

El Hambre
en el
DERECHO PENAL



Por
León Castro

EL HAMBRE EN EL DERECHO PENAL

Explicación y estructura de este trabajo

El tema que he escogido para esta monografía no es de los más brillantes que el Derecho Penal ofrece a las gentes aficionadas a esta clase de disciplinas. Más éxito dialéctico y, tal vez, una profundidad conceptual más encomiable, se hubiesen logrado si el asunto sometido a investigación hubiese sido uno de los problemas de la ciencia penal que han atraído con mayor entusiasmo el afán de los tratadistas. Menos opaco que estas páginas sobre el hambre, un estudio sobre el homicidio, por ejemplo, da oportunidad de mostrar más tesis, más pensamientos, más audacias científicas. Libros insignes y enseñanzas eminentes se pueden recoger con alagadora facilidad en los estantes de las bibliotecas. La experiencia judicial ha entrado más de lleno en estos campos, y la jurisprudencia es fértil en fallos brillantes, en innovaciones notables, en aciertos magníficos.

En cambio, el tema propuesto en este trabajo se ha considerado como una circunstancia abstracta que da explicación a ciertos hechos esporádicos, cuya frecuencia se ve reducida por el avance económico de las sociedades. Con todo, no sobra apuntar que el hambre merece un puesto de cuidado dentro de los estudios penales. Si bien es cierto que en los tiempos que corren las causas que pueden motivarlo se ven relegadas por la mejor organización del trabajo, por el afán gubernamental en la asistencia pública, existen fenómenos contemporáneos que están en capacidad de ponerlo en vigencia con una fuerza y una evidencia cuando menos iguales a las experimentadas en las peores épocas de la historia humana. Bastaría enunciar las múltiples y trágicas consecuencias

de la última guerra o los problemas surgidos de la desocupación y de los enormes conflictos obreros de los países más industrializados, para comprobar plenamente este aserto.

En Colombia, a mi juicio, puede llegar a ser fuente segura de delitos el hambre, cuando el problema de la afuercia de gentes campesinas a los centros urbanos llegue a agudizarse gravemente, que no será en hora muy lejana. Por otra parte, el país está también expuesto a las contingencias mundiales. Y, además, los problemas penales no sólo deben estudiarse cuando son realidad dolorosa. Las causas del delito, por improbables que parezcan en un medio dado, deben hacer parte de toda buena política criminal. Y no es desatinado observar que dentro de nuestro ambiente económico se angustia un crecido sector del pueblo, víctima irredenta de la más oscura miseria.

En cuanto a la estructura del trabajo, bien sabido es que los delitos cometidos bajo la circunstancia dominante del hambre, y con la finalidad de escapar de él, caen bajo el rubro general de "estado de necesidad". A su vez, el estado de necesidad es, por así decirlo, una de las especies en que puede dividirse la clase superior de "causas de justificación", para denominar el asunto con un término genérico. Se distinguen, pues, tres partes bien caracterizadas en este estudio:

La primera parte habla de las causas de justificación del hecho. Se hace en ella la distinción, necesaria en el Código Penal Colombiano, entre causas de justificación y causas de excusa. Se expone el pensamiento de las dos grandes corrientes penales al respecto.

La segunda parte se refiere ya propiamente al estado de necesidad, como causa especial de justificación del hecho. Se estudian los diversos elementos del acto necesario y se marcan, en forma general, los delitos concretos que pueden caer bajo la denominación de "estado de necesidad". Así mismo, se da un vistazo pormenorizado a las escuelas penales, a las teorías filosóficas, a las explicaciones situadas en un estricto campo intelectual, que buscan la razón de ser del estado de necesidad.

En la tercera parte se afronta el problema de los delitos específicos, cometidos al impulso del hambre y con el propósito fácilmente evidenciable de salvarse de él. Cobran mayor interés para el estudiante del Código Penal Colombiano el hurto y el robo famélicos, contemplados en el artículo 430 de nuestra legislación

criminal. Pero habrá lugar a detenerse, así sea someramente, en otros delitos. O, por decirlo más exactamente, en ciertos hechos, puesto que dejan de ser verdaderos delitos cuando encuentran su plena justificación en el derecho.

He pretendido situarme dentro de un criterio moderno para apreciar este problema, deshechando demasiadas sutilezas de orden metafísico sobre la voluntad y sobre la libertad. Creo que estas nociones no encajan dentro de la misión que corresponde cumplir a la ciencia penal. Como tratarlas a fondo conduce necesariamente a una controversia de índole religiosa, sin prestar utilidad alguna al derecho penal, considero inoportuno el estudiarlas. El criterio clásico sobre la imputabilidad y sobre el delito parece definitivamente enterrado. Por eso me acojo a otras orientaciones, no sin mencionar, donde lo crea necesario, lo que al respecto pensaron los clásicos. Queda así dada una explicación que es, sin duda, urgente para quien lea lo que sigue:

Sobre justificación del hecho—causas de justificación y causas de excusa—cómo ven el problema la escuela clásica y la escuela positiva.

El artículo 11 del Código Penal Colombiano, que establece la responsabilidad legal de los individuos, dice a la letra:

"Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código.

"Se infringe la ley penal por acción u omisión".

La legislación penal colombiana, al consagrar este principio, adopta una clara orientación positivista. Quien quiera que, por cualquier clase de circunstancias, viole las disposiciones del Código Penal, es responsable de su acto. Para hacer pesar la responsabilidad sobre un individuo no se entra a discriminar si obró con libertad o no, si se trata de un sujeto absolutamente normal o de un tarado, un demente, un loco. El criterio que la ley adopta en frente de quien viola uno de sus mandatos, es el de que quien no se acomoda al estatuto social es peligroso para la comunidad. Las condiciones personales de cada sujeto, los motivos que lo determinaron a obrar, las circunstancias de que estaba rodeado, ser-

virán de índice para fijar el grado de su peligrosidad y, —por ende,— el grado de penalidad.

Pero la ley atiende también a ciertas condiciones humanas y sociales cuya presencia hace que el hecho no ataque los fundamentos de la comunidad ni cause conmoción de ninguna especie. Condiciones humanas y sociales que forman una urdimbre de circunstancias que, aunque el hecho tenga total apariencia de delito, hacen que el acto de un hombre determinado en un momento determinado y bajo el influjo de una situación determinada, carezca por completo de ilicitud. Y entonces se tiene el fenómeno de un acto que posee la morfología de un delito, pero que en su esencia no tiene rastro de antijuridicidad. Para buscar la esencia de un acto delictuoso es preciso establecer su antijuridicidad. Si ello no se logra, puede tenerse un acto que peca contra la moral religiosa, contra el sentimiento de algunos, pero no podría decirse que se tiene un delito, puesto que no aparece la violación de la norma, el quebrantamiento del mandato social, que es la base prima sobre la cual se asienta la represión de la comunidad contra el delincuente.

De tal manera que cuando no se encuentra la antijuridicidad de un hecho es preciso concluir que no hay delito. Como cuestión de mejor técnica, la ley agrupa en sus disposiciones los actos que toman apariencia de delito y carecen de la esencia de tal, para exceptuar a sus actores de responsabilidad.

“Y como quiera que toda acción humana no puede separarse, en Derecho Penal, de su génesis psíquica (voluntad, inteligencia, fin), así la justificación depende siempre, de modo inseparable, de las condiciones reales o físicas de la acción, y, sobre todo, de las condiciones reales o psíquicas del agente”. Así habla Ferri sobre el problema. Lo que quiere decir que actos que poseen todas las características de delitos en su forma externa, no son sin embargo punibles, es decir, son justificables, cuando estudiada su génesis en el aspecto real y en el personal —en éste con mayor detenimiento— resulta que no presentan elementos contrarios a derecho.

Siguiendo de cerca a Ferri, encontramos la existencia de dos clases de manifestaciones que dan al acto apariencia de delito, sin lograr imprimirle esencia de ilícito penal. Tales manifestaciones son denominadas por el ilustre maestro italiano “manifestaciones negativas” y “manifestaciones positivas”. Es de gran utilidad de-

finir claramente en que consiste cada clase, pues veremos en seguida cómo la técnica de nuestro Código se halla encuadrada, a este respecto, en la enseñanza de Ferri.

Las primeras, —las manifestaciones negativas,— son aquellas en que hay falta de intención por parte del agente. Son conocidas también como manifestaciones “non contra jus”. Son: la coacción, el caso fortuito, la ignorancia, el error. En el individuo que procede bajo el dominio de una coacción superior, de la cual no puede desprenderse, no hay intención verdadera de realizar el acto que ejecuta. Actúa, más que como personalidad humana, como instrumento eficaz de quien ejerce la coacción. Lo mismo ocurre con quien procede determinado por una ignorancia invencible, en su caso. No puede afirmarse de él que procede con intención delictiva.

Las segundas, —las manifestaciones positivas,— tienen como característica la de que el agente procede con la intención clara de realizar el acto, pero esa intención es legítima, jurídica. Se llaman también, de acuerdo con la calidad de la intención, manifestaciones “secundum jus”. A esta clasificación se acomodan: el mandato de la ley, la orden obligatoria, la legítima defensa, el estado de necesidad. Basta suponer un sujeto que actúa en legítima defensa de su vida. En su acto aparece diáfana la intención de matar, de rechazar por medios aptos para causar la muerte o, cuando menos, graves lesiones personales, a quien lo ataca. Pero aparece también muy claro que ese individuo obra en defensa de su propio derecho, y en presencia de una agresión actual e injusta. Lo mismo ocurre en el caso del estado de necesidad, que es el que verdaderamente interesa en este estudio. El agente —en el hurto famélico— procede con la intención perfecta de sustraer la propiedad de otro. Está ahí clara la apariencia del delito. Pero un estudio detenido de la intención y de las circunstancias del hecho, tal como Ferri lo prescribe, hace encontrar la juridicidad de esa intención. Si se sustrae la propiedad ajena para calmar la angustia del hambre, la urgencia inaplazable de alimentos, y si lo sustraído guarda proporción con lo que en realidad se necesita, y si, además, el hambre sufrido no es evitable de otra manera, nos hallamos en presencia de un hecho por el cual un individuo está defendiendo uno de sus derechos primordiales, el derecho esencial para la existencia de todos los demás derechos: la vida. Todas las apariencias muestran el hecho como delictuoso. Pero, estudiada la inten-

ción, surge evidentemente su legitimidad, de acuerdo con las doctrinas que se expondrán en la parte segunda de este estudio.

La estructura del Código Penal Colombiano afronta el problema de la justificación en dos disposiciones principales, las contenidas en los artículos 23 y 25. De acuerdo con esta técnica, debe hablarse, para mayor precisión, de causas de justificación y causas de excusa. Las contempladas en el artículo 23 (coacción, buena fe determinada por ignorancia invencible o por error esencial de hecho o de derecho, ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley penal, siempre que tal ignorancia dependa de fuerza mayor y haga relación a contravenciones) encajan dentro de las manifestaciones negativas estudiadas antes. Se habla, con referencia a este artículo, de causas de excusa, aunque el hecho tenga todos los elementos reales del delito, ya que el agente ha obrado "non contra jus".

Luego, el artículo 25 habla de las causas que justifican el hecho. Para determinar que son causas justificativas y no causas de excusa, no hay problema, puesto que el artículo dice: "El hecho se justifica cuando se comete...", y luego enumera las causas. En cuanto a la doctrina del asunto, no se presenta tampoco dificultad si seguimos el criterio que se ha venido exponiendo. Las causas contenidas en el artículo que se comenta son: disposición de la ley u orden obligatoria, legítima defensa y estado de necesidad. Todas ellas encajan perfectamente dentro de lo que Ferri llama manifestaciones positivas, es decir, que se presentan "secundum jus". Aquí el hecho se realiza con plena intención de cometerlo. Pero la intención está apoyada en el derecho. Es claro que en el caso de la orden obligatoria, cuyo cumplimiento no puede ser eludido por el agente, la responsabilidad caerá sobre el superior que dió la orden, pues fue él quien determinó la acción contemplada. Por lo demás, este asunto de la orden superior que conduce a la violación de un derecho ajeno, está suficientemente aclarado en una disposición constitucional.

El caso de la orden obligatoria y el de la coacción ajena insuperable tienen cierta similitud. A primera vista esa similitud se presta a confusiones. En ambos casos el agente obra determinado por una fuerza externa que emana de otro individuo. En ambos el tercero que determina la acción del agente es el verdadero responsable (artículo 26). Pero la diferencia salta cuando se afronta el problema de la intención, y se destruyen todas las confusiones. En

el caso de la coacción el agente pierde en realidad su capacidad de querer el acto, en virtud de la fuerza ejercida por quien lo coacciona; se trata, pues, de una manifestación negativa. En el caso de la orden obligatoria, el agente hace parte de un vasto engranaje jerárquico, que le impone, ciertamente, una determinada manera de actuar, pero que no le roba la voluntad. El agente obra de acuerdo con el derecho si acata la orden de su superior, inclusive —en la mayoría de las veces— quiere el acto que realiza, porque es parte del engranaje jerárquico antes mentado, que se ha puesto en movimiento para la ejecución de ese acto. Por lo demás, llega al acto con plena intención de ejecutarlo, lo que lo coloca en la esfera de las manifestaciones positivas. Obra, pues, "secundum jus".

Para explicar a cabalidad el problema es preciso conocer el pensamiento de las dos grandes orientaciones del derecho penal. Sin penetrar demasiado en las diversas escuelas en que se divide actualmente el estudio de esta disciplina jurídica, la sola confrontación del criterio clásico y del criterio positivo trae claridad al tema y sirve para fijar la posición de quien aborde la tarea de concretarlo en un trabajo como éste. Es claro que las premisas fundamentales sobre las cuales se afirma el razonamiento clásico sobre los problemas penales no son ya aceptadas en nuestro tiempo. Y no siéndolo, mal podría adoptarse la posición clásica para encontrar la razón de ser de la justificación. Sin embargo, no sobra exponer aquí, a grandes rasgos, las ideas de esta vieja corriente, que a pesar de todo tiene el mérito invaluable de haber sistematizado los estudios penales y de haber abierto la ruta a la revolución positivista, más acorde con la realidad de nuestros días y con la defensa de definidos y altísimos intereses sociales.

Para los clásicos, la imputabilidad ha de basarse, necesariamente, en una idea moral. Con los factores "inteligencia" y "voluntad", obrando juntos y paralelos siempre, ellos construyen su teoría de la imputabilidad. "El hombre no es responsable sino cuando su acto le es moralmente imputable. Es decir, cuando procede con inteligencia y voluntad libres". Si alguno de estos factores se ve disminuido o desaparece —por una causa cualquiera— la imputabilidad, se atenúa o se pierde. La concurrencia de inteligencia y voluntad es absolutamente necesaria para decir de alguien que es responsable de determinado hecho. Si causas de cualquier género hacen flaquear la inteligencia o nublan la voluntad,

la responsabilidad es menor. Y si se presentan motivos que hagan desaparecer cualquiera de estos dos factores, no se podría predicar la responsabilidad del actor del hecho, puesto que no pudo haber procedido con la entera libertad moral necesaria dentro del criterio clásico para poner en movimiento los resortes punitivos del derecho.

La libertad moral, que los clásicos exigen para fundamentar la responsabilidad, actualiza la cuestión del libre albedrío. Para los viejos maestros que recogieron y explanaron las enseñanzas de Carrera, el libre albedrío es la base fundamental de toda su construcción jurídico-penal. El asunto desemboca a una discusión filosófica tanto más peligrosa cuanto que hace tangencia con puntos delicados de la doctrina católica. Yo no veo, de acuerdo con lo que dice el positivismo, la necesidad de recurrir al libre albedrío para justificar la acción del derecho penal. Tal vez los clásicos estaban demasiado imbuidos de la ideología de su tiempo, o pensaron que lo justo sería copiar, en la medida de lo posible, la justicia humana sobre los moldes de la idea forjada en torno de la justicia divina. Pero penetrar en este tema sería abandonar el objeto primordial de este trabajo y perderse en digresiones de ninguna utilidad práctica.

Pensando, como pensaron, los clásicos que la inteligencia y la voluntad son los factores esenciales de la imputabilidad y —en último término— de la responsabilidad, es lógico que hayan dividido las causas que afectan a cada uno de estos factores. Así, establecen como causas que anulan la inteligencia las siguientes, divididas a su vez en causas físicas y causas morales: de orden físico, la edad, el sexo, el sueño, el sordomudismo y la enfermedad; de orden moral, la ignorancia y el error. Las causas que eliminan o perturban la voluntad son éstas: la coacción, el ímpetu de las pasiones y la embriaguez.

Todas estas causas privan al individuo de libertad moral, en tal forma que de acuerdo con la doctrina clásica no se puede hablar de responsabilidad. Así, el loco no es responsable, porque carece de reflexión inteligente; y el coaccionado tampoco lo es, porque carece de voluntad libre. Queda así someramente explicado el pensamiento clásico sobre la justificación del hecho.

A los positivistas, por el contrario, no les importa el asunto del libre albedrío, ni fundamentan su pensamiento jurídico en concepciones metafísicas. Para ellos es principio fundamental el

de que todo el que viole la ley penal es responsable. Su teoría ha sido concretada así: "el derecho penal se aplica, en abstracto, a todo autor de delito, y en concreto, al autor socialmente peligroso".

El problema de la justificación del hecho queda diáfaramente explicado, dentro de la escuela positiva, sin necesidad de muchas y enmarañadas incursiones por campos filosóficos y con la idea fundamental de protección a la sociedad antes que de castigo de criminales. Esta idea es básica en el positivismo. El derecho penal no tiene por objeto la expiación de gentes pecadoras, ni el castigo por infracciones de orden moral. El derecho penal ha sido estructurado para defensa de la sociedad, en frente de individuos que atentan contra su normal existencia. Se pormenorizan en los códigos los hechos humanos que producen una ruptura de las condiciones de armonía social, que vulneran los derechos ajenos, que atacan las bases de vida de la sociedad. Se separan del conglomerado los individuos que, por sus hechos, han demostrado que son peligrosos para sus semejantes. Pero en ningún momento de la actividad penal se piensa en castigar, en expiar.

El fundamento de la imputabilidad es aquí la actividad psico-física del autor del hecho. Puestos en movimiento los resortes de su personalidad para cometer el delito, el delincuente se hace sujeto de la acción represiva, siempre que su acción haya traspasado los límites íntimos, para caer en la esfera de los hechos de trascendencia social. Al derecho penal no podría importarle, puesto que su función no es la de hacer purgar pecados, lo que ocurra en el fuero íntimo de los individuos. O, por mejor decir, sí puede llegar a importarle, pero en cuanto las manifestaciones de ese fuero interno lleguen a trascender en detrimento de la sociedad.

Pero concretemos las ideas positivistas sobre el problema. En lo que se refiere a los casos de manifestaciones negativas, en el sentido en que antes quedaron explicadas, la justificación resulta de que el ejecutor del hecho físico no es el verdadero autor del delito. Así ocurre, por ejemplo, en la coacción insuperable. La personalidad de tal ejecutor no es causa del hecho delictuoso. Y ya se ha dicho que —para los positivistas— la base de la imputabilidad es de la actividad psico-física, es decir, la personalidad del delincuente como autor de un hecho prohibido por la ley penal. Más claro: el dinamismo psíquico y físico de un hombre, dirigido a la comisión de un delito. Surge, entonces, la responsabilidad de

quien determinó la acción. De esta manera de ver el asunto, de este criterio, sale le razón de ser del artículo 26 del Código Penal Colombiano:

“En los casos del numeral 1o. del artículo 23 y del numeral 1o. del artículo 25, será responsable el que determinó a otro a obrar”.

En los casos de manifestaciones positivas, como la legítima defensa y el estado de necesidad, tampoco es responsable el autor del hecho, ya que obra en defensa de sus intereses legítimos, ya que su actividad psico-física se orienta hacia la protección de bienes jurídicos que el derecho positivo reconoce y consagra. En resumen, es jurídica la actividad del sujeto, aunque las apariencias le den ciertos contornos de delito.

Pero la razón fuerte, el argumento definitivo, se encuentra en el criterio fundamental de la escuela positiva: la defensa social. Para realizar su misión de defensa, el derecho penal se ve precisado a actuar en frente de individuos peligrosos para la vida normal de la sociedad. En los casos de justificación, el actor no presenta característica alguna de peligrosidad. Antes por el contrario, obra en defensa de condiciones de vida que la misma sociedad le ha reconocido en el derecho. No es, pues, un individuo peligroso. Y como no ataca a la sociedad, el derecho penal no tiene por qué separarlo de ella. Aún más: quien no permite la violación de sus propios derechos, evita al mismo tiempo que se rompa el orden jurídico de la sociedad y que se produzca la conmoción que todo quebrantamiento de la juridicidad produce necesariamente. A la vez que protege lo suyo, presta un servicio eficaz a los altos intereses sociales. No es, en modo alguno, sujeto del derecho penal.

Sistematizando hasta el extremo la teoría positivista, se llega a un postulado cuya enunciación es precisa y suficientemente clara: “Las causas que eliminan o disminuyen la responsabilidad, tienen que ser las mismas que disminuyen o eliminan la peligrosidad”.

El estado de necesidad—requisitos para su integración—cuándo se opera el exceso—teorías que explican el estado de necesidad.

Definir es uno de los empeños más difíciles con que se tro-

pieza en cualquier género de investigaciones científicas. Y, en muchos casos, un empeño que no conduce a la comprensión total de lo investigado. Vale más analizar, precisar el alcance de las cosas, desentrañar su contenido. No podría yo concretar en una definición completa lo que es el estado de necesidad. En concepto de Jiménez de Asúa, la más aceptable de las definiciones que traen los penalistas de gran prestigio y solvencia científicos, es la de von Liszt: “El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”. Considero más oportuno y práctico transcribir la disposición legal que consagra el estado de necesidad entre nosotros, y analizar sus diversos aspectos. Tal disposición es el artículo 25 del Código Penal Colombiano:

“El hecho se justifica cuando se comete:

3o.—Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional”.

Si se estudia con algún detenimiento este texto legal, se encuentran sin mayores problemas los requisitos que integran el estado de necesidad. Todos ellos muy evidentes, muy claros, muy lógicos. No se requiere una explicación minuciosa del significado de las palabras con que el legislador los ha consagrado. Bastaría para comprenderlos con su presentación en forma separada, es decir, desligándolos de la estructura gramatical que forma el numeral 3o. del artículo 25, atrás transcrito. Veámoslos:

1.—Un peligro grave e inminente. Para justificar un hecho alegando estado de necesidad, lo primero que es preciso demostrar es la existencia de un peligro, visto por el agente y cuya entidad lo ha inducido a la comisión del hecho. Pero no se trata de un peligro cualquiera. Ha de ser “grave” e “inminente”. De no reunirse estas características fundamentales, sería impropio hablar de estado de necesidad. Grave, a mi juicio, quiere decir que los males que del peligro se deriven sean de tal magnitud que ejerzan —si se me permite la expresión— una especie de coacción sobre

el sujeto. Pero no en consideración a especiales circunstancias personales de temor, de apresuramiento, de ligereza. El carácter de grave que debe tener el peligro debe interpretarse en relación a la generalidad de los hombres, que pueden considerar grave la pérdida de la vida, una lesión de importancia, el hambre con su cauda de sufrimientos, de enfermedades y de angustias, la falta de vestidos, etc. En cuanto a la característica de inminente, el peligro ha de presentarse como "una verdadera realidad inmediata, esto es, como un mal no sólo posible sino por lo menos probable, casi seguro".

2.—**Que el peligro sea de daño contra la persona y no contra las cosas.** En tanto que en otra circunstancia jurídico-penal, la legítima defensa, la protección de los intereses que caen bajo la esfera del derecho no se limita a la integridad personal, sino que se extiende al honor y a los bienes, en el estado de necesidad ha de referirse exclusivamente a la persona. El peligro de que se habló en el párrafo anterior debe amenazar directamente al ser humano. De no ser así, no cabe hablar de estado de necesidad. Se anota, eso sí, que el actor puede obrar tanto para salvarse él mismo del peligro como para salvar a otra persona.

3.—**Que el peligro no sea evitable de otra manera.** No se justificaría en modo alguno que se sacrificara el derecho ajeno pudiendo proteger los propios intereses sin detrimento de los demás. Por lo general, aquel cuyos derechos tienen que sucumbir ante la necesidad imperiosa del actor del hecho, es inocente de los peligros que lo amenazan. No sería, pues, razonable, ni sería equitativo, que se vulnerasen los derechos de una persona inocente, cuando existen caminos que conducen al mismo fin sin perjuicio para nadie.

4.—**Que el peligro no sea causado por obra propia.** De ser causado el peligro por obra propia, no sería del caso justificar el sacrificio de un derecho ajeno para satisfacción de una necesidad que el mismo agente del hecho se buscó. Por lo demás, los casos de estado de necesidad se presentan siempre por desenvolvimiento de circunstancias ajenas al querer del autor, que es lo que en realidad importa. Algunas legislaciones hablan de que el peligro no haya sido buscado "voluntariamente", para definir mejor situaciones confusas. Pero es lógico pensar que nadie se ha de colocar por sí mismo en una situación de peligro, de la cual no podrá salir sino valiéndose de un atropello a los derechos de los demás. El

Código colombiano habla apenas de obra propia, lo que ha hecho pensar a los comentaristas que no cabe el caso en que el agente haya contribuido de manera involuntaria a la creación del peligro.

5.—**Que no deba afrontarse el peligro por obligación profesional.** Es necesario aclarar, en este punto, que por obligación profesional se entiende, no sólo las que atañen a las profesiones liberales, sino también a los deberes inherentes a toda clase de oficios. El bonbero, el tripulante de un avión, el marino, son ejemplos por demás descriptivos,

6.—**Que haya proporcionalidad entre el peligro y el acto.** En el estado de necesidad se trata de salvar la propia persona o la de otro. A este objeto debe limitarse la acción. De lo contrario, no resultaría claro que se justificase un acto por el cual se lesiona gravemente un derecho ajeno, cuando con una pequeña lesión de ese derecho pudo hacerse desaparecer el peligro.

Surge aquí el problema del exceso en el estado de necesidad, que presenta tres hipótesis dignas de estudio. Pero antes de detallarlas, es conveniente transcribir el artículo 27 del Código Penal Colombiano, que consagra la figura del exceso en los casos de estado de necesidad, entre otros que para este trabajo no interesan:

"El que al ejecutar un hecho, en las circunstancias previstas por el artículo 25, exceda los límites impuestos por la ley, la autoridad o la NECESIDAD, incurrirá en una sanción no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la infracción.

"En casos especialmente favorables para el sindicado, podrá aplicarse la condena condicional".

La primera observación que al respecto hace Ferri es que el exceso sólo puede ocurrir cuando se trata de manifestaciones positivas, es decir, cuando el agente obra con plena intención de cometer el hecho pero éste se halla respaldado por el derecho.

En los casos de necesidad el agente ejecuta un hecho que no es antijurídico. Puede tener la apariencia de un delito, pero carece de contenido delictuoso. Si los medios empleados para evitar un peligro grave e inminente, no evitable de otra manera, se exageran y se extreman más de lo que se requiere para salvarse o para salvar a otro del peligro, entonces ya no se puede invocar el es-

tado de necesidad, en cuanto al exceso. Se trata ya de un hecho que tiene sus consecuencias violatorias de derecho ajeno y que sale de los límites necesarios para evitar el peligro.

La primera hipótesis que se establece con relación al exceso es que éste se produzca por error "fortuito o insuperable", según la expresión empleada por el doctor Gutiérrez Gómez. En este caso no se produce un exceso punible, ya que, de acuerdo con lo dicho, el agente no pudo superar la causa del exceso y tuvo que admitirlo como un hecho cumplido ocasionado en forma fortuita. La estructura del estado de necesidad absorbe dentro de su justificación este tipo de exceso y no hay lugar a aplicar el artículo 27, antes transcrito.

La segunda hipótesis se refiere al caso en que por negligencia, imprevisión o descuido, los efectos del acto necesario lleguen más allá de los límites señalados por la entidad del peligro que se trata de salvar. Aquí los elementos de la culpa son materia suficiente para apreciar un verdadero delito, dando lugar a la aplicación del mencionado artículo 27.

La tercera hipótesis trata del caso en que se manifiesta dolo. Ocurre entonces un fenómeno bien claro, a mi entender. Mientras no se opere el exceso, el estado de necesidad tiene plena vida. Cuando el exceso se presenta, a todo cuanto pase de las fronteras que la necesidad establece cabe calificarlo como un delito común. Y no se habla ya del artículo 27, cuyo alcance se está definiendo, sino que se siguen las normas generales para la clase de infracción de que se trate. Estudiada la aplicación del artículo 27 en la forma concreta del párrafo anterior, es forzoso concluir que el exceso es una desfiguración, una alteración culposa del estado de necesidad. Y, teniendo en cuenta la hipótesis planteada en tercer lugar, se halla el dolo como elemento principal. Culpa y dolo se excluyen. Donde existe la una es imposible apreciar el otro, y viceversa. Luego es preciso admitir que en la tercera hipótesis no se trata de un exceso, sino de un delito común, en aquello que pasa de los límites del estado de necesidad.

Una clasificación sistemática de los casos de estado de necesidad, se podría edificar partiendo de dos grupos generales, dentro de los cuales encuentran acomodo todos los hechos que sean aptos para justificarse por esta causal. El primer grupo lo constituyen los casos en que han un conflicto de bienes o derechos desiguales. Un ejemplo claro sería el del individuo que roba para no

morir. No encuentra el estudioso ninguna dificultad para comprender el alcance del estado de necesidad, y la justificación surge de la clase de derechos en conflicto, del bien jurídico que protege el agente con su hecho y del perjuicio, minúsculo si se le compara con el peligro de muerte, que sufre quien es víctima del acto necesario.

El segundo grupo está formado por los casos en que se presenta un conflicto entre bienes o derechos iguales. Aquí sí se presentan algunas dificultades y, sobre todo, tropiezos en cuanto al juzgamiento de agentes de esta clase de hechos. Un ejemplo sería el de quien mata para no morir. Es preciso un análisis certero de la situación en que se ha cometido el hecho para poder dictaminar con justicia si hay o nó estado de necesidad. En ocasiones las apariencias engañarán al juzgador en forma que conduzca a un fallo falto de equidad. De todos modos, lo esencial es tener presente la serie de requisitos que integran el estado de necesidad, ya estudiados en este trabajo.

En cuanto a las teorías que tratan de explicar la razón de ser de la justificación en el estado de necesidad, serán expuestas aquí en forma resumida, buscando relieves sus ideas fundamentales. De ellas, las que han tenido alguna resonancia en la historia del derecho penal, aunque algunas de las cuales hayan desaparecido ya del escenario científico, son siete. Con elementos tomados de una y de otra, siguiendo una sana orientación ecléctica, se puede encontrar una explicación aceptable del estado de necesidad como causa justificativa del hecho. Así lo hace Jiménez de Asúa, cuya opinión al respecto será expuesta al final, y a ella adhiero como a la más acorde con un pensamiento moderno sobre los problemas penales. Estas son las teorías mencionadas:

1a.—Teoría del regreso a la comunidad de bienes y al estado de naturaleza. Como lo indica su denominación, esta teoría pretende que, en presencia de determinadas circunstancias, como la necesidad apremiante e inaplazable de salvarse de un peligro, el hecho violatorio de un derecho ajeno se justifica porque las circunstancias mentadas hacen que se vuelva a la primitiva comunidad de bienes, al estado de naturaleza. Esta explicación ha sido patrocinada por la Iglesia, y se encuentra hoy circunscrita a los monasterios y conventos. Más que una tesis sobre el estado de necesidad en sentido genérico, sirve para justificar el robo y el

hurto famélicos, razón por la cual se volverá sobre ella en la parte tercera de este estudio.

2a.—Teoría subjetiva de la violencia moral. Sostiene que el hecho cometido en estado de necesidad ha sido producto de condiciones que crean una violencia moral superior a las fuerzas que determinan la conducta humana. Ofrece dos aspectos: la violencia externa, que estorba o imposibilita la deliberación del agente sobre la moralidad o inmoralidad de su acto; y la debilidad humana, a la cual no puede exigirse el heroísmo. Esta teoría es muy antigua. Parece remontarse a los glosadores del derecho romano. Vino a ser presentada como verdadera tesis de ciencia penal por el criminalista holandés Mathaus, en 1664. Este autor apoya su razonamiento en la teoría de las acciones mixtas, expuesta por Aristóteles. Según el filósofo griego, desde el punto de vista la ética son justificables ciertas acciones en cuya génesis intervienen factores de procedencia mixta. De un lado, grandes fuerzas externas, y de otro la fuerza personal que todo hombre pone en sus actos. Siendo superiores las fuerzas provenientes del exterior, el acto es éticamente justificable, de acuerdo con lo expuesto por Aristóteles. Y en esto se apoya la teoría de la violencia moral para explicar el estado de necesidad.

3a.—Teoría subjetiva de la inutilidad práctica de la represión. La idea central de esta teoría es ésta: la imposición de una pena en los casos de estado de necesidad carece de toda utilidad, porque la sanción no lograría los objetivos que persigue. No se intimida, no se previene, no se enmienda, no se defiende. Esta tesis reconoce en el estado de necesidad un elemento de antijuridicidad, pero sostiene que es inútil reprimirlo.

4a.—Teoría de la propia conservación. Para quienes la sostienen, el instinto de conservación llega a ser un verdadero derecho, que borra el carácter criminal del acto necesario. La primera obligación del hombre es vivir.

5a.—Teoría objetiva de la colisión de derechos o de bienes. Encuentra su fundamento en la filosofía hegeliana. En el choque de dos derechos, cuando es necesario e inevitable, se justifica el sacrificio del derecho de menor entidad. Cuando el conflicto se plantea entre dos derechos iguales, no puede haber justificación, sino excusa, en el mejor de los casos. Esta es una distinción un tanto dialéctica y metafísica, que no tiene ninguna trascendencia

en la práctica, puesto que en ambos casos el hecho no recibe la represión jurídica aplicable a todo delito. Conserva sí su importancia, como contribución al estudio de los fundamentos filosóficos del derecho penal. Stammler resuelve de muy sencilla manera el problema creado por la artificiosa distinción ya expuesta. Para él, cuando aparentemente se ponen en conflicto dos bienes o derechos de valor igual —en el estado de necesidad— alguno de los dos tiene que sucumbir. El hecho de que el uno ceda ante el otro, pone de manifiesto su inferioridad en frente del derecho que sale triunfante. En consecuencia, lo equivalente de los derechos que están en pugna es simple apariencia, y no realidad sobre la cual se pueda basar la distinción que esta teoría trata de plantear.

6a.—Teoría que sitúa el estado de necesidad fuera del derecho penal. Fichte sostiene que el estado de necesidad no cae en la esfera del derecho. Otros autores, menos extremistas, lo consideran fuera de la órbita del derecho penal, pero le dan categoría de delito civil. Carmignani, entre otros, fundamenta la impunidad en la insignificancia del delito necesario. Parece que la razón que todos estos autores sostienen es la de que el estado de necesidad no llega a ser materia penal sino contingencia humana cuyo advenimiento es, por así decirlo, fortuito, imposible de ser calculado y medido por el hombre y, sobre todo, nunca querido por el agente del acto que se justifica.

7a.—Teoría de la escuela positiva. Esta corriente del pensamiento jurídico-penal tiene, con respecto al estado de necesidad, el mismo criterio que expone en relación con la legítima defensa. El motivo determinante en el estado de necesidad no es el de ofender a otro, sino el de salvarse de un peligro grave e inminente, no evitable de otra manera. En estas condiciones, no es posible hablar de peligrosidad del agente del acto necesario, pues éste no procede, en ningún caso, por móviles antisociales. Y si carece de peligrosidad, no es el sujeto que persigue la actividad del derecho penal, cuyo principal objetivo tiene que ser la defensa social.

Deliberadamente he dejado sin comentario la exposición de todas estas teorías y me he limitado a presentarlas en la forma más simple. Ello se debe a que, como ya lo dije atrás, acojo la opinión de Jiménez de Asúa sobre este problema, opinión que expondré en seguida y que tiene una inclinación ecléctica que recoge varias de las tesis anteriores en forma armonizada y concreta.

Sostiene el señor Jiménez de Asúa que es preciso distinguir los casos que se pueden presentar en el estado de necesidad para poder encontrar, para cada uno de ellos, la causa de justificación. De esta manera se penetra al fondo del problema, con una visión precisa, y se escapa el analista de una panorámica general, que puede adolecer del defecto de dejar oscuros ciertos aspectos, de no cobijar ciertas situaciones, de hacer peligrar el juicio en un campo demasiado ancho para una exactitud y una justicia que deben constituir la aspiración de quien trajine por estas materias.

En primer lugar, hay que distinguir si se trata de conflicto entre dos derechos desiguales o de conflicto entre dos derechos iguales. En el primer caso, es preciso distinguir, a su vez, un aspecto subjetivo y un aspecto objetivo de la cuestión. Si se considera el aspecto objetivo, la justificación se encuentra en la teoría de la colisión de bienes, es decir, debe preferirse el sacrificio del derecho de menor entidad. Si se considera el aspecto subjetivo, la razón de ser de la justificación reposa en las teorías de la escuela positiva del derecho penal, que sostienen la falta de peligrosidad del agente del hecho necesario, todo ello basado en la premisa fundamental de la defensa social.

En el caso de conflicto de derechos iguales, el problema varía completamente. El hecho se halla fuera de los límites del derecho penal. Es inútil diferenciar sus aspectos subjetivo y objetivo. Hay que considerarlo como algo que la fatalidad acarrea. Se sitúa, con relación a la ciencia jurídica, en el mismo plano del caso fortuito y de la fuerza mayor.

El hambre como causa de delitos—las diferentes especies de conflictos—historia del hambre como atenuante y eximente de responsabilidad—cómo lo considera el código colombiano—comentarios al artículo 430.

Ya ha sido estudiado con algún detenimiento el estado de necesidad, y el contenido que esta circunstancia puede tener se ha precisado al detallar, uno por uno, sus elementos constitutivos. De acuerdo con el ordenamiento de este trabajo, corresponden estas últimas páginas a la tarea de concretar el problema en una esfera más reducida, y determinar los delitos cuya posible presen-

cia encaje dentro de esa esfera. Es claro que si los delitos cometidos por impulso del hambre, cuya satisfacción no puede encontrarse sino en el sacrificio de un derecho ajeno, son una modalidad típica del estado de necesidad, primero había que desarrollar el tema general para crearle a los casos famélicos que ahora me ocupan su propio ambiente, para darles su significación exacta.

Para quienes no lo han padecido en una intensidad angustiosa, tal vez sea difícil entender hasta dónde puede llegar el afán desesperado de quienes sí sufren el hambre en su misma entraña. La voluntad llega a perderse, los frenos morales, que antes hicieron del individuo un lemento social sano, se quiebran y desaparecen. Pero las consecuencias no paran aquí. Una serie de enfermedades son producidas por el hambre, enfermedades que llevan consigo nuevos dolores y más apremiantes necesidades. Como golpe final de una cadena de torturas que no puede admitirse con serenidad en un núcleo social moderno, llega la muerte por inanición, cuya sola presencia en una nación civilizada significa la resurrección de la barbarie. Y más que el deceso miserable de cualquier desheredado, es un crimen cuya responsabilidad hay que buscar en las esferas directivas de la sociedad.

El profesor Jiménez de Asúa, en uno de sus estudios penales, empieza hablar del hambre con estas palabras amargas: "Las gentes que ejercen justicia y el público que la reclama y la presencia, saben lo que es el hambre? Pueden saberlo gentes, que en sus mesas dejan al final de cada comida, como inservibles, restos que harían la felicidad de un hambriento?"

Es evidente que yo no pretendo explicar la razón de ser de esta causal de justificación por el hecho de que su presencia hace perder o, cuando menos, disminuir la voluntad. Si así lo hiciera, estaría adoptando un criterio clásico en el estudio de las cuestiones penales, criterio que no corresponde a mi propia orientación ni satisface mis íntimas aspiraciones intelectuales.

Pero no es menos evidente que para establecer de modo incontrovertible la falta de peligrosidad de un sujeto que actúa bajo la influencia de determinada circunstancia, es preciso estudiar a fondo la significación de esa circunstancia, desentrañar su gravedad, atender a sus varios aspectos, investigar cómo obra sobre una personalidad cualquiera y acomodar, por último, el contenido de esa circunstancia al sujeto de que se trata, todo en el empeño de demostrar que no le es aplicable la disposición común de la ley, si-

no que debe acogerse a la regla especial, que consagra las causas de justificación. Por eso aquí se habla del hambre como de una circunstancia abstracta. Ya se hablará de él como causa productora de algunos hechos y se precisarán, de acuerdo con lo dicho en la parte anterior de este trabajo, los casos en que esos hechos no constituyen delito.

Muchos e impresionantes relatos se han acumulado en los tratados del derecho penal sobre los estragos que el hambre produce en la naturaleza humana. Bastaría mencionar los casos patéticos ocurridos en Rusia, por los días de la revolución bolchevique. Y los que traen los historiadores en torno de la edad media, de la guerra de los treinta años, etc. También Chateaubriand trae en sus "Memorias de Ultratumba" un episodio de hambre, ocurrido en Londres, durante los duros días de su destierro.

Pero en la opinión de Jiménez de Asúa, quien mejor ha estudiado el fenómeno es Knut Hamsun, en su libro "Hambre". Este es el concepto del tratadista español: "Mas describiendo el hambre nadie ha llegado a tan fina sagacidad como el gran novelista noruego, laureado con el premio Nobel, Knut Hamsun. Es frecuente hallar, en las obras de los artistas, más tino y acierto que en los libros de los técnicos. Los hondos problemas de psicología se dilucidan con más lisonjero éxito en alguna grande obra literaria, que en los trabajos profesionales".

Entre las enfermedades producidas por el hambre, es la más grave, según dice Jungman, la conocida con el nombre de "edema del hambre". Esta enfermedad se observó en Rusia, durante la campaña napoleónica. Reapareció durante la primera guerra mundial en Alemania y Austria. El mal se presenta con serios fenómenos hidrópicos, que acaban por producir la muerte, bajo el influjo de la anemia y la caquexia, cada vez más pronunciadas.

La patología moderna estudia también la llamada "osteopatía del hambre", cuyos síntomas más notables son fuertes dolores en los huesos y los músculos, ocasionados por la falta de calcio y de fósforo. Además, la constante privación de ciertas sustancias alimenticias, —las vitaminas— produce un género de enfermedades reunido bajo el título general de avitaminosis, entre las que se encuentran el beri-beri y el escorbuto.

Pero no son sólo enfermedades que podríamos clasificar de somáticas las producidas por el hambre. También da lugar a

trastornos mentales de suma importancia. El psicólogo moderno Emilio Kraepelin coloca, en su completísimo cuadro de las enfermedades mentales, los delirios producidos por el hambre y por la sed. Son precisamente estos delirios los que dan forma a la obra de Hamsun, considerada por Jiménez de Asúa como el análisis más brillante que se ha escrito sobre el hambre.

Un sesudo estudio fisiológico de las sensaciones del hambre, en toda la enorme gama de sus variedades, ha llevado a la ciencia moderna hasta la conclusión de que existen apetencias hambrientas por determinadas sustancias químicas, buscadas por el organismo gracias al instinto de conservación, seguramente el más arraigado y poderoso de todos los instintos. La necesidad de una sustancia hace crear en el organismo la apetencia; de la apetencia se pasa a una búsqueda febril de esa sustancia o de un sustituto; en esta búsqueda, el organismo llega a distinguir las sustancias, a diferenciarlas. De donde se concluye que el hambre puede considerarse, en la forma que aquí dejo explicada, como origen del conocimiento. Tal es la tesis expuesta por el eminente autor español Ramón Turró, en un trabajo muy celebrado por la crítica y prologado por don Miguel de Unamuno.

Visto así, a grandes rasgos, lo que es el hambre, como causa de trastornos físicos y psíquicos de enorme gravedad, se puede pasar ahora a un campo de estudio más definitivamente jurídico. Veamos la manera de situar este fenómeno dentro de la ciencia penal, para luego concluir esta monografía con una referencia directa al Código Penal Colombiano. Ante todo, el hambre debe considerarse como circunstancia que sirve de motivo determinante a acciones que los códigos contemplan como delitos. Y nó delitos de poca entidad, sino aquellos que tienen sitio de importancia en las legislaciones, como la supresión de una vida. Y sin llegar a tanto, el hurto y el robo, que no por dirigirse contra la propiedad, sin poner en peligro la integridad personal, dejan de ser delitos de excepcional gravedad.

El hambre es un impulso, que llega a ser inaplazable, a satisfacer la necesidad de alimentos. Basta figurarse una dura situación de miseria, en regiones devastadas por la guerra, sin cultivos de ninguna especie, o en el mar, después de largos y penosos días de naufragio, cuando las provisiones han desaparecido, para comprender cómo se llega hasta la muerte de un semejante para calmar el hambre con carne humana. Los casos que la historia pe-

nal recoge no son tan pocos ni tan antiguos como para no prestar importancia al fenómeno.

De acuerdo con lo dicho en la parte anterior de este trabajo sobre el estado de necesidad y sus características, lo acertado al estudiar los delitos cometidos bajo la influencia del hambre es dividirlos en dos grandes grupos: de una parte, los casos en que se plantea un conflicto entre dos bienes o derechos iguales; de la otra los casos en que los bienes o derechos en conflicto no son de igual valor.

En el primer grupo se encuentra como caso típico la antropofagia necesaria. Ya desde los tiempos de las leyes de Manu, se tenía al hambre como causa justificativa de hechos que, sin su dolorosa presencia, habrían sido reprimidos con todo rigor. Un pasaje del libro X de este antiquísimo documento jurídico dice así: "Adjigarta, estando hambriento, estuvo a punto de matar a su hijo Sunahsepha; y, sin embargo, no se hizo culpable de crimen alguno, pues buscaba remedio contra el hambre". Muchos casos, de cuya veracidad se encuentran pruebas abundantes, trae la historia sobre la antropofagia necesaria. Pero más importante que hacer un voluminoso acopio anecdótico resulta buscar una calificación jurídica al asunto debatido.

La antropofagia necesaria es un caso extremo del estado de necesidad. Se encuentra en ella el conflicto de dos derechos de igual valor: el derecho a la vida. De acuerdo con la opinión ecléctica estudiada en este trabajo cuando se enumeraron las doctrinas que buscan justificación a los hechos cometidos bajo el estado de necesidad, el derecho penal nada tiene que hacer en estos casos. Y debe tenerse en cuenta que tal opinión consulta, en forma racional, las distintas tendencias, y que ha sido recogida como criterio fundamental en este trabajo. Ya se verá, en lo que sigue, que la misma opinión sí juega un papel jurídico en cuanto se relaciona con los robos y hurtos famélicos. Para el caso de la antropofagia necesaria, es suficiente transcribir algunas palabras de Jiménez de Asúa: "El derecho penal nada puede hacer en estos duros trances: se trata de un hecho que está fuera de su territorio, que no puede ser reputado como causa justificante, y que no tiene, ante la ley, más condición que la de ser un hecho fatal, como el rayo, como el caso fortuito y la fuerza mayor".

El segundo grupo, el que reúne los conflictos planteados entre dos bienes o derechos desiguales, es más susceptible de estu-

diarse dentro de las disciplinas penales. A través de la historia ha sido repetidas veces debatida la cuestión de si debe o no justificarse, y la realidad de las cosas se ha impuesto por sobre los escúpolos éticos y las reticencias de algunos que creen ver violada la ley y roto el ordenamiento jurídico con la justificación del hecho necesario.

Como, según el criterio que informa este trabajo, estos casos de conflicto entre derechos desiguales sí juegan un papel apreciable en el derecho penal, conviene hacer en torno de ellos un poco de historia.

En la India, en las leyes de Manu, ya se excusaba el robo cometido por hambre, así como la aceptación de presentes por parte de quienes tenían prohibido tal cosa, siempre que procediesen impulsados por el hambre. En la China ocurría un fenómeno jurídico muy interesante: el que tomaba los frutos del vecino, en caso de hambre apremiante, no era castigado. Pero se le obligaba al resarcimiento del daño, según las disposiciones de la ley que trataba de los perjuicios pecuniarios. Se esbozaba, pues, un tránsito de la cuestión del campo penal al campo civil, problema que preocupa a los modernos civilistas y que constituye una verdadera novedad en los comentarios y estudios de esta materia.

Las prescripciones de la Biblia sobre la manera de recoger las cosechas, que ordenaban dejar en el campo los restos de la cosecha para el pobre y el extranjero, y que autorizaban —de la misma manera— para tomar racimos de las viñas ajenas (leyes de Moisés en el Deuteronomio y leyes de los Sacerdotes en el Levítico), debieron hacer poco menos que imposible el robo famélico. Pero la misma Biblia trae pasajes que, por analogía, descubren el pensamiento de los judíos sobre el problema de los hechos cometidos por hambre. Si, de acuerdo con el libro sagrado, se autorizaba la violación de mandatos de orden ritual, —tan importantes por el acentuado carácter religioso de los judíos y por la esencia misma del libro de que se trata,— siempre que el motivo fuese el hambre, no es descabellado pensar que la violación de una norma de menos importancia fuera también autorizada.

En el derecho romano son frecuentes los ejemplos de estado de necesidad. Pero se refieren más a cuestiones distintas al hambre.

El derecho germánico tiene como idea fundamental la de que "la solidaridad entre los hombres debe inspirar los actos hu-

manos". Esta amable teoría hace fácil la justificación de los delitos famélicos. Los pobres y los viajeros tenían permiso para tomar frutos de los campos, pero algunas veces se limitaba la cantidad permitida, de tal manera que sólo sirviese para calmar el hambre y no para cometer abusos contra la propiedad ajena. Así mismo, la reincidencia era contenida por el castigo de los actos repetidos.

Pero donde más importancia tiene el robo famélico es en el derecho canónico. La única sanción allí a sus autores fue la restitución de las cosas robadas o su equivalente. Los teólogos estuvieron casi unánimes en que el robo por hambre no constituía pecado. Los más enfáticos fueron, precisamente, dos de los más celebrados: Santo Tomás de Aquino y San Alfonso de Ligorio. Un poco más adelante, cuando se vuelva sobre las doctrinas que justifican el robo famélico, se hablará de sus argumentos. Las condiciones impuestas por el derecho canónico para justificar esta especie de robo eran, mas o menos, estas: que el actor esté en caso de necesidad; que el robo sea el único medio de satisfacerla; que tome del patrimonio ajeno apenas lo que necesita; que el peligro no haya sobrevenido por propia culpa; que el dueño del derecho sacrificado no se encuentre en estado de necesidad; que antes del robo se solicite una donación de la cosa; que se restituya. Las condiciones referentes a la donación y la restitución son muy discutidas. En todo caso, las demás tratan con bastante acierto el estado de necesidad. Y toda la edad media se inspiró en el pensamiento de los teólogos.

Los canonistas invocaban, en primer lugar, la palabra divina. Para ello citaban pasajes de la Biblia, que no siempre correspondían al caso por lo que ya se dijo del pueblo judío. Más razonados los demás argumentos, que giraban en torno de esta idea principal: el pobre que toma una cosa ajena para satisfacer una necesidad imprescindible, que no se puede remediar de otra manera, ejerce un derecho de acreedor y hasta un derecho de dueño, por la obligación en que están los ricos de practicar la caridad con los desvalidos. Pero la tesis más conocida es la de la vuelta a la comunidad de bienes, que supone un regreso a épocas primitivas, en que la propiedad no se había estructurado todavía y las cosas pertenecían a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, según las fueran necesitando. Todos los autores de la edad media que se ocuparon de cuestiones relativas a la criminalidad, es-

tuvieron acordes con esta doctrina. El regreso a la comunidad de bienes llegó a convertirse en la típica tesis para justificar el robo famélico. Fue acogida por los escritores de la escuela del derecho natural, cuyo célebre abanderado, Hugo Grocio, dice estas palabras en su libro "De jure belli ac pacis": "En un caso de extrema necesidad, el antiguo derecho de servirse de las cosas presentes revive, en cierto modo, exactamente como si fueran aún comunes... Si se hubiera preguntado, a los que hicieron el primer reparto de los bienes comunes, lo que pensaban sobre esto, hubieran respondido lo que nosotros decimos".

Pufendorf, opositor de la doctrina de Grocio, también la combate en este punto. Pero no es muy consecuente, porque, en el fondo, fabrica su propia teoría sobre cimientos muy semejantes a los del maestro del derecho natural. Como él, supone que, en los casos de estado de necesidad, el concepto de propiedad sufre una modificación fundamental. Su tesis se resume así: Los hombres tienen un deber general de socorrer al prójimo. Cuando ese prójimo está en un caso de necesidad, el deber se convierte en una obligación perfecta, cuyo cumplimiento se hace ineludible. De manera que si no se cumple, el desvalido puede contrañir a su semejante por sus propios medios. La teoría no es muy clara. Pero, de todas maneras, con Pufendorf empiezan los que afirman el estado de necesidad en el instinto de conservación.

Algunos escritores modernos se mantienen fieles a la doctrina de la vuelta a la comunidad de bienes. Son muy pocos, en verdad. Las corrientes más nuevas han sido ya expuestas en otra parte. Con todo, es bueno apuntar que algunos piensan que, de convertir el estado de necesidad, en su peculiares casos de robo y hurto famélicos, en una causal de justificación, se caería en una inmoralidad.

En los tiempos modernos ha resurgido la cuestión del estado de necesidad, ya en obras de la fantasía artística —donde se discrimina el contenido de las pasiones humanas en presencia del irrefrenable impulso del hambre,— ya en la práctica de los tribunales, que van conformando una adecuada jurisprudencia sobre el caso. La sola mención de dos grandes obras literarias, "Los Miserables" de Víctor Hugo y "Hambre" de Knut Hamsun, me evita alargarme en consideraciones sobre el aporte que la ficción representa en el planteo del problema objeto de este trabajo. Ello porque las obras mentadas son de conocimiento poco menos que

general, y porque ya se ha transcrito en páginas anteriores el concepto de un penalista eminente sobre la novela del escritor noruego.

Ya en el terreno de la jurisprudencia, es célebre la sentencia del Tribunal de Chateau-Thierry, que vino a actualizar el problema de los delitos de robo y hurto cometidos en estado de necesidad a causa del hambre. Los considerandos de esta sentencia miran el asunto por su esencial aspecto humano, explican los móviles de la acción, determinan el contenido del acto, y de ellos brota la convicción perfecta de que ese acto no puede ser delictuoso. Acaso no es muy preciso el documento que menciono en cuanto a una clara y diáfana apreciación jurídica del hecho. No lo clasifica en la forma en que modernamente se concibe. Pero, en todo caso, es punto de partida del estudio concienzudo de los casos de estado de necesidad causados por el hambre, jurisprudencia valiosísima por su contenido verdadero y sentencia meritoria por la aplicación de un criterio más racional para juzgar los hechos humanos que el inspirado en un férreo respeto por la letra de la ley, apartado las más de las veces de las orientaciones sociales que la misma ley persigue. La ya pesada extensión de este estudio me inhibe de transcribir aquí los considerandos de tan importante sentencia.

Apreciados jurídicamente, el robo y el hurto necesarios no son otra cosa que casos de la circunstancia genérica "estado de necesidad". Así, de acuerdo con las explicaciones anteriores, pertenecen a la clase atrás mencionada de casos de conflicto entre bienes o derechos de desigual valor. La contraposición de derechos esta planteada así: de una parte, la propiedad, en cualquiera de sus formas muebles —se entiende—; de la otra, el derecho a la vida, que es el derecho primordial. El autor del hecho que se justifica está defendiendo su vida de un peligro grave e inminente, no evitable de otro modo. Para ello sacrifica un derecho menor ajeno. Vale, ante la sociedad, el sacrificio de ese derecho, puesto que con él se salva una vida que de otra manera estaría en una angustiosa probabilidad de perderse. Con todo, la explicación dada así es un tanto mecánica, demasiado estructural. Precisa, pues, llenarla con su esencia doctrinaria. En primer lugar, el conflicto de dos derechos de valor desigual es el perfecto estado de necesidad. Ya se vió cómo era preciso considerar como fuera del alcance del derecho penal todos aquellos casos en que el conflicto se entabla entre derechos iguales. Son asimilables estos últimos al caso fortuito, a la fuerza mayor. Ahora, desde el punto de vis-

ta objetivo, llegado el caso de necesidad con todos los requisitos estudiados ya en la parte segunda de este trabajo, es lógico justificar apenas el sacrificio de menor entidad posible en la tarea de evitar un mal gravísimo. Y, desde otro punto de vista, subjetivamente considerado el hecho, es preciso justificarlo porque las circunstancias y los móviles demuestran hasta la evidencia la falta de peligrosidad del sujeto. Se complementan de esta manera dos teorías sobre la cuestión: la teoría de la colisión de bienes o derechos y la teoría expuesta por la escuela positiva.

Dicho lo anterior, es bueno agregar, para mayor claridad, que no hay que buscar causas típicas especiales para la justificación del robo y del hurto famélicos. Las causas se desprenden del estado de necesidad, y a los requisitos de este estado deben acomodarse los hechos famélicos que se pretenda justificar. Vale decir: deben ser ejecutados en presencia de un peligro grave e inminente de daño contra la persona (y nó contra las cosas), que el peligro no sea evitable de otra manera y no sea causado por obra propia, que no deba afrontarse por obligación profesional y que haya proporcionalidad entre el peligro y el acto ejecutado para librarse de él.

Naturalmente, contra el robo o el hurto famélicos no cabe la legítima defensa de los bienes, porque se trata de un hecho justificado por la misma ley penal. Y uno de los requisitos necesarios para la existencia de la defensa legítima es la presencia de un ataque grave e injusto.

A algunos tratadistas de la doctrina penal piensan que el hambre en estos casos no debe ser causa de justificación sino circunstancia atenuante. El pensamiento expuesto aquí en torno del hambre no deja lugar a pensar en atenuantes. Se trata de una causa de justificación, por las razones evidentes que quedan escritas.

Otros opinan que cuando el peligro —para los casos contemplados, el hambre— tiene por origen la culpa del autor del hecho, no debe hablarse de justificación. Parece que esta opinión fue recogida por nuestro Código Penal, que en su artículo 25 habla de que el peligro "no se haya causado por obra propia". No determina si voluntaria o involuntariamente, si intencional o culposamente. De aquí hay que concluir, que hablando el Código en forma genérica, abarca las dos posibilidades.

Para terminar este estudio, se tratará concisamente el asunto tal como está planteado en el Código Penal Colombiano. Exis-

ten allí aspectos que un trabajo como éste no puede dejar pasar en silencio. De otra parte, el ordenamiento lógico del trabajo exige que se termine, después de haber examinado todas las facetas del problema en el campo de la teoría y de haber trajinado por las disposiciones generales del Código, con un vistazo, así sea somero, de la manera como se concreta en la parte especial del mismo Código. Dice así el artículo 430:

“Queda eximido de responsabilidad el que ejecute cualquier delito contra la propiedad, llevado por apremiante necesidad de proveer a su subsistencia o vestido, o a las de su familia, cuando no hubiese tenido otro medio lícito de satisfacer esas necesidades, siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas”.

Voy a proceder en orden para estas notas. En primer lugar, una objeción a la forma, a la manera como está redactado el artículo. Dice que “queda eximido de responsabilidad el que ejecute cualquier delito...”. En la parte general de este estudio se vió como existen hechos que tienen todas las apariencias de delito pero que carecen de sustancia delictual. A esa categoría de hechos, y por eso se escapan a la penalidad, pertenecen los considerados por éste artículo. De manera que no se vé claro que se hable de delitos, cuando estrictamente tales delitos no existen.

Lo que sigue de la disposición comentada está de acuerdo con la más moderna teoría penal sobre la materia. Se establecen, en líneas generales, los basamentos del estado de necesidad. Al final del artículo se habla de tres condiciones que considero importantes. Las trato por separado:

1o.—“... siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas”. Es decir, el Código concede el derecho de defender la vida, pero al mismo tiempo establece la medida en que ese derecho tiene que ejercerse. No se puede abusar de él. Como se trata de un derecho sui-géneris, ya que para su actualización requiere que se vulnere un derecho ajeno, no debe ir más allá de lo estrictamente necesario.

2o.—“... que su personalidad no sea socialmente peligrosa”.

Es claro que si el sujeto es peligroso, cualquier manifestación suya que se roce con las autoridades en lo penal, pone en movimiento la máquina del Estado para defensa de la sociedad. Se investigan los antecedentes, se precisa la peligrosidad, se concluye que es un paso amenazante para la paz de los asociados el que se le justifiquen hechos que en él —por la razón evidentísima de su peligrosidad— tienen sustancia delictiva. Entonces, no hay lugar a justificación.

3o.—“... que no ejerza violencia contra las personas”. En el caso de la violencia contra las personas, es fácil apreciar que no sólo se procura escapar de un peligro sustrayendo algo de la propiedad de otro, sino que se exageran los medios hasta penetrar en un campo que sitúa la cuestión en terrenos diversos a aquellos en que puede justificarse el hecho. Una simple consideración aritmética hace claro el asunto: el dueño de la cosa robada o hurtada, o quien la tenga a su cuidado, o quien presencie el hecho, se ven atacados en su integridad personal por quien trata de salvarse de un peligro. Mientras el autor del hecho obra para defender del peligro un derecho, el derecho a vivir, las víctimas del hecho ven rotos dos derechos, el que protege la integridad personal y el que ampara la propiedad. Y, para terminar, el que ejerce violencia contra las personas para ejecutar esta clase de hechos, da un indicio bastante claro de su peligrosidad.

Para este trabajo se consultaron obras de Jorge Gutiérrez Gómez, de von Listz, Cornejo, Ernesto La Orden Miracle, Ferri. Así como algunas notas tomadas en las cátedras de los doctores Bernardo Botero Mejía y Gustavo Rendón G. Se siguió muy de cerca a Luis Jiménez de Asúa. Se originó el estudio en la lectura de Knut Hamsun.