

Los bandos militares en el Derecho vigente

GONZALO MUÑIZ VEGA

Teniente Coronel Auditor del Ejército. Profesor de Derecho Penal Militar de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos

1. BANDOS MILITARES: CONCEPTO Y NATURALEZ

Según Almirante, la voz «Bando», la derivan unos del alemán «Bann», otros del vándalo «Baner», otros del bajo latín «bandum». Para Vico, la raíz etimológica aparece indicada en una capitular de Carlomagno: de «heribanno», bando militar que viene usado en el doble sentido de llamada a las armas y multa militar para los que no se presenten (1). El Bando Militar es aquella disposición general, dictada por la autoridad militar a la que se reconoce potestad para ello y que tiene fuerza obligatoria durante su vigencia para las fuerzas y territorio a los que va dirigido.

El chileno Astrosa Herrera distingue entre bandos penales y administrativos. Los primeros tienen por finalidad sancionar como delitos hechos atentatorios a la seguridad de las tropas (En España es más amplio). Y los bandos administrativos son los dirigidos a dar solución a los problemas administrativos que pueden presentarse en territorio enemigo ocupado por el ejército propio (2)

Como se sabe, el Bando ha sido durante siglos —según observa con acierto Cano Perucho— (3) la única fuente del Derecho Militar, ya que, hasta el siglo XVIII, no hay ejércitos permanentes y, de ahí, que no surge la necesidad de dictar ordenanzas generales. Bastaban las ordenanzas que se dictaban para cada campaña y los bandos promulgados por los Generales en Jefe. Y, así, una comunicación del Duque de

(1) FERNANDO DE QUEROL Y DE DURÁN, *Principios de Derecho Militar Español*, Madrid, 1948, tomo II, p. 24, JOAQUÍN OTERO GOYANES, *Los Bandos de Guerra*, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 3, 1957, p. 10

(2) RENATO ASTROSA HERRERA, *Derecho Penal Militar*, Santiago de Chile, 1974, p. 36.

(3) JUAN LUIS CANO PERUCHO, *Los Bandos Penales Militares*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Mayo-Agosto 1983) p. 313.

Alba a Felipe II, en Cascaes, el 5 de agosto de 1580, indicaba que «*en los ejércitos no hay otras leyes en lo criminal sino los bandos*». Conocidos son los bandos de Hernán Cortés en Tzacatecle (1520), Carlos I en Génova (1536); Duque de Alba en Guilionora (1557); Duque de Alba en Bruselas (1567); Sancho 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) etc. (4).

Durante el siglo XIX, se dictaron gran número de bandos, tanto en la Guerra de la Independencia como durante las Guerras Carlistas, así como en los distintos y numerosos sucesos históricos con intervención militar.

Los Códigos Penales Militares del siglo XIX—Código Penal del Ejército de 1884, Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 y Código de Justicia Militar de 1890— no pusieron el más leve obstáculo a la existencia de bandos «como reconocimiento—según explica Cano Perucho— de su ineludible necesidad como fuente de Derecho Militar» (5).

El Código de Justicia Militar de 1945 tampoco puso obstáculos al Bando y recogió la tesis tradicional en nuestro Derecho, reconociéndolo en el artículo 181 como fuente del Derecho Penal Militar y Común, aunque algunos, como Cuello Calón, no lo aceptaban así respecto al último.

Se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica del Bando Militar y aunque no han faltado autores que han mantenido el carácter incluso de ley formal, la opinión más acertada—a nuestro juicio— es la seguida por Jiménez de Asúa y Rodríguez Devesa de que se trata de una ordenanza de necesidad. Es decir, una ley material, no formal, dictada desde el Ejecutivo, debido a las circunstancias extraordinarias que concurren y que no emana de los órganos legislativos, ni se acomoda a las solemnidades requeridas para la promulgación de la ley formal (6).

2. AUTORIDADES FACULTADAS PARA DICTAR BANDOS MILITARES

Esta cuestión aparece de lo más confuso dentro de nuestra legislación vigente. Ateniéndonos a las previsiones del artículo 63 del Código Penal Militar, cabe distinguir dos hipótesis: tiempo de guerra y estado de sitio.

El artículo 14 del Código Penal Militar define el tiempo de guerra: «a los efectos de este Código se entenderá que la locución “en tiempo

(4) JUAN LUIS CANO PERUCHO, *loc. cit.*

(5) *Ibidem.*

(6) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Bandos Penales Militares*, en Revista Española de Derecho Militar, núm. 3 (1957), p. 157; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Buenos Aires 1964, p. 376.

de guerra" comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas.

El artículo 116 de la Constitución prevé que «una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio y las competencias y limitaciones correspondientes» y ha sido la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio, la que vino a desarrollar el anterior precepto constitucional.

El artículo 32 de dicha Ley Orgánica dispone que, cuando se produzca o amenace producir una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no puede resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 116.4 de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio. La correspondiente declaración determinará el ámbito territorial, duración y condiciones del estado de sitio.

Y el artículo 33.2 dispone que el Gobierno designará la Autoridad Militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiere.

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

Y el artículo 35 prevé: «En la declaración del estado de sitio, el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia deban ser sometidos a la jurisdicción militar».

Toda esta nueva normativa —y a pesar de que la Ley Orgánica 9/1980 no afectó a los artículos 6, 7, 9, 11 y 181 del Código de Justicia Militar de 1945 vigente al publicarse la misma, que consagraban el carácter de fuente de Derecho Penal Militar de los bandos— ya dio lugar a una discrepancia entre la doctrina acerca de los límites normativos de los bandos, pues mientras la mayor parte de la misma mantenía que los bandos pueden crear nuevos delitos y agravar las penas, sin poder establecer nuevas penas no previstas en las leyes vigentes, un sector minoritario —Cerezo Mir, Lostau— sostuvo que los bandos no pueden configurar nuevos delitos. «Únicamente pueden señalar que figuras delictivas quedan sometidas a la jurisdicción militar». Y tampoco «pueden modificar las penas señaladas con anterioridad en la ley a cada delito» (7).

La Ley Orgánica 9/1980 —como observa Cano Perucho— «manifiesta una gran desconfianza hacia las Fuerzas Armadas, ya que detrás de la Autoridad Militar estará siempre el Gobierno controlando y dirigiendo su actuación», pues —según afirma Fernández Segado— está «desnaturalizando un tanto la misión tradicional de las Fuerzas Arma-

(7) JOSÉ CEREZO MIR. *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Tomo I, Madrid, 1981, p. 183.

das en estado de sitio»... ya que dicha ley «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 fácil comprensión» (8).

De ahí que, en estado de sitio, sólo se reconoce la facultad de dictar bandos a aquella autoridad militar designada por el Gobierno, conforme el artículo 33, para que, bajo la dirección del mismo, ejecute las medidas que procedan en el territorio donde tal estado de sitio esté vigente.

En tiempo de guerra, el problema se complica. Rodríguez Devesa, con base en los artículos 53 a 56 del Código de Justicia Militar de 1945, reconoce tal facultad a las autoridades militares a que se refieren tales preceptos, tal vez porque, aunque no se confiera expresamente la potestad de dictar bandos en los mismos, considera que ella es inherente a la potestad jurisdiccional que, en cambio, se les reconoce expresamente (9). Pero —a nuestro juicio— esa interpretación resulta inadmisibles, dado que, tratándose tal potestad normativa de una facultad extraordinaria, no cabe deducirla a través de la interpretación extensiva de los antedichos artículos del Código de Justicia Militar, ni tampoco de los precedentes históricos.

Otero Goyanes, más acertado, (10) no encuentra otra norma vigente al respecto que el Reglamento del Servicio en Campaña contenido en la Ley de 5 de enero de 1882: artículo 23, y que ratifica tal potestad que reconocían a los Generales en Jefe de Ejércitos los artículos 1, título 3, Tratado VII y artículo 5, título VIII y Tratado VIII de las Reales Ordenanzas de 1768; y el artículo 931, que confiere la referida potestad al Gobernador de una plaza durante «el sitio formal» de la misma. En la actualidad, por tanto, son los Generales en Jefe, Capitanes Generales, y Comandantes en Jefe del Ejército, así como los Gobernadores de plazas sitiadas, los únicos con potestad para dictar bandos militares conforme a los artículos 23 y 931 del citado Reglamento, ya que el Código de Justicia Militar de 1945 no especifica de modo explícito cuales son las autoridades militares dotadas de tal potestad, a diferencia del Código de Justicia Militar de 1890, que, en su artículo 171, se refería precisamente a los «Generales en Jefe y Gobernadores de Plazas sitiadas y bloqueadas».

De ahí que —según observara Otero Goyanes hace seis lustros, lo que se viene a ratificar con más razón actualmente—, aquellos textos quedaron muy atrás no sólo en cuanto a la organización del Ejército, sino porque se tenían por extraordinarias situaciones que hoy no merecerían tal apelativo. Por tal motivo, «sería llegada la hora de intentar, al menos, poner un poco de orden en tan trascendental punto, reservando su ejercicio a muy altas jerarquías militares y al propio tiem-

(8) FRANCISCO FERNÁNDEZ, SEGADO, *La Jurisdicción Militar en nuestro ordenamiento constitucional*, Revista de Derecho Público, núm. 88-89 (julio-diciembre 1982) p. 569.

(9) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1983, p. 1243.

(10) JOAQUÍN OTERO GOYANES, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

po estableciendo fuertes sanciones para la usurpación de tal facultad tan privilegiada» (11). Es necesario incuestionablemente que extremo tan trascendental sea clarificado lo antes posible.

3. LIMITES DE LOS BANDOS MILITARES

El Bando es, sin duda, una norma temporal, pues se dicta para un tiempo y territorio determinado, y así el artículo 11 del Código de Justicia Militar dispone: «En todos los bandos que dicten las autoridades o jefes militares a quienes corresponde tal facultad, se consignará expresamente el espacio en que haya de aplicarse y el momento en que empezará a regir».

Pero el problema más agudo se plantea cuando se trata de circunscribir los límites de la potestad normativa de dictar bandos respecto al contenido de los mismos. A tal efecto, antes de la promulgación de la Constitución de 1978 y del Código Penal Militar de 1985, se admitía sin discusión la tesis que Pou formulaba claramente al decir: «debe distinguirse entre el Bando que dicta la Autoridad Militar en presencia del conflicto de orden público y el dictado por un General en Jefe en tiempo de Campaña. El primero se regula principalmente por la Ley de Orden Público: el último por el Reglamento de Campaña y, si las tropas operan en territorio extranjero, por los principios de Derecho Internacional» (12).

Bajo la vigencia de los Códigos de 1890 y 1945, la opinión dominante entre los tratadistas jurídico militares —Conejos D'Ocon, Querol, Otero Goyanes, etc.— partía de aquella distinción y consideraba que el Bando dictado en caso de perturbación de orden público, lo único que podía hacer era someter el enjuiciamiento de delitos comunes a la jurisdicción militar, e incluir, dentro de los delitos ya previstos por el ordenamiento militar, hechos que normalmente no se considerarían tales (13).

Tal postura era la intermedia entre la más restrictiva defendida por Jiménez de Asúa, Cerezo Mir, etc. (14) que sólo concede, en caso de conflicto de orden público, al Bando la facultad de someter a la jurisdicción castrense delitos comunes y las más amplia de Rodríguez Devesa, Cano Perucho, Sainz Cantero, etc. que le otorgaba la facultad de crear nuevos delitos (15).

No obstante las tres posturas antedichas —salvo alguna excep-

(11) *Op. cit.*, p. 21.

(12) Citado por OTERO GOYANES, *op. cit.* p. 19.

(13) FERNANDO DE QUEROL Y DURÁN, *op. cit.*, tomo II, p. 27; ANTONIO CONEJOS D'OCÓN. *Observaciones para la aplicación del Código de Justicia Militar*, Valencia, 1895, pp. 226 y 227; JOAQUÍN OTERO GOYANES, *op. cit.*, p. 23.

(14) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, tomo II, p. 1384; JOSÉ CEREZO MIR. *op. cit.*, p. 183.

(15) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pp. 1243 y 1244; JUAN LUIS CANO PERUCHO. *op. cit.* pp. 317 y 318, y JOSÉ A. SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, tomo II, Barcelona, 1982, p. 16.

ción— conferían al Bando Militar, en tiempo de guerra, la potestad de crear nuevas figuras delictivas a través de la cual —como registraba Jiménez de Asúa— se manifiesta uno de los pocos casos en que el tipo, en vez de concretar lo injusto, lo da a conocer (16).

La postura de Cobo y Vives viene a negar, en virtud de su tesis de la reserva absoluta en materia penal en favor de la ley orgánica, toda virtualidad normativa al Bando (17).

Tras la promulgación de la Constitución y L.O. 4/1981 se replantaría una vez más el problema en la doctrina —Cerezo Mir, Cano Perucho, Rodríguez Devesa, Fernández Segado, etc. (18)— que, en cierto modo, el Código Penal Militar de 1985 ha tratado de solventar a través de los artículos 1, 20 y 63.

El artículo 1 dispone: «sólo serán castigadas como delitos militares las acciones y omisiones previstas como tales en este Código».

El artículo 20 define el delito militar: «son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este Código».

Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente así se disponga».

De los anteriores preceptos, se desprende con claridad que, fuera de los hechos tipificados en el Código Penal Militar, no hay delito militar. El Bando Militar no configura, en principio, ningún tipo delictivo militar, máxime si se tiene en cuenta que el proyecto remitido a las Cortes contenía la siguiente redacción del artículo 1: «sólo serán castigados como delitos militares, las acciones y omisiones previstas como tales en este Código y las incluidas con el referido carácter en los bandos que las autoridades militares, a que se refiere el apartado 2.º del artículo 9, dicten en tiempo de guerra o estado de sitio de acuerdo con la Constitución y por delegación de las Cortes Generales. En ningún caso podrán esos bandos establecer penas no previstos en este Código o contener normas contrarias a los principios de culpabilidad, igualdad o irretroactividad».

De ahí que, a la vista de estos artículos 1 y 20 del Código Penal Militar de 1985, cabría sostener que se aceptó la tesis de Cobo y Vives de la reserva absoluta de ley orgánica, excluyendo la tipificación de delitos militares a través de otra vía que la antedicha ley orgánica, (19) descartando la facultad tipificadora del Bando Militar.

(16) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, p. 1384.

(17) MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, I-II - Valencia, 1982, pp. 86 y ss.

(18) FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La participación militar en el estado de sitio y el modelo de Régimen Democrático*, Revista de Derecho Público, núm. 97-98 (julio-diciembre 1984) pp. 530 y ss.

(19) En favor de esta tesis, además ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad y reserva de la ley en materia penal*, Revista Española de Derecho Constitucional, mayo-agosto 1983, pp. 9 y ss., BOIX REIG, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Universidad de Deusto, 1983, pp. 52 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, *Constitución y Derecho Penal en la Constitución. Un análisis comparado*, Roma 1981, p. 25, Octavio de Toledo: *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Madrid 1981, p. 318, nota 917, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios a la Legislación Penal*, dirigida por COBO DEL ROSAL, tomo I, Madrid 1981, pp. 299 y ss.

Mas, como el Bando responde a una necesidad ineludible universalmente verificada y reconocida y consagrada por el Derecho Internacional incluso, para eludir aquella reserva de ley orgánica, que el legislador parece aceptar, se incluye el artículo 63, que no preveía aquel proyecto enviado a las Cortes.

Y el artículo 63 dice: «El que se negare a obedecer o no cumpliera las prescripciones u órdenes contenidas en los bandos que, de conformidad con la Constitución y las leyes, dicten las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años o con la de confinamiento o destierro, siempre que al hecho no le corresponda una pena superior con arreglo a las disposiciones de este Código».

Como es fácil de ver, el artículo 63 contiene una auténtica ley en blanco, que ha de ser llenada en su día por la Autoridad Militar facultada para dictar bandos, a la que se confiere indirectamente una potestad normativa de tipificación de conductas.

El artículo 63 no hay duda que termina con las discusiones doctrinales anteriores sobre cuales son las facultades normativas del Bando en caso de guerra o en estado de sitio. El mismo no establece distinción al respecto y en ambas hipótesis la Autoridad Militar podrá tipificar conductas a través de los distintos mandatos imperativos que estampe en el Bando o, si se prefiere, completar el tipo definido ya, aunque lo sea de forma tan imprecisa, por medio de aquellos mandatos.

También puede afirmarse que pone término al problema doctrinal surgido entorno a la posibilidad de establecer o no nuevas penas, agravar las existentes etc., que, asimismo, dividió en su día a los autores —y que no recogimos por carecer de interés ya—, dado que, tal como viene redactado el artículo 63, se excluye la posibilidad de que el Bando prevea otra pena que las de prisión de tres meses y un día a seis años o confinamiento o destierro, salvo «que al hecho no le corresponda una pena superior con arreglo a las disposiciones de este Código». Es decir, que la pena viene previamente fijada por dicho artículo y no cabe alterarla.

No obstante —a nuestro juicio— al haberse el legislador inclinado por esta fórmula, plantea un agudo problema acerca de la constitucionalidad del artículo 63, más grave que los que trata de soslayar.

Admitida la tesis de la reserva de ley orgánica en la materia, como parece deducirse del propio hecho de la aprobación del Código Penal Militar a través de la L.O. 13/1985, de 9 de diciembre, la delegación legislativa en favor de la Autoridad Militar que el artículo 63 conlleva resulta, pues, incompatible con tal reserva de ley, que se elude por medio de la fórmula fraudulenta, de la ley en blanco; Fórmula cuya dosis de fraude estará en proporción directa a la discrecionalidad que se conceda al Ejecutivo —en este caso la Autoridad Militar— para la incriminación de conductas. Incluso cabe asegurar —y dejando al lado la tesis de la reserva de la ley orgánica— que el artículo 63 no cumple

los requisitos mínimos que Jescheck exigía de que la ley en blanco fije con claridad los presupuestos de punibilidad (20).

Y esta problemática acerca de la constitucionalidad del artículo 63, no sólo es teórica, ya que el mismo requiere que los bandos se hayan dictado «de conformidad con las leyes y la Constitución», requisito este que ha de ser examinado y valorado por el tribunal para apreciar la existencia del delito.

El anterior problema acerca de la constitucionalidad del artículo 63 conlleva la solución acerca de si los bandos pueden incidir o no en los derechos fundamentales, ya que, si consideramos que con la fórmula de tal artículo contenido en una ley orgánica se satisfacen las exigencias de la reserva de la ley prevista en el artículo 81.1 de la Constitución, la respuesta a tal cuestión ha de ser afirmativa, pues ya se satisfizo la exigencia constitucional por el propio artículo 63, no por el Bando. Mas, si se estima que el artículo 63 constituye un fraude constitucional, se destruye el poder normativo del propio Bando y resurgen con todo vigor la eficacia de los artículos 81 y 82 de la Constitución.

Lo que —a nuestro juicio— resulta indudable es que el Bando ha de respetar naturalmente, los principios de culpabilidad, igualdad e irretroactividad al completar un tipo enmarcado en el Código Penal Militar, donde tales principios están consagrados —de acuerdo con la Constitución— en los artículos 2, 3 y 4.

Finalmente, hemos de advertir, con Rodríguez Devesa, que no se impone al Bando Militar ninguna forma determinada (21).

(20) HANS-HEINRICH JESCHECK; *LEHRBUCH DES STRAFRECH, ALGEMEINER TEIL*, Berlín, 1978, p. 86 y ss.

(21) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, Madrid, 1983, p. 1243.