

Los bandos penales militares

Por JUAN LUIS CANO PERUCHA

I. PRESUPUESTOS GENERALES

El chileno Astrosa Herrera nos habla de dos clases de Bandos militares, los Bandos penales y los Bandos administrativos. Los primeros son dictados por las autoridades militares competentes para sancionar, como delitos, hechos atentatorios a la seguridad de las tropas; los segundos, en cambio, tienen por objeto solucionar los problemas de orden administrativo que puedan existir en territorio enemigo (1). En realidad, cuando hablamos de Bandos nos referimos a los primeros, a los Bandos penales, y sobre ellos vamos a centrar nuestro estudio.

Para Landín Carrasco el Bando es «una ley provisional, justificada por circunstancias de excepcional gravedad, que puede definir nuevas actitudes delictivas, señalar las penas a ellas correspondiente y modificar transitoriamente la competencia de ciertas jurisdicciones para conocer de infracciones determinadas» (?).

Sobre la base de esta definición, tan descriptiva, se pueden señalar las siguientes características de los Bandos:

1. Son fuente del Derecho penal: Los Bandos constituyen una verdadera y auténtica fuente del Derecho punitivo, pero su ámbito de aplicación es muy limitado, ya que sólo pueden ser dictados en dos circunstancias excepcionales: en campaña y en estado de sitio. Esto no supone una infracción del principio de legalidad, «nullum crimen, nulla poena sine proevia lege poenali». Se trata únicamente del «reconocimiento de que, en circunstancias de excepción, las autoridades militares asumen unas facultades equiparadas en materia penal a las legislativas, es decir, de que los bandos militares dictados por las autoridades competentes tienen el carácter de ley penal» (3).

(1) Renato ASTROSA HERRERA, *Derecho Penal Militar*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1971, 20-21.

(2) Amancio LANDÍN CARRASCO, *Manual de Derecho Penal y procedimientos militares*, 6.^a edición, Ministerio de Marina, Madrid 1967, 12 nota 1.^a

(3) José María RODRÍGUEZ DEVESA en *Antón Oneca y Rodríguez Muñoz*, *Derecho penal*, tomo II (parte especial), Madrid 1949, 516.

2. Son leyes penales: Es preciso aclarar que esta identificación entre el Bando y la ley penal se produce solamente desde un punto de vista material, en cuanto que el Bando crea delitos y penas, sin que ello conlleve una violación del principio de legalidad como hemos visto anteriormente. Estamos ante una «delegación especial de funciones legislativas» (4).

Pero, «formalmente son disposiciones administrativas, por cuanto no emanan de los órganos legislativos ni se cumplen en ellos las solemnidades requeridas para la promulgación de la ley» (5).

3. Tienen carácter excepcional: Solamente rigen en los casos ya señalados, en campaña y en estado de sitio.

4. Tienen carácter temporal: Esta característica deriva de la anterior. Su vigencia se mantiene por un tiempo determinado, mientras duran las circunstancias excepcionales que dieron lugar a su creación.

5. Pueden crear nuevos delitos.

6. Pueden establecer penas para los nuevos delitos, o modificar las correspondientes a los delitos ya existentes. En todo caso las penas que establezcan no podrán ser distintas de las señaladas en la escala general.

7. Pueden ampliar el ámbito de la Jurisdicción Militar. En este sentido se manifiesta el artículo 35 de la L. O. 4/1981 al establecer: «En la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar».

Requisitos legales

El primer requisito legal es que los Bandos deben ser dictados por una autoridad militar con competencia para ello. Este precepto se establece de forma expresa en los artículos 11 y 181, párrafo segundo del C. J. M.

En el primero de los dos artículos mencionados se añaden otros dos requisitos, al exigir que los Bandos expresen:

- 1) El territorio en el que se aplicarán.
- 2) El momento de su entrada en vigor.

Sobre este último punto, Puig Peña afirma: «el Bando obliga por la publicación, sin que sea necesaria la comunicación individual» (6). Por publicación debe entenderse cualquier medio a través del cual se pone en conocimiento de las personas a las que va dirigido el contenido del Bando, v. gr., colocación de carteles que reproduzcan su contenido en lugares estratégicos, difusión a través de los medios de comunicación, etc.

(4) Federico PUIG PEÑA, *Derecho penal, parte general*, tomo I, 6.^a edición, Editorial "Revista de Derecho Privado", Madrid 1969, 76.

(5) José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Bandos penales militares*, REDM núm. 3 (1957), 157.

(6) F. PUIG PEÑA, *ob. cit.*, 76.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS

El Derecho Penal Militar se ha desarrollado de forma paralela a las diversas estructuras que a lo largo de la Historia han caracterizado a los Ejércitos. Hasta el siglo XVIII no puede afirmarse taxativamente que los Ejércitos tengan carácter permanente, por lo que hasta esta fecha no surge la necesidad de dictar Ordenanzas generales para todo el Ejército, bastaban las Ordenanzas que se aprobaban para cada campaña en particular y los Bandos que daban los generales para las tropas que estaban bajo su mando.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que el Bando fue durante varios siglos la única fuente del Derecho Penal Militar. En este sentido Otero Goyanes afirma: «Cronológicamente forman la primera fuente legal. Para las fuerzas terrestres solían dictarse en el siglo XVI, por los capitanes generales que mandaban huestes destinadas a empresas bélicas, bandos o proclamas con las normas esenciales para la definición de los deberes de los soldados, y las penas y procedimientos contra los infractores» (7). Esta afirmación viene confirmada por una comunicación que hizo el Duque de Alba al Rey Felipe II, en Cascaes, el 5 de agosto de 1580, en la que concluía diciendo: «... y en los ejércitos no hay otras leyes en lo criminal sino los bandos» (8).

No podemos indicar, con seguridad, una fecha exacta sobre el nacimiento de los Bandos. Lo que sí sabemos es que durante el siglo XVI fueron dictados con bastante profusión, y prueba de ello son los Bandos de:

— Hernán Cortés en Tzazcatecle (1520).

— Carlos I en Génova (1536).

— El Duque de Alba en la guerra contra el Papa Paulo IV, publicado en el campo junto a Guillionova (5 de junio de 1557).

— El Duque de Alba, a nombre del Rey, en Bruselas, con motivo de los excesos cometidos contra los sacerdotes católicos en enero de 1567, haciendo responsables a los pueblos, y que los favorecedores de dichos rebeldes sean condenados a muerte y sus casas arrasadas, y dando a todos facultad para matar impunemente a cuantos hayan cometido dichos crímenes (12 de enero de 1567).

— Sancho de Londoño, de orden del Duque de Alba, en su famoso discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado (1568) (9).

La creación de ejércitos permanentes, como hemos señalado anteriormente, obliga a dictar Ordenanzas generales para los mismos, pero esto no supone una desaparición de los Bandos que

(7) Joaquín OTERO GOYANES, *Los bandos de guerra*, REDM número 3 (1957), 9.

(8) J. OTERO GOYANES, *loc. cit.*, 10.

(9) J. OTERO GOYANES, *loc. cit.*, 9-10.

siguen existiendo como medio de cubrir las necesidades penales que surgen durante una guerra, y que, lógicamente, no pueden estar previstas en las Ordenanzas.

Durante el siglo XIX se dictaron numerosos Bandos, fruto de los acontecimientos acaecidos en nuestra Patria en este siglo. Otero Goyanes nos recuerda el Bando de 1808 por el que se prevenía que mientras permaneciesen las tropas francesas en Madrid se les dispensase toda consideración y miramiento (10). Hubo también otros, tanto en este período de la Guerra de la Independencia, como en las Guerras Carlistas.

Los Códigos Penales Militares aprobados a finales del siglo XIX no obstaculizaron la existencia de los Bandos. Ni el Código Penal del Ejército, aprobado por Real Decreto de 17 de noviembre de 1884; ni el Código de Justicia Militar, promulgado el 27 de septiembre de 1890, se opusieron a los mismos, como reconocimiento de su ineludible necesidad como fuente del Derecho Penal Militar.

Ya en nuestro siglo cabe destacar por la importancia que ha tenido en la reciente historia de España, el Bando declaratorio del estado de guerra de 28 de julio de 1936. Para Royo Villanova supuso: «el traspaso a la autoridad militar de todo lo relativo al establecimiento de la paz pública y el incremento ilimitado de la competencia de la Jurisdicción Militar» (11). La vigencia de este Bando fue imprecisa, afirma Rodríguez Devesa: «Una comunicación de la Presidencia de 7 de abril de 1948, trasladando los dos considerandos de una contienda suscitada entre un juzgado de la Zona Aérea de Marruecos y la jurisdicción ordinaria, declaró que el bando ya no estaba en vigor, y el 5 de mayo de 1948 se aclara que tampoco lo estaba en 1946» (12). Por lo que no sabemos exactamente la duración del mismo.

III. LOS BANDOS COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL

Los Bandos, como ya hemos afirmado anteriormente, constituyen una fuente del Derecho punitivo, tanto en el ámbito del Derecho Penal Militar como en el del Derecho Penal Común

Lo primero está reconocido taxativamente en el párrafo segundo del artículo 181 del C. J. M. Este artículo establece: «Son delitos o faltas militares las acciones y omisiones penadas en este Código. Lo son igualmente los comprendidos en los Bandos que dicten las autoridades militares competentes». Afirma Cuello Calón que «los Bandos a que se refiere el artículo 181 del C. J. M. son fuentes de Derecho penal militar, pero no de Derecho penal co-

(10) J. OTERO GOYANES, *loc. cit.*, 11.

(11) Antonio ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, tomo I, Valladolid 1948, 372.

(12) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 8.ª edición, Madrid 1981, 173, nota 10.

mún» (13). No hay nada que objetar a esta afirmación, ahora bien, esos mismos Bandos durante una circunstancia excepcional el estado de sitio, se convierten en fuente del Derecho penal común.

En este sentido se manifiesta Astrosa Herrera al decir que «los Bandos penales constituyen una fuente de Derecho penal militar que entra en vigor cuando circunstancias de grave peligro y trascendencia para el Estado hacen temporalmente insuficientes las leyes penales normales» (14).

Teoría de la reserva de la ley orgánica en materia penal

Como puede deducirse de las manifestaciones anteriores de claro tajantemente que los Bandos constituyen una fuente del Derecho penal. Esta tesis es la seguida por la mayor parte de la doctrina penalista. Pero, recientemente ha surgido una nueva teoría, que afirma que la materia penal se haya sujeta a una reserva absoluta de Ley Orgánica.

Esta tesis, defendida principalmente por Cobo del Rosal y Vives Antón, se basa en una interpretación «sui generis» del artículo 81 de la C. E., en el que se exige Ley Orgánica para regular los derechos fundamentales y las libertades públicas. Dentro de esta materia, los mencionados autores, encuadran al Derecho penal, y por tanto exigen Ley Orgánica para su regulación. El principal efecto de esta teoría es que si las normas penales no revisten la forma de Ley Orgánica serán inconstitucionales. De este modo la materia penal queda sustraída a la ley ordinaria, a toda suerte de legislación delegada, a la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas y a las Ordenanzas de necesidad —Decretos-leyes, Bandos militares, etc.— (15).

La tesis expuesta carece de cualquier base constitucional y está desarrollada de espaldas a la realidad. Además se puede afirmar que su construcción se ha visto afectada por la práctica legislativa, que ha obligado a aclarar algunos aspectos. Así tras la modificación de diversos artículos del C. p. por ley ordinaria, los mencionados autores manifestaron que «de esta regla deben exceptuarse las leyes o normas con rango de ley que se limiten a derogar total o parcialmente preceptos incriminadores de la legislación nacida con anterioridad a la Constitución. Puesto que la legislación anterior a la Constitución carece del rango de Ley Orgánica, no tendría sentido conferírsele indirectamente, exigiendo una Ley Orgánica para su derogación» (16).

(13) Eugenio CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, revisado y puesto al día por César CAMARGO HERNÁNDEZ, tomo I (Parte General), volumen I, 18.^a edición, Editorial Bosch, Barcelona 1980, 208.

(14) R. ASTROSA HERRERA, *ob. cit.*, 21.

(15) Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, tomo I, 1.^a edición, Universidad de Valencia 1980, 134-135.

(16) M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *ob. cit.*, 135.

A pesar de esta excepción, esta teoría se ha visto vulnerada, ya, en varias ocasiones, v. gr., la Ley 82/1978, de 28 de diciembre que entró en vigor con posterioridad a la Constitución y que estableció nuevos delitos, entre ellos el del nuevo artículo 496 bis del C. p., amenazas para atemorizar a los habitantes de una población, y es, en cambio, una simple ley ordinaria. Fuera del Código, la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de control de cambios, regula, en sus artículos del 6 al 9, la materia penal por ley ordinaria.

La teoría carece de argumentación legal, ya que la Constitución no exige en ninguno de sus preceptos esta necesidad de la Ley Orgánica, y, si bien, se ha visto favorecida porque las últimas reformas legislativas en materia penal han sido objeto de Ley Orgánica, esto ha venido motivado por una política legislativa inadecuada, que, basada principalmente en el consenso, se ha caracterizado por el más absoluto desorden.

Dentro del tema concreto de los Bandos penales militares hay que afirmar que no sólo no se han visto afectados por la nueva legislación posterior a la Constitución, sino que han sido reconocidos de una doble forma:

1. Expresa: La L. O. 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que desarrolla el artículo 116 del texto constitucional, los reconoce para el estado de sitio en su artículo 34.

2. Tácita: La L. O. 9/1980, de 6 de noviembre, que modificó profundamente el C. J. M., no afectó al artículo 181. Por lo que el criterio del legislador sigue siendo el reconocimiento de los Bandos como fuente del Derecho penal militar.

Limitaciones de los Bandos

Es preciso tratar en este punto los siguientes aspectos:

1. *Derechos Fundamentales Constitucionales*: Para Cerezo Mir los Bandos «no pueden afectar a los derechos fundamentales y a las libertades públicas regulados en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución» (17). Esta limitación abarca tanto a los Bandos dictados en estado de sitio como a los dictados en campaña. Pienso que el tema tiene una mayor incidencia en el primer supuesto, es decir, en los Bandos dictados en estado de sitio, y por ello me referiré concretamente a éstos.

No niego que los Bandos deban respetar el núcleo de derechos que nuestra Constitución considera como fundamentales. Ahora bien, no siempre las propuestas teóricas tienen una realidad prác-

(17) José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, tomo I, 2.^a edición, Editorial Tecnos, Madrid 1981, 183.

tica. Piénsese que los Bandos se dictan en circunstancias excepcionales, por tanto lo que es perfectamente válido para una situación ordinaria puede no serlo en estos casos; y lo que en ningún caso podemos permitirnos es, que por meras proposiciones doctrinales, actuemos de espaldas a la realidad.

No quiero con esto decir que los Bandos puedan pasar por alto los preceptos de nuestra «Carta Magna», simplemente afirmo, que basándonos en la realidad, no tenemos más remedio que reconocer que los Bandos pueden limitar e incluso prohibir el ejercicio de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I de la C. E. Pero esta limitación o prohibición no es un «golpe de Estado», sino el reconocimiento de una realidad invariable.

Esta opinión es avalada por Jiménez de Asúa, para el cual «los Bandos pueden incriminar infracciones no existentes en las leyes: prohibición de pasar por un sitio concreto, reunirse un número determinado de personas, etc.» (18). Todo ello viene motivado por las circunstancias excepcionales que se viven en esos momentos, y que obligan a los Bandos a afectar a derechos fundamentales como el de circulación y residencia (art. 19 C. E.), expresión (art. 20), reunión (art. 21), huelga (art. 28), etc.

2. *Eximentes*: Los Bandos no pueden reducir el número de causas de exención de la responsabilidad criminal (19). Esta afirmación es lógica y no precisa de ningún comentario.

3. *Delitos*: En cuanto a los delitos no hay ninguna limitación, los Bandos pueden crear nuevas figuras delictivas. En este sentido se manifiesta la mayor parte de la doctrina: Cuello Calón (20), Jiménez de Asúa (21), Landín Carrasco (22), Puig Peña (23), Rodríguez Devesa (24), Rodríguez Mourullo (25), Rodríguez Ramos (26), Sáinz Cantero (27), etc. Una postura muy peculiar sostiene Otero Goyanes (28), para el cual los Bandos pueden establecer nuevos delitos solamente en campaña, en cambio durante las situaciones excepcionales del estado de sitio «esta facultad —afirma— debe quedar limitada a la equiparación a los delitos militares, ya definidos en el Código, de los hechos que la autoridad

(18) Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 4.^a edición, Editorial Losada, Buenos Aires 1964, 376.

(19) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *loc. cit.*, 159.

(20) E. CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, 208.

(21) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, 376.

(22) A. LANDÍN CARRASCO, *ob. cit.*, 12, nota 1.^a

(23) F. PUIG PEÑA, *ob. cit.*, 76.

(24) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, 172, n. 12.

(25) Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, Parte General*, volumen I, Editorial Civitas, Madrid 1978, 64.

(26) Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes de Derecho Penal*, 1 (Parte General), Facultad de Derecho-Universidad Complutense, Madrid 1978, 81.

(27) J. A. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, Editorial Bosch, Barcelona 1982, 16.

(28) J. OTERO GOYANES, *loc. cit.*, 23.

militar estime necesario sancionar». Generalmente esta equiparación se hará con el delito de rebelión militar. Esta técnica de equiparar los hechos punibles con el delito de rebelión militar es una técnica viciosa e inadecuada. No obstante la teoría de Otero Goyanes reconoce la posibilidad de que los Bandos puedan crear nuevos hechos punibles, aunque no se les dé un «nomen iuris» propio, y adopten el de rebelión militar. El tema es mucho más interesante en el aspecto de la sanción, ya que esta técnica a lo que realmente quiere oponerse es a las teorías que niegan que los Bandos puedan crear penas, y solventan así el problema imponiendo la pena correspondiente a un delito ya existente.

La tesis discrepante está defendida por Cerezo Mir, que afirma que «las autoridades militares, en el estado de sitio, no pueden crear nuevas figuras delictivas en el bando que dicten. Únicamente deben señalar qué figuras delictivas quedan sometidas a la jurisdicción militar» (29).

Es preciso reconocer que los Bandos pueden establecer nuevos delitos, tanto en campaña como en estado de sitio, y no cabe excluir este segundo supuesto, máxime cuando el artículo 34 de la L. O. 4/1981 establece: «La autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias...». Entre estas medidas y prevenciones —afirma Sáinz Cantero (30)— puede estar la de crear delitos.

4. *Penas*: Los Bandos tienen una única limitación en cuanto al establecimiento de penas, no pueden crear nuevas clases de penas, es decir, no pueden imponer penas que no figuren en las leyes vigentes en ese momento, v. gr., la pena de azotes. En este sentido se manifiesta Rodríguez Devesa (31).

Fuera de esta limitación los Bandos pueden agravar las penas señaladas para cada delito e imponer a los nuevos delitos creados las correspondientes penas. No obstante, afirma Rodríguez Devesa «en la práctica no se ha hecho uso de esta posibilidad, utilizando la técnica de equiparar las conductas comprendidas en los Bandos a otros delitos previstos con anterioridad en otras leyes, cuyo «nomen iuris» se adopta como cobertura, con sus correlativas penas; generalmente el de rebelión militar. Esta técnica es defectuosa, porque violenta la naturaleza de las conductas en cuestión que por primera vez se incriminan y provoca serias dificultades en orden al principio de legalidad de las penas al que no se deben tampoco sustraer los Bandos» (32).

Como ya he indicado anteriormente, la utilización de esta técnica de equiparación al delito de rebelión militar ha venido motivada por la idea infundada de que los Bandos no pueden es-

(29) J. CEREZO MIR, *ob. cit.*, 183.

(30) J. A. SÁINZ CANTERO, *ob. cit.*, 16.

(31) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, 172, n. 12.

(32) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 7.^a edición, Madrid 1977, 1142, nota 9.^a

tablecer penas diferentes de las señaladas en las leyes anteriores para cada delito. En este sentido opina Cerezo Mir, para quien los Bandos «no pueden modificar las penas señaladas con anterioridad en la ley a cada delito» (33).

Discrepo de esta opinión porque no tiene en cuenta que los Bandos son dictados siempre en circunstancias excepcionales, en las cuales se reduce el respeto a los diversos bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. Ello motiva la necesidad de un endurecimiento de las sanciones, ya que las penas anteriores no sirven ante la nueva sensibilidad general; y también motiva la necesidad de crear nuevas figuras delictivas a las que deben acompañar correlativamente penas expresamente previstas para ellas. Esta situación se mantendrá mientras dure la situación excepcional, transcurrida la cual el Bando, como derecho excepcional y transitorio, se extinguirá, y volverá a dejar paso a las normas ordinarias.

Para Cerezo Mir lo único que pueden hacer los Bandos dictados en estado de sitio es ampliar el ámbito de aplicación de la jurisdicción militar, ya que, según él, «al someter el enjuiciamiento de estas conductas delictivas a la jurisdicción militar se refuerza la eficacia intimidante de las sanciones penales» (34). Parece querer decir el mencionado autor, «¡cuidado! que juzgan los militares». Y esto no es aceptable. Ciertamente los Tribunales militares gozan de una merecida fama de rapidez y eficacia en la administración de la justicia, a diferencia de los Tribunales ordinarios, pero de aquí, a afirmar que la intimidación va a ser superior porque enjuicien el asunto los Tribunales militares, pienso que media un abismo.

IV. AMBITO DE APLICACION DE LOS BANDOS

Los Bandos se dictan en dos circunstancias: en campaña y en estado de sitio.

A) EN CAMPAÑA: En principio por campaña debe entenderse tiempo de guerra; ahora bien, la realidad actual nos muestra multitud de casos en los que un ejército puede estar en campaña sin estar en guerra el Estado, v. gr., tropas cubanas en Africa. ¿Pueden ser dictados los Bandos en estos casos? Pienso que sí.

Cuando hablamos de que los Bandos pueden dictarse en campaña nos estamos refiriendo a todas aquellas situaciones en que un ejército está combatiendo o preparado para hacerlo ante un enemigo real. Siendo indiferente que el conflicto tenga carácter internacional o interno; que haya precedido una declaración formal de guerra o no; o incluso que el enemigo no sea un auténtico ejército, sino un grupo terrorista, pero que por su importancia y

(33) J. CEREZO MIR, *ob. cit.*, 783.

(34) J. CEREZO MIR, *ob. cit.*, 183.

por la calidad de su armamento actúe como tal, y obligue al ejército a intervenir.

Autoridades militares legitimadas para dictar Bandos: Sobre la base de los artículos 53 a 56 del CJM, Rodríguez Devesa afirma que son las siguientes (35):

1. Generales en Jefe de Ejército.
2. Generales y Jefes de tropa con mando independiente.
3. Comandantes Generales de Escuadra.
4. Comandantes de fortaleza sitiada o bloqueada.
5. Comandantes de fuerzas que estén frente al enemigo, aisladas y sin posible comunicación con el resto del ejército. Para Rodríguez Devesa esta facultad les viene atribuida no sólo por el CJM sino también por el artículo 31 del Reglamento de Campaña aprobado por Ley de 5 de enero de 1882 (36).
6. Comandantes de islas o puntos aislados marítimamente que no tengan comunicación oficial por lo menos una vez por semana.
7. Comandantes de buques en alta mar.
8. Comandantes de unidades aéreas separadas del territorio nacional.

B) EN ESTADO DE SITIO: Los estados de alarma, excepción y sitio vienen regulados en nuestra Constitución en su artículo 116, el cual establece en su párrafo 1.º: «Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes». En cumplimiento de este precepto constitucional fue aprobada la LO 4/1981, de 1 de junio. Esta ley se ocupa del estado de sitio en sus artículos 32 a 36.

Declaración del estado de sitio: Procederá la declaración del estado de sitio «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios» (art. 32 1.º de la LO 4/1981). En estos casos el Gobierno propondrá al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de la Cámara. En dicha declaración se determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

Pienso que este precepto del párrafo 4.º del artículo 116 de la CE es inadecuado, porque no tiene en cuenta la realidad. Los hechos que dan lugar a la declaración del estado de sitio son lo suficientemente graves como para esperar a que el Congreso se reúna y lo apruebe, puede haber incluso hasta un debate parlamentario, todo ello con la consiguiente pérdida de horas que en estos casos es trascendental. Pero, aún más, los hechos a que se refiere el artículo 32, 1.º de la LO 4/1981, pueden consistir en tomar el Congreso de los Diputados. Esto no debe parecer extraño, ya que la reciente historia de España nos ha mostrado la veraci-

(35) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, 173, n. 12.

(36) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *loc. cit.*, 157.

dad de estas afirmaciones. ¿Qué hacer en estos casos?, ¿quién declarará el estado de sitio? La única solución viable, a mi modo de ver, será la apelación al Jefe del Estado. Debe ser el Rey quien declare el estado de sitio, teniendo en cuenta los recientes antecedentes que la historia nos ha brindado.

Esta posible situación caótica viene motivada por el debilitamiento de la Corona y la privación de atribuciones al monarca que ha llevado a cabo la CE. A mi modo de entender debería haberse mantenido en nuestro texto constitucional un precepto semejante al del artículo 10 d) de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967: «El Jefe del Estado estará asistido por el Consejo del Reino para: Adoptar medidas excepcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el sistema institucional del Reino estén amenazados de modo grave e inmediato, dando cuenta documentada a las Cortes». Esta facultad no tiene ningún matiz antidemocrático, y está reconocida al Presidente de la República en el artículo 16 de la Constitución francesa.

El profesor López Rodó ha recordado recientemente (37) que durante la discusión del proyecto de Constitución, en la que intervinieron como diputado del grupo parlamentario de Alianza Popular, alegó en favor del otorgamiento de esas facultades a la Corona, para hacer frente a situaciones de extrema gravedad: «No hace falta —dijo en aquella fecha— que cite ejemplos de cuáles pueden ser estas circunstancias. Una circunstancia podría ser un golpe de fuerza; podría ser un motín grave, que incluso ocupara la propia sede de esta Cámara...». Su propuesta encontró la más cerrada oposición. Peces Barbas dijo que «era una puerta abierta a la dictadura constitucional» y Solé Tura afirmó que equivaldría «a dejar en manos de una magistratura suprema unas facultades prácticamente de liquidación del juego normal de los poderes políticos». La enmienda fue rechazada, pero la historia se ocupó de demostrar que no era tan desacertada.

Concluyó manifestando que la actual forma de declarar el estado de sitio es inadecuada, pero podría mantenerse siempre que se estableciera un sistema subsidiario para los casos en los que no pudiera hacerse de aquel modo, o fuera preciso que se declarara con gran rapidez. Este sistema subsidiario sería la declaración por parte del Rey.

Actuación de la autoridad militar durante el estado de sitio: Todas las facultades extraordinarias establecidas por la CE y por la LO 4/1981 serán asumidas por el Gobierno, el cual designará la autoridad militar que, bajo su dirección, ha de ejecutar las medidas que procedan en el territorio que se encuentre bajo el estado de sitio (38).

(37) Laureano LÓPEZ RODÓ, *El Estado maltrecho* (Conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI el 15 de marzo de 1982), Madrid 1982, 15.

(38) Artículo 33 de la L. O. 4/1981.

Este precepto manifiesta una gran desconfianza hacia las Fuerzas Armadas, ya que detrás de la Autoridad militar estará siempre el Gobierno controlando y dirigiendo su actuación. Ante esta situación Fernández Segado afirma que está «desnaturalizada un tanto la misión tradicional de las Fuerzas Armadas en estas situaciones excepcionales del estado de sitio, por mor de la citada Ley Orgánica 4/1981, que deja la misión de la autoridad militar reducida a la de ser una mera ejecutora de unas medidas en cuya adopción no habrá participado en sentido estricto, lo que desde luego no tiene difícil comprensión» (39).

El artículo 34 de la LO 4/1981 establece: «La Autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio».

Aunque la mencionada LO 4/1981 derogó los artículos 25 a 51 de la LOPúb. (Disposición derogatoria), como dichos artículos no han sido sustituidos por otros, Rodríguez Devesa opina que «pese o estar derogado debe aplicarse, mientras no se adopten las oportunas previsiones, en lo que no contradiga la ley, el artículo 39, en particular respecto a la audiencia «si fuera posible, del Auditor antes de publicar el Bando» (40).

V. CONCLUSIONES

1. Los Bandos constituyen la primera fuente legal del Derecho penal militar, desde un punto de vista cronológico.
2. Los Bandos son un derecho excepcional y transitorio.
3. Los Bandos deben ser dictados siempre por una Autoridad militar con competencia para ello.
4. Los Bandos son fuente del Derecho penal, tanto del Derecho penal militar como del Derecho penal común. Es preciso, por tanto, rechazar la teoría de la reserva de ley orgánica en materia penal.
5. Los Bandos pueden limitar o prohibir el ejercicio de determinados derechos fundamentales regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución.
6. Los Bandos no pueden reducir el número de causas de exención de la responsabilidad criminal.
7. Los Bandos pueden crear nuevos delitos.
8. Los Bandos pueden agravar las penas e imponer las correspondientes a los nuevos delitos creados, pero no pueden crear nuevas clases de penas.

(39) Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La Jurisdicción militar en nuestro ordenamiento constitucional* R. D. Púb., núm. 88-89 (julio-diciembre 1982), 569.

(40) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Una versión aberrante de las fuentes del Derecho Penal*, R. D. Púb., núm. 87 (abril-junio 1982), 245.

9. Los Bandos pueden ampliar el ámbito de la Jurisdicción Militar.

10. Los Bandos se dictan en dos circunstancias excepcionales: en campaña y en estado de sitio.

11. La forma de declarar el estado de sitio es inadecuada. Se propugna una intervención del Rey en tal declaración.

12. La actuación de la Autoridad militar durante el estado de sitio es objeto de una infundada desconfianza.

13. Debe aplicarse el derogado artículo 39 de la LOPúb. en lo relativo a la audiencia del Auditor antes de publicar el Bando.

ANEXO I

BANDO DECLARATORIO DEL ESTADO DE GUERRA DE 28 DE JULIO DE 1936

Las circunstancias porque atraviesa España exigen a todo ciudadano español el cumplimiento estricto de las leyes, y por si alguno, cegado por un sectarismo incomprensible, cometiera actos u omisiones que causaren perjuicio a los fines que persigue este movimiento redentor de nuestra Patria, esta Junta de Defensa Nacional, celosa en cuanto constituyen sus deberes en momentos tan solemnes, ha decidido ratificar la declaración del Estado de Guerra, y, en consecuencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto de esta fecha, y con el fin de establecer una unidad de criterio, tan necesaria en estos instantes, hace público el siguiente BANDO:

Artículo primero.—El Estado de Guerra declarado ya en determinadas provincias, se hace extensivo a todo el territorio nacional.

Art. segundo.—Los insultos y agresiones a todo militar, funcionario público o individuo perteneciente a las milicias que han tomado las armas para defender la Nación, se considerarán como insulto a fuerza armada y serán perseguidos en juicio sumarísimo, aun cuando en el momento de la agresión o insulto no estuvieren aquéllos desempeñando servicio alguno.

Art. tercero.—Los funcionarios, Autoridades o Corporaciones que no presten el inmediato auxilio que por mi Autoridad o por mis subordinados sea reclamada para el restablecimiento del orden o ejecución de lo mandado en este Bando, serán suspendidos inmediatamente de sus cargos, sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad criminal, que les será exigida por la jurisdicción de Guerra.

Art. cuarto.—Serán juzgados por procedimiento sumarísimo todos los delitos comprendidos en los títulos V, VI, VII y VIII del Tratado segundo del Código de Justicia Militar.

Art. quinto.—Quedan sometidos a la jurisdicción de Guerra, y serán sancionados, del mismo modo, por procedimiento sumarísimo:

A) Los delitos de rebelión, sedición y sus conexos, atentados, resistencia y desobediencia a la Autoridad y sus Agentes y demás comprendidos en el título 3.^a del Código penal ordinario bajo el epígrafe de «Delitos contra el orden público».

B) Los de atentado contra toda clase de vías o medios de comunicación, servicios, dependencias o edificios de carácter público.

C) Los cometidos contra las personas o la propiedad por móviles políticos o sociales.

D) Los realizados por medio de la imprenta u otro medio cualquiera de publicidad.

Art. sexto.—Se considerarán como rebeldes, a los efectos del Código de Justicia Militar, y serán juzgados en la forma expuesta:

A) Los que propaguen noticias falsas o tendenciosas con el fin de quebrantar el prestigio de las fuerzas militares y de los elementos que prestan servicios de cooperación al Ejército.

B) Los poseedores de armas de fuego o sustancias inflamables o explosivas; entendiéndose caducadas todas las licencias de armas que no hubiesen sido otorgadas por esta Junta de Defensa Nacional o sus legítimos representantes. Los poseedores de armas, con o sin licencia, quedan obligados a entregarlas en el plazo máximo de doce horas, sin excusa alguna, en el puesto de la Guardia Civil respectivo, donde, en cada caso, podrá convalidarse la autorización para su uso, a discreción del Comandante de aquél.

C) Los que celebren cualquier reunión, conferencia o manifestación pública, sin previo permiso de la Autoridad, solicitado en la forma reglamentaria, y los que asistan a ellas.

D) Los que cometan delitos de los comprendidos en los apartados B), C) y D) del artículo anterior.

E) Los que tiendan a impedir o dificultar el abastecimiento de artículos de primera necesidad, eleven injustificadamente los precios de los mismos, o de algún modo contribuyan a su encarecimiento.

F) Los que coarten la libertad de contratación o de trabajo o abandonen éste, ya se trate de empleados, patronos u obreros.

Art. séptimo.—Serán sometidos a la previa censura dos ejemplares de todo impreso o documento destinado a la publicidad.

Art. octavo.—Se declaran incautados, y a mi disposición, todos los vehículos y medios de comunicación de cualquier clase.

Art. noveno.—Queda prohibido, hasta nueva orden, el funcionamiento de todas las estaciones radio-emisoras particulares de onda corta o extracorta, considerándose a los infractores como rebeldes, a los fines del Código de Justicia Militar.

Art. décimo.—La jurisdicción de Guerra podrá dejar de conocer, remitiéndolas a la jurisdicción ordinaria, de las causas incoa-

das que, hallándose comprendidas en este Bando, no tengan a juicio de las Autoridades Militares relación directa con el orden público.

Art. undécimo.—Las Autoridades civiles y judiciales continuarán desempeñando sus funciones en todo lo que no se oponga a lo anteriormente preceptuado.

Art. duodécimo.—El presente Bando empezará a regir a partir de la fecha de su publicación (41).

ANEXO II

BANDO DICTADO POR EL CAPITAN GENERAL DE LA III REGION MILITAR, JAIME MILANS DEL BOSCH EL 23 DE FEBRERO DE 1981

Excelentísimo señor don Jaime Miláns del Bosch y Usía, Teniente general del Ejército y Capitán general de la III Región Militar, hago saber:

Ante los acontecimientos que se están desarrollando en estos momentos en la capital de España y consiguiente vacío de poder, es mi deber garantizar el orden de la Región de mi mando en tanto se reciban las correspondientes instrucciones que dicte Su Majestad el Rey.

En consecuencia, dispongo:

Artículo primero.—Todo el personal afecto a los servicios públicos de interés civil queda militarizado con los deberes y atribuciones que marca la ley.

Artículo segundo.—Se prohíbe el contacto con las unidades armadas por parte de la población civil. Dichas unidades repelerán sin intimidación ni aviso previo todas las agresiones que puedan sufrir, con la máxima energía. Igualmente repelerán agresiones contra edificios, establecimientos, vías de comunicación y transporte, servicios de agua, luz y electricidad, así como dependencias y almacenes de primera necesidad.

Artículo tercero.—Quedarán sometidos a la jurisdicción militar tramitados por procedimientos sumarísimos, todos los hechos comprendidos en el artículo anterior, así como los delitos de rebelión, sedición, y de atentado o resistencia a los agentes de la autoridad. Los de desacato, injuria, amenaza, o menosprecio a todo el personal militar o militarizado que lleve distintivo de tal, cualquiera que lo realice, propague, incite o induzca. Igualmente los de tenencia ilícita de armas o cualquier otro objeto de agresión.

(41) Este Bando fue publicado en el "Boletín Oficial" núm. 3, de 30 de julio de 1936.

Artículo cuarto.—Quedan prohibidos los «lok-out» y huelgas. Se considerará como sedición el abandono del trabajo, siendo principales responsables los dirigentes de sindicatos y asociaciones laborales.

Artículo quinto.—Quedan prohibidas todas las actividades públicas y privadas de todos los partidos políticos, prohibiéndose igualmente las reuniones superiores a cuatro personas, así como la utilización por los mismos de cualquier medio de comunicación social.

Artículo sexto.—Se establece el toque de queda desde las veintiuna a las siete horas, pudiendo circular únicamente dos personas como máximo durante el citado plazo de tiempo por la vía pública y pernctando todos los grupos familiares en sus respectivos domicilios.

Artículo séptimo.—Sólo podrán circular los vehículos y transportes públicos, así como los particulares debidamente autorizados. Permanecerán abiertas únicamente las estaciones de servicio y suministro de carburantes que diariamente se señalen.

Artículo octavo.—Quedan suspendidas la totalidad de las actividades públicas y privadas de todos los partidos políticos.

Artículo noveno.—Todos los cuerpos de seguridad del Estado se mantendrán bajo mi autoridad.

Artículo décimo.—Igualmente asumo el poder judicial y administrativo, tanto del ente autonómico como de los provinciales y municipales.

Artículo once.—Estas normas estarán en vigor el tiempo estrictamente necesario para recibir instrucciones de su Majestad el Rey o de la superioridad. Este bando surtirá efectos desde el momento de su publicación.

Por último se espera la colaboración activa de todas las personas patriotas, amantes del orden y del respeto a las instrucciones anteriores expuestas.

Por todo ello termino con un fuerte ¡Viva el Rey! ¡Viva, por siempre España!

Valencia, 23 de febrero de 1981. El teniente general Jaime Miláns del Bosch (42).

(42) El contenido del Bando es una copia literal del publicado, por el diario "ABC" de Madrid, el martes 24 de febrero de 1981, página 9.