

## CENTENARIO

En este año –concretamente el 27 de septiembre de 1990– se cumple el I Centenario de la promulgación del Código de Justicia Militar de 1890. Con motivo de su sustitución por el Código de Justicia Militar de 1945, el recordado Auditor Don Félix Ochoa y Alvarez Cascos publicó en “El Telegrama del Rif” un jugoso artículo titulado “Necrología de un Código”. Tampoco pretendemos con éstas líneas hacer una exposición técnico jurídica del mismo sino sólo un recuerdo, un “in memoriam” de este cuerpo legal, del cual dijimos en otro lugar que, “durante más de cincuenta años (los últimos con intensidad de aplicación quizás no superada por ningún código penal militar del mundo), ha venido rigiendo en anchas zonas de la vida jurídica española; matizando sin embargo que lo fué con el estrambote de la Ley de Jurisdicciones, de 20 de marzo de 1906, con diversas reformas parciales y sobre todo con las modificaciones dispuestas a consecuencia de nuestra guerra civil, especialmente la Orden Circular de 25 de enero de 1940 sobre “examen de penas”, verdadero paradigma de irregularidades jurídicas.

Pero, cualesquiera que hayan sido sus vicisitudes, modificaciones y áreas de vigencia, el cuerpo legal castrense que conmemoramos culmina y resume la primera parte del proceso codificador de nuestra Jurisdicción Militar; parte surgida no mucho tiempo después del Decreto de 9 de abril de 1874 militarizando el Cuerpo Jurídico Militar, hasta entonces civil, y así mismo como fruto de lo que el Profesor González-Deleito (1) llamó el “inicio de un pensamiento jurídicomilitar digno de estudio”. A esa primera fase siguen una segunda –también con un amplio período de vigencia–, formada por el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, del que pudiera decirse que fué una ocasión desperdiciada para aprovechar las experiencias y técnicas ya imperantes en la época, que le hubieran llevado a adecuarse a la altura de los tiempos. Cuarenta años más tarde empieza un tercer período codificador, materializado en los vigentes: Código penal militar de 9 de diciembre de 1985, Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, de 15 de julio de 1987 y Ley Procesal Militar de 13 de abril de 1989. Las vicisitudes y alcances de cuyas tres normas básicas de la Justicia

(1) Nicolás González-Deleito y Domingo, “La evolución histórica de la Jurisdicción Militar”, proveniente de su magnífica Tesis doctoral y publicada en el nº 38 (1979) de esta Revista Española de Derecho Militar.

castrense, fueron concisa y útilmente expuestos por Antonio Millán Garrido en los respectivos tomos (1986, 1987 y 1989) publicados por Editorial Tecnos, Madrid.

Los precedentes legales inmediatos del Código de 1890, al que nos estamos ciñendo en estas líneas, están resumidos así:

a) En el Ejército de Tierra se promulgaron poco tiempo antes: la Ley de Organización de los Tribunales de Guerra y sus atribuciones, de 10 de marzo de 1884; el Código Penal del Ejército, de 17 de noviembre del mismo año; y la Ley de Enjuiciamiento Militar, de 29 de septiembre de 1886.

b) En la Marina de Guerra, el Código penal de 24 de agosto de 1888 y la Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de Marina; más la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina, ambas de 10 de noviembre de 1884.

Los tres cuerpos legales del Ejército se refundieron, en cumplimiento de la Ley de 25 de junio de 1890, y por Real Decreto de 27 de septiembre de 1890, se promulga el Código de Justicia Militar cuyo centenario motiva éstas notas. La Ley Orgánica de Tribunales de Guerra pasa a ser el Tratado I del nuevo Código; el Código penal del Ejército, el Tratado II, y la Ley de Enjuiciamiento Militar, el Tratado III. Resta advertir que, en la Marina subsisten los tres Códigos precitados, sin producirse su refundición.

Los escasos tratadistas que comentan la corta vida legal de estos precedentes del Código de 1890 son constantes en afirmar que, especialmente el Código penal de 1884, "se sustraían al carácter tradicional de nuestro Ejército, consagrado por las Ordenanzas" (2), o decir (3) que, "se le tachó de poco militar, de sustraerse al carácter tradicional de nuestro Ejército"; llegando a llamarle "paisano con forro de cuartel"; o, más genéricamente consignar (4), "que se separó demasiado del espíritu y sanos principios de nuestra tradición penal militar para inspirarse en corrientes doctrinales del momento". Pero más adelante dirá el autor últimamente citado (Fernando de Querol) que "el Código de Justicia remediaba en gran parte los defectos fundamentales de aquellas leyes, estableciendo una loable amplitud judicial en la apreciación de la prueba y las circunstancias de los hechos enjuiciables, así como en el grado de la pena a imponer, etc."

Por motivos, pues, más bien políticos que técnicos, surgió así un Código que organizaba y desarrollaba la jurisdicción castrense según lo que Ricardo Calderón Serrano (5) llama el sistema administrativo, en contraposición a la

(2) Nicasio Pou Ribas, "Código de Justicia Militar", pág. 4. Editorial Reus. 1927. Manual que constituye un sereno y práctico tratamiento del tema.

(3) Fernando Alarcón Roldán, "Código de Justicia Militar vigente", págs. 7-8. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1940.

(4) Fernando De Querol y Durán. "Principios de Derecho Militar Español". T. I, pág. 42. Editorial Naval. Madrid 1946. La obra -muy valiosa-, que consta de dos tomos, se refiere al Código de Justicia Militar de 1945 y supone su primer y fundamental comentario.

(5) "El Ejército y sus Tribunales (Segunda parte)", pág. 148. Ediciones Lex. México, D.F. 1946.

Jurisdicción según un sistema judicial con órganos independientes del Poder Ejecutivo. Y así, el artículo 24 del Código del 90 atribuye el ejercicio de la Jurisdicción de Guerra a los Generales en Jefe de Ejército, Capitanes Generales de Distrito y Jefes Comandantes de tropa con mando independiente, Gobernadores de plaza sitiada o bloqueada, y a los Consejos de Guerra Ordinarios y de Oficiales Generales, siendo atribuidas las facultades supremas de revisión y resolución de disentimientos al Consejo Supremo de Guerra y Marina.

Este ejercicio directo de la potestad judicial encomendado a las Autoridades Militares, sólo lo condicionó el Código a que fuera prestado de conformidad con el parecer o dictamen del Auditor de Guerra (art. 26), funcionario letrado al que puede atribuirse, en verdad, el título de elemento técnico de la justicia castrense, si bien su función estaba más cerca de un servicio de asesoramiento que de la misión plena judicial característica del Magistrado. El Código, además, encomendó las funciones de instrucción de los procedimientos a militares sin condición de letrados, como asimismo las propias del Defensor y del Ministerio Fiscal, hasta que en 1919 se creó, con esfera de actuación limitada a los procesos por delitos comunes o en los que estuviera implicado algún paisano, la figura del Fiscal Jurídico Militar, funcionario del Cuerpo Jurídico castrense.

La vigencia en el Código de Justicia Militar de 1890 de este llamado sistema administrativo, se quebró radicalmente con el advenimiento de la República; y así desde las Leyes de 11 de mayo, 3 y 17 de julio de 1931 hasta el inicio de la guerra civil en 1936, se implantó el sistema judicial en que las atribuciones de la Autoridad Judicial Militar quedaron ejercidas exclusivamente por el Auditor; el Ministerio Jurídico Militar (dependiente de la Fiscalía General de la República) que absorbió las funciones de los Fiscales Militares, los cuales desaparecerían; la Defensa se cubría indispensablemente por Abogados colegiados y el Consejo Supremo de Guerra y Marina era sustituido por la Sala Sexta del Tribunal Supremo, dándose decisivos pasos en un proceso de tecnificación e independencia de la Jurisdicción castrense. Este sistema sufrió coyunturales alteraciones de estructura y funcionamiento en la zona territorial que permanecía leal al Gobierno de la República y desapareció totalmente al término de la guerra civil. Nos remitimos para mayor detalle a nuestras "Notas sobre la organización de Tribunales militares en la Guerra Civil (1936-1939)", publicados en el n° 504 de la Revista General del Derecho, Valencia 1986, y al precitado libro de Calderón Serrano, en sus páginas 92 a 96.

Restablecida su azarosa vida, especialmente en éste último período en que sufrió múltiples modificaciones, singularmente en el tratamiento penal y desarrollo procesal del delito de rebelión militar, fué sustituido como ya hemos dicho, por el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, dándose fin así a los precitados cincuenta años de vigencia, no exenta de intermitencias y variantes.

Tras dar cuenta de la motivación extrajurídica que determinó sustituyera a los Códigos de 1884 y 1886, así como de las vicisitudes de su larga vida legal, parece más útil que el entrar en la pormenorización de su contenido, pasar a enumerar algunas de las fundamentales diferencias respecto del Código penal de 1884, y así, destacar: la inclusión de faltas graves y leves, muchas de aquellas degradadas de la categoría de delitos; remisión al Código penal común del tratamiento de las causas de extinción de responsabilidad, reservándose sólo algunas de imposible aplicación en la vida jurídico militar; fijación de criterios o pautas para graduar la extensión de las penas, pautas que sin suponer formales circunstancias modificativas, limitaron bastante el muy amplio arbitrio judicial del Código anterior; sustitución de los preceptos en que se castigaban varios importantes delitos comunes mediante la fórmula de aplicar la penalidad ordinaria más una agravación para el militar que los cometa; supresión de las escalas graduales de penas, quedando en su lugar una lista de penas militares y comunes en las que se excluyen de las primeras el arresto militar, la suspensión de empleo, el destino a Cuerpo de disciplina y el recargo en el servicio, que por ser anejos a las faltas y no a los delitos toman el carácter de correcciones y no el de penas; extensión a los paisanos de los preceptos relativos a la rebelión militar cuando se sumen a los alzamientos armados o contra órganos políticos en los que como sujetos activo o pasivo intervengan militares, real o formalmente; asimismo se amplía el catálogo de los supuestos delictivos sediciosos comprendiendo varios casos de intervención de paisanos; se configura el delito de insulto a fuerza armada en un amplio sentido (de palabra, por escrito u otra forma equivalente); se sitúan bajo más adecuadas rúbricas las extralimitaciones en el ejercicio del mando y asimismo la antigua deserción del Oficial; se desglosan para, convertidas en faltas graves, pasar al Título XI (“De las faltas y correcciones”) del Libro II, muchas infracciones del Título IV del Código del 84 (“Delitos contra los deberes del servicio militar”) que ahora se llaman en el Código de 1890, bajo el número VIII, “Delitos contra los fines y medios de acción del Ejército”; creándose, finalmente, un capítulo especial para los delitos contra el honor militar, si bien su contenido no concuerda exactamente con la rúbrica ni bajo ella se hallan todas las infracciones que afectan a tal bien jurídico.

Sin destacar pormenorizadamente otros puntos polémicos del contenido del Código de 1890, nos detendremos solo en el llamado problema de la exigencia expresa de voluntariedad en los delitos militares, problema que se generó al suprimirse en dicho nuevo texto legal este requisito de culpabilidad, que también bajo la fórmula de “malicia” tenían las leyes penales de la Marina de Guerra; siendo por lo demás carácter inherente e imprescindible para configurar cualquier delito. El vigente Código Penal Militar de 1985 se

(6) “Observaciones para aplicación del Código de Justicia Militar”, citado sin más referencias por Nicasio Pou, en su precitado Manual. pág. 173 y siguientes.

apresura a establecer categóricamente en su artículo 2º: “No hay pena sin dolo o culpa”.

Antonio Conejos decía (6), “entendemos que ha hecho bien el Código en suprimir la palabra “voluntarios” que todas las leyes penales han venido empleando para designar las acciones u omisiones constitutivas de delito. Resulta mas claro en esta forma el precepto legal, y tratándose de Tribunales militares, llena mejor su objeto que si en él se comprendieran frases cuyo significado había de prestarse a reflexiones de orden metafísico”. Los tres ejemplos clásicos para justiciar esta endeble postura son los de: el centinela que se duerme, el militar que huye ante el enemigo y el de la voz sediciosa encubierta por los seis más próximos. Unas veces se fundamenta la punición en la negligencia en evitar el sueño; en otro caso en la consideración de que el miedo no puede ser fuerza irresistible para el militar primero en huir frente al enemigo o, finalmente, en una suerte de connivencia o encubrimiento de los seis más próximos el sitio donde hay salido la voz sediciosa (7). Hoy no pueden sostenerse estas tesis anticulpabilistas; y menos con Códigos obedientes a un sistema de jurisdicción independiente del poder ejecutivo. Afortunadamente la disciplina militar que imperó en su época y el buen sentido de los Tribunales actuantes dió lugar a una prácticamente nula aplicación de las normas precitadas.

En suma y si hemos de dar una impresión final, podríamos remitirnos a lo ya dicho recientemente (8) cuando, de modo somero nos referíamos a este cuerpo legal, dejando expresamente a un lado modificaciones y leyes especiales que tanto alteraron su imagen originaria: “Tuvo gran valor intrínsecamente práctico. Con graves errores técnicos que denotan poca sujeción a principios científicos, pero con hábiles fórmulas penales resultó atento a las necesidades del Ejército, que pronto se familiarizó con su sencillez y atemperó su uso a un sentido más realista que rigurosamente dogmático”. Sufrió como pocos los avatares de la política y en especial de una guerra civil, erosionándose considerablemente su imagen. En su disculpa, recordemos a Ortega cuando decía que, en la cópula de lo jurídico con lo político, lo político desempeña siempre el papel del macho. Y apostemos por un Estado de Derecho.

*Francisco Jiménez y Jiménez*  
*General Consejero Togado*

(7) Vid. Jiménez y Jiménez, “En torno al requisito de culpabilidad en nuestro delito de sedición militar”, publicado en el nº 5 (1958) de esta Revista, páginas 83-100.

(8) Vid. Jiménez y Jiménez. “Introducción al Derecho Penal Militar”, pág. 194. Editorial Civitas. Madrid, 1987.