ESTUDIOS SOBRE EJÉRCITO, POLÍTICA Y DERECHO EN ESPAÑA

(SIGLOS XII-XX)

Coordinadores:
Javier Alvarado Planas
Regina Mª Pérez Marcos

Ediciones Polifemo
Madrid, 1996

Ilustración de portada:

Johann-Lorenz Rugendas II:
Jura de la Constitución de 1812
por la guarnición de Madrid,
el 9 de marzo de 1820
Cobre, aguatinta iluminada
Museo Municipal, Madrid

Biblioteca Histórico-Jurídica, 3
Colección dirigida por Joaquín de Azcárraga Servert

© De los artículos, sus autores
© De las características de esta edición:
Ediciones Polifemo
Avda. de Bruselas, 47, 5º
28028 MADRID

I.S.B.N.: 84-86547-33-4
Depósito Legal: M-11219-1996

Producción: Anjana Ediciones, S.L.
Paseo de la Habana, 150
28036 MADRID

SUMARIO:

I. Características del derecho penal común en el Antiguo Régimen
1. Las dificultades creadas por la notable extensión del Fuero militar
2. La confusión y contradicción de las Ordenanzas Militares
3. El atraso de la legislación penal militar respecto a la común
II. La codificación del Derecho Penal Militar
III. Causas de la tardía codificación del Derecho Penal militar
1. La resistencia mental del estamento militar
2. La confrontación de pareceres en torno a la reforma de la legislación militar
3. La progresiva reducción de la jurisdicción militar
4. La abusiva remisión de los delitos políticos a la jurisdicción militar

I. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL COMÚN EN EL ANTIGUO RÉGIMEN

El estudio y crítica del derecho penal (penas y procedimientos) del Antiguo Régimen ha sido objeto de valiosos estudios[1]. Sus perfiles más característicos, magníficamente expuestos por Tomás y Valiente[2], son los siguientes: falta de imparcialidad del juez (instruye y a la vez sentencia en la misma causa, además participa económicamente en el reparto de las penas pecuniarias llegando a negociar con el reo una rebaja a cambio de que éste no recurra el fallo), no existe la presunción de inocencia de modo que el sistema probatorio está orientado a conseguir la condena del acusado (esto es especialmente claro en la tortura -medio de prueba y no de castigo- ; la confesión arrancada a su través es prueba decisiva, pero la declaración de inocencia bajo tortura no es vinculante). La inferioridad procesal del acusado se traducía, por ejemplo, en el secreto parcial de las actuaciones judiciales con su consiguiente indefensión. Las garantías procesales eran escasas no

---

[1] Fundamentalmente por F. Tomás y Valiente: *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, y en: *La tortura en España*, Barcelona, 1994, (recopilación de varios trabajos sobre el tema); C. Herrero Herrero: *La justicia penal española en la crisis del poder absoluto*, Madrid, 1989; José Luis Bermejo Cabrero: "Tormentos, apremios, cárceles y patíbulos a finales del Antiguo Régimen", en: *A.H.D.E.* nº 56, 1986, pp. 683-727; J.L. de las Heras: *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991; M. P. Alonso Romero: *El Proceso Penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1992; E. Gacto Fernández: "Aproximación a la Historia del Derecho Penal Español", en *Hispania: entre derechos propios y derechos nacionales*, nº 34/35 de los *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milán, 1990, pp. 501-530; M.I. Rodríguez Flores: *El perdón real en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, 1971; R. Roldán Verdejo: *Los jueces de la Monarquía Absoluta*, Madrid, 1989; Enrique Pérez Villalba: *La administración de la justicia penal en Castilla y en la Corte a comienzos del siglo XVII*, Madrid, 1993, entre otros.

[2] F. Tomás y Valiente: *El Derecho Penal...*, op. cit., especialmente p. 199.

sólo por la evidente desigualdad ante la ley (por ejemplo, muchos delitos eran objeto de indulto mediante pago al Estado, lo que favorecía la impunidad de las clases pudientes), sino también por la inexistencia de un sistema de penas fijo y objetivo que dejaba a los jueces un excesivo margen de libertad para interpretar la ley o aplicar penas, etc.

El catálogo de penas se caracterizaba por su crueldad y desproporción en relación al delito cometido. Perduraba la ley del Talión para los guardas de presos respecto de la pena que correspondiera a quienes hubieran escapado (N. Rec. 4, 23, 12), al testigo falso (ley 83 de Toro), se cortaba la lengua al blasfemo (N. Rec. 8, 4, 5 y 7), etc. Se mantenía la trascendencia penal en algunos delitos: la infamia para los hijos del reo de crimen de lesa magestad (Partidas 7, 2, 2). Las formas de aplicar la pena capital eran diversas: vivicombustión, lapidación, decapitación, horca, aspamiento en rueda, despeñamiento, etc. (Partidas 7, 31, 6). Se contemplaba el *culeum* romano para el parricida (Partidas 7, 8, 12), etc.

El derecho penal contenido en la legislación militar[3] no era muy diferente al común. Los mecanismos y fases procesales contenidos en las Ordenanzas de Carlos III se diferenciaban, respecto al proceso civil, fundamentalmente en su carácter expeditivo. La tortura como medio de prueba de culpabilidad pero no de inocencia es igualmente contemplado (O.M. 8, 5, 49). Se multiplican los ejemplos de desigualdad en la aplicación de las penas en función del grado militar (es decir, de la clase social); el soldado que ofendiera (por ejemplo propinando una bofetada) a un sargento era castigado con la horca (O.M. 8, 10, 16), pero si se ofendía a un oficial, previamente se cortaba la mano derecha al reo (es una pena refleja o de Talión). Sin embargo si el ofensor era un oficial la pena consistía en "encierro por toda su vida en un castillo" (O.M. 8, 10, 119). Claramente reflejas eran las penas al blasfemo: sujeción a un poste con mordaza en la boca cuatro horas seguidas durante ocho días. Al reincidente se le atravesaba la lengua con un hierro candente (O.M. 8, 10, 1). En las delitos de tumulto de la tropa (por ejemplo para pedir mejora de alimentos) se echaba a suertes para diezmar a los amotinados, pero el primero que había alzado la voz era pasado por las armas (O.M. 8, 10, 29 y 39). Se contemplaba la pena de horca y descuartizamiento posterior al militar que profanase la sagrada forma o al ladrón homicida. Pero curiosamente la horca era seguida

---

[3] Esencialmente el contenido en las *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus exércitos*, imprenta de Pedro Marín, Madrid, 1768. Para el período que estudiamos es utilísima la obra de Antonio de Vallecillo: *Legislación Militar de España Antigua y Moderna*, 13 vols., Madrid, 1853-1856, actualizada por Ángel García Goño: *Ensayo de una compilación metódica de las disposiciones vigentes en Derecho penal Militar*, Madrid, 1883. También Alejandro de Bacardí: *Tratado del Derecho militar de España y sus Indias*, 3 vols., Madrid, 1849, que actualiza la obra de Félix Colón de Larreategui: *Juzgados militares de España y sus Indias*, Madrid, 1795.

de la incineración a quienes robasen objetos sagrados y a los sodomitas (O.M. 8, 10, 83). Las Ordenanzas Navales contemplaban penas semejantes además de las tradicionales de la Marina (por ejemplo la de ser pasado por la quilla).

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, las penas contenidas en las Ordenanzas Militares no eran más duras que las civiles. Ya hemos mencionado que al reincidente de blasfemia la justicia militar le castigaba con la perforación de la lengua mediante un hierro candente. Pero el mismo delito era castigado por la justicia común con cien azotes y el seccionamiento de la lengua (N. Rec. 12, 5, 2). La sodomía era castigada con la muerte por ambas jurisdicciones, pero la civil era, si cabe, más cruel (vivicombustión) que la militar (horca e incineración del cadáver).

Como es sabido, la Ilustración, el liberalismo y, en el plano jurídico, el racionalismo, supusieron una lenta pero imparable reforma de las concepciones penales. El postulado revolucionario de la igualdad se tradujo en la paulatina supresión de los privilegios penales para la nobleza y de ciertas jurisdicciones especiales. La libertad implicó la limitación de la arbitrariedad de los jueces mediante leyes que determinasen las penas, así como el fortalecimiento de la seguridad jurídica mediante el principio de que no hay delito sin ley anterior que lo tipifique. Finalmente la fraternidad conllevó la humanización y dignificación, en lo que ello era posible, de las penas. Las reflexiones doctrinales y la reformas legislativas inundaron Europa[4] de la mano de autores italianos como Filangieri o Beccaria; franceses como Brissot de Varbille, Pastoret, Marat, Lacretelle, Servan, Bexon, Philiph de Piépape; alemanes como Feuerbach o españoles como Lardizabal.

En España las reformas legislativas en materia penal arrancan de la Constitución de 1812. En la jurisdicción civil la pena de horca fue abolida por Decreto de 24-1-1812 (en la jurisdicción militar la horca se sustituyó por la pena de garrote en 1832). La trascendencia penal se prohibía mediante el artículo 305 de la Constitución gaditana. También se suprimió, por Decreto de 17-8-1813, la pena de azotes por ser contraria al pudor y dignidad de hombres libres (su equivalente militar, la pena de baquetas, fue suprimida temporalmente en virtud de R.O. de 3-5-1821). La tortura también fue prohibida por R.C. de 25-7-1814, así como las esposas a brazos vueltos, grillos, prensa aplicada a los pulgares, etc. Nuevamente permitidas, fueron abolidas en 1848 (también en la jurisdicción militar). Finalmente, la argolla fue suprimida en 1870. A pesar de estos ejemplos de transformación (más lenta en la legislación militar) del sistema punitivo español, todavía nuestros Códigos Penales decimonónicos contenían penas claramente atrasadas. Los Códigos penales de 1848 y de 1870 aplicaban la pena del talión al falso testigo, al juez prevaricador o al

---

[4] Vid. las adiciones de Quintiliano Saldaña al *Tratado de Derecho Penal* de Franz von Liszt, Madrid, 1914, tomo I, pp. 407 y ss.

vigilante de presos negligente, admitían la trascendencia económico-penal a los herederos, o dictaban disposiciones que estimulaban al reo a suicidarse para permitir que su familia no perdiera la pensión. El texto de 1848 establecía un ceremonial macabro para aplicar la pena de muerte (artículos 89 a 91).

No obstante las deficiencias técnicas de los textos penales de ámbito civil, resultaban innegables los avances respecto al derecho penal militar. Son varios los factores que contribuyeron a iniciar el proceso de codificación del derecho militar. Entre los más importantes señalaremos los siguientes:

1º *Las dificultades creadas por la notable extensión del Fuero militar.* Ello aumentaba extraordinariamente las posibilidades de conflictos jurisdiccionales y cuestiones de competencia. Y es que el Fuero militar amparaba no sólo a todo militar, incluso retirado, sino también a su mujer, hijos y criados. Asimismo existían Fueros especiales para los militares de la Marina, los músicos, armeros, cirujanos, auditores, alcaydes de fortalezas, asentistas, productores y trabajadores de industrias relacionadas con el Ejército [5]. Ello era reflejo de una mentalidad que defiende los privilegios y distinciones como uno de los signos de *honor estamental.*

2º *La confusión y contradicción de las Ordenanzas Militares.* Una de las primeras manifestaciones favorables a la codificación del derecho penal militar se producían en 1850: "Son tantas las disposiciones especiales y de Gobierno que vagan por el caos militar y de tanta contradicción y heterogeneidad que no es posible armonizarlas" 6. Pocos años después otro autor denunciaba que "la justicia militar, confusa, atrasada y contradictoria en sí lleva camino de ser con el tiempo para el Ejército un castigo y para la sociedad un escándalo"[7]. Pero el Ministerio de la Guerra no tomó conciencia de ello hasta pasados varios años, concretamente su titular, Francisco Ceballos, con motivo de presentar en el Senado, en mayo de 1876, el proyecto de Código Penal Militar se hacía eco del aumento de normativa militar "hasta llegar a la más lamentable confusión por consecuencia de la multitud de órdenes dictadas para casos particulares, sin tener en cuenta lo antes prevenido para casos análogos y bajo la influencia de circunstancias diferentes y con distinto criterio sin que se haya legislado de una manera general estableciéndose doctrina homogénea" [8].

---

[5] A lo largo del siglo XIX se desarrollará una política de unificación de fueros y jurisdicciones militares. Tenemos ejemplos. Uno de ellos se refiere al proyecto de supresión de jurisdicción especial para la Administración militar mediante su pase a los juzgados militares de las respectivas Capitanías Generales. Aprobado por el Senado, tuvo entrada en las Cortes, en cuya sesión de 6-7-1865 se nombró una comisión para su estudio (Apéndice 2º al nº 124, p. 3845), aprobándose como Ley en la sesión de 10-7-1865 (Apéndice 1º al nº 127, p. 3922).

[6] Francisco Feliú de la Peña: *Fundamentos de un nuevo Código Militar*, Barcelona, 1850, p. 17.

[7] Isaac Núñez Arenas: *Exposición* dirigida a la Reina el 7-11-1855 solicitando se publicasen sus *Bases y motivos en que se funda la reforma del tratado de justicia para la nueva Ordenanza Militar*, Madrid, 1856, p. VIII.

[8] D.S. Senado, 18-5-1876, legislatura de 1876, Apéndice al nº 36.

3º *El atraso e incluso agravio de la legislación penal militar respecto a la civil.* El moderno derecho penal común ofrecía ya un sistema racional, objetivo y seguro de penas que eliminaban prácticamente el arbitrio judicial y, asimismo, se habían establecido castigos más benignos. Ello constituía una ostensible ventaja para los encausados en procesos penales comunes respecto a los sometidos a la jurisdicción militar, o dicho de otra manera; el Fuero militar era cada vez más gravoso y desfavorable. Se daban casos en los que, ante un mismo delito, mientras el derecho penal común castigaba con el arresto, las Ordenanzas Militares aplicaban la pena capital. Para paliar en parte tal disfuncionalidad, en tanto se discutía la reforma de la legislación penal militar, se dispuso la suavización de la penas mediante su equiparación con las de la legislación común. Así, algunas penas capitales se sustituyeron por las de cadena perpetua y en otros casos se dejaba al arbitrio judicial el conmutarla por otra (Ley de 15-9-1873 y R.D. de 5-4-1875). Lo que en definitiva perseguía la reforma era "una sanción penal más aceptable y progresiva que la establecida hace ciento dieciséis años" [9].

Hasta una fecha tan tardía como la de 1878 no aparece un Ministro criticando en las Cortes las Ordenanzas. Así, denunciará la "anormalidad que resultaba entre las penas de la ley militar y las del Código; el que delitos al parecer más graves se castigarían con arreglo al Código común más suavemente que otros menos graves que se castigarían por la ley militar" [10].

Sin embargo, a pesar de que a mediados del siglo XIX ya existía un clima propicio para la reforma de las Ordenanzas Militares, lo cierto es que el Código Penal Militar no fue sancionado hasta el año 1884. Varios fueron los motivos de este singular retraso.

---

[9] Antonio Ros de Olano, a la sazón Presidente de la Comisión de Codificación Militar, en el "Prólogo" al *Proyecto de Código Penal* de Javier de Ugarte, Madrid, 1885, p. VI.

[10] Pero el ejemplo que aducía el Ministro de Gracia y Justicia demostraba la verdadera preocupación del Gobierno: "Por ejemplo, se ha cometido hace poco un delito gravísimo y no quiero hablar sobre él porque está sujeto todavía a la acción de los tribunales. Pero entra el Rey en una ciudad de España y se comete un atentado contra su augusta persona; se le hiere con arma blanca o de fuego. ¿Puede haber delito más grave, es decir, puede cometerse contra ningún súbdito de una Nación delito más grave, delito más trascendental que este atentado contra la augusta persona del Rey, que es declarada sagrada e inviolable por la Constitución? No puede haberle. Pues sin embargo, si no hay más que lesiones que no constituyan delito frustrado de regicidio, como ha dicho muy bien el Sr. Gamazo, no tiene más que la pena de reclusión temporal a perpetua, según el número 3º del art. 159 del Código penal; pero si en ese mismo sitio estando en formación un oficial se comete ese mismo delito contra un subteniente o contra un capitán y se juzga por el tribunal militar, se le impone la pena capital... ¿Por qué? Porque un delito es juzgado con arreglo al Código, que castiga con más suavidad, y el otro tiene que ser castigado con el rigor de las leyes militares. El caso es monstruoso hasta cierto punto, porque el delito que se comete contra un oficial cuando está en facción o armado se castiga más severamente que el delito de lesa majestad que se comete contra el rey" (D.S.C. de 3-12-1878, nº 140, p. 3850).

II. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL MILITAR

La legislación penal militar vigente en los comienzos del constitucionalismo estaba contenida en el tratado VIII: *"De las materias de justicia"* de las Ordenanzas de Carlos III sancionada por Orden de 24-1-1769[11] extensibles también a la Armada.

Tenemos constancia de algunos trabajos encaminados a reformar las Ordenanzas que, por diversos motivos, no llegaron a buen término[12]. La promulgación del Código Penal de 1848 y su reforma de 1850 estimuló, como ya hemos indicado, los trabajos[13] de reforma legislativa militar. Sabemos que a raíz de la aprobación

---

[11] Fueron fruto, en mi opinión, de un notable proceso de compilación y síntesis que las acerca más a nuestros modernos Códigos que a las Recopilaciones de la época. Entre sus fuentes hay que citar preceptos del Fuero Juzgo, Partidas, Ordenanzas de Juan I, de Carlos I para Castilla y de 1536 para Italia. Las llamadas Ordenanzas primeras de Flandes dadas por Alejandro Farnesio en 1587, las del Duque de Alba de 1555, 1567 y 1581. Las Ordenanzas de Nápoles de 1586, las de 1603 dadas por Felipe III, revisadas en 1611 y las de 1632 de Felipe IV. Las afrancesadas o segundas de Flandes de 18-12-1701 de Felipe V, la Ordenanza General de 10-4-1702, reformada el 28-9-1704, 30-12-1706, 12-1-1728 y 1762. También se utilizaron las Ordenanzas de la Armada naval de 1748 de Fernando VI, reformadas en 1793 y completadas en 1802 por la *Real Ordenanza Naval para el Servicio de los Baxeles de S.M.* Tenemos constancia de un intento de Felipe II de reconducir la jurisdicción militar a la ordinaria, pero el Duque de Alba le hizo ver que en tal caso "jamás se hará justicia, ni habrá sino demandas y respuestas y escritos, como los hay en la Audiencia". Vid sobre el tema L.A. Ribot García: "El Ejército de los Austrias. Aportaciones recientes y nuevas perspectivas", en: *Temas de Historia Militar*, tomo I, ponencia del 1º Congreso de Historia Militar, Zaragoza, 1982, p. 157 y ss. También José Moreno Casado: "Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 1587", en *A.H.D.E.* 31 (1961), pp. 448 y ss.; Sebastián Montserrat Alsina, "El Ejército real y la jurisdicción de guerra: estado de la justicia militar en España durante el reinado de la Casa de Austria", en: *Revista Española de Derecho Militar*, enero-junio, nº 21, 1966. Y últimamente M. Gómez Ruiz: *El ejército de los Borbones*, 2 vols., Madrid, 1991.

[12] El 7-9-1822 se mandó crear en el Depósito de la Guerra una Sección (la 6ª) destinada exclusivamente a la reforma de la Ordenanza. El 10-1-1823 las Cortes crearon una *Comisión de Guerra* para que redactase un proyecto de reformas legislativas (D.S.C. de 10-1-1823, p. 1305), que fue presentado a la Cámara el 27-7-1823. Se imprimió en Cádiz (Imprenta Nacional) en ese mismo año con el título *Proyecto de Código Penal Militar presentado a las Cortes por su Comisión de Guerra.* A pesar de su título no es más que una pequeña propuesta de modificación de penas (Hay un ejemplar en el Archivo General Militar de Segovia, Sección 2ª, División 9ª, leg. 7). Las Cortes también encargaron en 1841 al Marqués de Rodil la elaboración de otro proyecto, que fue leído en 1842. Se formaron sendas Juntas en 1843 y 1845 sin que iniciaran sus trabajos. Una Junta de notables creada en 1847 presentó su trabajo al Ministro Blusser en 1853. En 1855 se creó una Junta Consultiva de Guerra de la que formaba parte Isaac Núñez Arenas quien, como hemos visto, elaboró un proyecto privado que sometió, infructuosamente, a la consideración de la Reina. Pueden verse datos dispersos de estas Juntas y Comisiones en *Enciclopedia Jurídica Española*, ed. F. Seix, Barcelona, 1911, voces "Codificación militar" y "Código Penal"; F. Muga López: "Antecedentes del Código Penal Militar de 1884: notas para la Historia de la codificación del Derecho Penal militar" en: *Revista Española de Derecho Militar*, nº 1, 1956 (enero-junio); Juan Francisco Lasso Gaite: *Crónica de la Codificación*, tomo 5º, vol. I, Madrid, 1970, p. 651 y ss.

[13] Incluso de proyectos privados entre los que cabe destacar el de Manuel LLorente: *Código Penal militar*, Madrid, 1850, que sigue literalmente el método del Código Penal común de 1848 con el fin de "asegurar a los

del texto penal común surgieron algunas dudas en la jurisdicción militar. Por los tribunales militares se consultaba al Consejo Supremo de la Guerra si en los delitos de conspiración habían de aplicar la Ley de 17-4-1821 o el nuevo Código Penal; si eran de aplicación las eximentes, agravantes y atenuantes de la ley penal común, o si, dado que en la legislación militar no se contemplaban las faltas, debían observarse en la jurisdicción militar las reglas del texto penal común para averiguar y castigar las faltas o, en su caso, a quien corresponde la competencia en los juicios de faltas. También se suscitaban dudas acerca de si debían los jueces militares fundamentar sus sentencias, etc.[14].

Por R.O. de 6-2-1865 se creaba en el Ministerio de la Guerra una Junta encargada de la reforma de las leyes penales y procesales militares que llegó a constituirse y a realizar algún trabajo pese a la escasa perspectiva de algunos de sus integrantes[15].

El Ministerio de Marina no tardaba en crear también la suya, por R.O. de 23-4-1864 (Gaceta de Madrid del 26-4-1864), en sustitución de la Junta de redacción de las Ordenanzas surgida el 10-2-1853, dotándola de "amplias facultades para formular el proyecto de ley penal que comprenda también la organización y competencia de los Tribunales militares de Marina y el procedimiento ante los mismos".

---

soldados la misma protección contra las arbitrariedades que gozan sus hijos ciudadanos" y, por tanto, reserva la pena capital a menos delitos, suprime los castigos corporales y se remite a la legislación común en caso de vacío legal. Francisco Feliú de la Peña fue autor de otro proyecto (*Fundamentos de un nuevo Código Militar*, Barcelona, 1850) en el que trataba no sólo cuestiones penales sino también procesales y de organización (A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 7). Isaac Núñez Arenas presentó otro proyecto (*Bases y motivos...*, cit.) en el que defendía la limitación del fuero militar por considerarlo como "una excepción onerosa y no un privilegio que favorezca a los individuos que se hallan sujetos a él". Contiene la novedosa propuesta de exigir menores responsabilidades a la tropa y mandos subalternos y erradicar cierta inmunidad penal de los oficiales. Entre otros proyectos privados posteriores cabe citar el de Nicolás de la Peña Cuéllar: *Proyecto de Código Penal militar*, imprenta de Juan Colomer, 1880, o el de Antonio Guzmán: *Observaciones al proyecto de Código Penal militar y ensayo sobre una Ley de procedimiento criminal*, Valladolid, 1887.

[14] Hay un expediente de estas y otras incidencias en el Archivo General Militar de Segovia (en adelante A.G.M.), Sección 2ª, División 9ª, leg. 7.

[15] Estaba formada por el Teniente General Francisco Javier Ezpeleta (Presidente), el Mariscal de Campo José Makenna Muñoz, el Magistrado del Tribunal Supremo Evaristo de Castro Rojo, el Senador José María Huet, el Fiscal Militar del Tribunal Supremo Juan Gómez Landero, el Fiscal Togado Ramón Gil Ossorio y Eugenio Seijas Lozano (Secretario). La sesión de constitución fue el 4-3-1865 y en ella se acordó, a propuesta del Presidente, acometer la reforma procesal antes que la penal. Parece que ello se debió a la disparidad de criterios con que algunos vocales entendían su mandato: Gil Ossorio defendía la sustitución de las Ordenanzas Militares por un Código Penal Militar. Otros vocales pensaban que esto traspasaba las instrucciones contendidas en la *Exposición de Motivos* del Decreto creador de la Comisión redactado por el Ministro Fernández de Córdoba que sólo pretendía una reforma de las Ordenanzas reuniendo "en un solo cuerpo de leyes la multitud de disposiciones supletorias y aclaratorias del tratado VIII de las Ordenanzas" (A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 7).

La R.O. justificaba la medida en que las Ordenanzas de 1748 "no están ya en armonía con el espíritu de la época" y la severidad excesiva de algunas de sus penas como "la de ser pasado bajo la quilla del navío, la de horca, tener atravesada la lengua por un hierro, la de mordaza, bebida discrecional de agua salada y azotes". A la Comisión formada por el Jefe de Escuadra Joaquín Gutiérrez Rubalcava y el Magistrado togado del Tribunal Supremo de la Guerra Rafael Limiana se encomendaba armonizar "en lo posible con la legislación general del Estado" el nuevo proyecto. La Comisión se inspiró en la legislación marítima de Inglaterra, Italia y Francia, así como en el Código Penal de 1850 para trabajar sobre la base de las Ordenanzas de 1748, las de Carlos III de 1768 y un proyecto de legislación penal para la Armada de 1803 (proyecto de Domingo Grandallana). Sus trabajos quedaron paralizados por la Revolución de 1868.

Por su parte, el Ministro de la Guerra, contrario a dejar en manos de un órgano colegiado la reforma de las Ordenanzas, optó por la vía rápida encomendando a una sola persona tal labor. Por R.O. de 15-10-1867 se encargaba al comandante Miguel de Sichar y Salas la elaboración de una compilación clara y precisa de la normativa penal del Ejército. A pesar de que en la citada R.O. nada se dice de formar un Código, Sichar prefirió dejar de lado las Ordenanzas y elaborar un verdadero Código sistemático, conciso e inspirado en la moderna ciencia penal del momento. Hay que mencionar que Sichar no era jurista sino un oficial del cuerpo de artillería familiarizado con el derecho gracias a su destino de Jefe del Negociado de Justicia de la Dirección General de Artillería. En 1861 ya había publicado en Madrid un texto jurídico militar (*Consejos de Guerra o Compilación de las disposiciones vigentes*), lo que le había proporcionado cierta fama en el Ministerio. En cualquier caso Sichar acabó su proyecto[16] y lo remitió al Ministro de la Guerra el 8-6-1868 quien, a su vez, el 19-11-1868 pidió el parecer del Consejo Supremo de Guerra y Marina.

La lentitud de los trabajos motivó que el general y diputado Pierrad presentase en la sesión de Cortes del día 29-4-1869 una proposición de Ley para formar una comisión de reforma de las Ordenanzas con el fin de ponerlas en "armonía con la ciencia moderna y la Constitución que se discute"[17]. Bajo esta inocente petición se escondía el secular recelo y conflicto entre el poder legislativo (partidario de

---

[16] Inspirado fundamentalmente en el Código Penal de 1850 y el Código Penal Militar francés. Trató solo la materia penal, pero no la procesal y orgánica. Vid. F. Muga: "Antecedentes...", cit., nº 2, p. 40 y ss.

[17] Apéndice 1º al nº 62. La propuesta se discutió el 4-6-1869. Pierrad citaba los malogrados trabajos de las Comisiones de 1811, 1815, 1821, 1835, 1838, 1841, 1843, 1845 y 1847 que intentaron poner solución a "un fárrago de reales órdenes, contradictorias entre sí" (D.S.C. de 4-6-1869, nº 90, p. 2512). En la sesión de 9-7-1869 volvió a interesarse por la reforma de las Ordenanzas preguntando al Ministro de la Guerra sobre las actividades de la Comisión de reforma de las Ordenanzas militares (nº 122, p. 3593).

crear comisiones políticas integradas por diputados) y el poder ejecutivo (imponiendo comisiones dependientes del Ministerio afectado e integradas por técnicos). En este caso, el Ministro de la Guerra consiguió una votación favorable a su propuesta consistente en esperar a que una comisión de generales dependientes del Ministerio concluyera en breve las reformas de modo que una vez presentadas al Congreso, podría formarse la comisión solicitada por Pierrad[18].

Una Orden de 12-11-1869 creaba una Junta (significativamente llamada "de Ordenanzas") encargada de estudiar el proyecto de Sichar, la cual emitió con fecha 11-4-1870[19] un juicio desfavorable. Detrás de esta negativa no estaban sólo los militares defensores de sus Ordenanzas, sino también intereses de los políticos septembrinos que buscaban marcar distancias con la etapa borbónica. En efecto, el informe justificaba el rechazo del proyecto Sichar "por ser las leyes vigentes emanación de los Gobiernos absolutos y porque de las Ordenanzas en que se consignan los deberes, atribuciones y derechos de todas y cada una de las clases del Ejército han de emanar precisamente y en armonía con su espíritu, los castigos correccionales, la justicia militar y la penalidad"[20]. Sin embargo, dada la escasa entidad de las objeciones que la Junta aducía en su informe, más bien parecía que todo se reducía a una cuestión de oportunidad política. Una R.O. de 17-7-1871 mandaba publicar el proyecto de Código Penal Militar (es decir, el proyecto de Sichar con las leves modificaciones de la Junta de Ordenanzas) para público conocimiento[21].

A todo esto, la jurisdicción militar estaba asimilando a marchas forzadas los cambios legislativos introducidos tras la promulgación de la Constitución de 1869 y el Código Penal de 1870[22], pero parece que sin la debida coherencia. Efectivamente, el diputado Rebullida preguntaba al Ministro de la Guerra sobre la situación de los procesados durante la revolución septembrina acusados de enfrentarse a la Guardia rural. El Marqués de Castillejos evadía el problema condicionando la solución a la reforma de las Ordenanzas militares en la que trabajaban varios generales[23]. Sin embargo, la actitud del Gobierno no era la de efectuar una reforma

---

[18] D.S.C. de 4-6-1869, nº 90, p. 2516.

[19] Hubo de apresurar sus trabajos ante las interpelaciones de miembros de las Cortes. El diputado Juan Pablo Soler había solicitado reiteradamente información al respecto del Ministro de la Guerra y Presidente del Consejo de Ministros, a la sazón Castillejos; D.S.C. de 19-2-1870, nº 222, p. 5921.

[20] A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 7.

[21] A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 7.

[22] Planteada la cuestión al Consejo Supremo de Guerra y Marina, se pretendía resolver las contradicciones de las vigentes Ordenanzas con leves modificaciones; vid. su informe de 22-11-1870 en A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 7.

[23] D.S.C. de 30-4-1870, nº 270, pp. 7590-7591. No con mucha diligencia: un diputado, el general Laguinero, se interesó por ella en varios ocasiones e incluso llegó a pedir una lista de todos los integrantes que habían formado parte de dicha Junta en los últimos años (D.S.C. de 30-10-1872, nº 40, p. 968-969). El Ministro

total de las Ordenanzas militares (codificación), sino por el contrario, proceder a una mínima adaptación. Así, el 19-9-1873, Nicolás Salmerón firmaba, como Presidente de la República, una Ley 24 por la que, declarando "en todo su vigor las Ordenanzas generales del Ejército y Armada" (Gaceta de 21-9-1873), sustituía las penas de algunos delitos militares por penas comunes, y en otros delitos castigados exclusivamente con la pena de muerte, daba opción a incluir la de cadena perpetua. Sin embargo esta Ley citaba artículos de las Ordenanzas que ya estaban anteriormente derogados, lo que dejaba la duda de su nueva vigencia, y otros delitos quedaban sin pena como consecuencia del cambio de la pena militar por la común[25]. Un R. D. de 3-4-1875 trató de esclarecer las dudas e incidencias que la aplicación de las confusas Ordenanzas estaba creando. Algunos, incluso, habían interpretado que la Ley de 19-9-1873 había puesto en vigor las penas de baquetas, palos, amputación de mano, etc.[26]. El R.D. redactaba con más coherencia la citada Ley pero no había más opción que la de mantener el espíritu de las Ordenanzas Militares de 1768. Esta era una de las razones que impulsaron a acometer urgentemente la redacción de un proyecto de Código Penal militar. Así, un R.D. de 5-4-1875 ordenaba al Ministerio de la Guerra que acometiera tal empresa, lo que inició mediante una R.O. de 14-4-1875 que encomendaba su redacción al Consejo Supremo de Guerra y Marina[27]. El Consejo concluyó su informe-proyecto el 15-7-1875 elevándolo al Ministro, el cual ordenó su impresión y distribución a todas las autoridades militares para su valoración[28]. Esencialmente el proyecto era el de Sichar con los leves retoques de la Fiscalía y pequeños matices introducidos por el propio Consejo Supremo[29]. Algunas

---

de la Guerra contestó que esperaba presentar el proyecto de Código penal Militar en esa legislatura. Finalmente presentó la mencionada lista en la sesión del 12-12-1872 (nº 77, p. 2354). Habría sido muy útil examinar las sucesivas creaciones y supresiones de las juntas o comisiones de reforma de las Ordenanzas a través de los datos de la indicada lista, pero lamentablemente no la he localizado en el Archivo del Congreso de los Diputados ni en el Archivo General militar de Segovia.

[24] La Junta de Ordenanzas fue disuelta el 11-5-1873. Pero al parecer se creó poco tiempo después una Comisión de Guerra que elaboró el proyecto de Ley que finalmente fue sancionado el 19-9-1873 (Archivo del Congreso de los Diputados, Serie General, leg. 175, nº 104).

[25] Lo que motivó una circular aclaratoria del Consejo Supremo de Guerra y Marina (A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 7).

[26] Vid. la *Exposición de Motivos* al citado R.D. de 3-4-1873 publicado en la Gaceta de Madrid de 10-4-1875.

[27] En el Consejo Supremo de Guerra y Marina se encontraba el proyecto de Sichar desde 1874 para su estudio e informe, tras haber pasado por la Fiscalía. Todo este proceso está documentado en el A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 7.

[28] Mediante una R.O. de 25-7-1875 (A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg.7). Un ejemplar del proyecto del Consejo Supremo de Guerra y Marina se encuentra en el leg. 2.

[29] El Consejo Supremo aludía al proyecto Sichar y al elaborado por los Fiscales togados como si fueran distintos, cuando este no era más que el de Sichar con ligeros matices. Certeramente opina F. Muga que "seguramente se aceptaba de mal grado que fuese un comandante de artillería quien presentase un proyecto de Código que llevaba camino de convertirse en Ley", en: *"Antecedentes..."*, cit., nº 2, p. 50.

modificaciones fueron luego incluidas en el Reglamento adicional al Proyecto, que fue concluido y elevado al Gobierno el 29-9-1875.

Tenemos documentada la autorización firmada por Alfonso XII el 16-4-1876 para que el Ministro de la Guerra, Francisco de Ceballos, sometiera el proyecto de Código Penal militar y el Reglamento a la deliberación de las Cámaras. Fue presentado al Senado el 18-5-1876 y, tras su aprobación, remitido a las Cortes en cuya sesión de 18-11-1876 se acordó el nombramiento de una Comisión de estudio [30] que no pudo concluir su trabajo debido al cambio de legislatura. En cualquier caso hay que observar que el Ministerio de la Guerra y los Comisionados por las Cortes trabajaban sobre el proyecto de Sichar editado en 1872 [31], que se fue reproduciendo en sucesivas legislaturas desde 1876 a 1878. Precisamente con motivo de su discusión, el general y diputado Salamanca y Negrete denunciaba en la sesión de Cortes del 2-4-1878 el excesivo personalismo del proyecto, obra de una sola persona y convertido en oficial "cuando el autor llega a ser el jefe del negociado de Justicia en el Ministerio de la Guerra. Tengo derecho a decir esto, porque el Gobierno es el que lo ha dicho antes. Ahí está el preámbulo de la exposición de motivos que viene con el Código militar; no oiréis hablar más que del Sr. Sichart, que es el jefe del negociado, y que dice es hermosísimo, que es ilustrado y muy bueno" [32].

Frente a la lentitud del Código Penal, destaca la diligencia con que se sacaban adelante otro tipo de decretos. Con celeridad inusitada, el Ministro de la Guerra consiguió la aprobación de dos R.R.D.D. de 19 y 24-7-1876 reformando la organización de los tribunales y procedimientos militares [33]. El motivo esencial de la reforma era el de paliar los efectos de las reformas legislativas y judiciales efectuadas durante el sexenio revolucionario (concretamente los Decretos de 6 y 31 de diciembre de 1868 limitativos del fuero militar) que facultaban al reo en proceso militar a paralizar la ejecución de sentencia mediante recurso. El R.D. de 19-7-1875 pretendía fortalecer el respeto a los mandos otorgando ejecutoriedad a las sentencias de las autoridades militares. A tal fin se consideraba que en determinadas circunstancias (por ejemplo, en tiempo de guerra) y delitos (a excepción de los

---

[30] El proyecto de Código Penal militar está en el Apéndice 4º al nº 125. La Comisión formada por los diputados Reyna (Presidente), De Gabriel, Salamanca y Negrete, Azcárraga, Cantero y Nuñez de Prado (Secretario), se constituyó el 20-11-1876 (A.C.D., Serie General, leg. 199, nº 1 y D.S.C. de 20-11-1876, nº 127, p. 3576).

[31] Ante la petición de la Comisión de Cortes creada el 18-11-1876 dirigida al Ministerio de la Guerra interesando la entrega del Proyecto de Código Penal militar, este remitió un ejemplar del editado en 1872 aclarando que era el mismo que se había enviado a la Cámara (A.C.D., Serie General, leg. 199, nº 1).

[32] D.S.C. de 2-4-1878, nº 4, p. 749.

[33] Tras ser aprobado en el Senado, pasó a las Cortes en cuya sesión del día 20-11-1876 se nombró una Comisión formada por los diputados Reyna como Presidente y Núñez de Prado como Secretario (D.S.C., nº 127, p. 3576) que no terminó sus trabajos por concluir la legislatura. Vid. también A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 2 y 7.

castigados con pena capital) los mandos militares eran la última instancia judicial[34]. La medida no era más que otro parche forzado por los acontecimientos. Todavía en 1877 se seguía discutiendo en las Cortes la reforma del fuero militar[35].

Pero el Código Penal Militar seguía sin ver la luz a pesar de que estaba prácticamente redactado[36] y disponía de las reformas procesales mínimas necesarias.

Un R.D. de 29-3-1880 creaba otra Comisión *ad hoc*[37] de tres militares y tres juristas con el objetivo de que "con estudio de los expedientes y utilizando todos los importantes trabajos hechos sobre la materia por el Consejo Supremo de Guerra y Marina, proponga los proyectos convenientes"[38]. Otro R.D. de la misma fecha nombraba a los integrantes de dicha Comisión: el Teniente General y ex-Presidente del Consejo Supremo de la Guerra, Antonio Ros de Olano (Presidente); Hilario Igón y de Rochert, Presidente de Sala del Tribunal Supremo y antiguo Ministro togado del extinguido Tribunal Supremo de Guerra y Marina, al Vicealmirante José Ramos Izquierdo, a Hilarión Sanz Ortiz, Consejero y Fiscal togado militar, a Carlos Apolinario Fernández de Sousa, Ministro togado y al Mariscal de Campo Juan Acebedo Pérez. Posteriormente se nombraron más comisionados: Manuel Salamanca Negrete, José Almirante, Emilio Ruiz Salaverría, Juan del Río, Luis de Tapia, Vicente Romero Girón y Pedro Blanco Blanco[39]. Aunque la Comisión iba a

---

[34] Gacetas de Madrid de 21 y 26 de julio de 1873. El origen inmediato de la medida era la necesidad de reforzar las facultades judiciales del Gobernador de Cuba frecuentemente aislado de la metrópoli por causa de la guerra: "los Gobernadores de las plazas sitiadas, responsables de la defensa e incomunicados con la Autoridad militar necesitan de la facultad de mandar ejecutar los fallos". Por ello se consideraba "autoridad competente para entender en las causas y aprobar los fallos del Consejo de guerra... En las plazas de guerra sitiadas o bloqueadas, el Gobernador de la plaza".

[35] D.S.C. de 28-6-1877, Ap. 5 al nº 50, p. 1330.

[36] Como hemos indicado, el proyecto era, en esencia, el propuesto por Sichar más ligeros añadidos de los Fiscales del Tribunal Supremo y del Consejo Supremo de Guerra y Marina. Durante la presidencia de Martínez Campos (marzo a diciembre de 1879) hubo algunas modificaciones formales consignadas en un informe de julio de 1879: *Explicación de las alteraciones introducidas en el proyecto de Código Penal militar presentado por el Gobierno anterior y su correspondencia con el que se somete a la deliberación de las Cortes*, A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 8. También existe en dicho legajo una copia manuscrita del proyecto de Código Penal Militar.

[37] Inicialmente se creó *ad hoc, aun cuando* la Ley de Bases de 15-7-1882 (Gaceta de 19 del mismo mes), en su artículo 1º, la denomine por primera vez *Comisión de codificación militar.*

[38] *Exposición de Motivos* al citado R.D. (Gaceta de 30-3-1880). El R.D. dice así: "De conformidad con lo que Me ha expuesto el Ministro de la Guerra, y de acuerdo con el Consejo de Ministros, Vengo en disponer que por una Comisión compuesta por tres Generales y tres Jurisconsultos, nombrados 4 a propuesta del mismo, se preparen los proyectos convenientes para hacer las modificaciones necesarias en la organización de los Tribunales y procedimientos militares. Dado en Palacio a veintinueve de marzo de mil ochocientos ochenta.- ALFONSO.- El Ministro de la Guerra. José Ignacio de Echavarría".

[39] El 6-4-1880 tuvo lugar la primera reunión. Entre otras cuestiones se acordó pedir al Consejo de Guerra y Marina, a través del Ministro, un proyecto de Fuero de Guerra (organización y procedimiento); A.G.M, Sección 2ª, División 9ª, leg. 63.

trabajar exclusivamente en reformas legislativas del Ejército (no de la Armada)[40] relativas a organización y procedimiento, finalmente se optó por plantear la reforma de todas las materias de ambos cuerpos militares mediante la propuesta a las Cortes de una Ley de Bases.

Efectivamente, el 28-5-1881 el Ministro de la Guerra José Ignacio Echavarría, leía en las Cortes el proyecto de Ley de Bases para la codificación militar que, finalmente, fue aprobado en julio de 1882 siendo Ministro de la Guerra Martínez Campos[41]. La Ley de Bases de 15-7-1882 autorizaba al Gobierno para que "oyendo a la Comisión de Codificación militar, redacte y publique las leyes de organización, atribuciones y procedimientos de los Tribunales militares y los Códigos penales para el Ejército y Armada"[42]. De sus bases hemos de destacar la sexta, que remite a la jurisdicción ordinaria los delitos de desacato y atentado a autoridades no militares; la séptima, que incluye a la jurisdicción militar los delitos de insulto, atentado o desacato a autoridades militares, incluidas la Guardia civil y Carabineros (lo que confirmaba las disposiciones de la vigente Ley de Orden Público relativas al conocimiento de los delitos políticos por los jueces militares) y la octava que, dando una de cal y otra de arena, mandaba que "los Códigos penales, así del Ejército como de la Armada, además de inspirarse en los antiguos preceptos de las Ordenanzas poniéndolos en armonía con los adelantos de la ciencia del derecho, se adaptarán en lo posible a las prescripciones de la ley penal común".

El primer proyecto elaborado por la Comisión codificadora fue el de la Ley de organización y atribuciones de los tribunales de guerra (Ley de 14-12-1883 sustituida después por la de 10-3-1884). Posteriormente, el 2-7-1884, el Presidente de la Comisión de codificación militar remitía el proyecto de Código Penal al Gobierno, el cual, sin debatirlo en las Cortes ni en el Senado, conseguía la sanción regia el 17-11-1884 y su publicación en la Gaceta de Madrid de 21-11-1884 siendo Ministro

---

[40] El Ministerio de Marina exigió una representación de oficiales de la Armada en dicha Comisión a lo que el Ministro de la Guerra le replicó que la reforma legislativa afectaba sólo al Ejército; A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 63.

[41] D.S.C., Legislatura 1881-82, Apéndice 22 al nº 167. La Comisión de Cortes creada para su estudio se constituyó el 29-5-1880 estaba integrada por Silvela, García López, Daban, Armas y Jaén, Porrúa, Salamanca y, como Secretario, Pérez Sanmillán. Hasta el 12-6-1880 realizó 11 sesiones (A.C.D., Serie General, leg. 200, nº 59). Tras el inicio de una nueva legislatura, el Ministro de la Guerra volvía a presentar el proyecto de Ley de Bases el 21-10-1881. En las Cortes se constituía otra Comisión el 14-12-1881 formada por Becerra, Fabié, Sánchez Mina, Cassola, Vivar, Salamanca y Bermúdez Reina. Antecedentes y dictamen de la Comisión en A.C.D., Serie General, leg. 208, nº 17.

[42] Ley de Bases de 15-7-1882, artículo 1º (Gaceta de Madrid de 19-7-1882) y D.S.C. del 15-7-1882, nº 167, p. 4987 y Apéndice 22.

de Guerra Jenaro de Quesada. El Ejército ya tenía su primer Código Penal y estaba en vías de disponer también de otro sobre organización y procedimientos[43].

Por su parte, el Ministerio de Marina había mantenido un conflicto con el de la Guerra al reivindicar plazas de vocales en la Comisión creada el 29-3-1880 para las reformas legislativas del Ejército y la Marina. El Ministro de la Guerra contestó al de la Armada demasiado tarde, suponemos que tratando de conseguir el primer Código para su Ministerio. Efectivamente el Ministro de la Guerra contestó el 19-10-1884 (cuando ya disponía del proyecto acabado y sabía de la disposición del resto del Gabinete a apoyarlo, lo que se consiguió el 17-11-1884) al de Marina que no se daba acceso a los Generales de la Armada porque la Comisión sólo estudiaba reformas legislativas del Ejército[44]. La promulgación del Código Penal del Ejército estimuló en el Ministerio de Marina la creación de una Comisión para hacer lo propio: El Ministro de Marina Juan de Antequera conseguía, por R.D. de 22-12-1884 (Gaceta de 23-12-1884) el nombramiento "de la junta que debe entender de la redacción de un Código penal marítimo" al amparo de la misma Ley de Bases de 15-7-1882, e integrada por el Vicealmirante de la Armada Manuel de la Pezuela Lobo; los Ministros Togados José Romero Villanueva y Mariano Pérez Luzaró, el Capitán de navío Evaristo Casariego García y el Capitán de fragata Ramón Auñón Villalón. Ese mismo día otro R.D. nombraba vocal de la Junta a Emilio Bravo Romero, Senador y Presidente de la Sala segunda del Tribunal Supremo. Promulgado el Código Penal de la Marina en virtud de R.D. de 24-8-1888[45], procedía el nombramiento de otro grupo de expertos para que acometieran la redacción de un proyecto de reforma de organización de Tribunales y de procedimiento criminal, lo que se llevó a cabo mediante R.D. de 5-2-1890 (Gaceta del dia siguiente). Por el citado R.D. se disolvía la Comisión codificadora del Ministerio de la Armada y se creaba otra encargada de redactar "el proyecto de Código penal para la Marina mercante y los de las leyes de Organización de los Tribunales y de Enjuiciamiento Criminal del ramo", cuya composición fue modificada (R.D. de 5-3-1891) y finalmente disuelta por R.D. 25-9-1900 (Gaceta del 28). Las deficiencias de método y criterio observadas en las Comisiones codificadoras de

---

43 Una R.O. de 9-12-1884 creaba una Comisión encargada de la reforma de la legislación procesal penal militar. La urgencia de la cuestión se demuestra en otra R.O. de 18-2-1885 por la que el Ministro de la Guerra manda a la Comisión acelerar sus trabajos, atascados porque el Consejo Supremo no había evacuado una Consulta efectuada por la citada Comisión. Finalmente, el Presidente de la Comisión elevó al Ministro, con fecha 30-6-1886, el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal Militar, que fue promulgada por R.D. de 29-9-1886. Vid. A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 15.

44 A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 63.

45 En opinión de Quintiliano Saldaña era "la ley penal más antropológica y por lo tanto más científica vigente en España" al acoger un sistema de gradación de la penalidad (copiado del Proyecto de Código Penal de Silvela) y el sorprendente principio (artículo 12) de que la ignorancia de la ley excusa de su cumplimiento; vid. las *Adiciones* de Q. Saldaña a F. von Liszt: *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 497.

Guerra y Marina llevaron a la creación de una Comisión mixta (R.D. de 15-11-1895) que, incapaz de coordinar los trabajos de ambos Ministerios, fue disuelta el 19-2-1900.

Las innumerables incidencias acaecidas a consecuencia de la aplicación del Código Penal militar[46], así como el rechazo que la derogación de las Ordenanzas producía todavía entre los sectores más conservadores de la oficialidad, fue alentada por la oposición política para inquietar al Ministro, a la sazón el Marqués de Miravalles. El diputado Muñoz Vargas interpelaba al Ministro afirmando que "ya va siendo hora de revisarle, suspendiendo sus efectos, por personas menos científicas y más militares. El reciente caso de un Capitán muerto en Cuba por un soldado ha llamado extraordinariamente la atención de los Jefes del Ejército, porque no puede sufrir el criminal la pena sin que venga la causa a revisión del Consejo de Guerra, según previene el Código"[47]. Y en la sesión de Cortes de 16-6-1888 el diputado Pando volvía a pedir una reforma citando como ejemplo el caso de un Teniente coronel que llevaba ocho años sin sentencia firme o el de otro oficial que habiendo denunciado una insubordinación, no había conseguido nada, lo que, en su opinión, demostraba "la necesidad que hay de que cuanto antes procure se restablezca la justicia militar, que no es otra cosa sino la primera garantía del Ejército"[48].

Así las cosas, en virtud de una R.O. de 2-11-1887 se creaba una Comisión con el encargo de elaborar un proyecto de reforma legislativa en materia penal, criminal y de organización de los tribunales. Fue disuelta el 20-7-1888 tras concluir sus trabajos[49], aunque algunos de sus miembros fueron citados por el Senado en noviembre de 1889 para aclarar algunas dudas. El proyecto de Código de Justicia Militar (básicamente elaborado a partir de la Ley de organización de tribunales de 10-3-1884, el Código Penal de 17-11-1884 y Ley de Enjuiciamiento Criminal de 29-9-1886), que fue objeto de algunas mejoras en los debates parlamentarios, fue finalmente sancionado el 27-9-1890 siendo Ministro de la Guerra el general Marcelo de Azcárraga. El Código de Justicia Militar tampoco tuvo un nacimiento pacífico[50], aunque algún país extranjero se interesó expresamente por su sistemática y contenido[51].

---

[46] Constan informes proponiendo reformas al Código Penal Militar por parte de las Capitanías Generales de Extremadura, Islas Baleares, Galicia, Aragón, Valencia, Castilla La Nueva, Cataluña, Provincias Vascongadas y Cuba en A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 10. Una de ellas se refería a los efectos del artículo 51 que, contrariamente a lo establecido en la legislación común, declaraba que la ignorancia de la ley eximía de su cumplimiento. Para contrarrestar los efectos demoledores de tal derecho usado de mala fe, Pedro Buesa Pisón redactó una *Cartilla penal para las clases de tropa* que había de ser obligatoriamente leída a los militares; antecedentes y copia de dicha cartilla en A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 7.

[47] D.S.C. del 19-2-1885, nº 91, p. 2319.

[48] D.S.C. del 16-8-1888, nº 141, p. 4253.

[49] A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 12.

[50] Constan diversas incidencias de su aplicación ya en 1891; A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 12.

[51] En noviembre de 1893 el Senado italiano, con motivo de la discusión de un proyecto de Código Penal militar, solicitó información sobre la legislación penal militar por medio de la Embajada italiana en España; A.G.M., Sección 2ª, División 9ª, leg. 15.

III. CAUSAS DE LA TARDÍA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL MILITAR

Además de las resistencias mentales del estamento militar a cualquier modificación de la legislación militar, se añadía la falta de perspectiva de los diversos intentos reformadores. Sin embargo, en el retraso de las reformas legislativas militares pesaron mucho más los intereses de políticos y militares en prolongar una situación que les proporcionaba ventajas.

1º *La resistencia mental del estamento militar a una reforma legislativa que modificara sus Ordenanzas era previsible.* Tales intentos eran vistos como maniobras tendentes a limitar el Fuero militar y, en definitiva, los privilegios y señas de identidad que daban cohesión, disciplina y personalidad a un grupo relativamente cerrado. A pesar de las transformaciones sociales ocurridas en la oficialidad y una mayor permeabilidad hacia las clases más humildes, ello no afectó en absoluto su arraigado sentido del honor estamental y a determinadas prácticas de casta militar.

En el Antiguo Régimen las funciones de mando superior eran un privilegio de la nobleza de modo que el ascenso por méritos y la promoción de las clases medias se limitaba a los mandos intermedios. Tras la casi desaparición del Ejército español consecuencia de la invasión napoleónica, el sistema de ejércitos populares y la guerra de guerrillas promocionaron a la oficialidad a campesinos y plebeyos como Espoz y Mina (campesino) o Espartero (hijo de un humilde carretero). Pero el acceso de las clases humildes a la oficialidad, donde se prolongaban modos de vida aristocráticos, no sirvió para *popularizar* el Ejército. Los nuevos oficiales se afanaban en parecer y ser caballeros escondiendo "su pobreza tras una pantalla de prácticas aristocráticas" [52] con las que además se trataba de acentuar la *solidaridad militar*: vestuario específico, modo de vida propio, fuerte jerarquización,

---

[52] Gabriel Cardona: *El poder militar en la España contemporánea hasta la guerra civil*, Madrid, 1983, p. 5. Sobre el ejército en la época constitucional vid. también F. Fernández Bastarreche: *El Ejército español en el siglo XIX*, Madrid, 1978; Julio Busquets: *El militar de carrera en España*, Barcelona, 1967; J.L. Herrero: *El Ejército español del siglo XIX*, Madrid, 1975; Miguel Alonso Baquer: *El ejército en la sociedad española*, Madrid, 1971; E. Christiansen: *Los orígenes del poder militar en España. 1800-1854*, Madrid, 1973, especialmente p. 11 y ss., sobre la pervivencia de la mentalidad estamental en el ejército. Juan Sisinio Pérez Garzón: *Milicia Nacional y Revolución burguesa. El prototipo madrileño. 1808-1874*, Madrid, 1978; P. Casado Burbano: *Las Fuerzas Armadas en el inicio del constitucionalismo español*, Madrid, 1982. Abundante bibliografía desde el punto de vista de la sociología europea en la selección de monografías compiladas por Rafael Bañón y José Antonio Olmeda: *La institución militar en el Estado contemporáneo*, Madrid, 1985. Interesante conjunto de trabajos también en los tres primeros volúmenes de la *Historia Social de las Fuerzas Armadas Españolas*, Madrid, 1986-1989. Para el período que estudiamos vid. asimismo Carlos Seco Serrano: *Militarismo y civilismo en la España Contemporánea*, Madrid, 1984, pp. 23-217; José Cepeda Gómez: *El Ejército en la Política española (1787-1843)*, Madrid, 1990; Rafael Núñez Florencio: *Militarismo y antimilitarismo en España (1888-1906)*, Madrid, 1990, pp. 65-88.

de la jurisdicción militar. En efecto, todos los textos constitucionales del siglo XIX abogaban por la unificación de fueros y jurisdicciones: "El Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes".

Otro precepto señalaba la unidad jurisdiccional en estos términos: "En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas". En otro lugar se insistía en que "unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía y en ellos no se establecerán más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales"; artículos 248 y 258 de la Constitución de 1812, artículos 63 y 64 de la Constitución de 1837, artículos 66 y 67 de la Constitución de 1845, artículo 91 de la Constitución de 1869 y artículo 75 de la de 1876.

Todo parecía presagiar la paulatina desaparición del fuero militar. La Constitución de 1812 fue la única que consignaba la excepción del fuero militar en su artículo 258: "los militares gozarán también de fuero particular en los términos que previniere la Ordenanza o en adelante previniere"[54]. No obstante la circunstancia de que los demás textos constitucionales no enuncien expresamente tal excepción no parece que fue en demérito del fuero militar sino más bien por considerarlo una obviedad.

La relación entre moderantismo político e inmovilismo militar explica el que precisamente las dos únicas normas limitativas del fuero militar hayan sido sancionadas en épocas "progresistas".

La primera es la Ley constitutiva del Ejército de 9-6-1821 (y su epígono; la Ley orgánica de la Armada de 27-12-1821) que al desarrollar el ámbito de aplicación del fuero militar excluyen las causas civiles de los militares (artículo 119: "queda abolido el fuero militar en todas las causas civiles"), así como las criminales que no se refieran a delitos militares (artículo 121: "se reduce, por consiguiente, el fuero militar a las causas criminales que versen sobre delitos militares"). Dicho de otro modo, la jurisdicción militar quedaba reducida a la materia penal.

La segunda disposición, el Decreto de unificación de fueros de 6-12-1868[55], a pesar de su tajante denominación no suprimió la jurisdicción militar sino las de Hacienda y Comercio, pero redujo notablemente los fueros de la Iglesia, el Ejército y la Marina. La limitación del fuero militar contenida en la exposición de motivos

---

[54] Argüelles justificaba tal medida con el manido argumento de que era "indispensable dejar a los militares aquella parte del fuero particular que sea necesaria para conservar la disciplina y subordinación de las tropas en el Ejército y la Armada", *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, ed. de Sánchez Agesta, Madrid, 1989, p. 100. Vid. Nicolás González Deleito: "La evolución histórica de la Jurisdicción penal militar en España", en *Revista Española de Derecho Militar*, julio-diciembre, 1979, nº 38.

[55] Comentarios al mismo en J. Felipe Higuera Guimerá: *Curso de Derecho Penal Militar Español*, vol. I, Barcelona, 1990, pp. 80 y ss.

al citado decreto se justificaba en que "la sociedad requiere medios más activos y severos para reprimir los excesos que, perpetrados por militares, tienen mayor gravedad cuanto más libre sea la constitución política". Con ello se pretendía que las Ordenanzas Militares se aplicasen únicamente a los militares *en activo*, pero no sólo en materias penales sino también en aquellas comunes expresamente contempladas en el decreto: "quedarán sujetos en los negocios comunes, civiles y criminales a la jurisdicción ordinaria; y la militar sólo será competente para conocer de los delitos meramente militares, y de los comunes y faltas que se expresan cuando sean cometidos por individuos del Ejército y la Marina que se hallen en activo servicio". A partir de este momento las Ordenanzas Militares de Carlos III quedaban parcialmente derogadas y se imponía una reforma legislativa en profundidad. Al decreto de unificación de fueros siguieron la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que deslindaba las competencias entre la jurisdicción civil y la militar, la reforma constitucional de 1876, la Ley constitutiva del Ejército de 1877 y otras disposiciones que desfasaban cada vez más la legislación penal militar.

¿Qué interés tenía el legislador en retrasar la codificación del derecho penal militar? Núñez Arenas, miembro de la Junta Consultiva de Guerra (encargada de elaborar un proyecto de legislación penal militar) y a la vez vocal de la Comisión General de Codificación, había planteado varias veces en dicha Comisión, con ocasión de discutir en 1855 unas reformas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la necesidad de respetar el fuero militar: "al agitarse en la Comisión de Códigos cuestiones del Ejército, hube de enmudecer por falta de autorización (del Gobierno) para emitir una opinión cualquiera". Y proseguía: "Ahora va a trabajar la Comisión de Códigos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y surgirá para mí otro nuevo conflicto si, como es de temer, pretenden sujetar a los Tribunales ordinarios los delitos comunes de los militares. Además, el castigo de los reos de alta traición, los deberes de los Senadores y Diputados para con la Ordenanza y la Constitución del Estado, los casos de desafuero, los delitos mixtos, la complicidad de los militares y paisanos, la ley de Orden público, la responsabilidad de los Generales en Jefes y otras cuestiones que la reforma necesita abarcar, ni son para esquivarlas, ni para ser resueltas por la Jurisdicción militar, ni sólo por la civil"[56]. La táctica denunciada por el vocal Núñez Arenas dio resultado en tanto en cuanto el legislador iba ensanchando la jurisdicción civil anticipándose a las reticencias de una clase militar embriagada por el prestigioso halo de las Ordenanzas Militares de Carlos III e incapaz de acometer una reforma profunda de las mismas. Esta estrategia también era denunciada por el general Salamanca y Negrete en 1878

[56] I. Núñez Arenas: *Bases y motivos...*, cit., pp. 3 y 4.

al criticar la paralización de toda reforma que impidiera la aplicación de las Ordenanzas en los delitos de orden público[57]. Como también denunciaba los peregrinos intentos de los Ministros de Gracia y Justicia, Guerra y Hacienda de bloquear la reforma de las Ordenanzas con el argumento de que, como fueron sancionadas por Carlos III, sólo al rey cabía modificarlas[58]. Se ha señalado[59] cómo las crecientes "invasiones" de la jurisdicción civil en la militar fueron un estímulo definitivo para que el Ministerio de la Guerra se decidiera a apoyar sin reservas la codificación militar.

4º *La abusiva remisión de los delitos políticos a la jurisdicción militar*, constante histórica durante la mayor parte del siglo XIX, fue otro factor que retrasó la codificación del derecho penal militar. Efectivamente, el conocimiento de los delitos contra el Orden público (entre las que se encontraban actividades políticas consideradas ilegales como las de reunión o asociación, opinión, imprenta, etc.) por las autoridades militares suponía un control, por no decir supresión, de toda oposición política al Gobierno de turno. La jurisdicción militar era más expedita, disciplinada y las penas mucho más severas que las comunes.

La Ley aplicable era la de 17-4-1821 sancionada, paradójicamente, durante el trienio liberal con el pretexto de reprimir partidas ultrarrealistas aunque se aplicó a toda oposición política. Facultaba a las autoridades civiles o militares a decretar la ley marcial y remitir los delitos políticos a los tribunales militares. La década absolutista endureció este sistema mediante la creación de Comisiones Militares provinciales. El sistema político surgido tras la Constitución de 1837 restableció la ley represora del trienio liberal que continuó durante la década moderada. En última instancia, la Ley de 1821 suponía: a)la represión de las libertades de reunión y opinión; b) la utilización del Ejército como policia interior, y c) la remisión de los delitos políticos a la jurisdicción militar. En suma, la eliminación de toda oposición política[60].

Ejemplo de esta concepción del orden público fueron los conflictos que acompañaron el nacimiento de la Guardia Civil. Creada por Decreto de 28-3-1844

---

[57] Criticaba los conflictos de jurisdicción ocasionados por la interferencia del fuero militar en la vida civil: "Si hubiérais emprendido el camino que nos condujera a ensanchar la legislación militar como habéis ensanchado la ley de procedimiento penal ordinario; si así como habéis dado el derecho de casación en lo civil hubiérais concedido en lo militar una apelación ante el Consejo Supremo o en otra parte, entonces podríais decir que habíais mejorado la legislación militar" (D.S.C. de 2-4-1878, nº 34, p. 756).

[58] Protestaba en las Cortes de que "eso no se ha dicho más que en tiempos del absolutismo... el rey es jefe del ejército, pero no puede legislar" (D.S.C. de 2-4-1878, nº 34, p. 758).

[59] F. Muga López: "Antecedentes...", cit., p. 46.

[60] El tema ha sido minuciosamente desarrollado por Manuel Ballbé: *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1985.

"para evitar la intervención frecuente del Ejército... en el orden político" (Exp. de motivos) y dependiente del Ministerio de Gobernación, no del de la Guerra, se constituía en una verdadera policía civil. Sin embargo, este éxito del sector puritano o administrativista del Gobierno (de Javier de Burgos como Ministro bajo la presidencia de González Bravo) se esfumó con la llegada de Narváez y un "contradecreto" de 13-5-1844 y el Reglamento del Cuerpo de 9 y 15-10-1844 que le hacía depender también del Ministerio de la Guerra. Se establecía además que el Cuerpo se regiría por las Ordenanzas militares, es decir, que toda oposición verbal o física a un miembro de la Guardia Civil sería competencia de los tribunales militares.

El Código Penal de 1848 y la reforma de 1850 apoyaron este régimen de cosas dado que a tenor del artículo 7º "no están sujetos a las disposiciones de este Código los delitos militares". La Ley de 1821 siguió vigente hasta la promulgación de la primera Ley de Orden Público de 20-3-1867 que remitía igualmente el conocimiento de los delitos políticos a la jurisdicción militar (art. 7º). Pero había una novedad; los tribunales militares no podían imponer a los reos civiles otras penas que las contenidas en el Código Penal de 1850. La Ley de Orden Público de 23-4-1870, fruto del sexenio revolucionario, también contenía otra novedad; los delitos de alteración del Orden Público cometidos por civiles una vez decretado el estado de excepción (estado de guerra) serían conocidos por la jurisdicción común excepto si fueran sorprendidos portando armas, en cuyo caso correspondería a los tribunales militares[61].

En definitiva, la codificación del derecho penal militar estuvo detenida mientras el Gobierno de turno pudo remitir las causas criminales por alteración del Orden Público a la jurisdicción militar cuya sumariedad en el proceso y severidad en las penas proporcionaba mayores ventajas que la jurisdicción civil. Esta situación se mantuvo durante los primeros años de la Restauración borbónica, en la denominada "dictadura" de Cánovas y aún después. Salamanca y Negrete censuraba que el mantenimiento y aplicación de las Ordenanzas militares se relajara sólo "en beneficio sólo de los amigos, pero sí se cumple para los enemigos políticos"[62]. Linares Rivas protagonizó en las Cortes otro fundado ataque contra la perversa utilización que estaba haciendo el gobierno de la jurisdicción militar para aplicarla a los delitos

---

[61] Vid. Alicia Fiestas Loza: *Los delitos políticos (1808-1936)*, Salamanca, 1977, p. 227.

[62] D.S.C. de 2-4-1878, nº 34, p. 761. Todo ello -decía el diputado y general- so pretexto de garantizar la "Constitución interna" de España "que por lo visto no tiene más que un artículo que dice: D. Antonio Cánovas hará lo que le de la gana", y prosigue: "yo creí que la Constitución interna era una Constitución que quería significar que se componía de artículos invariables en todas las constituciones... Pues señores, me he encontrado con que no quería decir más que lo que he dicho antes: D. Antonio I por la gracia de Dios; se acabó la Constitución" (D.S.C. de 2-4-1878, nº 34, p. 758).

políticos. Criticaba la Circular de 7-10-1878 remitida por el Ministerio de la Guerra a las autoridades militares y otra parecida Circular, fechada dos días después, del Ministerio de Gracia y Justicia dirigida a los fiscales[63].

En cualquier caso, lo cierto es que los últimos pasos encaminados a la aprobación del Código Penal militar coincidieron con ciertas medidas legislativas que habían restringido considerablemente la aplicación de las Ordenanzas militares a los delitos políticos, bien sea limitando los supuestos de aplicación de la jurisdicción militar, bien sea estableciendo penas comunes para los civiles encausados en tribunales militares por causas de alteración del orden público.

[63] Decía Linares Rivas: "¿Sabe el Sr. Ministro de Gracia y Justicia lo que han hecho llevando todos los casos de resistencia, de insulto, de agresión a la Guardia Civil a ser sometidos a la jurisdicción militar? ¿Sabe S.S. cual va a ser la suerte del infeliz a quien arrebatan lo último que tiene en su casa para pagar la contribución, y exhala una queja contra la Guardia Civil que va a apremiarlo? ¿Sabe lo que sucederá si se le somete a un consejo de guerra y es juzgado por seis o siete capitanes muy ilustrados, pero que al fin son personas que no entienden de derecho? ¿Sabe S.S. lo que es el someter a un consejo de guerra a aquel que no haya obedecido una intimación hecha por la Guardia Civil para que vaya a declarar a un Juzgado?" (D.S.C. de 30-11-1878, nº 138, p. 3813).