

ANTECEDENTES DEL CODIGO PENAL MILITAR DE 1884

(NOTAS PARA LA HISTORIA DE LA CODIFICACION
DEL DERECHO PENAL MILITAR)

por Faustino MUGA LOPEZ

Teniente Coronel Auditor

SUMARIO: Introducción.—I. La legislación Penal Militar al terminar el siglo XVIII: A) Variedad legislativa. -- B) Diversidad de Fueros.—C) Rigor de la legislación penal.—II. Fuerzas que impulsaron la Codificación: A) Las nuevas ideas penales. B) Los principios codificadores.—C) La codificación del Derecho Penal Común. -- D) La unificación de Fueros.—III. Criterios de Codificación del Derecho Penal Militar: La reforma total o parcial de las Ordenanzas.

INTRODUCCION

En el extenso e interesante campo de estudio que se ofrece a la consideración de los colaboradores de esta REVISTA, hay una parcela por nadie trabajada en nuestros tiempos y que bien merece alguna atención.

Me refiero a la Historia de la Codificación del Derecho Penal Militar, es decir, al proceso histórico en el que se fué elaborando nuestro actual ordenamiento penal.

Todo ese período, largo y convulsivo, que se extiende desde 1768, en que se publicaron las Reales Ordenanzas, hasta 1884, fe-

cha de nuestro primer Código Penal Militar, carece de trabajos que nos den, siquiera en brevisimo índice, noticia de cuáles fueron las vicisitudes, la gestación, no poco laboriosa, por cierto, del Código Penal Militar.

Contrasta con esta ausencia de estudios la numerosa bibliografía que ha trabajado la Historia de la Codificación del Derecho Penal Común, evidenciando, por sí sola, lo interesante de la materia.

Pero no es simplemente el deseo de aportar algún trabajo para dotar a nuestro Derecho Penal, a imitación del Común, de su pequeña historia, el que me ha movido a dedicarle este artículo.

Creo que la materia puede tener un auténtico interés científico-práctico al poner de relieve toda una vida de realidades, necesidades y remedios que nos ofrece el panorama de problemas igual a los que hoy preocupan a cuantos aplican la legislación penal militar.

Y también, ¿por qué no traer al recuerdo de nuestra vida corporativa los nombres y los trabajos de quienes, como nosotros, sirvieron lealmente los intereses de la justicia militar?

De propósito he limitado este estudio al periodo histórico comprendido entre las fechas 1768-1884.

Esto no quiere decir que antes o después no hubiese nada de interés.

Por el contrario, el estudio de las Ordenanzas anteriores a las de Carlos III y estas mismas están esperando la pluma paciente y laboriosa que las ofrezca a nuestra consideración.

Es evidente, sin embargo, que en esos ciento dieciséis años en que me he fijado se produce la más definitiva transformación del Derecho Penal Militar, que se tradujo en la publicación de un Código separado e independiente de otros ordenamientos militares y adaptado a la moderna técnica penal.

Después, aparte de la urgencia de acotar el tema, la historia es más reciente, ya que no menos interesante, y está, en muchos aspectos, en la memoria de todos.

Bueno será advertir que muchas de las afirmaciones o de las sugerencias de este trabajo las considero revisables.

Si en los estudios históricos son difíciles y aventuradas las afirmaciones concluyentes, esta verdad es auténticamente aplicable a cuanto digamos que no está sino comenzado y que exigirá.

más adelante, la compulsa de textos y documentos que, poco a poco, van apareciendo y el estudio más minucioso de la historia político-militar de ese gran período, tan íntimamente unido a la vida de nuestras leyes penales militares.

I

LA LEGISLACION PENAL MILITAR AL TERMINAR EL SIGLO XVIII

En 1768 toda la legislación penal militar se condensó en el Tratado VIII de las Reales Ordenanzas de Carlos III (1).

Cuando intentamos investigar sobre el camino seguido por nuestra codificación, forzoso es concluir que las Ordenanzas fueron, en sí mismas, un logro codificador.

A esta conclusión se llega observando que ellas fueron la culminación de un proceso histórico-legislativo que se inicia con las varias Ordenanzas del Duque de Alba de 1555, 1567 y 1581, llamadas de Flandes; las de Nápoles de 1586, continuadas por las de 1632 sobre la disciplina militar, de 1 de mayo de 1685 para los Tercios de Infantería de Flandes, 18 de diciembre de 1701; la Ordenanza General de 10 de abril de 1702, 28 de septiembre de 1804, 30 de diciembre de 1706, 12 de julio de 1728, y las de 1762.

Culminar tan varias disposiciones ya es un proceso codificador, pero es que, además, las Ordenanzas, en sí mismas, son legislación codificada, reuniendo y ordenando, con un sistema más o menos perfecto, los antecedentes legislativos en la época de su publicación (2).

(1) La Orden de 24 de enero de 1768, que la puso en vigor, usa de la misma sobriedad característica de las Ordenanzas. Decía así: "La observancia de la nueva Ordenanza empezará mañana miércoles, 25 del corriente."—*El Conde de Aranda*.

(2) Sobre la exacta identificación del autor de las Ordenanzas, ver: General BERMÚDEZ DE CASTRO: "Un suceso inesperado de las Reales Ordenanzas", *Revista Ejército*, diciembre 1950, pág. 131. Antonio CORONEL VELÁZQUEZ: "Nuevas noticias sobre las Ordenanzas de Carlos III" y "Nuevos

Especialmente nos interesa el Tratado VIII, "De las materias de Justicia", mezcla de disposiciones penales y de procedimiento alrededor del cual se luchó, durante casi un siglo, para saber si había de ser él sólo reformado o había de seguir la suerte del total contexto de las famosas Ordenanzas llamadas de Carlos III.

A esta conclusión inicial no creemos que pueda oponerse el hecho de que, fuera de este cuerpo legal militar, viviesen, con el transcurso del tiempo, otras disposiciones impuestas por la necesidad y fruto de posteriores actividades legislativas que no impiden considerar que las Ordenanzas reunieron, con un orden, las principales normas que regulaban la materia penal militar.

Notas características de la legislación penal de aquellos tiempos, nos referimos al periodo que siguió a las Ordenanzas, fueron la variedad legislativa, la diversidad de fueros y un riguroso criterio penal, a las que brevemente haremos referencia.

A) VARIEDAD LEGISLATIVA

Si atendemos a las lamentaciones de los escritores de la época, creeríamos en una situación legislativa peor de la que ofrecía la realidad.

"Son tantas las disposiciones especiales y de Gobierno que vayan por el caos militar y de tanta contradicción y heterogeneidad, que no es posible armonizarlas", nos decía don FRANCISCO FELIÚ DE LA PEÑA en 1850 (3).

"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. Enclavada en la organización del Reino y huyendo, como vergonzosa, de defender los títulos y límites de su legitimidad cuando el Reino altera sus leyes, la sujeta, la hiere o la confunde", expresa, con retórica muy propia de la

datos sobre las Reales Ordenanzas. El tratado V"; los dos en *Revista Ejército*, mayo 1950, pág. 45, y febrero 1952, pág. 145, respectivamente, con observaciones de notorio interés. También Joaquín MARTÍNEZ FRIERA: "Sobre las Ordenanzas de Carlos III. Noticias de D. Joseph Antonio Portugués", *Revista Ejército*, octubre 1951, pág. 3.

(3) FRANCISCO FELIÚ DE LA PEÑA: *Fundamentos de un nuevo Código militar*, Barcelona, 1850.

época, don ISAAC NÚÑEZ DE ARENAS en la Exposición que el 7 de noviembre de 1855 hacía a la Reina solicitando se mandase publicar su Memoria y Bases del Tratado de Justicia de las Ordenanzas, obra de la que nos ocuparemos (4), y esta manifestación de complejidad legislativa que se repite monótonamente en todos los escritores y proyectistas del Código Militar Penal, llega a reflejarse en las propias Exposiciones de los proyectos oficiales al ser presentados al Senado el 16 de mayo de 1876 por el entonces Ministro de la Guerra, Teniente General don Francisco Ceballos.

“Lo más importante, dice el Ministro, lo que exige preferente atención, es la justicia, porque si ésta no se administra pronta y rectamente, no es posible la subordinación ni la disciplina y buen espíritu de las tropas.”

“Las disposiciones referentes a tan vasta materia han de consultarse independientemente por los fiscales, defensores y vocales de los Consejos de Guerra, Auditores, Jefes, Autoridades y Tribunales a quienes incumbe su observancia. Pero como precisamente la dificultad de conocer y aplicar las disposiciones penales de las Ordenanzas, esparcidas en casi todos los tratados y títulos y unidas en un mismo artículo las de carácter penal con otras de competencia o de procedimiento de los Tribunales, ha ido sucesivamente en aumento 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 diferentes circunstancias y con distinto criterio sin que se haya legislado de una manera general estableciéndose doctrina homogénea” (5).

Si estos históricos testimonios son sinceros, sin excluir nuestra inveterada tendencia a considerar malo todo lo presente, habría que concluir en la urgente necesidad de una reforma de la legislación penal militar que pusiese orden y método en donde todo se antoja confusión.

La misma compilación de don MIGUEL SICHAR, a quien constantemente habremos de referirnos, que comprende disposiciones des-

(4) ISAAC NÚÑEZ DE ARENAS: *Bases y motivos en que funda la reforma del tratado de justicia para la nueva Ordenanza militar*, Madrid, 1856, Introducción VIII.

(5) *Diario de sesiones del Senado*, Legislatura de 1876. Apéndice al número 36.

de el 28 de agosto de 1727 al 7 de febrero de 1863, en apretado texto, y las Colecciones legislativas que le precedieron están indicando que no eran, precisamente, el orden y método arreglado la característica del Derecho Penal Militar.

Sin embargo, al estudiar este período legislativo no es su variedad, mal de todos los tiempos, el principal reparo que pudiera honradamente oponérsele.

Franqueado más o menos confusamente por disposiciones particulares, el Ejército disponía, desde la publicación de las Ordenanzas de 1767, de un Cuerpo de doctrina penal, si se quiere con la dureza propia de aquellos años, lo suficientemente homogéneo y con una fortaleza que resistió los mayores embates, de tal forma que todo el problema de la codificación penal militar se planteó, durante todo el siglo XIX, no como creación de un Código nuevo, sino como reforma total o parcial de las Ordenanzas de Carlos III, manifestación que se extiende desde la propia Constitución de 1812 hasta el dictamen de la Comisión del Consejo Supremo de Guerra y Marina, que en 28 de julio de 1875 evidenció su preocupación por la subsistencia de las Ordenanzas.

No olvidemos que a principios y durante gran parte del siglo XIX los estudios del Derecho no disponían de las publicaciones legislativas ni de los métodos que hoy facilitan el manejo de una legislación no menos profusa, y ello justifica la lamentación tan abundantemente repetida.

B) DIVERSIDAD DE FUEROS

La diversidad legislativa, si bien de enfadoso trato para los que practicaban el Derecho Militar no hubiese sido el mayor mal, si no hubiese estado complicada en grado extraordinario con otro de más importancia: la notable extensión del Fuero Militar y la diversidad de Fueros, y como inmediata consecuencia una desmesurada multiplicación de las cuestiones de competencia de notoria complejidad y virulencia, fuente perenne, de otra parte, de la lamentada diversidad legislativa (6).

(6) En una amplia acepción podrá entenderse también por fuero los privilegios y exenciones de que gozaban los militares. Tales, los de no ser

Anotemos, aun cuando muy ligeramente, la forma en que regía el Fuero Militar.

Comenzaba por dividirse en Militar y Político, gozando del primero todas las personas que servían en el Ejército, Armada o Milicia o los que al retirarse obtenían Cédula de Preeminencia; y del Político los jefes y oficiales de las Secretarías de Guerra y Marina, Intendentes del Ejército, Comisarios, Contadores y Tesoreros con sus respectivos oficiales y dependientes de los Hospitales Militares.

Tenían también Fuero:

Los Dependientes del Supremo Consejo de Guerra y Secretarías de los Capitanes Generales.

Todos los individuos que sirven en el Ejército y retirados.

Los oficiales y soldados del Cuerpo de Artillería, sus mujeres, hijos y criados y los dependientes de Maestranza, Funciones, Fábricas y Almacenes sujetos a la Artillería.

Los Oficiales, Cadetes, Sargentos, Cabos, Tambores y Soldados, Cirujanos, Asesores, Escribanos y Maestros Armeros de los Regimientos provinciales.

Las Milicias Regladas de América.

Las Milicias Urbanas.

Existían también:

El Fuero de Marina.

El de Músicos y Armeros.

El Fuero de Cirujanos.

El de los Dependientes de las Auditorías de Guerra, comprendiendo al Auditor y Asesor de Guerra, Abogado Fiscal, Escribano principal, Procurador o agente de Pobres, Alguacil Mayor y un Escribiente de la Escribanía en todos los Tribunales.

El Fuero de Criados, extensivo a todo criado de Militar "con servidumbre actual y goce de salario", comprendiendo hasta los de "Escalera Abaxo", según la R. O. de 26 de julio de 1767.

obligados a aceptar cargos concejiles, ni alojamiento, repartimientos de carros, bagajes, ni bastimentos; y la de poder traer carabinas y pistolas largas de arzón, como las que se usan en la guerra (art. 3.º del tratado VIII de las Ordenanzas).

El Fuero de Asentistas.

El de los Alcaydes o Castellanos de los Castillos reminiscencia histórica, que daba lugar a la continua reclamación de privilegios y preeminencias concedidas unas veces y denegadas otras (7).

Y no olvidemos el de los Comisarios del Barrio de Cádiz y el de los extranjeros transeúntes (8).

* * *

No es ocasión de detallar, como complemento de esta sucinta relación de diversos títulos de fuero, aquellos que, por el contrario, ocasionaban desafueros, coincidentes, en parte, con las causas hoy vigentes, y fruto, otros, de antiguos privilegios o costumbres interesantes sólo como recuerdo histórico.

Desde el desafío, la resistencia y desacato a la justicia, hasta el amancebamiento “dentro de la Corte” o el uso de capotes Xerezanos en la Corte, “que hasta ahora sólo han usado los llamados gitanos, contrabandistas, toreros y carniceros”, como con gráfica y castiza frase expresaba el Conde de Floridablanca al prohibir, por R. O. de 7 de mayo de 1784, los “capotes pardos de paño burdo”, hay una variada gama de motivos que, naturalmente, produjeron la abundancia de cuestiones a las que nos referíamos.

Añadamos la existencia, dentro del propio Ejército, de aquellas Jurisdicciones especiales de Artillería, de Ingenieros, de los Cuerpos de la Casa Real, etc., y encontraremos justificado que la cuestión más debatida y estudiada, porque era la que más preocupaba, al pretender edificar el Derecho Militar, fuese la de la extensión que debía darse al fuero.

Sobre la extensión del Fuero, casi exclusivamente, escribió don ISAAC NÚÑEZ DE ARENAS la obra que hemos citado; objeto único

(7) En 30 de julio de 1728 se denegó el fuero reclamado por don Juan González, Gobernador de Pamplona, en causa de la que entendía el Alcalde de Estella contra el Gobernador del Puerto de Zubiri; por el contrario, en 15 de septiembre de 1732 se resolvió que los Tenientes de alcalde, soldados, artilleros y ayudantes que se ocupan del Castillo de Tarifa debían gozar de fuero y preeminencias militares, según cita de COLÓN DE LARREA-TEGUI, pág. 145, de su obra *Juzgados Militares de España y sus Indias*, Madrid, 1788, tomo I.

(8) Pragmática de Felipe V de 16 de enero de 1716.

fué también esta materia para don RAMÓN DÍAZ VELA (9), sin olvidar que todos los autores de los Proyectos a que nos referimos abordaron extensamente la cuestión y aun fué objeto en 1789 de un Proyecto de Ley presentado a las Cortes por el General de la Restauración don ARSENIO MARTÍNEZ CAMPOS —inédito, manuscrito, en el Archivo General Militar de Segovia (10)—.

Dos causas, a nuestro juicio, originaban el cuantioso número de menudas, complicadas y, a veces, atrabiliarias competencias: la abundancia de personas con derecho a fuero y la misma mentalidad de la época, excesivamente celosa en la defensa de privilegios, unos importantes y otros minúsculos, en los que se cifraba el propio honor (11).

No olvidemos que estas enojosas cuestiones procesales eran manifestaciones de una estructura política y social fruto de un largo proceso histórico en trance de renovación a principios del siglo XIX.

El Estado no tenía la fuerza ni la unidad política, consecuencia la una de la otra, del Estado actual.

Numerosos y poderosos grupos sociales que colaboraron, de manera decisiva, en la unificación territorial de España, primero, y en su extensión por el mundo, después, por fuerza habían de

(9) *Informe sobre el Fuero Militar en lo civil*, Madrid, 1885.

(10) JOSÉ ALMIRANTE: *Diccionario Militar*, Madrid, Imprenta y Litografía del Depósito de la Guerra, 1869, pág. 280. Al definir la voz competencia dice: "Los Cuerpos de preferencia, los grados sin definir, los privilegios abusivos, son la fuente de interminables competencias. En ellas puede decirse que se pasó, militarmente hablando, todo el siglo XVIII y parte del XVII."

(11) Numerosísimas eran las cuestiones que llegaron a reflejarse en Reales Ordenes:

En 2 de diciembre de 1828 se resuelve que el permiso de los militares para cazar con escopeta o con arcabuz comprenda la de verificarlo con galgos y demás clases de perros.

En 1.º de febrero de 1867, cuestionando el Capitán General y el Gobernador de Granada, se decidió que el Capitán retirado don Pedro de Linares podía asistir a las sesiones del Ayuntamiento de Menjíbar, del que era concejal, con uniforme y espada, pero no con bastón, a lo que se oponía el Alcalde del Municipio.

Ver, a este respecto, la obra de JOSÉ MUÑIZ Y TERRONES: *Ordenanzas de S. M.*, tomo 2.º, Madrid, R. Velasco, 1880, págs. 288 y 289.

tener prerrogativas y excepcionales privilegios que, naturalmente, como toda conquista, defendían con tesón.

Uno de estos privilegios, o, al menos considerado como privilegio, era el fuero y la diferencia de trato ante la Ley (12).

A fines del siglo XVIII y principios del XIX, como si esos grupos sociales intuyesen la rápida desaparición de su situación excepcional, al igual que en las grandes crisis que preceden a la muerte, se exhibían y hacían valer, con minuciosa insistencia, esos privilegios manifestados prácticamente en las cuestiones de competencia que impedían el normal ejercicio de la Justicia.

Amargamente reflejaba esta realidad el más completo tratadista de Derecho Militar de aquellos tiempos.

“Esta voz *Competencia* se ignoraría en los Tribunales si cada uno se contuviera dentro de los precisos límites que el Soberano le ha señalado, observando cuidadosamente cuantas órdenes y Decretos hay publicados para el ejercicio de su respectiva Jurisdicción; pero, por desgracia, hemos visto lo contrario, llevando algunos tan adelante el tesón en querer ensanchar sus fueros que no reparan muchas veces en causar al Trono con reclamaciones inoportunas, haciendo consistir el honor de los más Supremos Tribunales, empleos y personas en ganar o perder la competencia en cuestión, truncando para conseguirlo el verdadero sentido de las Ordenanzas y Leyes y desatendiéndose de toda resolución que no coincida con sus deseos, ofendiéndose en estas disputas a la Majestad misma, de quien dimanar todas las Jurisdicciones y entre quienes ha repartido su poder y autoridad suprema para que de todos sean generalmente obedecidas y respetadas.

Causa el mayor dolor ver que las personas destinadas por sus empleos a hacer observar las Leyes y las Ordenanzas detengan el curso de la Justicia y dejen sin el condigno castigo los delitos por disputar quién ha de ser el que ha de castigarlos, cediendo siempre tales detenciones en perjuicio de los miserables reos, que suelen ser las víctimas de estas contiendas, llegando a perecer en las cárceles, sin tener siquiera el consuelo de saber quién es su legítimo Juez, de lo que no faltan ejemplares.

(12) Curiosa, como ejemplo, es la diferencia de trato penal que establece la Cédula de 9 de abril de 1701 “a los que muelen o fabrican tabaco, según sean nobles o hidalgos, hombres buenos u hombres llanos, humildes y de baxa suerte y oficio mecánico y servil” (Colón: *Juzgados Militares*, cit., pág. 120).

Si estas competencias se suscitaban por eximirse cada uno de castigar los delitos, para que se ejecutase por la otra Jurisdicción tendría en algún modo disculpa este proceder por los sentimientos de humanidad y compasión, que de tal modo rodean el corazón de los Jueces al firmar la sentencia de un conciudadano, que los más desearían en este momento fuese otro el brazo vengador de la Justicia, ya que por la prosperidad de la República ha de haber precisamente quien decrete el castigo de los delitos; pero promoverse por querer cada uno ser el preferido para juzgar y sentenciar no sólo los reos de su Jurisdicción, sino los de las ajenas, introduciéndose intrusamente en sus fueros, es una especie de atentado que prueba bien el calor y tesón con que se toman estos empeños.

El mal es ya tan universal que pide pronto remedio para contener la cavilosidad de los que promueven semejantes contiendas; y mientras no se castigue a éstos con toda la severidad de la Ley, no se extinguirán las competencias y encuentros de Jurisdicciones, porque para ellos no hay Ley, Ordenanza ni Decreto que no puedan interpretarse siguiéndolas sólo cuando acomoda al intento y despreciándolas cuando no favorece sus ideas; faltando a la buena fe que en todo debe reinar y a la confianza que el Soberano deposita en sus empleos" (13).

Este estado de cosas se reflejó brillantemente en la Exposición de Motivos que precedió a la Constitución de 1812, en la que, con sencilla precisión, se señalaba el mal y se apuntaba el remedio.

"La Comisión —decía— no necesita defenderse a demostrar que una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados introducido para ruina de la libertad civil y oprobio de nuestra antigua y sabia Constitución.

El conflicto de autoridades que llegó a establecerse en España en el último reinado, de tal modo había anulado el imperio de las leyes que casi parecía un sistema planteado para asegurar la impunidad de los delitos. Tal vez el estudio entero de la jurisprudencia y el artificioso método del foro no ofrecían a los jueces y oficiales de la Justicia tantas dificultades como el solo punto de las competencias. ¿Qué subterfugios, qué dilaciones, qué inge-

(13) Colón: *Juzgados Militares*, cit., pág. 183.

niosas arbitrariedades no presentan los fueros particulares a los litigantes, a los Jueces lentos o poco delicados, a los Ministros de justicia que quieren poner a logro el caudal inmenso de su cavilosa sagacidad? La sola nomenclatura y discernimiento de los fueros privilegiados exigen un estudio particular y meditado. La Justicia, Señor, ha de ser efectiva, y para ello su curso ha de estar expedito. Por lo mismo la Comisión reduce a uno solo el fuero o jurisdicción ordinaria en los negocios comunes, civiles y criminales.

Esta gran reforma bastará, por sí sola, a restablecer el respeto debido a las leyes y a los Tribunales, asegurará sobremana la recta administración de justicia y acabará de una vez con la monstruosa institución de diversos estados dentro del mismo Estado, que tanto se opone a la unidad de sistema en la Administración, a la energía del Gobierno, al buen orden y a la tranquilidad de la Monarquía.”

C) RIGOR DE LA LEGISLACIÓN PENAL

Añádase, para reflejar el cuadro legislativo penal militar, la dureza de la penalidad que, si propia de tiempos más rudos o de necesidades nacidas de la forma de reclutarse el Ejército, no estaba justificada al producirse una evolución en las costumbres y un cambio radical en la organización de las fuerzas armadas.

Es imperiosa la urgencia de reformar el Código Penal del Ejército, “de un Ejército no ya compuesto de hombres sentenciados a la carrera de las armas o alistados forzosamente y retenidos por las ideas dominantes de una excesiva rigidez y de frecuentes castigos, sino de un Ejército eminentemente nacional, cuyo principal móvil es el honor y está sacado de la masa de ciudadanos de todas clases y condiciones”, escribía en 1850 el mariscal de campo don MANUEL LLORENTE (14).

La legislación penal militar “se calcó en el Fuero Juzgo”, afirmaba el brigadier don FRANCISCO FELIÚ DE LA PEÑA (15).

(14) *Proyecto de Código Penal Militar*, Madrid, 1850, pág. 1.

(15) *Fundamentos de un nuevo Código militar*, Barcelona, 1850, página 11.

Así se expresaban los escritores de la época, acaso faltos de sentido histórico, al olvidar consignar que la dureza de la legislación penal civil o militar ha de enjuiciarse no con criterio actual, sino viendo y examinando su oportunidad en relación con los tiempos en que fué aplicada.

La legislación penal militar no fué ni más dura ni más exigente que la penal civil, y acaso el único reproche que pueda hacersele es el haber retardado la reforma que estaba presente desde hacía tiempo en el ánimo y en el deseo de todos y que tuvo, antes del Código de 1884, una clara manifestación legislativa en la Ley de 15 de septiembre de 1873 y en el R. D. de 5 de abril de 1875, que atendieron a la finalidad de suavizar la penalidad, definiéndola, en varios casos, a la legislación general, sustituyendo, en otros, la pena de muerte por cadena perpetua y entendiéndose, en todos en los que la ley penal militar señalaba la pena de muerte, pena de muerte o cadena perpetua, con arbitrio judicial amplio para aplicarlas conforme a las circunstancias (16).

Certero es el juicio de NÚÑEZ DE PRADO (17) al considerar que la dureza penal militar no era sino reflejo de la de la época y la penalidad tomada de los Cuerpos legales comunes, no agravándose se la penalidad cuando se trataba de los mismos delitos.

Así, el art. 1.º, título X, tratado VIII de las Ordenanzas, que imponía al reincidente en la blasfemia la pena de horadarle la lengua con hierro candente es más suave que la de la Ley 2.ª, Título V, Libro 12 de la Novísima Recopilación, que además de cortarle la lengua le imponía cien azotes.

El art. 70 del mismo título y tratado de las Ordenanzas imponía la pena de muerte al que roba en casa de Oficial o dependiente del Ejército, y con la misma pena se castiga el robo y aun el hurto en la Corte y a cinco leguas de ella por la Ley 3.ª, título XIV, libro 12 de la Novísima.

(16) Ver Ley de 16 de septiembre de 1873 y Real Decreto de 5 de mayo de 1875 en *Alcubilla*, 3.ª edición, diccionario, tomo VI.

El art. 55, tratado VIII, título V, de las Ordenanzas hace una llamada a la conciencia del juzgador en la imposición de la pena de muerte: "Para fundar el voto a muerte debe de tener presente todo Juez que ha de haber concluyente prueba del delito en el caso de no estar confeso el reo."

(17) JOSÉ NÚÑEZ DE PRADO: *Código Penal Militar*, Madrid, 1885. Introducción, págs. 49 y sigs.

El crimen nefando se pena en las Ordenanzas con la horca y quema del cuerpo, y la Novísima le quemaba vivo.

Y para terminar el paralelo, la pena de baquetas correspondía a la de azotes de los Códigos comunes (18).

¡Exactas comparaciones que evidencian claramente que la legislación militar no era un islote de crueldad y severidad, sino expresión fiel de criterios que ahora nos parecen inadecuados como, acaso, los nuestros lo sean el día de mañana!

II

FUERZAS QUE IMPULSARON LA CODIFICACION

A) LAS NUEVAS IDEAS PENALES

El movimiento del Derecho Penal moderno, que influyó decisivamente en la reforma y suavización de todas las legislaciones, no podía menos de incidir profundamente en la legislación penal militar. No se trataba de reformas exclusivamente aplicables al

(18) Sucesivamente, la legislación penal militar fué suprimiendo penas infamantes sin esperar a la tan anhelada reforma.

Así, la Orden de 20 de febrero de 1812, de la Regencia provisional, al vencedor de Bailén, General Castaños, prohíbe, en el Ejército, el castigo arbitrario de los palos, exigiendo que preceda sentencia del Consejo de Guerra.

La Real Orden de 3 de mayo de 1821 abolió la pena de baquetas, por analogía con la de azotes, que se suprimió por Decreto de 17 de agosto de 1813. Merece la pena transcribir su texto: "Las Cortes generales y extraordinarias, queriendo desterrar de entre los españoles de ambos mundos el castigo o corrección de los azotes, como contrario al pudor, a la decencia y a la dignidad de los que son o nacen, o se educan para ser hombres libres y ciudadanos de la noble y heroica nación española..."

La Real Cédula de 25 de julio de 1814 suprimió el tormento como medio de prueba. De la Exposición, dice esta Real Cédula, resultó que los grillos, el peal o cadena al pie del reo, las esposas a brazos vueltos y, finalmente, la prensa aplicada a los pulgares con extraordinario dolor, eran los únicos apremios que habían usado varios jueces por sí solos.

Derecho Penal Común, sino de ideas más benignas en orden al trato penal de los delincuentes.

Las ideas de BECCARIA y FILANGIERI y los trabajos de HOWARD sobre la política penitenciaria que movieron a reyes y legisladores inclinándoles a decisivas reformas, determinaron también la reforma de la legislación penal del Ejército.

Todos los escritores militares, reflejando el íntimo pensamiento del Ejército, convienen en la necesidad de la reforma, sin exclusivismos ni deseos de supervivencia de unas penas y procedimientos ya superados.

El Almirante Marqués de RUBALCABA, en su Proyecto para la Armada de 1865, insiste en que el orden de la justicia para la Marina debe estar asimilado, en lo posible, al del fuero común, que debe ser la norma de toda ley penal.

La finalidad de la reforma —nos dice D. MANUEL LLORENTE, debe ser poner en armonía la Ordenanza General del Ejército con el Código Penal, adoptando, hasta donde sea posible, su escala de penas afflictivas.

DON DOMINGO DE GRANDALLANA, autor de un Proyecto de reforma de la Ordenanza de la Marina de 1748, se lamenta, en 1802, de que no sirva por su severidad, y el comentarista del *Proyecto Rubalcaba* se ufana, con razón, de que la Ordenanza citada sea más suave que la Ley inglesa, que casi sólo conocía la pena de muerte, y aun que la francesa de 1869.

“Las transgresiones legales del elemento armado pedían una sanción penal más aceptable y progresiva que la establecida hace ciento diecisiete años”, afirma el Teniente General don ANTONIO ROS DE OLANO, ilustre Presidente de la Comisión Codificadora que redactó el Código de 1884 (19).

Sólo una excepción hemos encontrado a este general criterio. NÚÑEZ DE PRADO se pronuncia por un mantenimiento de la antigua severidad de las Ordenanzas: “Nos parece —dice— que los sentimientos filantrópicos de que se hallan animados BECCARIA y FILANGIERI y los criminalistas modernos son de escasa aplicación a los Ejércitos donde la libertad del ciudadano desaparece bajo el pesado yugo de la disciplina...”; pero continúa, como si estu-

(19) *Prólogo a la obra Código Penal de Ejército de Javier de Ugarte*, Madrid, 1885, página VI de la Introducción.

viese arrepentido: "No censuremos el Código que coloca a nuestro Ejército en esta parte al nivel de las primeras naciones de Europa" (20).

B) LOS PRINCIPIOS CODIFICADORES

Principal objetivo de los legisladores de 1812 fué lograr la unidad de jurisdicción a la que tanto y en tan grave medida se oponía la diversidad de fueros y privilegios.

La unidad de fuero y, como consecuencia lógica, la unidad legislativa fué constante preocupación consignada en la Constitución de 1812 y en todas las que le siguieron, fruto de las turbulencias e inestabilidad política del siglo XIX.

Liberales y reaccionarios, moderados o progresistas, todos coincidieron en la necesidad de poner dique a un mal que se había reconocido evidente.

"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" (21).

"En los negocios comunes, civiles y criminales no habrá más que un solo fuero para toda clase de personas" (22).

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.

El principio constitucional se repite constantemente en el artículo 66 de la Constitución de 1845, en la *nonnata* de 1856, en el artículo 91 de la revolucionaria de 1869, en la de la República Federal de 1873, cerrando la relación, con igual claridad, la de 1876: "Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes."

"En ellos no se establecerán más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales" (23).

(20) JOSÉ NÚÑEZ DE PRADO: *Código penal Militar*, cit., págs. 49 y sigs.

(21) Art. 258 de la Constitución de 1812.

(22) Art. 248 de la Constitución de 1812.

(23) Art. 4.º de la Constitución de 1837.

La constancia con que el principio era consignado y la ausencia, casi completa, de excepciones a la generalidad de la afirmación podría hacer creer en la total anulación del fuero militar.

Es curioso consignar que el principio de excepción se establece en la Constitución de 1812 y se calla en todas las siguientes, silencio que, a nuestro juicio, significa tan sólo que el fuero militar se aceptaba de modo tan universal que no necesitaba una especial y reiterada formulación.

Consignemos, por la claridad y profundidad con que está redactado, el párrafo XLII de la Exposición de Motivos del texto constitucional de 1812, en el que se aducen las razones que la Comisión tuvo para mantener el fuero militar.

“Del mismo modo ha creído 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 Armada.

Pero también reconoce que sólo la Ordenanza es capaz de arreglar este punto tan importante, de modo que se conciliara el objeto de la institución militar y el respeto debido a las leyes y a las autoridades. El soldado es un ciudadano armado solamente para la defensa de la Patria, un ciudadano que, suspendiendo la tranquila e inocente ocupación de la vida civil, va a proteger y conservar con las armas, cuando es llamado por la Ley, el orden público en lo interior y hacer respetar a la Nación siempre que los enemigos de afuera intenten invadirla y ofenderla.”

En el texto consignado están reflejadas las preocupaciones de la época a las que no podían ser extraños los redactores de la Comisión.

Se advierte la fuerza con que sienten el principio unificador al considerar la excepción como indispensable, se aducen las razones que siempre, entonces y ahora, justificaran el fuero, se consignan las nuevas ideas en orden al reclutamiento que imponían una suavización de las penas y, lo que es más interesante, reconocen la fuerza y eficacia de la Ordenanza para regular el ejercicio del fuero, iniciando así un camino que había de dar lugar a discusiones y, en parte, a retrasar, como veremos, la codificación del Derecho Penal Militar.

C) LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL COMÚN

Los principios codificadores consignados en la Constitución de 1812 fueron tomando vida efectiva en la relación de los Códigos publicados a partir de 1830.

En ese año se publicó el primer Código de Comercio; en 1848 el Código Penal, reforma del de 1822; en 1855 la Ley Procesal Civil; en 1870 la Orgánica de los Tribunales, y en 1872 la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Única excepción la constituía la no publicación del Código Civil, si creemos a los comentaristas de aquel tiempo, más por pereza que por dificultades técnicas.

“El vicio, nos dicen, está en la organización de la Comisión. ¿Cómo han de ir adelante sus trabajos si el Gobierno no se muestra tan exigente como debiera y los dignos jurisconsultos que tienen a su cargo la codificación, en vez de ocuparse de ella con toda preferencia, la roban lo mejor de su tiempo para otras tareas profesionales o para el desempeño de cargos públicos, de suma importancia tal vez, pero de cuyo ejercicio no creen conveniente ser dispensados?” (24). El mal, como se advierte por la oportuna lamentación, no es sólo de hoy, y a esas razones, válidas por la falta de un Código Civil y a otras que apuntaremos, obedecía también el retraso en la publicación del Código Penal Militar.

Forzoso es confesar que nuestra Codificación formal, con las reformas de fondo que ella llevaba consigo, se retrasó más de lo preciso, y la legislación penal militar era una excepción, no muy aleccionadora, en el conjunto legislativo de España.

Por fuerza la promulgación de tanto ordenamiento civil y penal común había de influir y presionar en el ánimo de los que tenían la responsabilidad del encargo y de tanta discusión y lentitud que, o no tomaba en cuenta, o hacía fracasar los Proyectos que con tanta buena voluntad como ineficacia se iban publicando. No podía, por otra parte, ordenarse la legislación civil sin tocar muy de cerca la militar por natural correspondencia y comunidad de intereses.

(24) ALCUBILLA, 3.ª edición, Diccionario, Código civil.

Por eso los proyectistas particulares que con tanto tesón batallaban para la publicación de un Código Militar esgrimían, como argumento contundente, el ejemplo de la Codificación civil y la necesidad de legislar conjuntamente para evitar la invasión recíproca en los respectivos campos.

“Señora, lo que llevamos de siglo hace que se está reconociendo y proclamando hasta por el mismo Gobierno que urge la reforma de la Ordenanza; por lo tanto, excuso encarecer lo que habrá crecido esa urgencia después del establecimiento del sistema representativo del Código Penal nuevo, de la Ley de Enjuiciamiento civil y al hacerse la criminal que se publicará en breve” (25).

Se refiere después a las posibles sustracciones de competencia: “La ley civil le quita los intereses comunes y la de Enjuiciamiento criminal acaso le quite los delitos civiles por un silencio y una inacción de que no puedo consentir en hacerme también culpable, Señora.”

La cuestión, como se ve, era grave y tenía repercusiones en el seno de las Comisiones de Códigos.

El mismo NÚÑEZ ARENAS, que a la vez era Vocal de la Comisión de Códigos y de la Junta Consultiva de Guerra, y advertía, por su especial posición, la hondura del mal, pone al descubierto la indiferencia con que, en los medios oficiales, se veía el urgente problema de la Codificación. Se refiere a la labor de la Junta Consultiva y nos dice: “Ocupada la Junta en otros asuntos graves y de mayor urgencia, aún no ha podido fijar su atención en éste, no tan urgente, a la verdad, pero de tanta importancia como el que más para el Ejército, porque alterando el Estado sus leyes políticas y civiles y viviendo el Ejército dentro del Estado sujeto a ellas en gran parte, con variarlas sin su consentimiento e intervención se puede afectar a sus necesidades, derechos o medios de subordinación. Cuando S. M. se dignó nombrarme Vocal de la Comisión de Códigos tuve el honor de oficiar a la Junta manifestándole que en la revisión del penal, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la de lo Criminal y en la Orgánica de los Tribunales que se nos encargaban, seguramente habríamos de tocar intereses y dere-

(25) Exposición de D. ISAAC NÚÑEZ ARENAS a la Reina en 7 de noviembre de 1855, *Bases y Motivos*, pág. 1.

chos del Ejército; y que, por tanto, necesitaba yo conocer las opiniones del Gobierno, o, al menos, de la Junta, para exponerlas y sustentirlas. Pero no vi logrados mis deseos, y al agitarse en la Comisión de Códigos cuestiones del Ejército, hube de enmudecer por falta de autorización para emitir una opinión cualquiera. Otro podría haber defendido la legalidad existente; mas no yo, que la desapruébo y que estoy encargado de su reforma. Ahora va a trabajar la Comisión de Códigos 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 esquivadas, ni para resueltas sólo por la Jurisdicción militar, ni sólo por la civil" (26).

El párrafo es elocuente. Nos da una visión completa de los términos en que estaba planteado el problema. Los legisladores civiles no detenían su marcha encaminada a ensanchar su jurisdicción y al parecer en el Ejército no debían de interesar mucho estas limitaciones.

Si no con tanta crudeza, el escritor FELICÉ DE LA PEÑA pone de manifiesto el mismo mal.

"La Comisión que redactó el Código Penal de 1848 sentó el principio, afirma, de no reconocer fuero alguno especial sino por razón de las cosas o materias, estableciéndose uno sólo para todos los españoles y en todos los juicios civiles y criminales.

Si la profesión militar hubiese sido consultada, se hubieran advertido los errores del principio en los asuntos criminales del Ejército."

En consecuencia, el ejemplo de la Codificación civil y las invasiones de ésta en la legislación militar actuaban como fuerzas que impulsaron, hasta realizarla, la Codificación militar.

(26) NUÑEZ ARENAS: *Bases y Motivos*, 1856, págs. 3 y 4.

D) LA UNIFICACIÓN DE FUEROS

Hemos indicado más arriba que era arduo y complicado el problema de la diversidad de fueros, y dentro del Fuero militar la multiplicidad de ordenamientos privilegiados.

La cuestión, reflejada en los textos constitucionales, ofrecía un doble aspecto: de una parte, unificar el Fuero; de otra, determinar la extensión que habían de tener los Fueros que, por excepción, habían de respetarse. Entre éstos, como más calificado, estaba el Fuero militar.

La polémica que precedió al Decreto de Unificación de Fueros de 1868 debió de ser apasionadamente intensa. Luchaban unos por limitar el Fuero militar, que juzgaban fuente de privilegios. Abogaban otros por el mantenimiento de unas excepciones que estimaban necesarias y sólo privilegiadas en la mente de sus detractores.

Parecería natural observar que en la defensa del Fuero participaban los militares y en su ataque los civiles, y aun cuando este fuese el panorama general, no faltaron espíritus independientes y bien intencionados que a la hora de discutir daban de lado mezquinos intereses y ofrecían con argumentos tan claros como sinceros sus particulares opiniones.

Son de destacar, en orden a la extensión del fuero, los trabajos de don ISAAC NÚÑEZ DE ARENAS y los de don RAMÓN DÍAZ VELA.

El primero, íntimamente ligado a la clase militar, Auditor de Guerra y Vocal de la Junta Consultiva y, paradójicamente, ardiente propugnador de las limitaciones del Fuero.

El segundo, por el contrario, hombre de toga, Magistrado de la Audiencia de Granada, Vocal también de la Junta Consultiva de Guerra, celoso defensor del mantenimiento y amplia extensión de la legislación especial militar.

Se adivina, a través del trabajo de don RAMÓN DÍAZ VELA (27), la virulencia y poca ponderación de la discusión. "La cuestión, comienza, es harto ardua, y es también delicada y espinosa, pues,

(27) DÍAZ VELA: *Informe sobre Fuero Militar en lo civil*, Granada, 1855 [Biblioteca Nacional, Madrid].

acaso, no faltaría a la verdad si principiase sentando que así en la impugnación como en la defensa del fuero suele haber algo de sistemático o no poco de apasionado. Todo, en mi concepto, procede de que al juzgar el fuero militar no se elevan las apreciaciones hasta su origen, no se entraña en sus fundamentos lo bastante para conocer su verdadera índole."

Y en otro lugar: "Me prometo encontrar la clave para demostrar la naturaleza de ese fuero en general, descartándole del carácter odioso con que le ven sus detractores".

En cuanto a las personas, se discutía sobre la extensión del fuero a los militares retirados, a las mujeres, hijos, viudas y criados y parecía haber coincidencia en la necesidad de excluirlas por no darse en ellos las condiciones de movilidad y exigencias de disciplina que justificaban el Fuero militar.

En orden a la competencia por razón de la materia, era objeto de controversia el conocimiento de los negocios comunes criminales de los militares y de modo muy especial el Fuero militar en los negocios comunes civiles.

Defendía DÍAZ VELA, exclusivamente, el fuero, limitado a las acciones personales civiles que nazcan de cualquiera especie de contrato accidental y que no proviniesen de trato, negocio, profesión u oficio en que el militar se haya mezclado voluntariamente.

Lo impugnaba NÚÑEZ ARENAS manejando la curiosa idea de que el fuero más se padecía que se gozaba. "Primeramente las flaquezas del corazón humano, el afán natural de distinguirnos entre todos figurándonos que somos más, sólo porque somos otra cosa, y luego la concesión del fuero civil, en tiempo de una organización judicial ordinaria, escasa e incompleta, fueron causa de que el Ejército, atento siempre a su honra más que a provecho, se entusiasmara con su fuero íntegro, se convirtiese en esclavo con grillos de oro y hasta llegara a decir que gozaba del Fuero militar, en vez de decir que lo padecía" (28).

Más acertado hubiese sido afirmar que el fuero ni se padece ni se goza, si ha de ser fiel instrumento de la justicia, pero no cabe duda que el argumento era hábil y sumamente propio para

(28) NÚÑEZ ARENAS: *Obra cit.*, pág. 19.

convencer a las clases militares, sobre todo si la argucia se manejaba por quien vestía el uniforme militar (29).

El Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868 vino, al parecer, a definir la cuestión.

En la Exposición de Motivos, al referirse a la subsistencia de la Jurisdicción Militar, se manifiesta:

“Entre los negocios de que hoy conoce esta Jurisdicción hay algunos que, por su naturaleza, son propios de la Ordenanza, y si los militares y marinos gozan en ellos de fuero, es sólo por privilegio y consideración a su persona. Los negocios comunes, civiles y criminales, atendida la legislación por que se rigen, habían de ser de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria si hubiera de seguirse con rigorismo la lógica de los principios, cualquiera que fuese la situación de los aforados de guerra: pero el ejemplo de las demás naciones y la experiencia, que demuestra los inconvenientes que tendría tan immoderada extensión cuando se trata de materia criminal, de delitos cometidos por aquellos que tienen las armas en la mano y por cuya razón es menester o castigar más severamente o con la mayor urgencia, para que venga la reparación justa que constituya a todos en los límites de sus deberes, hace necesaria una excepción con respecto a los militares y marinos en activo servicio, no otorgada en favor suyo, sino de la sociedad que requiere medios más activos y severos de reprimir los excesos que, perpetrados por militares, tienen mayor gravedad cuanto más libre sea la Constitución política por la que se gobierna un Estado. Por esto todos los aforados de Guerra y Marina, excepto aquellos que estén en servicio activo, 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” (30).

(29) ALMIRANTE (*Diccionario*, pág. 17) insiste en esta idea de NÚÑEZ ARENAS. Textualmente: “El ponderado fuero militar de principios de siglo, ¿para qué lo quieren ya los mismos militares si sus restos incoherentes más bien que protectores son incómodos y vejatorios?”

(30) “Exposición de Motivos del Decreto”, ALCUBILLA, 3.^a edición, *Enjuiciamiento criminal*, pág. 444.

Consecuente con este pensamiento, el Decreto, en el art. 1.º, número 2.º, declaraba competente a la Jurisdicción ordinaria de los negocios comunes, civiles y criminales, de los aforados de guerra y marina de todas clases retirados del servicio y de los de sus mujeres, hijos y criados, aunque estén en activo.

Resuelta así la cuestión de extensión del fuero, es claro que se producía una radical oposición con los preceptos de las Ordenanzas.

No tratamos aquí de estudiar el fuero y su extensión, y por eso nos limitamos a consignar cuál fué el problema y su solución como fuerza histórica que determinó la Codificación militar.

III

CRITERIOS DE CODIFICACION DEL DERECHO PENAL MILITAR

A) LA REFORMA TOTAL DE LAS ORDENANZAS

Admitida, con carácter general, la necesidad de reformar la legislación penal militar, se ofrecían tres criterios para llevarla a feliz término.

Primero, reformar totalmente el texto de las Ordenanzas; segundo, reformar, parcialmente, el Tratado VIII de Justicia de esas Ordenanzas; tercero, como variante de la segunda solución, redactar un Código Penal del Ejército al estilo de las principales naciones europeas.

No se comprende cómo pudo centrarse la discusión en torno al problema de si debían de reformarse las Ordenanzas total o parcialmente, retrasando la Codificación del Derecho Penal Militar hasta 1884.

Aun en los que se pronunciaban por la reforma parcial o por el Código Penal Militar, se advierte la preocupación por demostrar que sus trabajos no se apartaban del espíritu militar del ordenamiento de Carlos III, y con ello está dicho que el problema era baladí. Las Ordenanzas son, a nuestro juicio, históricamente

un ejemplo de la supervivencia de una legislación por motivos ideales o puramente formales (31).

La belleza del lenguaje, la concisión y sobriedad del estilo, la perfección literaria, la elevación ideal de algunos de sus artículos, en suma, ganaron la imaginación de los militares e hicieron más en su favor que su propia eficacia practicada (32).

Recordemos que todos coincidían en la existencia de una multiplicidad de disposiciones que variaban, esencialmente, la Ordenanza.

Convengamos en que los frutos de disciplina no fueron muchos, en especial durante el siglo XIX, pródigo en motines y asonadas.

A pesar de todo, el prestigio de la Ordenanza se mantiene. Sus adeptos la defienden con calor. Sus detractores son tímidos y encubiertos defensores que protestan respetarlas y admirarlas.

¡Brillante triunfo para quien supo ganar, con la deslumbradora fuerza de la belleza literaria, las batallas perdidas por la eficacia practicada!

Es significativo que la propia Constitución de 1812 reconociese el vigor de la Ordenanza; así, en el art. 258 se ordenaba: "Los militares gozarán también de fuero particular en los términos que previene la Ordenanza o en adelante previniere", iniciando así el camino que reconocía como base fundamental de la posible reforma a las Ordenanzas.

Del mismo punto de partida arranca don ISAAC NÚÑEZ DE ARENAS en 1856. El nos descubre "que en lo que se llevaba de siglo se estaba reconociendo y proclamando hasta por el mismo Gobierno que urgía "reformular la Ordenanza" (33).

(31) MAUROIS: *Historia de Francia*, pág. 476, asigna al romanticismo una única finalidad: "crear formas perfectas sin otro objeto que crear formas". No olvidemos, a este respecto, que el siglo XIX, al que nos referimos, fué el siglo romántico por excelencia.

(32) General BERMÚDEZ DE CASTRO: *Revista Ejército*, mayo 1950, página 19. Refiriéndose a las Ordenanzas, dice: "Su estructura es tan bellamente literaria y tan clásica española que podría haberlas firmado el mismo manco de Lepanto". Y a continuación, "su incógnito autor había recogido, a manera de ramos de flores, las virtudes militares para ofrecer al Ejército la quintaesencia de su aroma".

(33) *Bases y Motivos*, cit., pág. 5.

Respetar la Ordenanza actual debía de ser el principio rector de sus trabajos, y de sus propias manifestaciones se deduce que el encargo que se le había hecho, como Vocal de la Junta Consultiva de Guerra, comprendía la redacción de los cuatro Tratados que habían de componer la nueva Ordenanza militar; es decir, se proclamaba oficialmente que el criterio a seguir era la reforma total de las Ordenanzas.

En distinto sentido, años antes, don MANUEL LLORENTE, al escribir únicamente un Proyecto de Código Penal Militar, es claro que se adscribía a la tendencia que preconizaba la reforma parcial y dentro de ella la de redactar un Código Penal.

Por R. O. de 6 de febrero de 1865 se creó una Junta encargada de la reforma de las Leyes Penales militares y Procedimiento (34).

En la primera sesión de esta Junta, en 4 de marzo de 1865, ya se planteó la cuestión batallona entonces.

El Vocal don RAMÓN GIL OSSORIO expuso la urgente necesidad de unificar, unificación que había de comprender, en primer término, la supresión de los fueros de Artillería e Ingenieros, labor para la cual se hacía necesario confeccionar un Código Penal en el que "podrían combinarse las Ordenanzas de esos Cuerpos con las generales del Ejército", forma indirecta de abogar por la reforma parcial de las Ordenanzas, empleando el procedimiento de redactar un Código Penal.

Elocuente es el Decreto de constitución de la Junta firmado, como Ministro, por el General Fernández de Córdoba, en el que se evidencia una vez más que toda la reforma se planteaba bajo el supuesto de las Ordenanzas "para suplir los vacíos que se notan en la Ordenanza sobre disposiciones penales como, asimismo, las producidas por el desuso en que han caído alguna de ellas, teniendo igualmente en cuenta lo oportuno de reunir en un Cuerpo de leyes la multitud de disposiciones supletorias y aclaratorias del Tratado 8.º de las Ordenanzas".

(34) Formaban la Junta el Teniente General don Francisco Javier Ezpeleta y Enrile, como Presidente; el Mariscal de Campo don José Makenna Muñoz; don Evaristo de Castro Rojo, Ministro del Tribunal Supremo; don José M.ª Huet, Senador del Reino; don Juan Gómez Landero, Fiscal Militar del Tribunal Supremo; don Ramón Gil Ossorio, Fiscal Togado, y don Eugenio Seijas Lozano, Brigadier de Infantería.

La R. O. de 15 de octubre de 1867, que encargaba al Comandante de Artillería don MIGUEL DE SICHAR Y SALAS la redacción de una compilación clara y exacta de todas las disposiciones penales vigentes, parecía iniciar el camino que llevará directamente a la publicación de un Código Penal Militar, olvidando el tesudado criterio de la reforma total de las Ordenanzas.

Ordenar una compilación no quería decir, muy claramente, que se tratase de redactar un Código Penal, y no sabemos si el Comandante SICHAR, llevado de su entusiasmo o deseoso de imponer su criterio en su manera de ver el problema, interpretó personalmente la Orden. Lo cierto es que él mismo nos dice que en cumplimiento del encargo recibido redactó un Proyecto de Código Penal que él tituló, en su inicial pensamiento, Código de Justicia Militar.

Advirtamos que se especulaba en el terreno del derecho constituyente, y ello explica que el pensamiento de los proyectistas no fuese lo suficientemente claro en orden a lo que pretendían y el mismo SICHAR, ante el fracaso inicial de su compilación, se lamenta y cree que la publicación del Código propuesto, modificado o no, para que rigiese hasta que se publique una nueva Ordenanza y un Código de Justicia Militar hubiese sido un gran adelanto que seguramente recibiría el Ejército con el mayor agrado, descubriéndonos que el respeto a la Ordenanza era una idea obsesiva, aun entre sus detractores, sin explicarnos la razón de esa dualidad Ordenanza y Código, pues, a los efectos de la legislación penal militar, sobraba uno u otro, a no ser que se entendiese por Código uno de procedimientos.

Más clara fué la Junta de Ordenanzas en su informe de 11 de abril de 1870, pasando por alto las razones liberales y humanitarias, hijas de la Revolución de 1868, que la movieron a rechazar el Proyecto SICHAR; consignemos como interesante, a nuestros efectos, que bien claramente expresó que el trabajo podía tomarse en consideración para la redacción de la Nueva Ordenanza, afirmación por demás expresiva que nos indica que, aun el Ejército o los mandos nacidos de la Revolución septembrina, eran fieles partidarios de la Ordenanza, mostrándonos que la Revolución o no era tanta, o la sugestiva literatura de la obra de Carlos III vencía aun a las novedades más avanzadas de los revolucionarios.

SICHAR, acaso vencido por el fracaso, se disculpa con humil-

dad, que indica poco convencimiento, en la Exposición que en 10 de noviembre de 1870 presentó al Rey D. Amadeo de Saboya pidiendo autorización para publicar particularmente su trabajo.

Minimiza la importancia de su propósito por táctica o por convencimiento, dejándonos leer entre líneas lo fuerte e impetuosa que debía de ser la corriente que en el Ejército propugnaba por la conservación, si bien reformada, de las Ordenanzas.

Dice SICHAR explicando su petición al Rey: "Me fundé en que la misión de la Junta de Ordenanzas era muy elevada, puesto que debía revisar y proponer una legislación que reemplazase a toda la Ordenanza, al paso que la mía se redujo a compilar la legislación penal vigente con las reformas que hacía indispensables la última organización del Ejército, que en nada contrariaba una a otra misión; que en tanto se promulgue la nueva Ordenanza, obra magna que ofrece grandes dificultades, ha de regir la vigente legislación penal, buena o mala, y algo puede contribuir a su conocimiento la publicación particular de mi trabajo" (35).

Verdad es que la opinión de SICHAR, que definitivamente había de triunfar, hubiese merecido en tal ocasión defensa más ardorosa. Sirvale de justificación la constancia de su propósito y la consideración de que no debía de ser fácil la lucha cuando la reforma total de la Ordenanza contaba con tantos como poderosos defensores.

La idea de la reforma parcial se abrió, al fin, paso en los Proyectos de Leyes que, presentados a las Cortes, fueron precedente inmediato del Código de 1884.

Bien significativamente en la Exposición del Proyecto de Código que presentó a las Cortes el Ministro General don FRANCISCO DE CEBALLOS, en 16 de mayo de 1876, se hace una breve historia del proceso de ideas que había seguido la reforma.

"La idea dominante de que no es posible tocar una parte de las Ordenanzas sin llegar al todo, ha hecho estériles e infructuosos los trabajos, así generales como parciales, que de otro modo hubieran conducido al mismo fin, aunque más lentamente, con prudentes reformas maduramente estudiadas" (36).

(35) *Código Penal Militar*, cit., pág. 8.

(36) Diario de Sesiones de las Cortes. Legislatura, 1875-76, Apéndice al núm. 36 [Biblioteca de las Cortes].

Se inicia, pues, el cambio de rumbo. "Verdad es, consigna la Exposición, que al tratar de variar nuestras sabias Ordenanzas militares todos se detienen ante el respeto que inspiran, así por la concisión y claridad de su severo lenguaje, como por el levantado espíritu del más acrisolado honor que infunden sus preceptos. La mejor prueba de su bondad y de la inteligencia y sabiduría de los que la redactaron, con profundo conocimiento de los sentimientos y pasiones de los hombres y de la índole y esencia de la institución militar, es que hoy continúa intacto todo lo que es fundamental, constitutivo y base firmísima de la existencia del Ejército, comprendido, principalmente, en las obligaciones de todas las clases y en las órdenes generales para Oficiales".

Así terminaba la etapa representada por la idea de reforma total, pero ello no quería decir olvido y postergación total de las Ordenanzas.

Se mantenía vivo el respeto a su espíritu y sólo muchos años después dejarían los militares y los escritores militares de preocuparse por si nuestras leyes respetaban o no la esencia de sus preceptos. Los mismos Fiscales, militar y togado, en su informe al Proyecto, en 15 de julio de 1875, consignan algo que daba una razón de fondo a tan excesivo respeto, al afirmar que en las Ordenanzas había un cuerpo de doctrina penal donde se previenen casi todas las transgresiones y no se olvidan de consignar también que el Código que presentaban no se aparta del espíritu de las Ordenanzas.

;Y para qué más citas si aun después de publicado el Código de 1884 se pedía en las Cortes su reforma por personas menos peritas y más militares, encubriendo así una posición que añoraba la compilación de 1768!

No puede terminarse esta primera parte de nuestro trabajo sin hacer notar que la adhesión a la reforma total de las Ordenanzas implicaba algo más importante, a nuestro juicio: la adhesión a los viejos principios y prácticas penales.

La reforma de las Ordenanzas se planteó, a nuestro juicio, en términos inadecuados.

La fuerza expresiva, la belleza moral de las Ordenes para oficiales, las más perfectas de todas, habían llegado a constituir una declaración de principios para el Ejército. Con acierto inigualado se exalta el valor, la disciplina, la obediencia, el espíritu de sacrifi-

cio. Si habían conseguido ser la bandera espiritual de las fuerzas armadas, ¿por qué arriar la bandera?, ¿por qué arrinconar preceptos que exaltaban virtudes valederas para todos los tiempos?

Hasta aquí tenían razón los decididos partidarios de las Ordenanzas. A partir de aquí se equivocaban. De las Ordenanzas debían de subsistir los principios eternos y permanentes. De ellas habían de desaparecer aquellos incompatibles con las nuevas necesidades, las nuevas formas o la nueva organización del Ejército.

¿Por qué había de seguir la misma suerte el art. 21 de las Ordenanzas para oficiales ("El oficial que tuviere orden absoluta de conservar su puesto a todo coste lo hará") que los innúmeros preceptos en que se imponía, con frecuencia innecesaria, la pena de muerte?

Particularmente el tratado VIII, si bien no exento de correcta redacción literaria, no contiene ninguno de los aciertos expresivos de las órdenes generales para oficiales. Si la razón de oponerse a su reforma era literaria, la razón no existía; y en cuanto a la esencia de sus preceptos penales, no cabe duda de que en las fechas en que la discusión fué iniciada eran impropias, no sólo por su técnica, sino por la dureza penal, ya suavizada en otros ordenamientos penales.

(Continuará)