BOSQUEJO HISTÓRICO DEL DERECHO PENAL MILITAR ESPAÑOL EN EL ESTADO MODERNO

Francisco Luis PASCUAL SARRÍA
Capitán Auditor

INTRODUCCIÓN

EN los pueblos antiguos y en la Edad Media, en sentido estricto, no podemos referirnos a la existencia de normas penales militares, toda vez que no se manifiestan de forma expresa, sino que se engloban o aparecen contenidas en otros cuerpos legales pluridisciplinares. Al no existir ejércitos permanentes, su preocupación fundamental se dirige a regular la obligatoriedad de acudir a los llamamientos a las armas y establecer duros castigos para los supuestos en los que se quebrante su cumplimiento. Es con la aparición del Estado Moderno, y sobre todo a partir de la instauración borbónica, cuando las normas penales militares son incluidas en cuerpos separados que, además, son normas de conducta, regulan el arte de la guerra y la administración de los ejércitos: son las *ordenanzas militares,* fruto de la aparición y proliferación de los ejércitos permanentes bajo la dependencia directa del monarca. En el período de la codificación surgieron los primeros cuerpos legales, códigos de justicia militar sistematizados y comprensivos del Derecho Penal y Procesal militar, creados para un ejército de ciudadanos que cumplen con un deber y un derecho.

Cuando se intenta abordar el estudio de esta materia nos encontramos, *a priori*, con dos problemas fundamentales que salvar: el primero es la casi total inexistencia de referencias al Derecho Penal Militar entre los penalistas –tan sólo encontramos algunos tratados de los siglos XVIII y XIX[1], bre-

[1] Para un estudio general del Derecho Penal castrense en la Historia española: PORTUGUÉS, Joseph Antonio: *Colección General de las Ordenanzas Militares, sus innovaciones y aditamentos*. Diez tomos. Imprenta de Antonio Marín, Madrid, 1764; MENDOZA, Joaquín María: *Historia*

ves referencias en los manuales generales de Derecho Penal Militar[2], así como artículos dispersos, publicados en revistas especializadas en temas militares[3], y el segundo surge al intentar deslindar en los distintos cuerpos legales la materia penal militar, ello bien por confundirse lo civil y lo militar en determinadas etapas históricas por necesidades de la ocupación del territorio o de la guerra, o bien por la falta de separación y sistematización en los mismos de las normas de táctica, logística, organización, penales, procesales y administrativas, confundiéndose en la mayor parte de los textos las facultades disciplinarias del mando con el derecho penal. Esta última dificultad ha permanecido inalterable hasta el proceso codificador, en cuyos códigos castrenses se reunieron tan sólo normas de Derecho Penal y Procesal Militar, situación mantenida hasta la entrada en vigor del actual Código Penal Militar de 1985[4].

De entre todas las agrupaciones humanas han sido y son los ejércitos o grupos armados los que, desde los primeros tiempos, han sentido una mayor necesidad de reglamentar su comportamiento y establecer rígidas normas de conducta con la imposición de fuertes castigos, incluso de gran crueldad, para los supuestos de quebrantamiento, y ello por constituir el único medio para garantizar su misión: la defensa con el uso de las armas

---

de la Milicia española desde los primeros tiempos que se tienen por ciertos hasta los tiempos presentes. Madrid, 1776; VALLECILLO, Antonio: *Legislación Militar de España Antigua y Moderna*. Trece tomos. Imprenta de Narciso Ramírez, Madrid, 1853; BACARDÍ, Alejandro de: *Nuevo Colón o sea Tratado de Derecho Militar de España y sus Indias*. Barcelona, 1858; MARTÍNEZ DE LA VEGA ZEGRÍ, Juan: *El Derecho Militar en la Edad Media en España. Fueros Municipales*. Oficina tipográfica de Pedro Carra. Zaragoza, 1912.

[2] QUEROL y DURÁN, Fernando de: *Principios de Derecho Penal Militar Español*. Tomo I. Editorial Naval. Madrid, 1945, pp. 31 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal Español*. Tomo II. Ed. Dykinson. Madrid, 1993, pp. 128 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Losada. Buenos Aires, 1950, pp. 1106 y ss.; JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, Francisco: *Introducción al Derecho Penal Militar*. Civitas. Madrid, 1987, pp. 177 y ss.; CASADO BURBANO, Pablo: "Visión histórica del Derecho Penal Militar Español", en *Comentarios al Código Penal Militar Español*, coordinación de Ramón Blecua Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante Prieto. Ed. Civitas. Madrid, 1988, pp. 29 y ss.; HIGUERA GUIMERÁ, Juan: *Curso de Derecho Penal Militar Español*. Tomo I. Parte General. Ed. Bosch. Barcelona, 1990, pp. 80 y ss.

[3] Artículos publicados en las revistas: *Ejército*, del Estado Mayor del Ejército de Tierra, de periodicidad mensual; *Revista de Historia Militar*, publicación del Servicio Histórico Militar de periodicidad semestral, y en la *Revista Española de Derecho Militar*, publicación anual especializada en la materia desde 1956, editada hasta 1985 por la Institución Francisco de Vitoria del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y, desde esa fecha, por el Ministerio de Defensa a través de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

[4] La legislación penal y procesal militar se encuentra en la actualidad separada en tres textos legales: Ley Orgánica del Código Penal Militar 13/1985, de 9 de diciembre (*B.O.E.* núm. 296, de 11 de diciembre); Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar 4/1987, de 15 de julio (*B.O.E.* núm. 171, de 18 de julio), y la Ley Orgánica Procesal Militar 2/1989, de 13 de abril (*B.O.E.* núm. 92, de 18 de abril).

del monarca o de la sociedad a la que servían. Toda comunidad, desde los pueblos más antiguos, ha precisado para vivir ser respetada y defenderse frente a las agresiones de otros pueblos, de la existencia de un núcleo de gente armada y organizada y, por ello, se ha dotado de normas para reglamentar su comportamiento. Como rasgos fundamentales de este Derecho Penal Militar cabría resaltar, con carácter general, los dos siguientes: la necesidad, en forma más o menos amplia en todas las épocas históricas, de un ordenamiento regulador de la *res militari* y la íntima vinculación de su desarrollo al del propio Estado en el que sirven y al Derecho Penal Común. El profesor Prieto-Castro y Ferrándiz[5] establece como matices especiales de este derecho castrense que *en primer lugar no se ejerce por Magistrados, en segundo lugar es sólo penal y en tercer lugar, no se extiende en tal orden punitivo más que a determinados delitos,* caracteres que se han mantenido hasta la actualidad.

LA ORDENACIÓN DE LOS EJÉRCITOS PERMANENTES EN LA EDAD MODERNA

El tránsito que se produjo de la Edad Media a la Edad Moderna en nuestro país estuvo unido al paso del régimen feudal a la monarquía absoluta que se realizó a lo largo del siglo XV. Los monarcas, para el mantenimiento del orden interno y externo, precisaban de la creación de ejércitos permanentes que estuvieran bajo su directa dependencia y con el sometimiento a una rígida disciplina para evitar revueltas; ello, unido a las profundas transformaciones que se produjeron en los órdenes social, político, económico y en los campos de la ciencia y de la tecnología, hizo imprescindible la normativización de lo militar, y con especial urgencia de la jurisdicción castrense.

Se habían producido grandes avances en la difusión y utilización de las armas de fuego y, en consecuencia, en la forma de hacer la guerra con la aparición de una nueva arma en los ejércitos, con mayor poder destructor y precisaba de una mayor especialización: la artillería. Ello provoca la urgente necesidad de los monarcas de dotar a sus ejércitos de una cada vez más amplia infantería, que exigía incorporar a las armas a la población con carácter de permanencia, necesitando fuertes contingentes de mercenarios nacionales y extranjeros, dotados de una organización estable y con la especialización de funciones de sus miembros. En Es-

---

[5] PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ: *Tratado de Derecho Procesal.* Parte I. Tomo I. Madrid, 1912, p. 139.


Reinado de Felipe 2º.
Mando superior en el Egército
Capitan General
Artillería
Piezas de Grueso

paña la creación de estos ejércitos permanentes fue obra de los Reyes Católicos, que organizaron el Ejército Real, creando en el año 1480 el cargo de Capitán General para el mando del mismo. Este ejército surgió tras la conquista de Granada con la intervención de la última hueste medieval de Castilla.

Estos grupos armados estables se ven nutridos por tropas cuya permanencia en el servicio es muy prolongada; los soldados se veían apartados largo tiempo de su ámbito familiar y social, como dice Casado[6], lo que hizo preciso el sometimiento a una muy rígida disciplina; por ello se sintió la necesidad de promulgar cuerpos legales militares en los que, junto con normas atinentes a la organización y funcionamiento de estos ejércitos, se incluyeran normas penales y procesales. Estas disposiciones revistieron la forma de *ordenanzas militares*, pudiendo ser definidas, siguiendo a Vallecillo[7], como *disposiciones del soberano expedidas sin consulta de los Consejos, ni petición de las Cortes para el gobierno y servicio de algún punto determinado*. Los ejércitos son considerados en este período como propiedad regia y son los propios monarcas quienes dictan las normas para asegurar su funcionamiento.

Es por ello que la aparición y desenvolvimiento del Derecho Penal Militar se vincula necesariamente a la aparición de estos ejércitos permanentes. Así lo manifestó Von Liszt[8] al decir que *la historia del Derecho Penal Militar comienza con la aparición de los ejércitos permanentes*, y también el auditor del Ejército don Ramiro Fernández de la Mora[9], para quien, *la Justicia Militar no nace ni se constituye, propiamente dicha, hasta la organización de los Ejércitos permanentes, embrionaria y esporádicamente han existido preceptos de orden penal y procesal, y orgánico de carácter militar, desde muy antiguo y, concretándonos a nuestra legislación patria, podrían citarse numerosos en cierta legislación medieval; pero, como algo sustantivo, como rama especial del Derecho, con vida propia y con características que la separan y distinguen de otras ramas del Derecho, no ha tenido existencia más que a raíz de la creación de los Ejércitos permanentes en la Edad Moderna.*

En este período histórico que abarca del siglo XV al XVIII se pueden distinguir dos tipos de regulaciones: las llamadas *ordenanzas particulares* promulgadas durante los siglos XV y XVI, que eran dictadas por el mo-

---

[6] CASADO BURBANO, Pablo: *Op.cit.*, p. 34.

[7] *Enciclopedia jurídica española*. F. Seix. Tomo XXIV. Barcelona, 1910.

[8] Cita de Rodríguez Devesa: *Código de Justicia Militar. Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo IV. Seix. Barcelona, 1953, p. 304.

[9] FERNÁNDEZ DE LA MORA, Ramiro: Conferencia pronunciada en la Academia del Cuerpo Jurídico Militar en el curso 1940-41. Madrid, 1941, p. 36.

narca o por quien ejercía el mando supremo militar en su nombre, y que se dirigían a regular a las tropas en una operación o territorio determinado y en ocasiones para un cuerpo militar concreto; y de otro lado, durante el siglo XVIII y con la llegada de la dinastía de la Casa de Borbón, aparecen las *ordenanzas generales y navales* españolas, dirigidas a reglamentar todo el Ejército Real. Ello se vio favorecido por el fin de la Guerra de Sucesión, que permitió el restablecimiento del comercio internacional y la recuperación del erario público, procediéndose a la reforma del Ejército y de la Marina de Guerra, copiándose el modelo francés del Ejército Nacional por Felipe V, quien siguió los consejos de su abuelo Luis XIV de Francia; la aparición de la Armada Real con Fernando VI fue obra de su ministro, el marqués de la Ensenada.

Las ordenanzas particulares

En este primer período fueron los capitanes generales que mandaban las huestes los que dictaron bandos o proclamas a sus tropas en las que se contenían, si bien en muchas ocasiones de manera residual, las normas esenciales para la definición de los deberes, preceptos relativos a la contabilidad y administración y escasas normas penales, así como el procedimiento sancionador; estas ordenanzas se promulgaban para un determinado lugar y ejército sin pretensión de generalidad.

Con los Reyes Católicos se inició esta etapa, al intentar organizar un Ejército Real tras la toma de Granada, labor que fue seguida posteriormente por la Casa de Austria. Como ejemplo podemos citar la *Real Provisión de 22 de febrero de 1496*[10], por la que se ordenó que en Segovia y su tierra se alistase para la guerra a un peón por cada doce vecinos, *escogiendo de entre doce hombres uno, y que estos fuesen mayores de veinte años, é menores de quarenta é cinco, de los mas ábiles é suficientes que se fallasen entrellos para el uso é egercicio de las armas,* norma ésta que, a juicio de Monserrat Alsina[11], puede ser considerada como la primera en implantar el servicio militar obligatorio, del que sólo se libraban los pobres de solemnidad *que demandan ó para quien se demanda limosna, los criminales y gentes de mal vivir;* el incumplimiento era castigado con la pena de multa de *diez mill maravedis.*

---

[10] VALLECILLO, Antonio: *Op. cit.*, tomo VI, p. 291.

[11] MONSERRAT ALSINA, Sebastián: "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*, núm. 11, Madrid, 1966, p. 12.

COLECCION GENERAL
DE LAS
ORDENANZAS MILITARES,
SUS INNOVACIONES, Y ADITAMENTOS,
DISPUESTA
en diez Tomos, con ſeparacion de Claſes,

POR DON JOSEPH ANTONIO PORTUGUES,
Caballero del Orden de Santiago, Comendador de Villarrubia de los Ojos en la de Calatrava, del Conſejo de S. M. y ſu Secretario con exercicio en la primera Meſa de la Secretaría de Eſtado, y del Deſpacho Univerſal de la Guerra.

TOMO I.

COMPREHENDE LAS DE INFANTERIA, Caballeria, y Dragones, Conſejo Supremo de Guerra, Capitanías Generales de Provincia, Gobiernos de Plazas, Directores, Inſpectores, y Auditorías de Guerra, &c.

Deſde el año de 1551. haſta el de 1713.

DE ORDEN, Y A EXPENSAS DE S. M.

EN MADRID: En la Imprenta de ANTONIO MARIN.
Año de 1764.

Se hallará en la Libreria de Antonio de Sancha, Plazuela de la calle de la Paz, junto al Correo.

DEPÓSITO DE BIBLIO

Pasaremos a hacer ahora un breve recorrido histórico por esta legislación llamada de *ordenanzas particulares*, si bien haciendo la salvedad de que en muchas de ellas no se contienen preceptos penales, aunque sí importantes obligaciones militares. El primer texto al que se refieren los autores[12] son las *Ordenanzas de los Reyes Católicos para la buena gobernación de las gentes de sus guardias, artillería y demás gente de guerra y oficiales de ella,* fechadas en 1503, y en las que se imponía la pena de muerte en los siguientes supuestos delictivos: para el delito de traición, la invitación a la sedición, la omisión de denuncia de la sedición cuando fuere conocido el propósito, el espionaje por *tener inteligencia con el enemigo*, la deserción y la cobardía al frente del enemigo que pudiera mover al pánico a sus compañeros; en ese caso podía el cobarde ser muerto en el acto por cualquiera. Este duro precepto se mantuvo largo tiempo en nuestra legislación.

De notable importancia, por su contenido de normas penales, fueron las *Ordenanzas militares hechas en la ciudad de Taxcatecle por Hernán Cortés, como Capitán General y Justicia Mayor de Nueva-España*[13], el 22 de diciembre de 1520, para regular el régimen y gobierno de las tropas españolas en aquellos dominios, bajo el reinado de Carlos I. En ellas se sancionaban, entre otras, las siguientes conductas de las tropas: la blasfemia y el juego de naipes con penas de multa de diez y veinte pesos de oro; el burlarse de otra compañía con pena de veinte pesos; el que *la vela se hallasen durmiendo, ó ausente de lugar donde debiere velar, pague cuatro castellanos..., é demás que esté atado medio día*; el no acudir a la lucha o no obedecer a sus jefes, o *desmandarse* ante el enemigo, con pena de muerte para la tropa y con cien pesos para los *hijosdalgo*. También se castigaron delitos comunes cometidos por militares, como los robos y saqueos, con penas de multa de veinte pesos de oro.

Las *Ordenanzas de las Guardas de Castilla espedidas en Madrid por el Rey Don Carlos I á 5 de abril de 1525*[14], en las que se contenían diversos tipos delictivos contra la hacienda, estableciendo normas para evitar fraudes y castigando al *Contador que no tenga su libro conforme a este Capítulo sea despedido del oficio por inhabil;* el abandono de residencia, castigando a los *Capitanes Generales que sean obligados á residir é residan continuamente en las fronteras y partes donde nós les mandemos... so pena de mi merced é de haber perdido el salario del tiempo que estuviere ausente;* también imponía igual castigo para el capitán que no residiera continuamente con sus capitanías.

---

[12] JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, Francisco: *Op. cit.*, p. 185.

[13] VALLECILLO, Antonio: *Op. cit.*, tomo XI, p. 243.

[14] Idem: *Op. cit.*, tomo XI, p. 341.

Debemos reseñar, de igual manera, la *Ordenanza Militar de Bujia de 1531*, dada a la ciudad y fortaleza de Bujía (Túnez) por doña Juana I y su hijo el emperador don Carlos, el 10 de mayo de 1531[15], para las tropas en Túnez que estaban integradas por lansquenetes alemanes, infantes italianos y tercios viejos españoles. En ellas, y a lo largo de sus cincuenta y siete artículos, se contienen normas penales militares y sus castigos para corregir los vicios y transgresiones más frecuentes. Se castigaban, entre otras conductas: los fraudes de los veedores, contadores y pagadores; la venta de alimentos, *pan e otros bastimentos*; el juego y peleas, y el dejar en libertad a los esclavos moros porque pueden dar noticias al enemigo. La pena suele ser la de multa, debiendo ser dividida en tres partes: una para la Cámara Real, otra para el acusador y otra para el juez que lo sentencie.

En la *Instrucción dada en Génova por el Emperador Carlos V á 15 de noviembre de 1536*[16], *para el régimen y organización de su ejército en Italia, designando, entre otras cosas, las atribuciones, sueldos y demás del ViRey, Capitán General, Maestre de Campo, Sargentos Mayores, Capitanes, organización de las compañías ó tercios, nombramientos de Gentiles-hombres, trenes de artillería, pie y fuerza de todo el ejército, alabarderos, para el Capitán General, agregados de la nobleza, Auditor, Comisarios y régimen de la administración militar,* tan sólo se contienen normas organizativas sobre pagos de sueldo y se señalan las sanciones por su incumplimiento.

La *Provisión expedida en Tudela con acuerdo del ViRey y del Consejo de Navarra, por el Rey Don Carlos I á 13 de marzo de 1538*[17], *ordenando que en las infracciones de la saca de cosas vedadas como plata, oro y caballos, y demás asuntos pertenecientes á la guerra y estado, no conozca el Alcalde del ejército y si los del Consejo de Navarra,* no contiene normas de carácter penal, sino que realiza una remisión de la competencia para enjuiciar los delitos de guerra al Consejo de Navarra.

Las *Ordenanzas publicadas en Mastrecha á 1º de Setiembre de 1568 cuando entró el Principe de Orange*[18], de Felipe II, mandadas guardar por *la gente de guerra de pié y de á caballo de todas naciones,* contenía treinta y dos disposiciones y en ellas se castigaban la blasfemia, el ausentarse sin licencia, los robos en iglesias, la traición, los desórdenes, el robo de vituallas, los robos de pertrechos o de ropas de guerra y el prestar las armas o el

---

[15] RIESCO TERRERO, Ángel: "Ordenanzas Militares de Bujía de 1531", en *Revista de Historia Militar*, núm. 71. Madrid, 1991, pp. 105 y ss.

[16] VALLECILLO, Antonio: *Op. cit.*, tomo XI, p. 549.

[17] Idem: *Op. cit.* tomo XI, p. 585.

[18] Idem: *Op. cit.* tomo XIII, p. 134.

caballo a otro para pasar la inspección o recuento. La pena más común era la de muerte o quedar a la discreción de sus mandos.

En las *Ordenanzas dadas en Madrid á 1º de Agosto de 1572, para buen régimen y organización de la Infanteria alemana*[19], que se dictaron tras el fracaso del duque de Alba en los Países Bajos, se concretaban normas penales a lo largo de sus sesenta y siete preceptos, aunque como ordenanza particular para la Infantería y en Alemania eran de gran dureza, carentes de sistematización y con un gran arbitrio para los jefes militares. Se castigaba el no reprimir motines *asi en campaña como en presidios, por mar y por tierra, de noche y de dia*, con la pena de muerte *en su persona y vida*; la misma pena se aplicaba para las blasfemias; se penaba el ataque de los soldados a *Clérigo, Fraile, Monja, ni Beata, ni forzar doncellas, ni preñadas, ni mugeres recién paridas, ni á viudas, so pena de la vida;* la traición al romper la tregua de *villa, castillo ó fortaleza... so pena de castigo en su persona;* el saquear o *desbalijar muertos*; el abandono del *cuartel* sin autorización, *so pena de ser castigado en su persona á arbitrio de su Coronel;* al vigilante que no tuviera las armas a mano se le sancionaba con la baja de *su plaza y sueldo*, y era arbitrariamente castigado por su capitán; al arcabucero que no tenga *el arcabuz muy limpio y bien aderezado, y sus frascos con pólvora y balas y mechas;* al que huía de una escaramuza, manteniendo la costumbre, se le podía dar muerte por cualquiera; la desobediencia a las órdenes del coronel se castigaba con la pena capital y la de *ser tenido por infame;* igual pena por no avisar de las conjuras de las que se tuviera conocimiento contra el general; el abandono del cuartel con el sueldo era igualmente sancionado con el máximo rigor; el tocar innecesariamente la alarma; el dormirse o abandonar el puesto de centinela era castigado *en la persona y vida sin remisión;* se pena de igual manera el espionaje y el no dar aviso del espía. Especial mención merece el tratamiento de la embriaguez, no siendo considerado como atenuante: *por estar borrachos serán castigados ni más ni menos como si hubieran estado a su juicio natural,* norma ésta en vigor en todas nuestras leyes penales militares hasta 1985. Se establece, por último, la obligación de que les sean leídas a los soldados las ordenanzas, norma que permanece vigente hasta fecha reciente.

Mayor importancia histórica, por su gran influencia en la concepción de la actual justicia militar, han tenido las ordenanzas conocidas como las *Primeras de Flandes*. El rey Felipe II fomentó durante su reinado la redacción de unas normas militares completas, apareciendo dos precedentes de las ordenanzas: *El Espejo y disciplina militar*, obra del maestre de campo Francisco Valdez, de escasa importancia, y el *Discurso so-*

[19] Idem: *Op. cit.*, tomo XII, p. 249.

ORDENANZAS
DE SU MAGESTAD

PARA

EL GOVIERNO MILITAR,
Politico, y Económico de ſu Armada Naval.

PARTE SEGUNDA.

Que contiene los Aſſumptos pertenecientes à los Cuerpos Militares de la Armada.



DE ORDEN DEL REY N. S.

En Madrid: En la Imprenta de Juan de Zuñiga.
Año de M DCC XLVIII.

bre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado, norma para el ejército de ocupación de los Países Bajos, redactada por el maestre de campo Sancho de Lodoño y publicada por el duque de Alba. En esta regulación, tras definir diversos tipos delictivos como la *inobediencia en las órdenes y escuadrones, guardia y centinelas*, castigándose con pena de *jinetas ó bastones ó con las espadas, si la inobediencia requiere castigo en fragancia y si no prender para que por justicia se castiguen*, se establecía la necesidad urgente de que los delitos militares, que eran con mayor frecuencia cometidos en la milicia, encontraran su regulación unitaria en una ordenanza común.

Fruto de esta necesidad, el 15 de mayo de 1587, se promulgaron por Alejandro Farnesio y por orden del rey Felipe II las *Ordenanzas é Instrucciones del duque de Parma y de Plasencia, lugarteniente, gobernador y capitán general por S.M. en los Estados de Flandes, sobre el ejército y la administración de la jurisdicción y justicia de este felicísimo Ejército*[20]. Esta ordenanza se vio complementada con la del 22 de mayo del mismo año relativa a *Edicto, ordenanza e instrucción del mismo Farnesio sobre el oficio de Preboste general, los demás capitanes de compañía y barricheles del ejército*. Su gran importancia fue debida, como acertadamente señala Monserrat Alsina[21], a las tres causas siguientes: la presencia en aquellos momentos en Flandes de la mayor parte de las tropas del ejército; el estar empeñado Felipe II en mantener en el cristianismo a los Países Bajos, y la enorme difusión y aceptación que alcanzaron en todos los ejércitos la inexistencia de otras normas legales reguladoras de la justicia militar.

En estas ordenanzas se sancionaban como conductas delictivas más repetidas entre la tropa los robos, los engaños en el juego, el capitán que consintiera que los *soldados... passen de una Compañía a otra sin orden* —castigándoles con una multa de veinticinco escudos—, las peleas entre camaradas, los desórdenes y los motines, imponiendo la pena de muerte en la horca a los traidores, ladrones y amotinadores. Igualmente estableció en su artículo cuarto que no se extendiera el fuero militar a los delitos cometidos con anterioridad: *el fuero y privilegio militares no se estienden a los casos sucedidos antes;* también se ordenó, en el artículo treinta y tres, que los maestres de campo y oficiales tuvieran un trato más humanitario en la imposición de castigos a los soldados, estableciendo que ... *de aquí en adelante se moderen en el castigo de los soldados, que*

---

[20] MORENO CASADO, J.: "Las Ordenanzas de Alejandro Farnesio, de 1587", en *Anuario de Historia del Derecho Español*. Tomo XXXI. Madrid, 1961, p. 431.

[21] MONSERRAT ALSINA, Sebastián: *Op. cit.*, p. 30.

no sea de manera que los maten ni manquen de sus miembros necesarios para el servicio de su Magestad...

Las *Ordenanzas de Felipe III* de 8 de julio de 1603, revisadas al poco tiempo por el propio monarca el 17 de abril de 1611, tuvieron como principal cometido intentar contrarrestar la creciente relajación de la disciplina que se había arraigado en los ejércitos de 1600, fruto de la debilidad del monarca y de la laxitud de la vida política, imponiendo para ello duras penas. Según Ortega[22], el soldado de esa época era *hombre suelto, sin raíces en ninguna disciplina interna, que sabiéndose sometido a la externa ordenanza, encuentra en ello motivo para emanciparse de todo otro respeto.*

Haremos también una muy breve mención de las ordenanzas particulares dadas hasta el siglo XVIII. Así, y para la Armada, las promulgadas por el monarca Felipe III en los años 1606 y 1608, *Ordenanzas para las Armadas del Mar Océano* y de *Galeotes y Galeras,* respectivamente. Esta última se reproduce en los años 1613 y 1618.

La *Real Ordenanza de Felipe IV* de 28 de junio de 1632 sobre *la disciplina militar*[23] regula los sueldos y ventajas, provisiones de empleo y normas de disciplina a fin de reducir los problemas existentes en el Ejército, tal y como refleja su preámbulo al indicar el monarca que ... *la disciplina militar de mis ejércitos ha decaido en todas partes.* Se castigan la blasfemia (art. 65), con pena de prisión de treinta días y juramento de dar *una limosna a la cofradía que debe haber en los tercios*; los motines (arts. 67 y 68) con la expulsión de la milicia, y las deserciones (art. 70) con pena de muerte si se pasa al enemigo y de incapacidad para el ascenso en otro caso. Por último, y por el mismo monarca, para la Armada se promulgaba la *Ordenanza para el buen gobierno del Mar Océano* de 24 de marzo de 1633, que es una obra de recopilación de las ordenanzas anteriores dadas para la Marina, donde se estableció un catálogo de delitos y penas.

Las ordenanzas generales

En primer lugar, resulta necesario reconocer a la Casa de Borbón el mérito de haber promulgado las primeras ordenanzas militares y navales españolas, de general aplicación a todas las Armas y Cuerpos de los Ejércitos y en todos los territorios de la Corona en el siglo XVIII; ello motivado por la

---

[22] ORTEGA Y GASSET, José: "Aventuras de un Capitán español: Prólogo a Aventuras del Capitán Álamo de Contreras", en *Revista de Occidente*. Madrid, 1943, p. 165.

[23] Las critica y reproduce parcialmente José Almirante en su *Diccionario Militar*. Imprenta y Litografía del Depósito de Guerra. Madrid, 1869, p. 845.

innegable influencia francesa de los monarcas y por las circunstancias políticas y económicas de la época tras la restauración de los graves quebrantos que, en todos los órdenes, produjo la guerra de Sucesión, pudiendo dedicarse a la mejora del Ejército y de la Marina de Guerra y Mercante, que se encontraban muy descuidadas, mal pertrechadas y con una muy baja moral y disciplina.

Fue el primer rey Borbón, don Felipe V (duque de Anjou e hijo segundo del Delfín de Francia), quien tras su llegada al trono español para suceder a Carlos II, de la Casa de Austria, al fallecer sin descendencia el 1 de noviembre de 1700, observó que el país carecía prácticamente de Ejército y Armada, por lo que, siguiendo el ejemplo de su abuelo el rey Luis XIV de Francia, gran conocedor de la realidad española, procedió a la realización de una profunda reforma de la Hacienda para la creación de un Ejército Nacional con profundas reorganizaciones de unidades: transformó, a partir de 1703, los Tercios y Dragones de los Austrias en regimientos de línea al estilo francés, y suprimió el uso del mosquetón, arcabuz y pica, sustituyéndolos por el fusil de chispa, la carabina y la bayoneta. Esto por lo que se refiere al Ejército. La Armada, para su reorganización, hubo de esperar a Zenón de Somodevilla y Bengoechea, marqués de la Ensenada, con Fernando VII. El panorama del combatiente de la época con el que se encontró el monarca era descorazonador. Así, según De Sotto[24], se había producido un fuerte cansancio y desgaste a causa de las múltiples guerras, se perdieron grandes territorios y debido al mal estado del erario público, agotado por los gastos de la guerra y la falta de soldados voluntarios, se encontraba sin dotación ni efectivos.

La primera ordenanza general de este período que dura hasta la Codificación, es la *Real Ordenanza* de 28 de diciembre de 1701, conocida como *Las Segundas de Flandes*, dadas en Bruselas por Felipe V. Algunos autores, como Fernández Segado[25], las consideran como decisivas en orden al nacimiento de la actual concepción de la Justicia Militar. Sin embargo, tuvieron una vida muy corta, siendo perfeccionadas por el propio monarca en 1728, sufriendo numerosas modificaciones y añadidos. Esta *Real Ordenanza* trató de la *subordinación y disciplina de las Tropas, su Fuero, Desertores, Revista, castigo para plazas supuestas, asistentes, duelos, desafíos y casamientos de Oficiales y de Soldados*. Del propio título se deduce ya su falta de sistemática, mezclando sin orden todo tipo de materias; su mayor importancia deriva de la introducción, por primera vez en nuestro país, de los

[24] SOTTO Y MONTES, Joaquín de: "Organización Militar española de la Casa de Borbón (s. XVIII)", en *Revista de Historia Militar*, núm. 22. Madrid, 1967, p. 115.

[25] FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La jurisdicción militar en su perspectiva histórica", en *R.E.D.M.*, nºs 56-57, tomo I. Madrid 1991, p. 25.



Carlos III el Reformador. Taller de Antonio Rafael Mengs.

Consejos de Guerra[26] como medio de enjuiciar los delitos militares, siguiendo el modelo de la Ordenanza Militar Francesa de 1667 que introducía, a instancia del duque de Choiseul, la denominación *Conseils de Guerre* para designar los juicios militares, figura de gran raigambre y que permaneció en nuestro derecho castrense hasta 1989 con la entrada en vigor de la Ley Orgánica Procesal Militar.

A lo largo de sus ciento treinta y cuatro artículos se contenían abundantes preceptos penales para el mantenimiento de la *subordinación y disciplina en las tropas*. En sus artículos 116 a 124 se sancionan la desobediencia e insulto a un superior, los desórdenes, los malos tratos, daños y sustracciones en las marchas y viajes, la sedición, la denegación de auxilio a los ministros de la justicia, el abandono de puesto y el retraso en su incorporación al mismo, el abuso de autoridad, la deserción, la enajenación de efectos militares, la falsa reclamación de haberes y los duelos. En su artículo 134 se ordena, al igual que en ordenanzas anteriores, la lectura periódica a las tropas de todas las leyes penales a fin de que *nadie pueda alegar su ignorancia*. También se regularon en esta ordenanza dos supuestos de responsabilidad colectiva: en el artículo 72 para el supuesto de rendición de un destacamento por no defenderlo bien los soldados, en que el Consejo de Guerra determinará un número de entre ellos que se debe fusilar, y el artículo 75 para el supuesto de voz sediciosa o desobediente en tropa formada en batalla[27].

Bien pronto fueron objeto de numerosas modificaciones. Así, el 28 de septiembre de 1704 sufren su primera reforma; en 1706 se dictan normas complementarias (el 22 de febrero para las Guardias de Corps, el 22 de diciembre para la Guardia Real y el 30 de diciembre para la Infantería, Caballería y los Dragones); en 1711 para los Ingenieros y en 1718 para la Artillería. El propio monarca, en 1724, nombró una Junta de Generales presidida por el marqués de Lede y compuesta por[28] el duque de Osuna, príncipe de

---

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

[27] Artículo 75: *Prohibimos a todo soldado de Infantería, Caballería y Dragones el juntarse y dar algún grito que incline a la sedición, y que cuando un regimiento estuviere en batalla o que los soldados estuvieren en tropas en algunas partes, si saliere de dicho batallón o tropas algún discurso encaminado a la desobediencia, mandamos a los oficiales que se hayen presentes, vayan a la parte donde hubieren oído la voz y prendan a cinco o seis soldados poco más o menos, poniéndoles a la cabeza del regimiento y mandándoles nombren al que hubiere gritado, y si no lo hicieren, se les echará suertes para hacerlos pasar por las armas inmediatamente.*

[28] ALMIRANTE: *Op. cit.*, p. 849.

Maserato, conde de Charny, conde de Marcillac, don Pedro de Castro, don Luis Ormée y don Andrés de Benicasa. En 1726 se pasó para informe al conde de Montemar para la Caballería y al conde de Siruela para la Infantería, quienes redactaron unas nuevas ordenanzas que tienen su promulgación el 12 de julio de 1728 y que no añaden nada nuevo a los presentes efectos.

Para la Armada Real, el rey Felipe V promulgó, con fecha 15 de noviembre de 1737, las *Ordenanzas del Infante Almirante*, dedicadas a su hijo el infante Felipe, almirante de todas las fuerzas navales, en las que no se contenían normas penales militares, sino de organización.

Al poco tiempo, tras un largo trabajo preparatorio que comenzó en 1717, y debidas a don Joaquín de Aguirre y Oquendo, capitán de navío y primer Mayor General de la Armada, se publicaron las *Ordenanzas Navales de 1748,* inspiradas en las ordenanzas francesas de 1689. Tuvieron su origen, según Torre Vélez[29], en una carta de 20 de octubre de 1745 del Consejo Supremo de Guerra y Marina que decía ... *que V.M. se sirva mandar se forme una Ordenanza clara y positiva que debe observarse en la Marina, con sus penas y forma de hacer procesos á los que faltaren á su cumplimiento.* Este código, según el citado autor, *por el gran pensamiento que comprende, por el estilo sencillo y grave con que está escrito, por la oportunidad de preceptos que contiene y por la armonía de sus partes, fue muy superior al de otras Naciones de la misma época.* En esta ordenanza marinera se contienen numerosos preceptos penales militares en su Libro I, Tratado V, *De la disciplina y materias de Justicia*, Título IV que trata *De los crímenes que deben examinarse en Consejo de Guerra y penas que les corresponden.* Como penas comunes se establecían la de muerte, los castigos corporales, la prisión y las galeras, agravándose la pena en función de la categoría del culpable; como pena específica se disponía el pasar al reo bajo la quilla del navío. Deslindó la competencia entre jurisdicciones y redujo el arbitrio judicial, siendo la más avanzada de la época, habiendo sido respetada por las ordenanzas posteriores hasta la codificación.

Las ordenanzas generales de mayor trascendencia son, sin lugar a dudas, las conocidas como *Reales Ordenanzas de Carlos III*[30] que, publicadas por el conde de Aranda el 22 de octubre de 1768, han permanecido en vigor hasta fecha reciente. El proceso de su elaboración fue lento, comenzándose los trabajos en los últimos meses del año 1749, en que por el rey Carlos III se nombró una junta de veinte generales, entre los que des-

---

[29] *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XXIV, p. 71.

[30] SOCIAS Mariano: *Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos*. Oficina Tipográfica del Hospicio. 3 tomos. Madrid, 1882.

[31] MARTÍNEZ FRIERA, Joaquín: "Sobre las Ordenanzas de Carlos III: Noticias de Don Joseph Antonio Portugués", en *Revista Ejército*, núm. 141, octubre de 1951, pp. 3 y ss.

tacaban[31] Sebastián Eslava, Antonio Manso, Jaime Massones de Lima, el marqués de la Mina, el marqués de Casatremañes y el conde de Revilla Gigedo, siendo secretario Nicolás Labarre. Su labor es finalizada en 1762, pero el monarca, influido por las ideas enciclopedistas de la época que las tachaba de carentes de espíritu liberal, no las publicó, designando una nueva Junta de Generales a la que encargó la redacción de un nuevo proyecto. Esta Junta siguió los trabajos de Joseph María Portugués y Monente, quien, a pesar de lo que sostiene algún autor[32], no fue su redactor, sino su inspirador con sus trabajos históricos sobre las ordenanzas militares. Esta nueva Junta, de carácter más liberal y presidida por el conde de Aranda, nombrado Capitán General en 1763[33], culminó el proceso de elaboración con su promulgación el 22 de octubre de 1768 en San Lorenzo el Real, bajo el título de *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Exércitos,* anulando a todas las anteriores ordenanzas en su exposición[34].

La crítica a estas ordenanzas no ha sido unánime; algunos autores, como Salcedo[35], Querol[36] y Tomás y Valiente[37], niegan que supusieran un progreso con respecto a las anteriores, sin que añadieran apenas nada a las de Felipe V, procediendo la mayor parte de sus preceptos de las de la Marina de 1748. Significativa es la crítica de Tomás y Valiente, quien considera a la Ordenanza *casuística, confusa, acumulativa, con sedimento de siglos medievales, con un excesivo margen al arbitrio judicial, con un sistema de penas riguroso, ... sin proporcionalidad en el castigo entre autores, cómplices y encubridores, sin proporcionalidad entre penas y delitos....* Entre

---

[32] BERMÚDEZ DE CASTRO, Luis: "Un suceso inesperado y las Reales Ordenanzas", en *Revista Ejército*, núm. 124, mayo de 1950, pp. 9 y ss.; Idem: "A memoria del autor de las Reales Ordenanzas de Carlos III", en *Revista Ejército*, núm. 145, febrero de 1952, pp. 25 y ss.

[33] Se encontraba formada por los tenientes generales don Antonio Manso y don Alejandro O'Reylly, don Juan Martín Zermeño, el conde de Gazola, el mariscal de campo don Eugenio Bretón y el brigadier don Jacinto Pazuengos. El secretario era el coronel don Antonio Oliver.

[34] *Don Carlos por la Gracia de Dios Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las dos Sicilias, de Jerusalén... Por cuanto ha manifestado la experiencia, que en la observancia de las Ordenanzas Militares, expedidas desde el año de 1728, se han ofrecido algunas dudas, que ó consultadas atrasaban mi servicio ó mal interpretadas podrían (tal vez) perjudicarle; y que en la falta de regla fija, que no daban por muchos asuntos del interior gobierno de los Cuerpos, quedaba expuesto á diformidad y voluntaria variación del método de buen régimen en ellos. Por tanto he resuelto que sean anuladas en todas sus partes las referidas Ordenanzas Militares, se observen inviolablemente para la disciplina, subordinación y servicios de mis Ejércitos las que explican los Tratados y Títulos siguientes.*

[35] SALCEDO Y RUIZ, Ángel: *Sustantividad y fundamento del Derecho Militar.* Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de 27 de abril de 1913.

[36] QUEROL Y DURÁN, Fernando de: *Op. cit.*, p. 38.

[37] TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta. Siglos XVI, XVII y XVIII.* Ed. Tecnos. Madrid, 1969, p. 407.

ORDENANZAS DE S. M.

PARA EL REGIMEN,

DISCIPLINA,

SUBORDINACION, Y SERVICIO

DE SUS EXERCITOS.

ARCHIVO FACULTATIVO DE

TOMO PRIMERO.

SUBDIVIDIDO EN TRES TRATADOS.

DE ORDEN DE S. M.

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

MUSEO MILITAR

sus defensores más entusiastas podemos citar al general Bermúdez de Castro[38] y al coronel auditor Antonio Coronel[39]. Ciertamente las ordenanzas carolinas deben ser ensalzadas en cuanto atañe a la regulación que hizo de las normas morales, de comportamiento y organización por las que se debían regir los componentes de los ejércitos, muchas de ellas con validez en los momentos actuales y que permanecen plasmadas en las actuales *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas de 1978,* pero en cuanto a las normas de Derecho Penal Militar que contenía adolece de los mismos defectos que la legislación penal de la época, con un excesivo rigorismo en las penas y gran discrecionalidad en su imposición; carecía de sistemática conteniendo los tipos penales sin ordenarlos por tipos penales, ni en atención a los bienes jurídicos protegidos.

En el tratado VIII, *Materias de Justicia*, título X, bajo el epígrafe *Crímenes militares y comunes y penas que á ellos corresponden*, y a lo largo de ciento veintiún artículos reguló diferentes tipos penales en vigor en gran parte hasta el *Código Penal del Ejército de 1884*. Como delitos específicamente militares se castigaban en primer lugar los que debían ser enjuiciados por consejo de guerra ordinario: la blasfemia, el juramento execrable por costumbre, robos de vasos sagrados, ultraje a imágenes divinas, ultraje a sacerdotes, el insulto a lugares sagrados, la inobediencia, el insulto contra un superior, la injuria o insulto contra ministros de la justicia, la sedición, la conspiración para la sedición y la negligencia en su represión, la tolerancia o auxilio a reos prófugos, el trato de infidencia, los desafíos, el alboroto, la falta de puntualidad en acudir a su puesto, diversas infracciones de los deberes del centinela penando el dormirse, el abandonar el puesto, el dejarse *mudar* por quien no sea su cabo y el no avisar de novedad, los insultos a centinelas, la inducción a riñas, la alevosía, el consentimiento o abrigo de un delito, el espionaje, los delitos contra la disciplina, los desórdenes en las marchas, los incendios, fabricar moneda falsa, la violencia contra mujeres, el crimen nefando, ser testigo falso, la ilegalidad de dependientes de víveres, comerciantes y vianderos, el robo con muerte, el robo de armas o municiones, el contrabando, la deserción y su auxilio –que tuvo que sufrir modificaciones por real orden de 31 de julio de 1866 para añadir el abandono de banderas, la agravante de segunda deserción tras haber sido indultado de

---

[38] BERMÚDEZ DE CASTRO: «A memoria del autor...», p. 19. *Así me salve Dios como yo siento, pienso y creo que, después de Don Quijote de la Mancha –y aun puede que a la par de él–, no hay libro en el mundo más de mi gusto que las Reales Ordenanzas de Carlos III, no solo porque sus artículos son claros como el cristal, sino porque a través de ellos se ve la férrea armazón de la buena milicia, y lo que se adivina, que es el espíritu militar de quienes la componen...*

[39] CORONEL VELÁZQUEZ, Antonio: "Nuevos datos sobre las Reales Ordenanzas", en *Revista Ejército*, núm. 145, febrero de 1952, p. 25.

la primera, y como causa de prescripción del delito su inutilidad para el servicio–, el disimulo malicioso del verdadero nombre, patria, edad o religión, la cobardía, la ofensa de obra entre oficiales, el empleo de soldados en servicios domésticos, la traición (art. 67) y el disimulo de identidad. La comisión de estos delitos en estado de embriaguez sigue sin suponer una atenuación o excusa.

En el tratado VIII, título VII, se contenían en sus artículos 2 al 9 los delitos que debían ser enjuiciados por Consejo de Guerra de Oficiales Generales, juzgando a los oficiales de los delitos de: insuficiente defensa de plaza, fuerte o puesto guarnecido o su entrega; rendición motivada por desobediencia de inferiores y por llamar éstos a los enemigos sin que el jefe de la plaza, fuerte o sitio pudiera remediarlo; mantener correspondencia con el enemigo; abandono deliberado del puesto en acción de guerra o marchando a ella; pérdidas por sorpresa de plaza, fuerte o puesto; dejar en desamparo a la tropa subordinada, y la revelación de secretos militares al que *revelare alguna circunstancia en que se le ordene guardar secreto...*

El tratado VIII del título II, en sus artículos 1 al 4, bajo la rúbrica *Casos y delitos en que no vale el fuero militar*, establecía diversos supuestos en los que el militar perdía su fuero y era juzgado por los tribunales comunes: la resistencia formal o desafío a la Justicia, la fabricación o expedición de moneda falsa, la extracción de moneda o pasta de oro o de plata, el uso de armas cortas fuego o blancas prohibidas, el robo o amancebamiento en la Corte, delitos contra la administración y recaudación de rentas reales y aquellos capitales delitos cometidos antes de su incorporación a filas. Por último, extendió en su título III, *Casos y delitos en que la jurisdicción militar conoce de reos independientes de ella*, la competencia de los consejos de guerra a los paisanos en los siguientes supuestos: auxilio a la deserción, su inducción o favorecimiento; el incendio de cuarteles, almacenes de boca y guerra o edificios reales militares; robos y vejaciones que se ejecuten en dichos parajes; el tratado de infidencia por espías o en otra forma; el insulto a centinela o salvaguardia y la conjuración contra el comandante militar, oficiales o tropa.

La penalidad fue muy dura, pero hemos de tener en cuenta, como ya hemos indicado, que esa severidad era común en los ordenamientos de la época, así como la baja catadura moral de la mayor parte de las tropas. Se aplicaban penas comunes y militares: entre las primeras destacan la de muerte, que podía ir unida a la quema o descuartizamiento del cadáver y que en ocasiones se aplicaba por el procedimiento de la *diezma;* las penas corporales como la mordaza, el atravesamiento de lengua, la amputación de mano, los grilletes y el ser golpeado con baquetas y palos; los trabajos forzados en obras públicas o arsenales y las de privación de libertad en prisio-

nes o galeras. Como penas específicamente militares se contenían la privación y deposición de empleo, el destino a cuerpos de disciplina, el aumento del tiempo que debía permanecer enganchado y la recarga en los servicios.

Como última ordenanza general de la Edad Moderna recogeremos las *Ordenanzas de la Armada de 22 de Noviembre de 1793* (redactadas por el General Jefe de la Escuadra José de Mazarredo, auxiliado por el conde de San Cristóbal –José de Arias Paternina–, el capitán de fragata Antonio Escaño y el oficial de contaduría Antonio Ruiz), por orden de Carlos IV, para la mejora del arte de la guerra naval. Limitó el amplio arbitrio de los consejos de guerra, la enorme discrecionalidad en la aplicación e imposición de penas y se describían con mayor detalle los delitos de rebelión, sedición, motín, cobardía, insulto a superior, contra los deberes del centinela, la desobediencia y la deserción. Posteriormente, en el año 1802, fueron revisadas por Domingo de Grandallana y una junta de generales, entre los que se contaban Lángara, Aristizábal, Gravina y Gil.