Ministerio de Defensa- Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas “DOCTRINA BÁSICA CONJUNTA” LIMA – PERÚ 2015 “... El ámbito externo las amenazas convencionales, conformadas por los conflictos interestatales y/o cualquier otro tipo de acción que atente contra la seguridad y desarrollo del país...” pág. 44.

artículos 165° ⁵ y 166° ⁶ de la Constitución sino no que se ha extendido a las llamadas amenazas no convencionales.

El paso del Estado legal al Estado Constitucional de derecho a traído cambios profundos en las instituciones, los paradigmas tradicionales han sido replanteados por matices constitucionales que han reformulado el modo de ver, pensar y actuar de las instituciones, en todos los ámbitos de la sociedad, y las instituciones castrenses no son la excepción.

Esta vez me atrae escribir sobre la “subordinación” en las instituciones militares y policiales, palabra que se utiliza en el ámbito militar policial para cumplir los objetivos institucionales trazados, confiados por la Constitución a las instituciones castrenses; sin embargo, viene siendo mal utilizado para legitimar acciones arbitrarias de personal militar contra personal militar, así como para justificar conductas delictivas en perjuicio de bienes jurídicos protegidos.

Me avocaré a escribir sobre el tema que me convoca, relatando, sobre la subordinación en las Instituciones Militares y

Policiales, los excesos del personal militar policial a propósito de algunas sentencias emitidas por la Sala Suprema de Guerra del Fuero Militar Policial y ensayaré unas conclusiones.

II. LA SUBORDINACIÓN EN LAS INSTITUCIONES MILITARES Y POLICIALES

El termino subordinación, normalmente, se ha mantenido para referirse a la obediencia al poder civil y la no deliberación, en ese orden. García y Montes señalan que los militares están subordinados “en una forma especial al titular del Poder Ejecutivo, al Jefe del Gobierno. Se trata de una subordinación al líder político que ha sido investido con la calidad de Jefe de Gobierno...”⁷ Sobre la subordinación se ha estudiado y escrito, especialmente, para referirse al carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; ha sido considerado también como “el principio fundamental de la necesaria subordinación militar al poder civil, que comprende a la obediencia”⁸, mas no se han encontrado estudios sobre la subordinación interna de las

5 **Constitución Política del Perú.**

Finalidad de las Fuerzas Armadas

Artículo 165.- Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137 de la Constitución.

6 **Finalidad de la Policía Nacional**

Artículo 166.- La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.

7 Revista LAS RELACIONES CIVILES-MILITARES EN CHILE BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1823. UNA EXPLICACIÓN DE SUS DISPOSICIONES Y CONTEXTO POLÍTICO.

8 Pablo Ruiz-Tagle Vial “LA SUBORDINACIÓN DEL PODER MILITAR AL PODER CIVIL” Facultad de Derecho Universidad de Chile- Santiago, marzo 2006.

instituciones castrenses ni su regulación, con la única limitación que significaría ese término en el artículo 8° de la Ley del Régimen Disciplinario.

En la vida militar, el cumplimiento de la finalidad Constitucional de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional se basa en un diseño jerarquizado en grados militares y policiales, y la subordinación debe implicar el cumplimiento de órdenes y disposiciones relacionadas con la finalidad constitucional; esto implica, que la subordinación no puede tener otros fines más que para el cumplimiento de esa finalidad, directa o indirectamente.

La labor de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional es sumamente importante para la seguridad de nuestro territorio, para mantener el orden interno, así como para participar en situaciones que la necesidad militar lo amerite; todas estas actividades no son aisladas ni caprichosas, tampoco

emanan de la voluntad discrecional de los mandos militares y policiales, la labor militar y policial es la concreción de la finalidad constitucional que justifica su existencia.

Ahora bien, para el cumplimiento de esa finalidad constitucional se hace necesario la plena observancia del principio de disciplina y subordinación.⁹ El principio de disciplina,¹⁰ tal como reza en el artículo 2 de la Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, se convierte en una condición indispensable para que el superior en grado exija al subalterno la ejecución de órdenes para el cumplimiento de deberes militares. Esta disposición no se debe entender de manera aislada, en el sentido que basta ser superior en grado para que el subordinado cumpla órdenes; entender así implicaría dejar la puerta abierta para que el superior en grado cometa conductas arbitrarias contra el subordinado y estas sean válidas porque así lo dice la ley; asimismo,

9 Ley del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas

“Artículo 8.- Subordinación

La subordinación implica la obediencia a las órdenes y el debido respeto al Superior Jerárquico, independientemente de pertenecer a distintas instituciones armadas.

La subordinación se manifiesta de grado a grado. La estricta observancia de las reglas que la garantizan deben mantener a cada cual en el límite de sus derechos y de sus deberes.

En general, todo subordinado debe obediencia a todo superior.

Independientemente de esta subordinación jerárquica, la disciplina exige también la subordinación debido a la antigüedad en todos los actos del servicio. A igual antigüedad en el grado prevalecerá la del anterior o la de los anteriores sucesivamente.”

- 10 Artículo 2.- Disciplina militar. La disciplina es condición esencial para la existencia de toda Institución Militar. Permite al Superior exigir y obtener del subalterno, bajo cualquier circunstancia, la ejecución de las órdenes impartidas y el cumplimiento de los deberes militares. Se articula en razón del mandato y la obediencia, y debe realizarse dentro de las atribuciones del Superior y las obligaciones y deberes del subalterno. Su finalidad es posibilitar el cumplimiento de la misión, objetivos o tareas trazados en las Instituciones Armadas.

Los medios para encauzar la disciplina son preventivos y sancionadores. Los medios preventivos se utilizan para conservar, mantener y vigorizar la disciplina. Se ejecutan mediante evaluaciones, difusión de deberes, obligaciones y otorgamiento de estímulos. Estos son dispuestos por cada Superior Jerárquico en función de la conducta del subordinado.

Los medios sancionadores se aplican en caso de quebrantamiento de la disciplina militar.

justificaría que un subalterno realice conductas ilícitas amparándose en la orden del superior en grado. Esta lectura es a todas luces errada e inconstitucional, va contra el propósito para el cual se han creado las fuerzas armadas y tergiversa los postulados constitucionales que dan vida a la existencia de las Fuerzas Armadas. La lectura válida y legítima que deriva del citado artículo 2 se debe entender a la luz de los mandatos constitucionales que vinculan a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional; es decir, si el Perú se encontrara en guerra o en estado de emergencia o cumpliendo un deber militar establecido en la Constitución. En tales circunstancias el superior en grado exigirá al subalterno el cumplimiento de los deberes militares, lo que está estrechamente relacionado con la finalidad constitucional que persiguen las Fuerzas Armadas; sin embargo, no cabe ninguna exigencia de ejecutar órdenes contrario sensu, es decir, ninguna orden que no tenga relación con el deber militar que establece la Constitución es válida, ergo, la aplicación de sanciones por incumplimiento de órdenes caprichosas o antojadizas del superior en grado derivan en arbitrarias y vulneradoras de derechos fundamentales del militar, injustamente sancionado, sobre las que se habilitan los mecanismos y garantías de protección de derechos fundamentales, automáticamente, sin necesidad de permiso ni autorización a los superiores en grado¹¹.

La disciplina militar es un principio vinculado al de subordinación militar, como mencionamos anteriormente. La subordinación, de otro lado, que trae consigo la obediencia del subordinado al superior en grado, no implica que éste cumpla automáticamente cualquier orden del superior, sino que exige un entendimiento material o esencial, para cuyo efecto, la subordinación será correcta solo si la orden es válida y legítima a la luz de la finalidad constitucional de las fuerzas del orden, implicando ello la exigencia de una orden lícita, legítima, de los deberes militares establecidos en reglamentos y leyes, que establecen las funciones militares, teniendo como parámetro de control a la Constitución Política del Perú. Por encima de la Constitución nada y por debajo de ella solo coherencia normativa, ello implica, además, que las leyes y reglamentos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, al tener la calidad de especiales, no están aisladas del sistema positivo sino estrictamente subordinadas a la Constitución, a lo que llamamos coherentes con la constitución, por ello, cuando el artículo 3°¹² de la Ley del Régimen Disciplinario se refiere a la orden militar, esta va de la mano con la disciplina y la subordinación; menciona que la orden debe ser legítima, debiendo entenderse de la parte in fine del citado artículo, que la orden descansa en la finalidad constitucional y que las leyes

11 El militar que ostenta un grado mayor en la escala jerárquica de la Institución de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

12 Artículo 3.- Orden militar.

La orden militar es la expresión verbal o escrita de carácter imperativa que contiene lo que un superior jerárquico militar requiere que cumpla un subordinado. Debe ser clara, precisa y concisa.

La legalidad y legitimidad de una orden militar descansa en el respeto a la Constitución Política del Perú, las leyes y reglamentos."

y reglamentos guardan coherencia con la misma para ser válidas y legítimas.

En consecuencia, habiendo llegado a una conclusión sobre cómo debe entenderse el principio de subordinación, pasaré a comentar algunos casos donde se han tergiversado los alcances del principio de subordinación en perjuicio de los intereses del Estado, representados por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, así como en el personal militar policial, generando efectos indiscutiblemente negativos para la sociedad.

El Tribunal Constitucional, en el Expediente EXP. N.º 0017-2003-AI/TC,¹³ se ha expresado considerando la subordinación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional al poder constitucional, con la finalidad de evitar su politización y asegurar el cumplimiento de los fines que le asigna la Constitución¹⁴.

En esa misma sentencia ha explicado que las leyes y reglamentos que norman las funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de dichas fuerzas no se encuentran desvinculadas de la Constitución¹⁵.

III. UN ENFOQUE ERRADO DE LA SUBORDINACIÓN A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DERIVADAS DE PROCESOS POR DELITOS DE FUNCIÓN

SENTENCIA N.º 05-2016-SSG/Rel.

En esta sentencia derivada de juicio oral se ha condenado a 5 años de pena privativa de la libertad al procesado de grado de Coronel por el delito de Desobediencia al haber omitido normas institucionales de la Policía Nacional del Perú relacionadas con la aprobación de programas y anteproyectos de construcción de viviendas y préstamos justificando su omisión en una llamada telefónica de su Comando y un memorándum para saltar todos los procedimientos de aprobación de proyectos de vivienda que debieron ser realizados por el Directorio, generando un perjuicio económico a la Policía Nacional del Perú. En su alegato final su abogado asevera “... *entonces se denota que su patrocinado no ha desobedecido porque existe además una orden telefónica del entonces director de la PNP ordenando que se debía otorgar créditos autorizando a firmar alianzas y convenios lo que fue ratificado por un Memorándum, lo que*

13 EXP. N.º 0017-2003-AI/TC LIMA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

14 49. 49. Por otro lado, la subordinación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional al poder constitucional pretende asegurar la sujeción de éstas a la Constitución y, por mandato de ella, a la jefatura suprema del Presidente de la República, con el fin de sustraer a los “profesionales de las armas” de las veleidades de la vida política nacional y evitar su politización institucional, es decir, permitir que ellas puedan servir objetivamente al cumplimiento de los fines que la Constitución les asigna, al margen de los intereses particulares de los gobiernos de turno o los suyos propios, sean estos corporativos o privados.

15 51. 51. Precisamente porque las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú se encuentran sometidas a la Constitución, es que este Colegiado, en la STC N.º 2050-2002AA/TC, ha precisado que de la remisión a las leyes y reglamentos para , la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de los miembros de los institutos armados y policial, a los que se alude en el artículo 168º de la Constitución, no se puede inferir la consagración constitucional de una suerte de estatuto jurídico desvinculado de la Norma Suprema del Estado.

es llevado al Directorio quienes acatan la orden... De lo mencionado, se colige que la justificación del Coronel respecto a la Orden es inverosímil, al tratarse de una orden a todas luces ilícita, lo mismo podríamos decir de la defensa técnica que justifica la conducta de su patrocinado en que las órdenes se acatan, lo que se encuentra muy alejada de la verdad, al no existir norma expresa que avale que la subordinación implica la obediencia de toda orden del superior jerárquico. Interpretar en ese sentido la subordinación conllevará a la vulneración de bienes jurídicos protegidos por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, como en este caso, que se describe como un indicador del mal uso de la subordinación¹⁶.

En la Sentencia N° 04-2016-SSG/Rel¹⁷, dos generales fueron condenados por el delito de Excesos en el Ejercicio del Mando, al haber cambiado el itinerario sin haber previsto las condiciones logísticas y económicas del traslado del personal y del bienestar del mismo durante todo el trayecto, generando pérdida de material y vulneración de derechos fundamentales¹⁸ del personal militar comisionado.

Se puede apreciar la tergiversación de la subordinación y de la orden militar en el siguiente extracto de la sentencia:

“...en esos días permanecieron en Paita, que cuando estuvieron en Piura (Galpón) han dormido en la cabinas de los carros, porque estaban cuidando el armamento, no les habían brindado ninguna seguridad para la custodia del material que trasladaban, el Cuartel no contaba con las medidas de seguridad necesarias porque era como una playa de estacionamiento, era un galpón de otra Unidad; que sufragó sus gastos, no habiéndole pagado el EP ningún día de comisión, que una vez perdido el armamento el Gral. (...) fue a la Unidad, que para su alimentación hicieron una olla común, cuando llegaron a Paita la Marina les brindó un buen alojamiento tanto para el personal como para el armamento, habiendo más seguridad en dicha Unidad...”

De lo mencionado se colige, que existe una absurda doctrina respecto al cumplimiento de órdenes militares, basadas en la subordinación jerárquica sin tener en cuenta que el superior que imparte las órdenes debe garantizar la licitud de la misma, basada en el cumplimiento de las leyes y reglamentos relacionados con las funciones del personal militar y con plena observancia de los derechos fundamentales del personal militar. En este caso, los acusados, bajo

16 SENTENCIA N° 05- 2016-SSG/Rel.
Expediente :N° 0001-2016-00-00 (Inv. Prep. N° 0005-2014-00-00/39)

17 SENTENCIA N° 04- 2016-SSG/Rel.

Expediente: 0008- 2015-00-00

Imputado(s): Gral. Brig. EP Jorge Román BUSTAMANTE ALBUJAR, Gral. Brig. EP Luis Elías CABALLERO TOULIER

18 Luigi Ferrajoli en “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos dotados de status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica. En Giorgio Pino “*Derechos Fundamentales, conflictos y ponderación*”, Primera Edición Julio 2013, impreso en Perú- Editorial Palestra.

la justificación de la subordinación militar, han vulnerado inclusive el núcleo duro de los derechos fundamentales del personal militar, al haberlos abandonado a su suerte por el lapso de 2 meses, con el solo pago de 4 días de viáticos y en algunos casos, ninguno, tal como se puede apreciar en el párrafo siguiente:

“A las preguntas del Fiscal, el suboficial... respondió que, la comisión era de Tumbes a Paita y de Matarani a Arequipa por 04 días, que desconoce el Plan Relámpago, que le pagaron 04 días de viáticos, pero luego se quedaron más de 02 meses en la localidad de Piura...”

El personal militar comisionado para el cumplimiento de una misión, está obligado a realizarla, sin embargo, cuando la orden se torna vulneradora de derechos fundamentales, la protección y resguardo de estos debe prevalecer sobre las órdenes del superior jerárquico, que las impartió sin haber garantizado el bienestar del personal.

Se puede apreciar de la sentencia, la vulneración del derecho a la integridad física, a la vida, a la alimentación y un desprecio de los derechos fundamentales del personal militar subalterno por los oficiales generales condenados, vulneración que mella la dignidad humana y sacude los pilares de la subordinación. No se puede exigir el cumplimiento de una misión sin haber agotado los medios necesarios para garantizar el propósito para el cual se dictó una orden militar. De un testimonio recogido en el caso se lee:

“Que el 04 de marzo de 2013 llegaron al Cuartel recibiendo solo un Subteniente, quien los llevó a los Galpones que estaban retirados a unas 03 cuadras del Cuartel, que ha pernoctado en los vehículos, que luego de 15 días volvían

a Tumbes y luego regresaban, que solventaba su rancho y hacían olla común, que... los acusados (no) se han acercado a ver cómo estaban, que no había servicio de seguridad dotado por el Cuartel, que el muro del Cuartel era de adobe, sin alambre de púas, la puerta que los separaba de la ciudad estaba en malas condiciones, el cerco perimetral aproximadamente tenía 1.50 metros, que han permanecido un lapso de 60 días, que se embarcó a Matarani en Mayo, en el Cuartel de Paita de la Marina tenían alojamiento, donde bañarse y cambiarse, habiéndoles dado alojamiento y seguridad la Marina...”

Con el siguiente extracto se acredita que existe una inadecuada observancia del contenido de la subordinación, con el argumento: “somos militares” y que al reclamar sobre el cumplimiento de órdenes indebidas sea blanco de represalias disciplinarias:

“Que ninguno de los acusados fue a inspeccionar las condiciones en las que se encontraban a pesar que tenían conocimiento y que estaban cerca de la zona, pues dio cuenta al Gral. (...) como vivía la gente y al no tener respuesta es que con fecha 03 de abril de 2013, dio cuenta a la Inspectoría de la 1era. Brig. Inf., a la Inspectoría de la I División del EP y a la Inspectoría del EP, luego de ello ha sido sancionado innumerables veces por el Gral. (...), por las mismas razones, que hasta antes de denunciar estos hechos su legajo estaba limpio, siendo separado del cargo el 04 de abril de 2013 con Memorándum N° 091, sin embargo, continuó con el desplazamiento hasta el 28 de mayo de 2013 que terminó, que la separación del cargo el 04 de abril de 2013 fue a raíz que lo citaron como testigo por el robo de pistolas, efectuadas el 13 de

marzo de 2013, que no fue sancionado por la Inspectoría General sino por el Gral. (...) pese a ser testigo y lo hizo 3 veces por el mismo motivo...”

IV. CONCLUSIONES

4.1 En un Estado Constitucional de Derecho se entiende la subordinación como un principio que optimiza el cumplimiento de la finalidad constitucional que justifica la existencia de las Fuerzas

Armadas y de la Policía Nacional

4.2 La subordinación no justifica la vulneración de derechos fundamentales del personal militar, no restringidos expresamente por la Constitución y las Leyes.

4.3 La subordinación no puede ser mal utilizada por el personal militar para justificar conductas y decisiones ilícitas en perjuicio de los bienes jurídicos de interés institucional.

V. BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política del Perú de 1993.

EXP. N.º 0017-2003-AI/TC LIMA DEFENSORÍA DEL PUEBLO Fdto 49 y 51 Tribunal Constitucional.

LANDA, César. “La constitucionalización del derecho peruano”, en la *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N.º 71, Pág. 13.

LEY DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FUERZAS ARMADAS- Decreto legislativo 29131, modificada por el Decreto legislativo 1145.

MINISTERIO DE DEFENSA- Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. “DOCTRINA BÁSICA CONJUNTA”, LIMA – PERÚ, 2015.

PINO, Giorgio. “Derechos Fundamentales, conflictos y ponderación”, Primera Edición Julio 2013, impreso en Perú, Editorial Palestra.

RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. “LA SUBORDINACIÓN DEL PODER MILITAR AL PODER CIVIL”, Facultad de Derecho Universidad de Chile- Santiago, Marzo 2006.

SENTENCIA N.º 05- 2016-SSG/Rel.- Expediente :N.º 0001-2016-00-00 (Inv. Prep. N.º 0005-2014-00-00/39).

SENTENCIA N.º 04- 2016-SSG/Rel. Expediente: 0008- 2015-00-00 Imputado(s): Gral. Brig. EP Jorge Román BUSTAMANTE ALBUJAR, Gral. Brig. EP Luis Elías CABALLERO TOULIER.

VERBAL STOCKMEYER, Valentina “LAS RELACIONES CIVILES-MILITARES EN CHILE BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1823. UNA EXPLICACIÓN DE SUS DISPOSICIONES Y CONTEXTO POLÍTICO”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, N.º 7, Pág. 199.

■ BIOGRAFÍA

BIOGRAFÍA DEL CONTRALMIRANTE JOSÉ ERNESTO DE MORA ROMERO

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

El contralmirante José Ernesto de Mora Romero nació en Lima el 30 de agosto de 1863. Fue hijo de José de Mora y de doña Antonia Romero. Al estallar la guerra del Pacífico, muy joven aún, se presentó como voluntario a la Marina, embarcándose como aspirante a bordo del transporte “Talismán” y poco después pasó al “Oroya”.

Durante el bloqueo chileno del puerto del Callao, sirvió en las lanchas “Resguardo” y “Urcos”. En la defensa de Lima, ya con el grado de guardiamarina, estuvo en la “Batería del Pino”. Tomada Lima por los chilenos, se puso a órdenes de Cáceres y participó con él en la “Campaña de la Breña”, tomando parte, más adelante, en la guerra civil contra el gobierno del general Iglesias y a favor de Cáceres. En 1887 sirvió en el transporte “Santa Rosa” y posteriormente viajó a Italia y sirvió en los buques “América” y “Venecia”; igualmente, en la Escuela de Torpederos y en la Escuela de Artilleros de ese país. De vuelta al Perú fue destinado al crucero “Lima” y ascendido al grado de capitán de corbeta, el 27 de julio de 1894, fue nombrado comandante del transporte “Chalaco”.

¹ Editor de la revista “El Jurista del Fuero Militar Policial”.

En 1901 se le nombró segundo comandante del transporte “Constitución” y sub director de la Escuela de Grumetes, que funcionaba en el referido buque. En 1902 volvió a comandar el “Chalaco” y el 27 de julio de 1903 ascendió a capitán de fragata, volviendo a comandar el crucero “Lima” en 1904. En setiembre de 1912 viajó a Europa en comisión del servicio, siendo nombrado comandante del crucero acorazado “Comandante Aguirre” que el gobierno peruano pretendía adquirir en Italia, retornando al Perú en 1914, cuando esa compra fue cancelada. En Mollendo fundó “La Liga Naval”, que junto a la “Junta Patriótica”, ayudó a reunir fondos para la compra de los cruceros “Bolognesi” y “Grau”. Fue uno de los fundadores de la Asociación Nacional en Pro de la Marina (Pro Marina), con la que se relacionó hasta su muerte y la presidió también.

Por resolución de 6 de julio de 1915 se le designó vocal del Consejo de Oficiales Generales, integrándose el 9 de julio de dicho año, con el grado de capitán de navío, cuando presidía el Consejo el contralmirante Toribio Raygada. Presidió el Consejo en forma ininterrumpida entre el 29 de abril de 1929 y el 3 de setiembre de 1930, con el grado de contralmirante, grado al que ascendió en 1923. Fue presidente de la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia, Vencedores el 2 de Mayo de 1866 y Defensores Calificados de la Patria, entre 1935 y 1937. Falleció el 3 de diciembre de 1940, en Miraflores, Lima. Estuvo casado con Claudina Lemaitre Hervé.

BIBLIOGRAFÍA

- CASTAÑEDA MARTOS, Alicia. Reseñas Biográficas de Oficiales de Marina 1500 – 1930, publicaciones del Instituto de Estudios Histórico – Marítimos del Perú, serie biografías, 1999, páginas 132 y 133.
- 150 Años de Historia de la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia, Vencedores el 2 de Mayo de 1866 y Defensores Calificados de la Patria, Lima, 2010, páginas 306 a 310
- CÁCERES, Esteban M., España en el Perú, segunda edición, 1923, páginas 148 a 150.



Retrato del contralmirante José Ernesto de Mora Romero, ubicado en la galería de presidentes de la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia, Vencedores el 2 de Mayo de 1866 y Defensores Calificados de la Patria. (Presidió esta institución entre 1935 y 1937).

■ ANEXOS

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA “EL JURISTA DEL FUERO MILITAR POLICIAL” N° 12

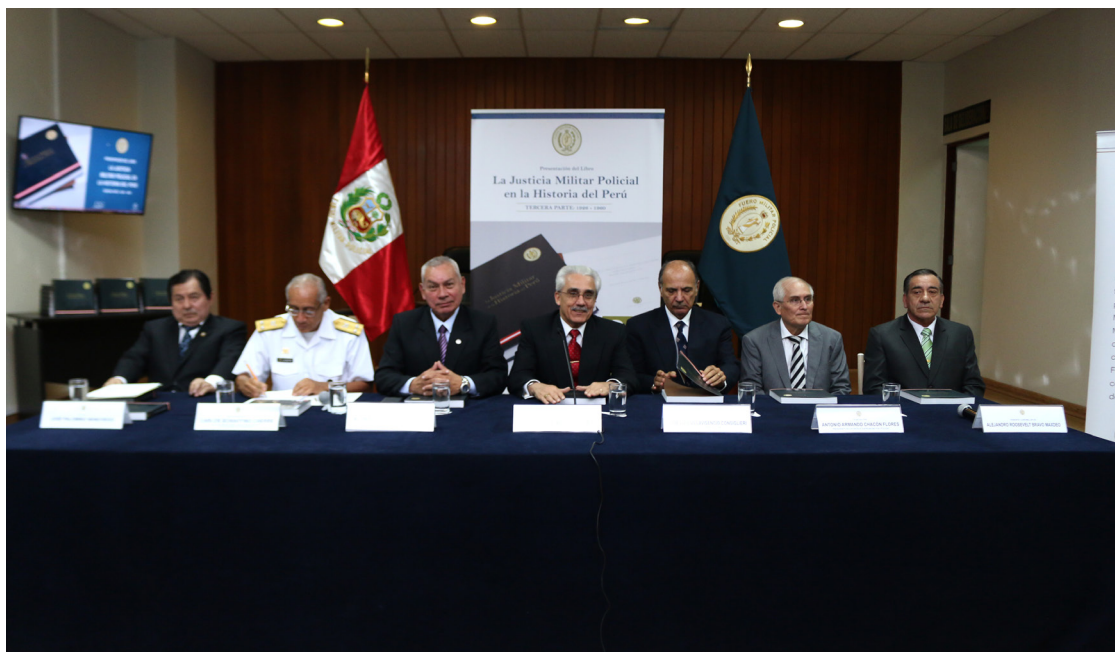
En el mes de febrero del año en curso, se presentó la revista “El Jurista del Fuero Militar Policial” N° 12. El evento tuvo lugar en el local del Colegio de Abogados de Iquitos, coincidiendo con la clausura de un curso sobre proceso penal acusatorio que se dictó en la sede del Tribunal Superior Militar Policial del Oriente, en acuerdo con la Fuerza Aérea Norteamericana del Comando Sur. En dichos actos estuvo presente el contralmirante Julio Pacheco Gaige, presidente del Fuero Militar Policial.





PRESENTACIÓN DEL III TOMO DEL LIBRO “LA JUSTICIA MILITAR EN LA HISTORIA DEL PERÚ”

EL 20 de abril de 2019, en la sala de audiencias del Fuero Militar Policial, se presentó el III tomo del libro “La Justicia Militar en la Historia del Perú (1926 - 1950)”, cuyo autor es Roosevelt Bravo Maxdeo. Presentó el libro el doctor José Palomino Manchego, reconocido académico.



El contralmirante Julio Pacheco Gaige, presidente del Fuero Militar Policial, acompañado de magistrados de dicho Fuero, flanqueados por el Dr. José Palomino Manchego y el autor del libro.



Doctor José Palomino Manchego, presentador del libro.



El autor del libro Roosevelt Bravo Maxdeo durante su disertación.



Los integrantes de la mesa de honor muestran el libro.



El autor del libro, el contralmirante Julio Pacheco Gaige, presidente del Fuero Militar Policial y el contralmirante CJ Carlos Schiaffino Cherre, director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, promotor de la obra.

HOMENAJE AL CORONEL
JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQUIZA,
PATRONO DEL FUERO MILITAR POLICIAL

JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQUIZA Y EL BICENTENARIO DE SU NACIMIENTO

Roosevelt Bravo Maxdeo¹

I. INTRODUCCIÓN

En abril de 2016, el Fuero Militar Policial del Perú editó el “Libro Homenaje a José Gálvez Egúsquiza en el Sesquicentenario de su Muerte Heroica (1866 – 2016)”². Escribimos ese libro con ocasión de conmemorarse el 2 de mayo de dicho año, 150 años de la muerte de Gálvez, durante el combate naval que protagonizaron las fuerzas peruanas que defendían el puerto del Callao y la escuadra española comandada por el contralmirante Casto Núñez Méndez, episodio muy conocido en nuestra historia patria.

La iniciativa del Fuero Militar Policial tenía que ver con el nombramiento del coronel José Gabriel Gálvez Egúsquiza como patrono de esa jurisdicción, el 17 de noviembre de 2014, motivo por el cual, al

1 Abogado.

2 BRAVO MAXDEO, Roosevelt, Libro Homenaje a José Gálvez Egúsquiza en el Sesquicentenario de su Muerte Heroica (1866- 2016), Colección publicaciones especiales del Fuero Militar Policial, Impreso en M&GGRAPHICS PERÚ E.I.R.L., 2016, Lima- Perú.

cumplirse el sesquicentenario de su muerte, se llevaron adelante reconocimientos de diversa índole: ceremonias castrenses, la publicación de un libro homenaje, colocación de ofrendas florales y placas recordatorias en los monumentos levantados en su honor en el Callao y La Punta, y la acuñación de monedas conmemorativas, entre otras actividades.

José Gálvez ha sido un hombre público reconocido y héroe notorio de la patria y, no obstante, salvo el libro citado, no se ha escrito sobre él un texto integral. Nosotros queremos rendirle homenaje en esta ocasión, al cumplirse este 18 de marzo el bicentenario de su nacimiento.

II. APUNTES BIOGRÁFICOS SOBRE EL CORONEL JOSÉ GABRIEL GÁLVEZ EGÚSQUIZA

Se discute aún sobre la fecha exacta del nacimiento del coronel José Gabriel Gálvez Egúsqiza. Nosotros consideramos el 18 de marzo de 1819 como fecha de su nacimiento,^{3 4} siguiendo la referencia dada por Monseñor José Antonio Dammert Bellido, Obispo de Cajamarca entre 1962 y 1992, en su libro: “La generación más brillante de Cajamarca egresada de su Colegio Central de Ciencias y Artes (1831-56)”⁵

Las versiones sobre el nacimiento de José Gálvez en Celendín, Chota o más precisamente en Hualgayoc son, en nuestra opinión, antojadizas, al no tener sustento valedero. En el caso de Hualgayoc, por ejemplo, la versión nace de la permanencia de sus padres en ese lugar, que fue

3 Sobre la fecha del nacimiento de José Gálvez, la información existente es variada. Hay autores que señalan como fecha el día 17 y otros el 19 de marzo de 1819; incluso, hay autores que confunden el año de su nacimiento, que sería en 1822, año este en que nació su hermano Pedro.

4 El diario “El Comercio”, por ejemplo, en su edición de 17 de marzo de 2019, en la sección “UN DÍA COMO HOY HACE 100 AÑOS”, bajo el título, “Heroico Gálvez”, dice: “Hoy se cumplen 100 años del nacimiento, en Cajamarca, de José Gálvez. El 17 de marzo de 1819 nació el hombre que más tarde debía sostener en alto la bandera del liberalismo peruano y sacrificarse gloriosamente por la patria el 2 de mayo de 1866. Lo que Gálvez hizo en la cartera de Guerra para luchar contra España lo sabe todo el Perú, lo repiten las aguas gloriosas del Callao, lo proclama el mármol y los broncees que conservan, para la posteridad, el recuerdo de su hazaña y de su sacrificio.”

5 DAMMERT BELLIDO, José: La generación más brillante de Cajamarca egresada de su Colegio Central de Ciencias y Artes (1831-56), Cajamarca, 1983, p. 27.

posterior al nacimiento de José donde, sin embargo, nacería, en 1828, María Apolinaria, hermana menor de nuestro héroe. José Gabriel nació, sin ninguna duda, en Cajamarca.

Realizó sus estudios primarios y secundarios en el “*Colegio Central de Ciencias y Artes de Cajamarca*”⁶, bajo el rectorado de Juan Pío de Burga, colegio “(...) en cuya creación tuviera su familia parte decisiva”⁷. Concluidos sus estudios colegiales, Gálvez se dedicó al trabajo agrícola en Catudén, “*magnífico fundo de temple y jalca que adquiriera desde principios del siglo XIX su abuelo materno don José de los Santos Aris-tizábal*”⁸.

En 1842 viajó a Lima, en compañía de su padre y de su hermano Pedro, para proseguir sus estudios. Ambos hermanos ingresarán al Convictorio de San Carlos, Colegio Mayor de la Universidad de San Marcos. José se matriculó en San Carlos el 24 de octubre de 1842, siendo rector de este claustro el doctor Agustín Guillermo Charún, a quién reemplazó Bartolomé Herrera, pocos días después.

Se graduó de abogado en 1845, ante la Corte Superior de Justicia de Lima, y el 2 de enero de 1846, se inscribió en el Colegio de Abogados de Lima.⁹ Meses después, el 7 de setiembre de 1846, contrajo matrimonio, en la Iglesia del Milagro, con Doña Ángela Moreno y Maíz, hija de un acaudalado minero y ejerció su profesión de abogado en Junín (Tarma) y Cerro de Pasco, durante cuatro años.

De regresó a Lima en 1850, se dedicó a la enseñanza en el Colegio Nuestra Señora de Guadalupe. Enseñó ese año y el siguiente, Filosofía Moral, Sicología, Lógica y Teodicea¹⁰. Fue director de Guadalupe entre

6 Para una información pormenorizada sobre la creación de este colegio y su trascendencia en la vida de los cajamarquinos, léase el libro de Julio Sarmiento Gutiérrez: “El Colegio San Ramón de Cajamarca. En la ruta del Bicentenario de la Independencia Nacional”. Municipalidad Provincial de Cajamarca, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Primera Edición: agosto 2015, páginas 10, 12, 21, 33 y 38).

7 LEGUÍA, Jorge Guillermo: Elogio de Don José Gálvez. Impresor-editor César Torres Benavides, Lima, 20 de junio de 1927, p. 5.

8 *Ibidem*, p. 8.

9 DEL SOLAR ROJAS Francisco José. Publicado en el suplemento Jurídica, del diario El Peruano, N° 74, del 29 de noviembre de 2005.

10 Parte de la metafísica que se ocupa de la existencia de Dios y de sus atributos e intenta ofrecer pruebas razonadas de ambas cosas; también intenta investigar las relaciones de Dios con la humanidad.

1852 y 1853,¹¹ reemplazando en el cargo a su hermano Pedro, tiempo en el que dictó las cátedras de Legislación y Derecho Penal¹².

Dejó el rectorado de Guadalupe para incorporarse al movimiento revolucionario que inició Ramón Castilla en Arequipa, en 1854, contra el gobierno de Rufino Echenique, quien fue vencido en la batalla de La Palma (Miraflores-Lima) el 5 de enero de 1855, en la que participó José Gálvez. Durante la revolución, “(...) *junto con su hermano Pedro José y los juristas Manuel Toribio Ureta y José Simeón Tejada, fue uno de los gestores de las medidas libertarias que abolieron tanto el tributo indígena como la esclavitud, mediante los decretos de Ayacucho de 5 de julio y de Huancayo de 3 de diciembre de 1854, respectivamente*”¹³. En 1855 fue nombrado rector del Convictorio de San Carlos, introduciendo importantes reformas liberales en su enseñanza.¹⁴

III. GÁLVEZ INTEGRA LA CONVENCION NACIONAL

Nuestro ilustre personaje fue elegido diputado por Cajamarca y Pasco¹⁵ para la Convención Nacional que se instaló el 14 de julio de 1855, convocada por Ramón Castilla, tras el éxito de la revolución que dirigiera contra Echenique. El encargo principal de la Convención fue reformar la Constitución de 1839, tarea que se cumplió con la promulgación de una nueva Constitución de corte liberal, el 19 de octubre de 1856. La Convención alargó su actuación hasta el 2 de noviembre de 1857, fecha en la que el teniente coronel Pablo Arguedas, al mando de la guardia de seguridad de la Convención, la cerró, estando Castilla en el asedio de Arequipa, en plena guerra civil entre “castillitas” y “vivanquistas”.

José Gálvez actuó en varios momentos como secretario de la Convención y, también, la presidió. A decir de varios constitucionalistas, fue el impulsor (“el alma” dicen otros) de la Constitución liberal de 1856. Se

11 Diccionario Histórico y Biográfico del Perú Siglos XV-XX. Editorial Milla Batres. Tomo IV, primera edición, marzo de 1986, p. 112.

12 LEGUÍA, Jorge Guillermo, *Ob. Cit.*, p. 28.

13 Diccionario Histórico y Biográfico del Perú Siglos XV-XX, *Ob. Cit.*

14 BASADRE GROHMANN Jorge: Historia de la República del Perú (1822-1933), Tomo 5, Edición de El Comercio, 2005, p. 216-217.

15 Diccionario Histórico y Biográfico del Perú Siglos XV-XX. *Ob. Cit.* p. 113. Otros autores mencionan que fue elegido diputado a la Convención por las provincias de Pasco y Cajabamba y otras más, “que lo fue por Jauja.”

empeñó en desterrar de esa Carta Magna la pena de muerte, tema que trató con amplitud e insistencia. El artículo 16 de la Constitución quedó aprobado con el texto siguiente: “La vida humana es inviolable”. Defendió la abolición de fueros y privilegios personales (Art. 6) y la esclavitud (Art. 17: Nadie es esclavo en la República), entre otros temas. Cumplió también don José un importante papel fiscalizador; de hecho, en los problemas guaneros y el régimen de consignaciones, que se presentaron como críticos en 1857, “(...) *promovió el debate en la Convención Nacional, que llamó al Ministro de Hacienda para que informara sobre la situación y se ocupó de ella en sesión permanente.*”¹⁶

José Gálvez criticó duramente el cierre de la Convención, culpando a Castilla de una actitud complaciente ante la violenta actuación del teniente coronel Pablo Arguedas. En 1858, escribió un largo artículo en defensa de la labor de la Convención y la importancia de las modificaciones introducidas a la Constitución de 1839, documento al que remitimos a nuestros lectores para un entendimiento mayor del asunto. La vida de esa Constitución fue efímera, como la de otras que se aprobaron a inicios de la República.

IV. GÁLVEZ SE RADICALIZA Y SUFRE DESTIERRO

Después del cierre de la Convención, Gálvez y los liberales de su entorno se radicalizaron, al punto que trataron de impedir la promulgación de la Constitución de 1860, que se había formado para “corregir los excesos” de la de 1856. En este contexto, algunos liberales fueron desterrados y otros, que permanecieron en Lima, tramaron varias conjuras contra Castilla. Y fue así como, el 24 de julio de 1860, Castilla sufrió un atentado a inmediaciones de la plaza de armas, siendo herido de bala en el brazo izquierdo, por un sujeto que huyó a caballo. (...) *el atentado sólo sirve para que Castilla se afirme en su política y para que crezca el desprestigio del partido liberal...*”¹⁷

En la madrugada del 23 de noviembre, del mismo año, en su afán por impedir la promulgación de la nueva Constitución, un grupo de

16 ULLOA, Alberto: Don Nicolás de Piérola, Imprenta Editorial “Minerva”, Lima 1981., p. 115.

17 VARGAS UGARTE, Rubén. Historia General del Perú, La República (1844- 1879), Tomo IX, Editorial Milla Batres, segunda edición, p. 83.

liberales conjurados, asalto la casa de Castilla en la calle de Divorciadas, participando del asalto José Gálvez, Ricardo Palma y otros, siendo el ataque repelido, cayendo en la refriega algunos. *“Gálvez se refugia en la legación de Chile y abandonó luego el país, trata de sincerarse ante la opinión pública, pero lo desmiente toda su actitud y los artículos incendiarios del El Diablo que fomenta. Palma, más tarde, reconocerá su error y será más justo con el viejo luchador de Tarapacá.”*

¹⁸ Por su participación en estos hechos, Gálvez tuvo que marchar al exilio en Europa, pasando por París, donde su hermano Pedro era plenipotenciario.

José Gálvez fue procesado y condenado en ausencia. Personas cercanas a él informaban en el mes de julio de 1862: *“el juez Carrillo ha sentenciado a don José Gálvez a 15 años de prisión, a Javier Mariátegui a 10 (...) La sentencia se refería a la causa seguida por el ataque a la casa de Castilla en 23 de noviembre de 1865 (otras versiones dicen que tal ataque ocurrió el día 28), presidido por Gálvez, y no se cumplió porque el Congreso decretó la amnistía en 1862 al día siguiente de su instalación.”*¹⁹

De vuelta al Perú en 1862, se dedicó a la abogacía y el 14 de noviembre de 1863, optó el grado de doctor en Derecho en la Universidad Nacional de San Marcos, siendo el Decano de la Facultad de Derecho Juan Gualberto Valdivia y uno de los examinadores de su tesis Francisco Javier Mariátegui, la que versó sobre: *“Las instituciones científicas deben tender incesantemente a realizar el derecho que tienen de ser independientes del Estado y de otra autoridad exterior para desarrollarse en la esfera de su acción que les es propia.”*

Durante el gobierno de Juan Antonio Pezet fue desterrado nuevamente, esta vez a Chile, por oponerse a la forma como el gobierno manejaba la crisis con España y *“al regresar al Perú se incorporó en las filas del ejército restaurador, que comandaba Prado, quién lo admitió con el grado de coronel”*²⁰.

18 *Ibidem*, p. 90.

19 DAMMERT BELLIDO, José, *Ob. Cit.*, p. 35.

20 Diccionario Histórico y Biográfico del Perú Siglos XV-XX. *Ob. Cit.* p. 113.

V. LA ACTUACIÓN DE GÁLVEZ EN EL ASUNTO CON ESPAÑA

La posición de Gálvez en el asunto con España era radical. El Tratado Vivanco-Pareja, de 27 de enero de 1865, que establecía, básicamente, el intercambio de embajadores, el saludo a los respectivos pabellones, la reprobación oficial a Salazar, la desocupación de las islas Chincha y el pago a España de 3 millones de pesos como indemnización por los gastos causados, era para él insostenible. La comunicación que el cónsul general de Francia en Lima envía a su ministro el 12 de noviembre de 1865, sobre la coyuntura peruana y la actitud de Gálvez respecto del Tratado, es esclarecedora: *“El general (Diez) Canseco que desde su ingreso a Lima ha enviado una guardia a la Legación de S. M. Católica, se inclina, con la parte sana de su círculo por sostener el tratado de 28 de Enero (sic!), pero no osa pronunciarse y resistir francamente al partido rojo que quiere la ruptura. El partido es representado por el sr. José Gálvez, hermano del antiguo ministro del Perú en Francia.”*²¹

Como es sabido, tras el “Tratado Vivanco-Pareja” cuestionado por “afrentoso” al Perú, el 28 de febrero de 1865, se sublevó en Arequipa, contra el gobierno del general Juan Antonio Pezet, el coronel Mariano Ignacio Prado, sumándose a ella, en su condición de segundo vicepresidente, el general Pedro Diez-Canseco Corbacho, que fue reconocido como jefe político de la revolución en Ayacucho. Triunfante, Diez-Canseco tomó el poder el 6 de noviembre de 1865, por breves días, puesto que el 28 de ese mismo mes y año, *“por presiones de asambleas populares y por decisión del ejército”*, Prado se hizo del poder de facto, con el título de *Jefe Supremo de la Nación*. Echenique, refiere, que *“se defeccionó Prado contra (Diez) Canseco, despojándolo del Poder que él mismo le había dado en nombre de la Constitución, reconociéndolo como autoridad legal y que lo sustituyó haciéndose Dictador con el apoyo de los jefes del ejército que le pertenecían, pues habían sido nombrados por él y, a virtud de que lo preconizaran tal, en la plaza pública algunos ciudadanos preparados para ello, siendo todo obra, según se dijo, del señor don José Gálvez que lo dirigía y gobernaba.”*²²

21 Citado por DAMMERT BELLIDO, José, *Ob. Cit.*, p. 35.

22 ECHENIQUE, Rufino, *Ob. Cit.*, p. 275.

Asentado en el poder Mariano Ignacio Prado Ochoa, nombró a José Gálvez presidente del Consejo de Ministros y secretario (ministro) de Guerra y Marina, integrando el “*gabinete de los talentos*” junto a José Simeón Tejada, secretario de Justicia e Instrucción, Toribio Pacheco y Ribero, secretario de Relaciones Exteriores, José María Químper, secretario de Gobierno y Manuel Pardo y Lavalle, secretario de Hacienda. Sobre el gabinete Galvez, Basadre dice: “*Con frecuencia se menciona elogiosamente en el Perú a los miembros del Gabinete Gálvez. Podría dársele el nombre de “Todos talentos” otorgado a un célebre gabinete inglés, que frente a la desigualdad de nivel casi siempre notoria entre quienes forman los equipos gubernativos, fue también una excepción.*”²³ Se dice que Gálvez fue, en ese contexto, el hombre fuerte del gobierno, tanto, “*que las atenciones de los que pertenecían al partido que había imperado y estaba con el Poder estaban consagradas al señor Gálvez, que desempeñaba el ministerio de la Guerra y era quien lo disponía todo y dirigía las cosas.*”²⁴

Declarada la guerra a España, el entusiasmo que despertó la noticia en la población fue grande ya que todos querían participar en la defensa de la Patria. Según Vargas Ugarte, “*El presidente Prado dio muestras de su mejor decisión, pero de hecho el que asumió la dirección de la defensa fue el ministro de guerra José Gálvez*”²⁵. A su vez, Basadre refiere, resaltando, previamente, que Gálvez era, entre los talentosos ministros de Prado, “*el carácter más resuelto y el espíritu más enhiesto*”, y que “*Todo lo relacionado con la organización de las tropas, con los aprestos de la escuadra, con los trabajos para fortificar el Callao entró bajo su incansable vigilancia y su clara dirección. El historiador de la Marina Rosendo Melo lo pinta simbólicamente haciendo, por las noches, rondas en cada uno de los buques.*”²⁶

En efecto, Rosendo Melo, a quien citaremos in extenso, tiene expresiones ciertas sobre la personalidad de Gálvez, a quien conoció personalmente, y da testimonio de la dedicación y entrega que éste puso en los

23 BASADRE GROHMANN, Jorge, *Ob. Cit.*, Tomo 5, p. 270.

24 *Ibidem*, *Ob. Cit.*, p. 276.

25 VARGAS UGARTE, Rubén. *Ob. Cit.*, p. 120

26 BASADRE GROHMANN, Jorge, *Ob. Cit.*, Tomo 5, p. 270.

preparativos para la defensa del Callao, durante la guerra contra España. Hablando del “gobierno que declaró la guerra a España”, dirá: “Era su figura de más relieve la del abogado José Gálvez. Hombre de acción, de energía, de convencimientos radicales; había pospuesto en más de una ocasión los halagos de la molicie al servicio activo de sus convicciones políticas. En busca de la actuación dirigente de sus ideales colaboró en la obra de levantar y demoler gobiernos, obra inevitable en el periodo de fermentación cívica... Estando aún en la plenitud de la vida, había sido ya multitud de cosas: catedrático, periodista, legista, legislador, magistrado, rector del primer colegio nacional de instrucción media y caudillo político. Reservado, grave, con esa apariencia solemne del filósofo griego o del togado romano; esfumaba su rostro una espesa barba negra, sobre la cual ardían dos pupilas, negras también, con el fuego concentrado, vívido, que es la característica de esas voluntades de acero que aspiran, sin decirlo, a controlarlo todo. No ha faltado quien sostenga que la revolución generadora de la dictadura fue obra suya, como también la dictadura misma.”²⁷

La dedicación que Gálvez puso en la preparación de las defensas del Callao, puede también apreciarse de su actitud de verificarlo todo, incluso pasar revista seguida a los pocos buques con que el Perú contaba en esa hora crucial. Cuando el transporte “Chalaco” arribó al Callao, con artillería gruesa embarcada en Panamá, hasta su salida para Guayaquil, dice Rosendo Melo, por su experiencia personal, que Gálvez “(...) muchas noches abordó al transporte una falúa de doce remos, cuyos tripulantes guardaban tan rígida compostura que no se oía una palabra inútil, ni otro ruido que el de los remos en el agua y las órdenes breves del oficial que la mandaba. Al lado de éste, envuelta en amplio abrigo, muda, rígida se veía una persona inmóvil, en quien pocos hubieran sospechado al doctor coronel Gálvez, secretario de guerra y marina, que personalmente rondaba las naves de guerra... La admiración por el coronel doctor iba hasta el extremo de suponer que era suya la aureola prestigiosa que resplandecía en la frente del joven dictador.”²⁸

En efecto, Gálvez organizó la defensa del Callao y comandó las fuerzas patriotas desde la torre La Merced, donde murió a causa de la explosión

27 MELO, Rosendo: Historia de la Marina del Perú, Publicaciones del Museo Naval, Biblioteca del Oficial, Vol. IV, 2da Edición, Tomo I, Callao 1980, p. 230-231.

28 *Ibidem*, p. 231.

de una granada, hecho ocurrido a las 12.55 horas del 2 de mayo de 1866, en circunstancias no esclarecidas totalmente, en cuanto al origen de la granada que causó su muerte, además, de otras 26 personas, entre ellas, del ingeniero colombiano Cornelio Borda, jefe de la torre; del coronel graduado Enrique Montes; del capitán de artillería chileno Juan Salcedo; del coronel Toribio Zavala, hermano del ministro de Marina de España²⁹. Basadre Grohmann refiere que Gálvez había escogido la torre de la Merced para comandar el combate y respecto al primer disparo español y al primer disparo peruano que se dieron en el combate precisa: *“Según contaba más tarde el general Juan Norberto Eléspuru, imberbe artillero de esa torre, al preguntársele si harían fuego antes que la escuadra atacante, Gálvez repuso: ¡No! ¡Justifiquemos nuestra causa!”*. La Numancia se adelantó a las otras naves y, después de situarse a mil metros, más o menos, del fuerte Santa Rosa, lanzó poco después de las doce de la mañana, un cañonazo que no fue contestado. Al segundo disparo, la torre de La Merced rompió sus fuegos y desplegó la bandera nacional, siguiéndole las demás baterías. Cuéntase, también, que en ese momento Gálvez gritó: *“españoles, aquí les devolvemos el tratado del 27 de enero”*.³⁰

El general Echenique narra en sus memorias los momentos previos a la muerte de Gálvez: *“Llegó, por fin, el 2 de mayo, día en el que, desde el Callao, se veían en la escuadra española síntomas de moverse, por lo cual juzgamos todos que sería para atacarnos. En ese día, a la hora del almuerzo, nos sentamos juntos en la mesa el señor Gálvez y yo, estando él más amistoso conmigo, al grado de partir conmigo el pan especial que sólo para el presidente y para él se había puesto, lo cual hizo que, a mi vez, partiera yo también con él del que, para mí, como para los demás, se nos puso... Cuando concluyó el almuerzo, vimos que la escuadra enemiga se ponía en plan de combate y se movía sobre nosotros. El señor Gálvez se dirigió en el acto a la trinchera llamada la “Merced”, que era la principal, y cuyo puesto había elegido para batirse en él...”*³¹ Es esta

29 Revista de la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia, Vencedores el 2 de mayo de 1866 y Defensores Calificados de la Patria. Año CLV, Enero-Diciembre 2012, N° 141. Discurso de orden pronunciado por el Dr. Teodoro Hampe Martínez, en homenaje al 146° aniversario del combate del 2 de mayo de 1866, p. 29.

30 BASADRE GROHMANN Jorge, *Ob. Cit.* p. 287.

31 ECHENIQUE, Rufino, *Ob. Cit.*, p. 277-278.

casi una elegía cristiana que habla bien de Gálvez, que al tratarse de la Patria la unidad es indispensable, al punto de partir el pan con un “enemigo político”, otrora encarnizado. No olvidemos, aunque algunos pretendan exaltar el anticlericalismo de Gálvez, éste nunca dejó de ser creyente.

Dice, además, Echenique sobre Gálvez: *“Sea de esto lo que fuere, lo esencial es que con el combate del 2 de mayo y la retirada de los españoles, quedó de hecho terminada aquella guerra. Pero en ella había muerto Gálvez, que era el alma de la Dictadura, y sin él ella no podía subsistir, siendo el juicio de muchos que, si hubiera sobrevivido al 2 de mayo, se habría hecho el Dictador.”*³²

VI. CONSIDERACIONES SOBRE SU PERSONALIDAD

El influjo de José Gálvez sobre las personas de su tiempo fue notable, especialmente, sobre los jóvenes. Personajes como Ricardo Palma, quién lo trataba de maestro, admiraba su energía; el escritor y político chileno Vicuña Mackenna resaltaba su vigor espiritual; Raúl Porras su austeridad; Adán Melgar, su inteligencia, su ilustración y su *“coraje de fiera que lucha contra una montaña”*; Luís Benjamín Cisneros se preciaba de haber tratado a José Gálvez y escribía desde París, en 1861, *“he estrechado en un tierno, efusivo y prolongado abrazo al noble patriota José Gálvez”* y a la muerte del héroe escribió: *“Lamento la muerte de Gálvez por la inmensa falta que, no solo por ahora sino para siempre, le hará al país, pero como amigo suyo, no lo lloro, Gálvez no podía morir de otra manera, que considero una felicidad y una gloria”*³³.

Sus opositores, como Ramón Castilla, verán en Gálvez un escollo para sus propósitos. Castilla, en París, en 1866, durante su destierro, escribirá: *“a mí me han dicho que Gálvez ofrecía su renuncia si yo volvía al país, de manera que estoy condenado a ser la presa del Tigrecito Gálvez.”*³⁴ En este mismo contexto, escribió a Doña Francisca Diez-Canseco, su esposa, que lo han debido asesinar dos veces, *“(…)”*

32 *Ibidem*, p. 282.

33 Citado por DAMMERT BELLIDO, José, *Ob. Cit.*, p. 37.

34 *Ibidem*, p. 39.

La Puente uno con Castillo y Gálvez con Alarco”, afirmando, posteriormente: “No cabe la menor duda que donde está Gálvez no hay garantías para mí.”³⁵

VII. RECONOCIMIENTO A SU HEROISMO

Tras su heroica muerte en defensa de la Patria y la libertad de América, Gálvez fue reconocido como héroe nacional, erigiéndosele monumentos por doquier, resultando el más significativo de ellos el que se levantó en el antiguo “Óvalo de la Reina”, hoy plaza 2 de mayo de Lima.

En el plano estrictamente castrense, un decreto dado en el Callao el 3 de mayo de 1866, que fue ratificado por ley del 29 de enero de 1869, ordenaba que en las revistas de comisario que pasara el batallón de artillería de plaza se considerase en la plana mayor, como primer jefe a José Gálvez y que al leerse su nombre por el comisario, el comandante de dicho cuerpo debía contestar, descubriéndose: “*Muerto heroicamente en defensa de su patria y del honor de América*”.³⁶

Con el tiempo, numerosos colegios, plazas y calles en todo el Perú llevan su nombre. Una promoción de la Escuela Militar de Chorrillos, una unidad del Ejército, el Grupo de Artillería Blindado “*Coronel José Gálvez*” N° 211, cuyo lema es: “*Valor, potencia y decisión*”,³⁷ un distrito de la provincia de Celendín, en Cajamarca, y otras instituciones deportivas y culturales llevan, igualmente, su nombre. El Colegio de Abogados de Lima, del que fue su Decano en 1865, lo tiene entre sus más preclaros representantes, al punto de que una sala de conferencias de su sede principal lleva el nombre de José Gálvez Egúsquiza y más recientemente, el Fuero Militar Policial del Perú lo ha nombrado su patrono, dada su condición de abogado sapiente y de soldado heroico.

Los restos de José Gabriel Gálvez Egúsquiza descansan en el mausoleo edificado para él y su familia en el cementerio Presbítero Matías Maestro de Lima.

35 *Ibidem*, p. 39.

36 BASADRE GROHMANN, Jorge, *Ob. Cit.*, p. 296.

37 Historial de las Unidades del Ejército, Oficina de Información del Ejército-Comisión Permanente de la Historia del Ejército, impreso en los talleres de la Imprenta del Ejército.

VIII. EPÍLOGO

Podemos decir que dio Gálvez sobradas muestras de su intelecto privilegiado, de su compromiso con las causas que abrazaba, fueran estas partidarias, académicas, políticas o militares. Liberal por antonomasia, hasta el tuétano, se comprometió con esa causa sin importarle las consecuencias que de ella le vinieran. Fue el alma de la Convención de 1856, opuesto a la pena de muerte y firme vigilante de los derechos de los segregados: indios y negros.

Quienes lo conocieron, han dado también testimonio de su personalidad circunspecta, de su trato afable, incluso, de sus buenas maneras en el vestir, también de su actitud enérgica y de su acción, pero, sobre todo, de su honestidad, que mucha falta nos hace hoy en el manejo de la cuestión pública. En los prolegómenos del combate del 2 de mayo de 1866, integró el “*Gabinete de los Talentos*” como presidente del Consejo de Ministros y secretario (ministro) de Guerra y Marina; y ostentando estos cargos, se preocupó personalmente en preparar la defensa del Callao. Llegada la hora de rendir la vida, lo hizo de la forma magnífica: en combate, frente al enemigo, por la causa de la patria.

En el ideario popular, la acción guerrera de Gálvez ha opacado al político, al académico y al abogado. Es Gálvez solo el héroe que murió en el torreón La Merced durante la guerra con España, en 1866. Para otro pequeño sector, que sigue exacerbando los ánimos de la gente con la dicotomía civil – militar, Gálvez es el “*héroe civil*” que no se puede compartir con los militares y pretenden desconocer el grado militar que ostentó desde antes del “Combate Naval del 2 de mayo de 1866”.

Fue José Gabriel Gálvez Egúsquiza, en suma, un hombre de acción, contestatario, enérgico, lúcido y honesto, calificativos que se quedan cortos y son un pálido reflejo para tratar de definir la personalidad de nuestro héroe, quien ofrendó su vida por nuestra patria.

GALERÍA
FOTOGRAFICA



Retrato de José Gabriel Gálvez Egúsquiza en
la sala de recibo del Fuero Militar Policial



Retrato de José Gálvez, pintado por Etna Velarde.
Está ubicado en la galería de héroes del Centro de Estudios Histórico Militares del Perú.



Representación de la moneda acuñada
en recuerdo de Gálvez,
en el sesquicentenario de su muerte heroica.



JOSÉ GÁLVEZ EGÚSQIZA

Retrato ubicado en la Benemérita Sociedad Fundadores de la Independencia,
Vencedores el 2 de Mayo de 1866 y Defensores Calificados de la Patria.

CEREMONIA CASTRENSE POR EL BICENTENARIO
DEL NACIMIENTO DE JOSÉ GÁLVEZ EGÚSQUIZA,
REALIZADA EL 18 DE MARZO DE 2019, EN EL PATIO
DE FORMACIÓN DEL FUERO MILITAR POLICIAL







CEREMONIA POR EL BICENTENARIO DEL
NACIMIENTO DE JOSÉ GÁLVEZ EGÚSQUIZA,
REALIZADA EL 4 DE ABRIL DE 2019, EN EL
AUDITÓRIUM DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA.





CEREMONIA REALIZADA EN LA PLAZA GÁLVEZ DEL
DISTRITO DE LA PUNTA (CALLAO),
POR EL 153 ANIVERSARIO DE LA INMOLACIÓN
DE JOSÉ GÁLVEZ EGÚSQUIZA.





CEREMONIA REALIZADA EN EL CALLAO,
EL 2 DE MAYO DE 2019, POR
EL 153 ANIVERSARIO DEL COMBATE NAVAL
DEL 2 DE MAYO DE 1866, ACCIÓN GUERRERA
EN LA QUE JOSÉ GÁLVEZ EGÚSQUIZA
RINDIÓ LA VIDA POR EL PERÚ.









EL JURISTA

DEL FUERO MILITAR POLICIAL

Revista Académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar

Se terminó de imprimir en junio del 2019 en

IMAGIDEAS.COM de Milagros Morales

RUC: 20524409471

Calle Pedro Murillo 1064, Pueblo Libre

Teléfono: (511) 2613558 / Cel. 987848007

E-mail: mmorales@imagideas.com.pe

