

# Nuevos problemas de Derecho penal

ISAÍAS SANCHEZ-TEJERINA

Catedrático de Estudios Superiores de  
Derecho penal en la Universidad Central

El penalista patrio asiste a una proyección del Derecho penal que rebasa las líneas fronterizas nacionales. Pero, ¿existe un verdadero Derecho penal internacional? ¿Hay siquiera una posibilidad práctica de proclamar su existencia?

Entre los problemas referentes a la aplicación de la Ley penal, se estudia por los tratadistas el relativo a la aplicación de la Ley penal en el espacio.

Están muy lejanos los tiempos en los que el derecho de asilo dejaba inmóvil a la justicia, paralizaba su acción. Se viene defendiendo por la ciencia penal hace tiempo la necesidad de una estrecha colaboración de los Estados para luchar eficazmente contra la criminalidad (1). Hay para ello una razón evidente: existen crímenes internacionales que deben ser perseguidos por la comunidad de Estados, puesto que a todos interesa por igual.

Fué JEREMÍAS BENTHAM quien habló, por primera vez, de un Derecho penal internacional. Pero ya advierte MANZZINI que no existen delitos ni penas propiamente internacionales. Por mi parte, añado que tampoco existen ni jueces, ni procedimiento que de internacional se pueda calificar.

Protesta VON LISZT de la denominación Derecho penal internacional, y MEZGUER completa la idea, diciendo que más que de Derecho penal cabe hablar de un derecho de aplicación del Derecho penal; pues si bien existen leyes comunes a los Estados civilizados, éstas no son obligatorias en cada país si una ley de carácter interno no las impone como obligatorias.

Después de la última guerra—perdón por el eufemismo— se hace preciso revisar las anteriores ideas.

---

(1) Algún día pensamos escribir acerca del concepto de criminalidad. Con una misma vida, unos mismos hechos, tenemos al héroe popular y al delincuente; a veces, las dos cosas, en sucesivas etapas de la vida de un hombre. Sería curioso establecer unas bases o reglas que nos señalaran un concepto subjetivo de la delincuencia y un concepto objetivo. Ambos conceptos pueden coincidir, de hecho es lo más corriente; es el caso de una identidad psicofisiológica del delincuente.

Hay delitos de lesa humanidad, existen penas y se siguen procedimientos jurídicos para su imposición. Si a ello añadimos un poder superestatal que ejecute las sentencias y evite futuras agresiones, nada nos falta ya para poder hablar de un verdadero Derecho penal internacional. Se opondrá a esta afirmación que lo expuesto no es estrictamente legal. Se dirá también que en virtud del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", los delitos perseguidos debieran estar descritos y penados en virtud de una ley anterior a su perpetración. Cierto. Pero si examinamos la cuestión agudamente se puede observar que ya nuestro VITORIA, y después todos los internacionalistas, han afirmado la ilicitud de la agresión inmotivada y la guerra de conquista.

Podíamos añadir que, en virtud de la vieja teoría del delito natural, constituye delito lo que va contra los sentimientos de piedad y probidad.

Mas es preciso tener en cuenta que está naciendo un nuevo Derecho penal universalista, y los primeros pasos habrán de ser, necesariamente, vacilantes y plagados de lagunas.

Yo me creo con autoridad para decir esto, porque precisamente el año 1942 pronuncié unas conferencias, en mi cátedra de "Estudios superiores de Derecho penal", en defensa de los dogmas fundamentales "nullum crimen, etc.", como garantía personal ineludible por parte del Estado dada al ciudadano; y rechazaba entonces y siempre las fórmulas atentatorias a la dignidad humana y a una santa libertad, tales como la del "sano sentimiento popular" y otras análogas.

Estos principios o dogmas, decíamos en nuestra primera edición del "Derecho penal español" y lo hemos venido repitiendo en las sucesivas (2), proporcionan a la administración de justicia penal, que por definición lleva en sí los más graves ataques a la libertad, al honor, al patrimonio, incluso a la vida de los ciudadanos, el fundamento legal único que soporta nuestra conciencia jurídica. Y en otros párrafos posteriores reforzábamos los argumentos, expuestos ya por MEZGUER, que son incontestables.

Pero esto lo referimos a lo nacional. Para llegar a dicha situación doctrinal y legal han sido precisos muchos siglos de evolución científica y legislativa, pasando por la "Faida"—entrega del delincuente a su víctima o a la familia de ésta—y pasando también por la espantosa arbitrariedad de la Edad Media, con toda su secuela de injusticias.

Sin duda, esta evolución se está produciendo actualmente en el Derecho penal internacional. No intentamos, pues, justificar nada. Sencillamente explicamos el fenómeno; no otra cosa.

Lo mismo decimos respecto del Tribunal y procedimiento seguido, que no se ajusta a los dogmas penales ni al principio de la incompatibilidad de ser juez y parte en el proceso.

(2) I. SÁNCHEZ-TEJERINA: *Derecho penal español*, 1.ª edic., 1937, Librería General "La Facultad", Salamanca; 2.ª edic., 1940, Gráficas Aguado, Valladolid; 3.ª edic., 1942, Reus, Madrid; 4.ª edic., 1945, Reus, Madrid.

Ya en el año 1940 (3) defendí la posibilidad y rigor científico en la aplicación de la legítima defensa en los casos de guerras civiles e internacionales, con un especial estudio de la guerra española de 1936, como caso de legítima defensa colectiva. Por cierto que asistió al discurso una destacada personalidad americana, que se mostró en un todo conforme con la tesis por mí sustentada.

Omito la exposición de varias teorías que fundamentan la legítima defensa; sin embargo, haré una ligera alusión a la que estimo más exacta: la mantenida por el maestro de Pisa, FRANCESCO CARRARA, y seguida en España por mi llorado maestro, padre JERÓNIMO MONTES. Según ella, la protección y defensa de los intereses vitales corresponde normalmente al poder social; pero cuando esto no es posible, están facultados para ejercerla los particulares. El fundamento de su legitimidad se halla, por lo tanto, en la impotencia momentánea de la defensa pública por parte del Estado; la tutela jurídica se mantiene, en tal caso, en la única forma posible, facultando a los particulares para que protejan sus intereses jurídicos. Este punto de vista objetivo puede ser completado con el fundamento subjetivo referente a la personalidad del atacante, que es siempre un ser antisocial y peligroso.

Ahora bien; si existe en el ámbito nacional un poder soberano que cede en un momento dado su autoridad a los particulares, no existe tal poder en lo internacional. Precisamente se trata en la política internacional del momento de establecer un poder superestatal que defienda a los países de posibles agresiones de otros, e incluso se trata de crear una poderosa fuerza militar para ponerla al servicio del Estado agredido.

Mientras llega este ideal, cada país se defiende como puede. Una forma, sin duda legítima de defenderse, es la resistencia organizada dentro de los países ocupados.

¿Será un obstáculo para declarar lícita la defensa la falta de la autoridad superestatal? No. Justamente de la legítima defensa dijo CICERÓN: "Non scripta, sed nata lex"; y GELB afirmó que la legítima defensa no tiene historia, nace con la humanidad, surge siempre que el hombre ve hollados sus intereses vitales.

El Estado agredido, de acuerdo con todos los internacionalistas, no sólo puede, sino que debe defenderse; tiene sagrados deberes que cumplir en relación con los ciudadanos que en él habitan.

Los requisitos exigidos para la legítima defensa individual deben serlo rigurosamente también para la defensa colectiva.

Es necesario, por tanto, para proclamar la licitud de la defensa de un Estado contra otro, o de una parte de él contra el resto, los tres requisitos del Código penal:

- 1.º Agresión ilegítima.

---

(3) I. SÁNCHEZ-TEJERINA: *Discurso de apertura en la Universidad de Salamanca*, 1940-41. Recogido en *Derecho y procedimiento penal*, folleto núm. 1. Reus. Madrid.

2.º Necesidad racional del medio o medios empleados para impedir o repelerla; y

3.º Falta de provocación por parte del que se defiende.

El requisito de la agresión ilegítima es básico. Sin su presencia no es posible hablar de legítima defensa, completa ni incompleta.

Al faltar uno y aun los dos requisitos restantes, podrá estimarse una legítima defensa incompleta; pero de ningún modo si falta la agresión ilegítima (4).

Un pueblo puede ser atacado en su independencia, en la vida de sus ciudadanos, en su honor; ¿qué ha de hacer?: defender tan sagrados derechos.

Así lo hizo España en la guerra de Liberación de 1936. No sólo la vida y la integridad física personal; eran el honor, los sentimientos religiosos, patrióticos y todo lo que constituye la parte más elevada y espiritual de la persona humana, lo que era continuamente objeto de agresiones por parte de la anti-España y sus autoridades.

Los ojos atónitos de los españoles veíamos, como en una pesadilla diabólica, incendiar templos, quemar la Prensa católica en plena calle, injuriar a las señoras que salían de las iglesias y cosas aún más memorables, para mi memoria al menos, que recogí en un discurso, que no se me permitió pronunciar, sobre "Los delitos religiosos en España" (5).

¿Hubiera bastado entonces con la defensa individual aislada, o era necesario que esta defensa fuese colectiva para ser eficaz? El español heroico que se defendía por sí mismo moría asesinado por el mal español, y nada se lograba con ello.

No ofrece duda que las agresiones eran ilegítimas, puesto que no estaban derogados los preceptos del Código penal que castigaban, lo mismo que hoy, el homicidio, el incendio, etc. ¿Por qué se permitían y alentaban?

Los medios empleados fueron los necesarios; no hubo medio pacífico y jurídico de impedir las agresiones.

Si la lucha termina, bien por armisticio o por la total derrota y destrucción del agresor, no es lícito, en modo alguno, continuar la defensa, que ya no lo sería, sino venganza. Así lo ha entendido Norteamérica, lo mismo que Inglaterra, que no sólo han puesto fin a la lucha, sino que procuran atenuar el hambre y las epidemias en los países considerados enemigos durante la guerra.

No puede, pues, ejercitarse la lucha contra una agresión pasada; pero sí es justo y lícito que el agredido desarme al agresor para evitar que la agresión se repita. Es exactamente igual que la defensa ejercitada por una persona, quien contraatacando con un palo y estando el agresor ya caído en el suelo le quita el arma de fuego que lleva para evitar la posibilidad de un disparo, que pudiera ser mortal para el agredido.

(4) I. SÁNCHEZ-TEJERINA: *Código penal anotado*. Madrid, Reus, 1948.

(5) *Discurso de apertura de Curso*. Universidad de Oviedo. 1934-35.

He aquí otra cuestión importante: ¿Cabe legítimamente prevenirse contra ataques futuros? Sin duda alguna. Seguramente, si en el caso de la pasada guerra los angloamericanos hubieran poseído una mejor preparación militar y defensiva se hubiera evitado la guerra, o ésta no hubiera tenido tanta duración. Pueden, por tanto, adoptarse medidas contra ataques futuros para defender la vida, la propiedad, la Patria en suma. Es lícita la preparación guerrera cuando fundamentalmente se teme una injusta agresión del país vecino, siendo, por consiguiente, justo adoptar dichas medidas, tendentes a la mejor defensa de tipo positivo y de carácter negativo, tales como impedir el rearme del agresor. La destrucción del poderío militar del vencido no debe llevar aparejada la de su economía y sus posibilidades científicas, artísticas e industriales, necesarias para una vida digna.

¿Puede justificar la agresión el estado de necesidad? Se ha expresado en todos los idiomas: *necitas non habet legem*; *noth hat kein gebot*; *nécessité N'a point de loi*; la necesidad no tiene ley... CICERÓN ya conocía el problema, como se deduce de sus defensas y sus obras didácticas; unas veces, fundamenta la justificación del delito cometido en estado de necesidad en la ausencia de dolo; otras, en la debilidad de la naturaleza humana. Definámosle con MORTAUD: "Es un estado tal de cosas que la salvaguarda de un bien necesita de la comisión de un acto en sí mismo delictivo."

Dentro del estado de necesidad se hallan comprendidos casos tan distantes como el homicidio con antropofagia y el hurto famélico del que roba un panecillo o unas frutas para no morir de hambre.

Es evidente que puede aplicarse el estado de necesidad a los conflictos de tipo bélico. Pero se hace precisa una previa distinción. Que se trate de bienes de valor igual o de bienes de valor desigual.

En general, en los conflictos internacionales los bienes son de valor igual: los dos países tienen intereses y derechos análogos que mantener. Por ello no es fácil encontrar una plena justificación en favor del Estado agresor; pero, de acuerdo con mi teoría integral del estado de necesidad (6), caben en esta eximente las tres causas de exención más conocidas: las de justificación, las de inimputabilidad y las excusas absolutorias.

Si no es posible estimar una causa de justificación en los conflictos internacionales, ni es fácil tampoco estimar una causa de inimputabilidad—ya que es punto menos que imposible la locura colectiva—, puede, en cambio, apreciarse una excusa absolutoria.

Un país en condiciones de vida miserables, que no le permita el subsistir ni a las más apremiantes necesidades de sus pobladores, podrá, claro está, penetrar en el país vecino rico y superabundante. Pero sin olvidar dos requisitos, que son exigencias ineludibles de éste estado de necesidad: 1.º, la necesidad ha de ser extrema; 2.º, no debe traspasar el ataque los límites de lo necesario. Si se ataca al país ve-

(6) I. SÁNCHEZ-TEJERINA: *El estado de necesidad en el Derecho penal*. Tipografía Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, Madrid, 1923.

cino para arruinarle y engrandecer a su costa al país propio, jamás podrá hablarse de un verdadero estado de necesidad.

La extrema necesidad, cuyo concepto debe quedar bien claro, puede, en ocasiones, completarse con la previa petición de ayuda al vecino.

Nosotros no damos valor de causa eximente al espacio vital, ni al deseo de obtención de materias primas; y, sin embargo, deseamos un lugar en el mundo para los países superpoblados y una más equitativa distribución de la riqueza en materias primas para que los pueblos todos lleven una vida humana y digna.

El último punto de este artículo requiere, más que ningún otro, de una objetividad y serenidad incommovibles: el dolo y la culpa en el delito de traición.

Las palabras traición y traidor me han producido siempre una penosa impresión. Aún más que otras: homicida, estafador, asesino. Sólo se equipara en mi conciencia el término traidor con el de parricida. Y eso es el traidor; un parricida. Uno da muerte al padre o a la madre; otro a su Patria. Aún resulta más grave el delito de traición, si no por más criminal por producir males mayores. El que delinque contra la Patria destroza su existencia, desgarrar no los accidentes, sino la esencia, el seno mismo de la sociedad. Atentando a su independencia es un parricidio público el que comete el traidor, para el que difícilmente encontrará no una justificación o atenuación, ni una explicación siquiera que salve su propósito ni su honra... (Son palabras del comentarista Joaquín Francisco Pacheco.)

Traición, de tradere—entregar—, supone la idea de una entrega, de una deslealtad; pues eso es la traición: entrega de una parte del territorio nacional, destruir su independencia y su integridad.

Pueden existir delitos de traición dolosos, ya claramente descritos y penados en los Códigos: “el español que indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España; el español que facilitare al enemigo la entrada en la nación; el que tomare las armas contra la Patria bajo banderas enemigas; el que revelare secretos políticos y militares” y otros.

Pero todavía no se han tipificado delitos de traición que hoy se cometen con frecuencia. Los hay de tipo culposo, integrados en la mayoría de los casos en el colaboracionismo. No suelen cometerse casi nunca maliciosamente, pero son hechos que producen grave quebranto para la Patria, ya se cometan por negligencia, por imprudencia o por impericia o ineptitud; a veces, por equívocación.

Sin duda, los hechos anteriores constituyen delitos y merecen las condignas sanciones. Pero existe un gravísimo delito natural—aunque todavía no legal—en la mayoría de los países: el de traición, integrado por la doctrina comunista, y más exactamente, por el partido comunista.

Muchos hombres, dolosamente, si se trata de jefes del partido, y otros por verdadera imprudencia, o negligencia, o ignorancia, cometen una traición que pudiéramos llamar antecedente. Preparan la entre-

ga de la Patria por procedimientos hábiles y engañosos, y no sólo entregan la Patria, sino sus valores, su religión, sus costumbres y tradiciones; y lo hacen, como ya decían las Partidas, "bajo semejanza de bien a mal".

Y cuando vienen los llamados para hacerles gratuita donación de la Patria, no vienen, como en el caso de nuestra guerra, como meros auxiliares o servidores, sino como verdaderos señores. Se les llama para someterles la Patria con todos sus valores y tradiciones.

¿Qué hacer con el comunismo? Si hubiera un exacto sentido de la defensa social y mundial, lo razonable sería declararlo ilegal; más aún, tipificarlo en sus diferentes formas y manifestaciones, estableciendo las modalidades o figuras delictivas con las correspondientes sanciones que la gravedad del comunismo exige.

## RESUME

*Le pénaliste assiste à une projection du droit pénal qui dépasse les frontières nationales. Mais, existe-t-il un vrai droit pénal international? Après la dernière guerre il faut réviser les idées sur cette matière. Il y a des délits de lèse humanité, on impose des peines et on suit des procédés juridiques devant les Tribunaux Internationaux, et cependant, dans ce Droit pénal il manque le traditionnel principe de "nullum crimen nulla poena sine lege". Certainement, qu'en se basant sur la théorie du delit naturel nous pourrions affirmer que dans tout attaque aux sentiments de pitié et de probité il y a du delit, bien qu'il n'eût pas existé une légalité antérieure à sa commission.*

*Autant dans les cas de guerre internationale, que dans ceux de l'état de nécessité engendrés par la manque d'espace vital ou des premières matières, les principes doctrinaux de la légitime défense individuelle et de l'état de nécessité du même caractère pourraient être appliqués. Non obstant on sent l'absence d'un pouvoir souverain super-étatal qui applique concrètement dans chaque cas les principes fondamentaux de la légitime défense et l'état de nécessité. Tandis que cet idéal arrive, on peut se défendre avec ce que nous appelons la résistance organisée dans les pays occupés.*

*Un fait qui produit des malheurs mondiaux et qui devrait mériter une attention avec caractère international, est le communisme, qui est un delit qu'on pourrait bien cataloguer parmi ceux qui sont appelés "hostes generi humani" et également que des mesures internationales de type punitive sont prises pour éviter et reprimer le commerce des drogues et la traite des blanches, on devrait adopter des mesures contre le communisme organisé en le déclarant ilegal.*

## SUMMARY

The penalist assists to a projection of Criminal Law that surpasses the national frontiers. But does an International Criminal Law really exist? After last war, it is necessary to revise the ideas about this matter. There are transgressions of leze-humanity, penalties are imposed and juridical procedures are followed before International Tribunals, but nevertheless in this criminal law the traditional principle of "nullum crimen nulla poena sine lege" is missing. It is true that basing us on the theory of natural transgression, we could affirm that there is a transgression in every attack to the sentiments of piety and probity, even if there were no legality before its commission.

In the cases of international Law as well as in the cases of state of necessity created by the lack of vital space or raw materials, the doctrinal principles of the individual legitimate defence and of the state of necessity of the same character, can be applied. Nevertheless there is missing a supreme & super-statal power that applies the fundamental principles of legitimate defence and of state of necessity to every concrete case. Until this ideal arrives, it is possible to defend oneself with what has been called the organized resistance within the occupied countries.

A fact that is producing wordly troubles and which should deserve an attention of international character, is communism, transgression that could be very well listed among the so-called "hostes generi humani"; and in the same way as there have been taken some international measures of punitive type to prevent and restrain the commerce of stupeficients and the white slavery, some measures should be taken against the organised communism by declaring it illegal.