

LOS BANDOS DE GUERRA (*)

por Joaquín OTERO GOYANES

Coronel Auditor

Como inciso previo a la exposición de estas consideraciones sobre los Bandos, vaya por delante mi opinión de que con ellos en nada se contradicen los clásicos principios *nullum crimen sine lege* y *nulla pena sine lege*, por cuanto constituyen una fuente legal del Derecho penal militar, según lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 181 del Código de Justicia Militar.

Y ello es tan así, que 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. Sirvan de ejemplo los dados por Hernán Cortés en Tzacatecle, en 1520; por el Emperador Carlos V en Génova, en 1536, y el famoso discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado, dictado de orden del Duque de Alba, en 1568, por D. Sancho de Londoño.

Etimológicamente —*Diccionario militar*, de ALMIRANTE— la voz “Bando” la derivan unos del alemán *Bann*, otros del vándalo *Banner*, otros del bajo latín *bandum*; pero visiblemente las dos últi-

(*) Texto de una conferencia pronunciada con motivo del Curso para la obtención de Diplomas de especialidades del Cuerpo Jurídico Militar.

mas proceden de la primera raíz teutónica, o del *banniere*, *inbannare* latino, del *bandire* y *sbandine italiano*, del *bandir* castellano, del *bannar* aragonés, del *banneret* francés, etc. Desde tiempos antiguos en Castilla siempre ha designado sin distinción tropa allegadiza, tumultuaria o, más bien, grupo, parcialidad, fracción. Después tomó un sentido político, y así se hablaba de bando carlista o liberal; pero no tiene acepción técnica militar, aunque sea raíz de verbos puramente militares, como abandonar o desbandarse. En la Edad Media bando era sinónimo de apellido. Hoy sólo se llama bando al que dicta una autoridad militar pública, cuando asume las facultades políticas, o a la orden del General Jefe de Ejército que versa sobre puntos de disciplina.

Bando es también el toque de caja con que se llama la atención al publicarlo —tradición que viene del siglo XVI, en que los bandos eran frecuentes—. La raíz etimológica aparece indicada, según Vico, en una capitular de Carlo Magno: *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.

Con independencia a que en el curso de la exposición haga cita de algunos bandos, me referiré aquí a ciertas disposiciones de tal índole por su valor histórico.

Cabe recoger, entre otros:

a) Un bando del Duque de Alba en la guerra contra el Papa Paulo IV, publicado en el campo junto a Guillionova el 5 de junio de 1557;

b) Otro, también del Duque de Alba a nombre del Rey, en Bruselas a 12 de enero de 1567, con motivo de los excesos cometidos contra los sacerdotes católicos en enero de tal año, 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;

c) Una comunicación del Duque de Alba a Felipe II, Cascaes, 5 de agosto de 1580: "En lo del castigo de los soldados que se van [escribía el Duque al Rey], no tengo que decir a Vuestra Majestad más de que sea servido mandar, que se mire el bando general que se publicó en Cantillana, que allí tiene mandado V. M. lo que cerca de esto se ha de hacer, y en los ejércitos no hay otras leyes en lo criminal sino los bandos";

d) Otro, de 1808, en que se previene que ínterin permanezcan las tropas francesas en Madrid, se les dispense toda consideración y miramiento;

e) Por último, el de la Junta de Defensa de 28 de julio de 1936, sobre el que por su vigencia no lejana me abstendré de hacer comentario.

Entre las *Reales Ordenes* que merecen cita, en su referencia a esta materia y con independencia también de las que luego mencionaré, recojo ahora:

a) La de febrero de 1816, referente a *Bandos de buen gobierno*, en la que se dice "obligan a los militares" sin que pueda la justicia ordinaria imponer la pena señalada a los contraventores, sino incoar las primeras diligencias y pasar el reo antes de las veinticuatro horas al Juez militar;

b) La Real Orden de 24 de enero de 1876, aprobando un bando del General en Jefe del Ejército de la izquierda, de 9 del mismo mes, que autorizaba el regreso a sus hogares de las familias que fueron desterradas en las provincias de su mando;

c) La Real Orden de 17 de febrero de igual año permitiendo la extracción de productos de los pueblos libres de la dominación carlista, y

d) La de 30 de noviembre, también de 1876, aprobando un bando para que acudan al General en Jefe del Norte los que hayan de reclamar contra los que militaron en las filas carlistas.

En cuanto respecta a su *fuerza obligatoria*, el bando ha de extenderse al distrito para que fuera dictado —punto que estudiaremos luego con mayor detenimiento— o a las fuerzas que operan en el sector afectado, según sea su propia naturaleza. Y como *antecedente histórico* de curiosas citas, señalaré las que recoge COLÓN en la forma siguiente:

"*Los guardias de Corps* observarán los bandos del General del Ejército con arreglo a lo que su Ordenanza previene." "*Bandos de los Capitanes Generales en campaña: los transgresores están sujetos a las penas que en ellos se prevengan, las cuales comprenden a cuantas personas sigan al Ejército, sin excepción de clases, estado, condición y sexo.*" "Todos los bandos del Ejército se echarán al frente de la *Real Brigada de Carabineros*, siempre que algún carabini-

incurriese en alguno de ellos se le quitará la bandolera y se entregará al preboste para que le castigue, y si se cogiere algún carabinero que hubiere incurrido en los bandos del ejército, lo volverá a su fuerza." "Para que lleguen a noticia de todos las penas conminadas por los Capitanes Generales contra los cómplices en estos crímenes extraordinarios se publicarán por bando con toda formalidad, pasando el mayor General a bordo de cada navío, en el cual, convocada toda la tripulación, se lecrán en alta voz, que repetirá un tambor y se fijará copia al pie del palo mayor." "Los bandos así publicados tendrán la misma fuerza que si expresamente estuvieran insertos en las Ordenanzas —es el contenido del artículo 80 de las mismas—, y los que después de su publicación los quebrantaren o incurrieren en los delitos que en ellos se mencionan, serán procesados en el modo ordinario y citados al Consejo de Guerra, por el cual se aplicará la pena contenida en los citados bandos."

* * *

Apuntados estos preliminares, pasaré a explicar los puntos y problemas que he creído de mayor interés, con guarda del orden siguiente:

- 1.º Distinción entre bandos dictados en estado de guerra y en caso de guerra, y dentro de éstos, en los distintos supuestos de guerra exterior y de guerra interior o civil.
- 2.º Quién puede dictar bandos.
- 3.º Esfera de su aplicación y tiempo de su vigencia.
- 4.º ¿Pueden los bandos crear delitos?
- 5.º ¿Pueden imponer nuevas penas?
- 6.º Problemas de posible planteamiento en orden al grado de participación, de ejecución y juego y aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; y, por último,
- 7.º Competencia en orden jurisdiccional.

TIPOLOGÍA DE LOS BANDOS

El vigente Código de Justicia Militar (1) define en el art. 181 los delitos y faltas militares, diciendo que son las acciones y omisiones penadas en este Código; con lo que reproduce la definición que sobre la misma materia consignaba el anterior Código castrense, sustituyendo tan sólo la palabra "Ley", empleada en éste por la de "Código".

Dados los fines que presupone la existencia de la Institución Armada, y las especialidades características de su actuación y desenvolvimiento, no quedarían garantizados aquellos fines si no se contara con otro precepto definidor de los delitos y faltas militares que el contenido en la precedente definición, que de forma limitativa reduce, unos y otras, a las distintas figuras previstas en el Código de Justicia Militar. Y conviene tener presente, a este respecto, el modo distinto con que son definidos los delitos y faltas en el Código penal ordinario, en el que, aparte de exigirse el requisito de la voluntariedad, se habla de acciones u omisiones penadas por la Ley, con lo que se evidencia la amplitud de concepto de esa definición que no reduce los presupuestos penales al solo texto del Código, sino que deja amplio margen para traducir en infracciones penales acciones u omisiones no comprendidas en el Código, pero que por la evolución doctrinal, o por necesidades políticas, morales o de otro orden, sea precisa tal declaración mediante la adecuada disposición legal. Como ejemplo típico puede citarse, por no haber sido con anterioridad figura delictiva, el delito de abandono de familia, que si bien hoy está recogido en el vigente Código de 23 de diciembre de 1944, fué regulado primeramente por medio de una Ley.

Claro es que no puede estimarse la falta de posibilidad de creación de nuevos delitos militares por medio de una Ley espe-

(1) Expondré la teoría general en estudio y comentario de los preceptos del Código de Justicia Militar para analizar después los bandos dictados en estado de guerra, cuya regulación está contenida en la Ley de 18 de julio de 1933.

cial, ya que ningún precepto legal impone tal limitación a los poderes legislativos del Estado; y así, como caso relativamente reciente, la Ley de 2 de marzo de 1943 estableció una serie de nuevas figuras delictivas, equiparadas al delito de rebelión, previsto en el Código castrense. Pero, aparte de que tal medida legislativa no es frecuente en el campo penal militar, no puede dejar de tenerse en cuenta que aquella misma ley obedece a circunstancias especiales y de carácter no indefinido, sin que sea aventurado suponer que, desaparecidas dichas circunstancias, cesaría la vigencia de la Ley expresada; abonando este criterio el hecho de que el nuevo Código no ha recogido dentro de sus preceptos las modalidades delictivas que por aquélla se equipararon al delito de rebelión militar.

Esa misma circunstancia de que la referida Ley, al regular las nuevas figuras delictivas no haya creado nuevos tipos de delito, sino que las haya equiparado a uno ya existente en el Código, viene a demostrar cuál sea la realidad del problema que ofrece la delimitación estricta de las infracciones penales militares y cómo ese problema queda reducido a la necesidad de atemperar los preceptos penales militares a las circunstancias de cada momento. Precisamente por ello hablamos antes de la necesidad de otro precepto que complementara la escueta definición que en su primer párrafo ofrece el art. 181 del vigente Código de Justicia Militar, y que estableciera la posibilidad de adaptar los preceptos de éste a otros hechos, sean acciones u omisiones no previstos en aquél o, por lo menos, no consignados de modo expreso en sus artículos. Para atender esa necesidad, y para prever esas posibilidades de adaptación, el párrafo segundo del referido art. 181 establece, en cuanto a los delitos y faltas militares, que "lo son igualmente los comprendidos en los bandos que dicten las autoridades militares competentes".

A efectos de la debida claridad, antes de entrar en el examen del significado y alcance del precepto contenido en el segundo párrafo del repetido art. 181, estimo precisa su comparación con los términos en que estaba redactado dicho precepto en el Código de Justicia Militar anteriormente en vigor.

En la comparación entre el texto antiguo y el moderno se encuentra una diferencia sustancial en el precepto a que nos venimos refiriendo. Consiste ésta en que mientras en el antiguo artícu-

lo 171 se utilizaba la expresión "las comprendidas", haciendo referencia a las acciones u omisiones de que hablaba el párrafo anterior de aquel precepto, en el texto actual se dice "los comprendidos", haciendo referencia, al parecer, a los delitos, único sustantivo masculino empleado en el primer párrafo del art. 181. Tal diferencia no es una cuestión baladí; estimamos que tiene gran interés en cuanto a la tradicional discusión sobre si los bandos pueden o no definir delitos. Al tratar de este punto volveremos sobre la misma cuestión.

Justificada anteriormente la necesidad de la existencia del precepto a que nos contraemos, como medio de posibilitar la adaptación de los presupuestos penales establecidos en el Código castrense a las circunstancias ocasionales que se presenten y que guarden relación con los fines esenciales que son inherentes a la Institución Armada, se justifica asimismo que aquel medio de adaptación esté constituido por los bandos que dicten las autoridades militares competentes, con la simple consideración de que siendo aquellos fines el mantenimiento de la independencia de la Patria y su defensa contra los enemigos exteriores o interiores, conforme preceptúa la Ley constitutiva del Ejército, aquel mantenimiento y esta defensa presuponen, al ser llevados a la práctica, la concurrencia de circunstancias excepcionales que al mismo tiempo que determinan la puesta en marcha de toda la organización castrense, llevan consigo la adaptación de medidas de carácter excepcional, y entre ellas, con carácter privilegiado, la adopción por la autoridad militar del mando en toda su plenitud; es decir, de las atribuciones del mando civil y militar. Y al ser ello así, como precisamente esas circunstancias de excepción son las que más frecuentemente hacen patente la necesidad de extender o aclarar los preceptos penales militares, surgen los bandos, como norma de carácter especial y circunstanciado, en los que se consignan las medidas que la autoridad militar estima necesarias para el cumplimiento de los antedichos fines.

Claro es que las respectivas circunstancias de excepción pueden obedecer a motivos diferentes, y que la naturaleza de éstos ha de influir en el alcance y extensión de las medidas contenidas en los bandos, por lo que resulta conveniente dejar sentado cuáles sean aquellos motivos, como premisa necesaria para interpretar la aplicación del precepto legal a que nos venimos refiriendo.

Tres son los motivos que pueden originar la concurrencia de circunstancias cuya entidad obligue a la autoridad militar a asumir el mando en toda su plenitud:

- La guerra exterior,
- La guerra civil,
- Las situaciones anormales del orden público.

Por lo que respecta al primer supuesto, las circunstancias que se dan en un *conflicto bélico con otra potencia* imponen al mando la necesidad de asegurar el normal y eficiente funcionamiento del Ejército, aplicado a su misión de defensa de la Patria por la acción de las armas, mediante la adopción de medidas destinadas al mantenimiento de la disciplina de las tropas en campaña, represión del espionaje, etc., así como aquellas otras tendentes a regular la situación de los prisioneros, el trato a emisarios y parlamentarios, el respeto a las personas y cosas en los territorios ocupado y demás extremos regulados en las Leyes de Guerra.

En lo que hace referencia al supuesto de *guerra civil*, dadas las circunstancias que concurren en un conflicto de esta naturaleza, en un todo análogas a las que se dan en una guerra exterior, ha de estimarse aplicable al caso cuanto se deja dicho para el anterior supuesto. Sin que por el hecho de tratarse de una guerra interior quepa asimilar las circunstancias que en ella se dan a las situaciones de *anormalidades en el orden público*, ya que aquéllas afectan a la totalidad de la nación, y por su trascendencia resulta precisa la adopción de iguales medidas que en el caso de guerra con otra potencia. En este sentido la Ley de orden público de 23 de abril de 1870 establecía una disposición adicional —la tercera—, en la que se determinó que no alcanzaba a los casos de guerra extranjera ni de guerra civil formalmente declarada.

BANDOS DICTADOS EN ESTADO DE GUERRA.—Se halla regulada tal materia en la Ley de orden público de 28 de julio de 1923, que fué modificada en algunos artículos, reguladores de aspectos que en nada conciernen el tema, por, entre otros, el Decreto de 14 de noviembre de 1934, Orden de 14 de mayo de 1936, Ley de 23 de mayo de igual año, Decreto de 18 de octubre de 1945 y, por último, por el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945.

La indicada Ley de 1933 derogó a la anterior de 1870, y en relación con la cual se encuentran la Real Orden de 17 de agosto de 1885 (que, en cierta forma, variaba su alcance, al establecer que en toda la rebelión o sedición tome el mando la autoridad militar tan pronto como los amotinados hostilicen las fuerzas del Ejército) y el Decreto de 18 de octubre de 1947.

La locución "estado de guerra" no ha sido constantemente empleada en nuestra técnica legal; con anterioridad a que lo fuese, en las leyes llamadas de orden público se usó en España la acepción "ley marcial" (y así lo observamos en la de abril de 1821; esto proviene del nombre que se dió en época de la Revolución francesa a la Ley de 1789 sobre formalidades para que la Municipalidad pudiera emplear fuerzas militares, al objeto de reprimir sediciones y reuniones armadas).

La vigente Ley de orden público, tras regular en su título primero cuanto concierne al mismo y autoridades competentes en tal materia, en su título segundo estudia el estado de prevención, el estado de alarma y el estado de guerra. En el primero, cuya declaración ha de hacerse por Decreto acordado en Consejo de Ministros, es la autoridad gubernativa la que tiene reglada intervención. En el segundo, es por Decreto-Ley como han de suspenderse las garantías establecidas por el Fuero de los Españoles, y asimismo la autoridad gubernativa la llamada en orden a una actuación fijada. En cuanto hace relación al estado de guerra, el art. 48 de la Ley que comentamos dispone que se preventará en bando que se publicará con la solemnidad posible, y al mismo tiempo se pondrá urgentemente en relación la autoridad civil con la autoridad judicial ordinaria, la militar y el Auditor de la jurisdicción, disponiendo la declaración del estado de guerra.

Como norma general, el pronunciado del art. 50 de que sólo al Gobierno de la Nación corresponderá la declaración y el levantamiento del estado de guerra en todo el territorio de una región autónoma; como excepción, el art. 51, que prevé determinados casos de urgencia. El 53 ya sienta "que al hacerse cargo del mando la autoridad militar, publicará los oportunos bandos y edictos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias".

Es interesante señalar que en el art. 54, párrafo segundo, se contiene una presunción de culpabilidad de análoga configuración a la del párrafo segundo del art. 296 de nuestro Código castren-

se (que críticas tan acerbas ha motivado en determinados penalistas que pretenden desconocer la gran razón de su exacta motivación). Dice el párrafo segundo del art. 54 de la Ley: "Serán considerados como presuntos reos los que se encuentren o hubieren estado en sitios de combate durante éste, sin perjuicio de probar su inculpabilidad, hallándose en el mismo caso los que sean aprehendidos huyendo o escondidos después de haber estado con los rebeldes o sediciosos".

Terminamos aquí el comentario de la Ley referida, por creer que si algún problema habría de plantear, revestiría menor interés e importancia que los que todavía han de ser tratados. Pero no sin antes señalar que Por., coincidiendo con nuestro criterio diferenciador, dice: "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 del derecho internacional".

II

QUIÉN PUEDE DICTAR BANDOS

Entre los preceptos del Código de Justicia Militar, además del párrafo segundo del art. 181, ya en parte estudiado, hacen referencia a este punto concreto: el art. 6.º, núm. 7.º, "... bandos que dicten las Autoridades o Jefes militares con arreglo a sus facultades"; art. 9.º, núm. 3.º, "... que las Autoridades o Jefes militares incluyan en los bandos que dicten con arreglo a las Leyes"; art. 11, "En todos los bandos que dicten las Autoridades o Jefes militares, a quienes corresponda tal facultad...".

He de empezar por distinguir los supuestos de estado de guerra y guerra interior o exterior.

A) Las situaciones anormales del orden público pueden motivar la adopción del mando por la Autoridad militar mediante la declaración de *estado de guerra*. En este caso las disposiciones contenidas en los bandos tendrán por objeto sancionar las transgresiones capaces de alterar el orden público, reuniones, manifes-

taciones, tenencias de armas, huelgas, etc., bien para atraer estos delitos a la competencia de la jurisdicción militar, bien para darles carácter de delitos militares bajo los conceptos de rebelión o sedición. La facultad para dictar tales bandos resulta expresamente reconocida a favor del General en Jefe por el art. 23 del Reglamento de Campaña, que establece que dicha autoridad "tiene facultad para dictar bandos en territorio español... con sujeción a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre el estado de guerra". Estas leyes lo fueron: primero, la de 23 de abril de 1870, y luego, la de 28 de julio de 1933.

Sin embargo, en esta última, actualmente vigente, no se contiene un precepto enunciador de quiénes tendrán el carácter de autoridad militar con la inherente facultad que investigamos. Su art. 53, que ya fué expuesto, no estimamos tenga tan señalado alcance, pero sí ha de servirnos como elemento de deducción a los fines deseados, relacionándolo con el contenido de la orden circular del entonces Ministerio de la Guerra de 27 de noviembre de 1934 (que aunque no encaminada directamente a fijar quién puede hacer reglado uso de la tan mentada facultad, sí, por poder interpretarse con tal alcance, propende al confusionismo). Dijimos que el art. 53 de la Ley de orden público previene que "al hacerse cargo del mando la autoridad militar, publicará los oportunos bandos"; pues bien, si, como parece lógico, hay que deducir que es autoridad competente para dictar bandos la militar que se haga cargo del mando, llegaremos al aparente absurdo, por aplicación de la orden circular referida, de estimar como autoridad competente para dictarlos, incluso a las clases de tropa, ya que a ella hace expresa referencia la norma tercera de la Orden que antes señalamos. Y téngase en cuenta que la dicha Orden se promulga para ser aplicada en supuestos de estado de guerra, y no para alcanzar a aquellos otros de plaza sitiada o bloqueada, en los que podría parecer más lógica tal postura.

B) El análisis del ejercicio de tal facultad en *los supuestos de guerra* lo iniciamos con la cita de Pot: "El bando es la disposición emanada de un General Jefe o una Autoridad militar, en campaña o en estado de guerra, contra la cual no puede alegarse como subsistente ninguna ley anterior".

La facultad de dictar bandos, mediante los que se impongan las medidas excepcionales pertinentes, se halla atribuída a los

Generales en Jefe de Ejércitos por el art. 1.º del título 3.º, tratado 7.º, de las Ordenes generales del Ejército, que establece que “el Capitán General que mande en Jefe el Ejército... tendrá facultades para promulgar los bandos que hallase conducentes a mi servicio; éstos serán la Ley preferente en los casos que explicase y comprenderán a todos los que declarasen en ellos las penas que impusiere”; y el art. 5.º del título 8.º, tratado 8.º, de dichas ordenanzas establece asimismo que: “... los bandos que el Capitán General o Comandante General en Jefe del Ejército, mande promulgar han de tener fuerza de ley... y se atenderá el Auditor General a la literal extensión de ello para el juicio de los reos contraventores...”. Ambos preceptos son aludidos expresamente por el art. 23 del Reglamento del Servicio en Campaña de 5 de enero de 1882, que, como ya indicamos, ratifica la facultad para dictar bandos conferida al General en Jefe: e igual facultad le atribuye a los Gobernadores de plazas sitiadas en su art. 931, al decir: “en el sitio formal de una plaza su Gobernador tiene derecho a declararla en estado de guerra; publicar bandos militares con fuerza de leyes; prescribir a los habitantes ciertas reglas de conducta, como proveerse de alimentos, retirarse a su casa a la hora fija, etcétera”.

El actual estado legal, aunque sólo sea de referencia, sufre una modificación en el propio alcance de la diferencia existente entre el art. 171 del Código marcial derogado y el 181 del vigente. Mientras aquél hacía referencia a los bandos “que los Generales en Jefe y Gobernadores de Plazas sitiadas o bloqueadas dicten con arreglo a sus facultades”, éste, en forma concisa, habla de los bandos “que dicten las autoridades militares competentes”. Como se ve, frente al sistema enumerativo empleado en el Código anterior se ha optado en el actual por un *concepto genérico* en el que se hallan comprendidas las autoridades de los tres Ejércitos de Tierra, Mar y Aire —a cuyas jurisdicciones es común el nuevo Código— que estén facultadas para dictar bandos. Aparte de este motivo, para modificar la anterior redacción, y de la mayor amplitud del nuevo concepto utilizado —que deja prevista la posibilidad de extender la facultad referida a otras autoridades militares no expresadas en el texto antiguo— hubiera resultado innecesario relacionar cuáles fueran las autoridades militares a que se refiere el precepto citado, ya que desde el punto de vista

jurídico basta el requisito indispensable de competencia que se establece para que tengan carácter penal los hechos recogidos en los citados bandos.

Tenemos, por tanto, que conformarnos, en la determinación de la facultad que nos ocupa, con lo establecido por las ordenanzas y el reglamento de campaña, y aunque como hombres llamados a aplicar el derecho no tengamos por qué entrar a examinar el orden de designación de las autoridades de las que emanarán las disposiciones legales a cuya aplicación tendemos, nos parece que ya quedaron muy atrás los textos de referencia. No sólo en cuanto respecta a organización del Ejército, es por demás dispar aquella época de esta presente, sino que en tan lejanos tiempos se tenían por extraordinarias situaciones que hoy no merecerían tal apelativo.

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 tiempo, estableciendo fuertes sanciones para la usurpación de facultad tan privilegiada.

III

ESFERA DE APLICACIÓN Y TIEMPO DE VIGENCIA

Ya hemos visto cómo los bandos surgen en determinados momentos de peligro en que aparece como absolutamente necesaria la concentración de poderes en el mando militar que asume, si quiera sea temporalmente, todas las facultades, teniendo a más de la función ejecutiva la completa jurisdicción. Pero ha de erigirse, también temporalmente, en poder legislativo.

Es, sin duda, el bando una ley provisional, puesto que se dicta para el tiempo y el espacio, en razón de aquellas anormales circunstancias que lo motivaron; y esta es, sin duda, la razón del contenido del art. 11 del Código de Justicia Militar: "En todos los bandos que dicten las autoridades o jefes militares a quienes corresponda tal facultad, se consignará expresamente el *espacio* en que haya de aplicarse y el *momento* en que empezarán a regir".

Es norma general en materia de vigencia de leyes el art. 1.º del Código civil, pero los bandos son tan sólo *leyes provisionales con respecto a las cuales ni existe ni podría existir una norma previa que en términos generales determinara el momento en que entran en vigor y el ámbito en extensión de su fuerza.*

Se establece en el Reglamento de Servicio en Campaña, y en la Ley de orden público, la facultad de la autoridad militar, con mando en plaza sitiada o en territorio declarado en estado de guerra, para dictar bandos; cabe deducir que éstos alcancen a la plaza o territorio en la situación indicada, lo que no impide que en el propio bando se contenga señalamiento del *ámbito especial de su aplicación*, pues, en ocasiones, se hace necesario someter a régimen más severo ciertas zonas del territorio en las que el peligro es más pronunciado.

Idéntica precedencia debe guardarse en relación al *momento en que ha de empezar a regir*, y en buena técnica penal así ha de ser, pues, como dice PESSINA, “no puede ser castigado el hombre sino en cuanto conoce que su acción constituye una violación de la ley moral, y la sociedad tiene el deber de prevenir el delito por cualquier medio legítimo antes de recurrir a la pena”.

Por último, el bando debe conceder un margen de tiempo para que surtan efectos la invitación a la rendición hecha a los rebeldes. Así lo previene la Ley de orden público en su art. 53, y el Código de Justicia Militar en el 294, que nos excusamos de transcribir. Pueden los plazos señalados para entrar en vigor ser distintos y pueden, incluso, concurrir circunstancias que no permitan o aconsejen la guarda de tal requisito, pero lo normal será lo ya señalado.

IV

¿PUEDEN LOS BANDOS DEFINIR DELITOS?

Tradicionalmente se ha venido interpretando por los comentaristas que el precepto contenido en el segundo párrafo del antiguo art. 171 implicaba la facultad de definir delitos. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la redacción de dicho precepto se prestaba a interpretaciones contradictorias. La razón de

ello estaba en que como quiera que después de definirse los delitos y faltas militares como las acciones y omisiones *penadas* en el Código castrense, se declaraba serlo igualmente las acciones y omisiones *comprendidas* en los bandos, parecía que en éstos lo único que podría hacerse era comprender como infracciones penales otras acciones y omisiones distintas de las incluidas en el articulado del Código; pero cuya calificación como delito y consiguiente aplicación de pena, tenía que hacerse entre los delitos tipificados en aquél. O sea, que era factible argumentar que las infracciones penales contenidas en los bandos sólo podían consistir en la atracción a la competencia de la jurisdicción militar de determinados hechos mediante su equiparación a delitos ya comprendidos en el Código, equiparación que no llega a constituir definición de delitos.

Indicábamos antes, a este respecto, el interés que tienen los nuevos términos en que está redactado el segundo párrafo del artículo 181, en el que una correcta interpretación gramatical obliga a entender que son igualmente delitos, no ya como antes, las acciones y omisiones *comprendidas* en los bandos, sino los *delitos comprendidos* en los mismos. Y claro es que con ello desaparece toda posibilidad de duda y de contradictoria interpretación, ya que ahora es evidente que en los bandos *pueden definirse delitos*, al hablarse de ellos de modo expreso.

Pero queda por examinar la cuestión relativa a si la facultad de definir delitos es extensiva a cualquiera de las situaciones en que la autoridad militar puede dictar bandos. Estimamos que aquella definición de delitos, con toda la amplitud que ese concepto representa, sólo cabe en el caso de guerra exterior, así como en el de guerra civil, por su analogía con la anterior situación. En cambio, en la de anormalidades de orden público parece que aquella facultad debe quedar limitada a la equiparación a los delitos militares, ya definidos en el Código, de los hechos que la autoridad militar estime necesario sancionar. E insistimos sobre el diferente alcance de una y otra facultad, que no se limita a una diferenciación de carácter teórico; y así, mientras que en el bando declaratorio del estado de guerra por alteración del orden puede establecerse, por ejemplo, que las huelgas y los actos cometidos contra las personas se transforman en el delito de rebelión militar, en los bandos que se publiquen en campaña no sólo puede de-

clararse que determinados actos son constitutivos de delitos de traición, espionaje, etc., sino que puede llegarse a la definición completa de nuevos delitos —como en el caso de que se estableciera que la comisión de ciertos hechos constituiría el delito de lesa-patria, por ejemplo, no regulado ni tipificado en los Códigos existentes—.

En general, y sobre todo en la revolución de orden interior, los bandos más que crear delitos son la avanzadilla jurídica y de urgencia que sale a taponar las brechas con que los rebeldes o los enemigos intentan entrar en la fortaleza. Nunca se sabe en qué forma, con qué actos determinados y con qué medios inician los enemigos del Estado sus campañas destructivas, y la defensa de aquella institución exige, para atajar el mal, configurar provisionalmente unas figuras de infracción concordadas con los actos rebeldes, que en la mayoría de los casos no son más que discriminaciones de figuras penales genéricamente comprendidas en los Códigos.

A este respecto, el comentarista CONEJOS DE OCOÁN dice: “Los Generales en Jefe del Ejército y demás autoridades militares que tienen facultad, con arreglo a la ordenanza, para dictar bandos en circunstancias excepcionales, pueden asumir la jurisdicción criminal en todos aquellos hechos o delitos que, a su juicio, hayan de reprimirse con mayor celeridad, a los fines de conservar o restablecer el orden alterado. Esta facultad no implica la de poder crear delitos no previstos en las leyes descritas cuando se trate sólo de alteraciones de orden público, limitándose entonces a variar el enjuiciamiento ordinario de los términos que quedan dichos y a declarar constitutivos de delitos, marcados en la Ley, hechos que en las condiciones de la vida normal no bastarían a considerarse tales. En campaña los bandos de que se trata han de tener el carácter de verdaderas leyes, tanto en lo que se refiere a la designación de hechos punibles, como lo que se relaciona con la imposición de penas, sin más limitación que la nacida del criterio de la autoridad. La guerra, esto es, la situación de un ejército en campaña al frente del enemigo, o de las fuerzas sitiadas o bloqueadas, revisten circunstancias tan extraordinarias que para acudir a ellas, evitando desastres posibles y días de luto a la Patria, es preciso conceder al encargado de dirigir bajo su responsabilidad las operaciones militares todas las facultades concernientes al poder del

Estado en sus diversas manifestaciones, sin más cortapisa que la de su propia y personal prudencia. Quede, pues, sentado que los bandos que dictan las autoridades de que aquí se trata en las circunstancias expuestas, pueden definir hechos como delitos y castigarlos según exijan las conveniencias del momento, sin que sobre ellos pueda considerarse subsistente ninguna otra ley anteriormente promulgada”.

Poco cabe añadir a tales afirmaciones. Cuando se publica la Ley marcial, existe un caso de fuerza mayor que suspende el ejercicio del derecho común y concentra en la autoridad militar todos los poderes; este es el estado de derecho que existe en toda guerra civil o extranjera. Las facultades omnímodas que la Ley otorga al General en Jefe le convierten en legislador. Los bandos pueden definir nuevos delitos, si bien la penalidad, como a continuación veremos, no puede ser distinta a la establecida en las leyes penales de la Nación, conforme a los principios que informan el Derecho penal.

En apoyo de esta tesis que venimos manteniendo cabe citar la opinión mantenida por JIMÉNEZ DE ASÚA en su nueva obra de *Derecho Penal*, de 1950; en ella sostiene que “en tiempo de guerra, es decir, cuando nuestra Nación está en hostilidades de índole bélica con otra potencia, el Jefe militar de una plaza, puesto, destacamento, cuerpo o ejército, puede crear para los militares e incluso para los civiles que habiten en el territorio militarmente ocupado, en el propio país o en el del enemigo, delitos hasta entonces inéditos, incluso para actos desprovistos de toda antijuricidad antes, siendo este uno de los pocos casos en que el tipo, en vez de concretar lo injusto, lo da a conocer”. “Mas esto —continúa el tratadista dicho—, que en tiempo de guerra es necesario y justo, no lo sería en el simple estado de guerra. En él, aunque no lo exprese la ley taxativamente, como ha hecho al referirse a las penas, no se pueden crear delitos por el bando, sino sólo someter los existentes al fuero marcial.” Y termina diciendo: “De estos preceptos del Código castrense aparece bastante claro que en el bando pueden crearse delitos. Y no resulta ello abusivo, ni contrario al principio legalista, si distinguimos, cosa que hasta ahora no se ha hecho con precisión, el tiempo de guerra del estado de guerra.”

V

¿PUEDEN LOS BANDOS IMPONER NUEVAS PENAS?

Seguimos distinguiendo:

- a) Estado de guerra.
- b) Caso de guerra.

En el *primer supuesto* se contiene la disposición reguladora del art. 61 de la Ley de orden público, en el que previene que “las autoridades civiles y militares no podrán en ningún caso establecer ni imponer otras penalidades que las prescritas anteriormente por las leyes, debiendo además las del orden militar oír al Auditor al dictar sus bandos, en los cuales podrá acordarse que, después de veinticuatro horas de publicados, se apliquen las penas del Código de Justicia Militar”.

En el *segundo supuesto* ya las Ordenanzas, en el art. 78, título 4.º, tratado 5.º, habían venido estableciendo que: “Considerando que pueden ocurrir diversos casos no prevenidos en estas ordenanzas, concernientes a la disciplina militar, exactitud del servicio y acierto de las operaciones, en que sea indispensable que los Comandantes no carezcan de la facultad de juzgar delitos que requieran pronto y ejecutivo castigo, y de cuya impunidad pudieran resultar conocidos perjuicios a mi servicio, concedo a dichos Comandantes Generales que, examinadas las circunstancias maduramente y con consulta de los Oficiales Generales o particulares, sus subalternos, de cuya integridad y prudencia tengan conocidas pruebas, impongan la pena que pareciere correspondiente a los delitos que pretendan atajar”.

Y Por afirma que la principal limitación que tienen los bandos es la de no poder modificar la penalidad admitida por las leyes. Pueden crearse nuevos delitos y modificar el procedimiento para su castigo, *pero las penas que se impongan han de ser las que admite la legislación vigente del país.*

Cabe, pues, concluir, por lo que respecta a la posibilidad de crear penas en los bandos, que tan bajo el imperio del Código anterior, como del vigente, resulta incuestionable que en aquéllos

no pueden prescribirse penas que no estén señaladas en las leyes penales vigentes, limitación recogida en el art. 182 del vigente Código de Justicia Militar.

VI

GRADO DE PARTICIPACIÓN Y EJECUCIÓN Y CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

En cuanto a los dos primeros puntos, grado de *participación* de personas intervinientes y de *ejecución* de la acción infractiva, las posibles dudas serán generalmente resueltas en el propio bando, penando cualquier faceta de actuación como autoría y castigando el hecho en cualquier estado de desarrollo de la acción cual si la consumación hubiera sido alcanzada; norma en nada merecedora de posible censura, si se toman en consideración las circunstancias que la hicieron viable. Pero en cuanto hace referencia a las *eximentes*, por su consecuencia excluyente de la penalidad, y a las *circunstancias modificativas*, el problema puede plantearse.

Posiblemente el criterio a adoptar habría de ser el seguir una norma restrictiva en su apreciación, pero en algún supuesto concreto, como el de la eximente de menor edad, la realidad, caso de presentarse, tendría que ser afrontada; y posiblemente también la solución más adecuada sería la seguida por el Auto de 29 de julio de 1898, en que se excluyó un hecho de lleno recogido en bando, tomando como fundamento la carencia de intención en los autores, que eran tres muchachos de diez años cada uno que colocaron dos rodales sobre los raíles de un ferrocarril minero, con lo que, y por estimar el hecho constitutivo de una imprudencia, se resolvió que la responsabilidad de aquéllos tendría que ser objeto de una previa declaración no a seguir por la jurisdicción de guerra.

VII

COMPETENCIA EN ORDEN JURISDICCIONAL

Cuando se trata de delitos cometidos en territorio declarado en estado de guerra, la competencia viene determinada por el número 3.º del art. 9.º del Código de Justicia Militar; si los delitos

se cometen en plazas sitiadas o bloqueadas, por el núm. 2.º de tal precepto, y en razón del carácter y calidad de la actuación delictiva, por el núm. 7.º del art. 6.º

La competencia en las faltas contenidas en los bandos queda fijada en el núm. 4.º del art. 7.º

Esta competencia se establecía así en una consulta en la que Su Majestad evacuaba la del Consejo Supremo de Guerra, con fecha 26 de junio de 1783: "Sin embargo, de esta facultad tan amplia de los Generales para la promulgación de los bandos no conoce su juzgado sino de la contravención de aquellos cuyo privativo conocimiento se reserva, y de los que hace publicar, sobre delitos que no expresa la Ordenanza, pues los señalados en ésta bajo alguna pena ha de juzgarlos siempre el Consejo de Guerra Ordinario de Oficiales en cada Cuerpo."