

SECCION DOCTRINAL

El hurto famélico o necesario

P. JULIAN PEREDA

Profesor de la Universidad de Deusto

Hace treinta y seis años, cuando era aún discípulo de JIMÉNEZ DE ASÚA, escribí, como trabajo de clase, mi primer artículo en materia penal sobre el hurto famélico (1). Dada la importancia de la materia, su íntima relación con los principios más fundamentales del Derecho penal y el nuevo desarrollo y mayor destaque de ciertos principios sociales, me ha parecido oportuno y actualísimo ampliar mucho y precisar lo que entonces decíamos y que no dejó de impresionar en algunos sectores.

Me impulsa también el constante insistir de los Romanos Pontífices, que en sus profundos estudios alrededor del Derecho de propiedad, no han perdido ocasión de insinuar los principios y la razón potísima que fundamenta este derecho del hambriento.

En su alocución del 1.º de junio de 1941, en el quincuagésimo aniversario de la encíclica *Rerum Novarum*, decía Pío XII (2):

“Todo hombre, por ser viviente, tiene efectivamente el derecho natural fundamental de usar de los bienes materiales de la tierra, quedando, eso sí, a la voluntad humana y a las formas jurídicas de los pueblos el regular más particularmente la actuación práctica. Este derecho individual no puede suprimirse en modo alguno, ni aún por otros derechos ciertos y pacíficos sobre los bienes materiales. Sin duda el orden natural, que deriva de Dios, requiere también la propiedad privada y el libre comercio mutuo de bienes con cambios y donativos... Todavía todo esto queda subordinado al fin natural de los bienes materiales y no podría hacerse independiente del derecho primero y fundamental que a todos concede el uso, sino más bien ayudar a hacer posible la actuación en conformidad con su fin.”

Muy bien indicado que no puede haber derecho alguno sobre el derecho divino, ni sobre el fin que asigna a los bienes materiales con relación a las necesidades del hombre, como lo veremos ampliamente expuesto por nuestros clásicos.

En el mismo pensar insiste JUAN XXIII en la tan celebrada encíclica *Mater et Magistra*.

“Es cierto —dice— que el derecho de propiedad privada

(1) PEREDA, Julián, *El hurto famélico*, R. F., 70, 1928, p. 106-120.

(2) BAC, *Doctrina Pontificia. Documentos sociales*, Madrid, 1959, p. 956.
VILA CREUS, *Sociología Pontificia*, Barcelona, 1962, p. 211.

sobre los bienes se basa en el propio derecho natural, pero según el orden establecido por Dios, el derecho de propiedad privada no puede en manera alguna constituir un obstáculo para que sea satisfecha la indestructible exigencia de que los bienes creados por Dios para provecho de todos los hombres lleguen con equidad a todos de acuerdo con los principios de la justicia y de la caridad.”

Comenta RUIZ JIMÉNEZ la encíclica *Mater et Magistra* y dice, con referencia a nuestro punto de vista (3): “en todo caso, aun en los regímenes de propiedad dividida, subyace la comunidad natural de bienes, que se trasluce de modo apremiante con exigencias de estricta justicia, en la situación de extrema necesidad de algún hombre, porque entonces todas las cosas se hacen comunes.”

Por cierto que JIMÉNEZ DE ASÚA, en su verdadera y magnífica enciclopedia penal publicada en Buenos Aires, dice (4) que esta teoría de la comunidad de los bienes, tan pujante en nuestros clásicos, se halla hoy recluida en los conventos. Hay en ello no poco de verdad en cuanto a la materialidad de las palabras de la tal teoría, pero la razón que en ella late, queda firme y más fuerte, honda y mejor razonada que la que hoy nos dan los grandes penalistas, como lo iremos viendo; mas aun la misma forma de expresión la vemos hoy en el preclaro profesor de la Universidad Central de Madrid, MARIANO RUIZ JIMÉNEZ.

Qué pensaron nuestros clásicos

Entrando ya en el objeto de nuestro estudio directamente, o sea, en el parecer y examen de nuestros grandes clásicos, que en tantas materias, no sólo teológicas y morales, sino también jurídicas, han puesto como nadie los pilares básicos que resisten el embate de los siglos, diremos que esta materia del hurto famélico, o mejor del hurto necesario o justificado, pues lo amplían a las necesidades fundamentales del vivir, lo estudian en muy distintos sitios, aunque lo más general es en el tratado de *Eleemosyna*, o en el de *Restitutio* y en los de *Iustitia et jure* al considerar el hurto. No es frecuente que estudien específicamente el hurto famélico, máxime en su aspecto jurídico, como lo hacen LUGO, los SALMANTICENSIS, etc., pero todos desenvuelven con amplitud la materia. Hasta 17 columnas en folio de letra muy metida le dedica LUGO.

Aunque más se relaciona con la obligación de dar la limosna, me parece muy útil sin embargo, y tal vez necesario, ver las clases de bienes que establecen y los grados de necesidad de los indigentes para que urja en el rico la obligación de socorrerles, y el posible derecho del hambriento para apropiárselos, si no hay otro remedio.

(3) BAC, *Comentarios a la Mater et Magistra*, Madrid, 1962, p. 389.

(4) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, IV, p. 454.

Clases de bienes

Distinguen todos ellos entre bienes necesarios y bienes superfluos, y los necesarios los dividen en necesarios "*naturae*" y necesarios "*statui*".

Llaman necesarios "*naturae*" (5) a los que son imprescindibles para la vida propia y de los suyos, y necesarios "*statui*" a los precisos para mantener el rango o altura social en que viven. Todo lo demás será superfluo. No están obligados a dar limosna de los necesarios "*naturae*", ni podrá, por tanto, el necesitado apropiárselos, pues los dos se encontrarían en igual necesidad "*et melior est conditio possidentis*". ¿Se verá obligado a dar de lo necesario "*statui*"?

Parece clara la división y, sin embargo, es grande la diferencia al querer precisar el concepto de lo necesario "*statui*", o sea, a la altura social en que se vive. Incluyen, no pocos, en esto los convites y magnificencia moderada, la dote o herencia de los hijos, la reserva de lo posiblemente necesario para el mañana por enfermedades, calamidades, guerras... Lo extienden también, dice LUGO (6), a lo que se guarda para parientes algo necesitados, para fundaciones piadosas y muy particularmente para mejorar de situación, para subir en la escala social, etc., etc., de tal modo que, como dice CÓRDOBA, ¿quién puede decir que tiene bienes superfluos? ¿Quién, por tanto, tiene obligación de dar limosna? ¿De qué bienes podrá tomar lo necesario el menesteroso?

Cuándo son graves y urgentes la necesidades, no es lícito, dice BÁÑEZ (7), pensar en mejoras de estado y nunca si no se tienen razones fundadísimas. ¿Sería bueno que a un campesino se le ocurriera ahorrar y más ahorrar para llegar a ser conde!... CASTRO POLAO (8), creo que pone la nota de sensatez al decir: ¿pero acaso 50 áureos van a aumentar o disminuir el estado de que se goza? Sin duda que cinco, diez o veinte mil pesetas no deshacen un estado social determinado, y pocas veces será mayor la necesidad del socorro social.

Pero veamos las clases de necesidades que consideran y la consiguiente obligación de atenderlas y, por tanto, los derechos del necesitado.

(5) *Superfluum naturae dicitur omne id quod alicui superest, demptis necessariis ad vitam suam et suorum; superfluum statui... habita etiam ratione casuum, non omnium, qui contingere possunt, sed eorum qui probabiliter timeri vel expectari debent...*

AZPILCUETAE . MARTINI, *Enchiridion sive Manuale Confesariorum*, Lugduni, 1587, p. 674.

(6) LUGO, *De Justitia et Iure*, Venetiis, 1718, I, disp. 16, sec. 7, p. 303 ss.

(7) BÁÑEZ, D., *Secunda secundae Summae Theologiae*, Venetiis, 1586, p. 32, de elemosyna, p. 1146 ss.

"En los años de muy grandes hambres, tienen obligación los ricos a disminuir de su estado y estrecharse en el gasto quotidiano para socorrer a los pobres". VILLALOBOS, II., *Summa de la Theologia moral y canónica*, Salamanca, 1623, Trat. XXII de la limosna, p. 519.

(8) CASTRO POLAO, F., *Operis moralis pars septima, De Iustitia et Iure*, Venetiis, 1690, dis. I, p. 110.

Grados en la necesidad

La necesidad, dicen, puede ser *extrema*, *grave* y *común*. Extrema es, según SANTO TOMÁS, cuando es inminente el peligro de muerte y no hay más remedio para evitarla que apropiarse de lo ajeno. *Extrema est*, nos dice DIANA, cuando carece de aquello necesario para vivir, y no sólo se considera tal aquella en que, si no se le socorre, al instante o muy pronto morirá, sino que debe tomarse con mayor amplitud y será extrema también si su vida se va abreviando por la penuria de todo o va cayendo en grave y larga dolencia. Con menos amplitud, dice AZPILCUETA (10) que es extrema necesidad no sólo *cum jam animam agít*, cuando está en las últimas, sino también cuando aparecen síntomas de que se acerca el fin si no se le socorre. No hay que esperar, dice VITORIA, intercalando en el latín sus frases castellanas, a “que esté ya boqueando”, pues entonces, continúa atinadamente VILLALOBOS, de nada servirá el donativo.

Necesidad *grave*, afirma DIANA, es aquella en la que falta lo necesario para vivir según la condición y estado de la persona. Cuando uno no puede vivir decentemente según su estado, dice CÓRDOBA, y se ve rebajado a una vida miserable y vergonzosa entre los suyos. Hay mucha variedad en los autores al establecer casos de necesidad grave, pues los límites entre la gravísima y la grave son muy indefinidos y consideran unos como extrema necesidad lo que otros califican de grave. Dicen, por ejemplo, los SALMANTICENSIS (11) que

“padecen necesidad grave los que viéndose privados de lo necesario a su estado tienen peligro de perder el honor, de bajar de su escala social o de incurrir en alguna calamidad como de infamia, cautividad, cárcel u otro mal grave, o en el peligro de padecer alguna larga enfermedad, o gran hambre, desnudez o cosa semejante.”

Sin duda que muchos califican de extrema necesidad casos que aquí considera como de grave. Este confusionismo tiene sus consecuencias, como luego veremos.

Por fin, llaman necesidad *común* la propia de los menesterosos que mendigan de puerta en puerta y viven de la caridad general.

Derechos del menesteroso

¿Qué derecho tiene el indigente en los varios casos que pueden presentarse? ¿Puede a veces apropiarse de lo ajeno? ¿Cómo y cuándo?

Pueden responder y responden la caridad y la justicia. Digamos algo de la caridad para detenernos luego en la justicia.

(9) DIANA, A., *Resolutionum moralium, pars quinta*, Lugduni, 1641. Trat. 8 de eleemosyna, p. 195 ss.

(10) AZPILCUETA, op. cit., p. 675.

(11) COLLEGIUM SALMANTICENSIS, *Cursus Theologiae moralis*, Matriti, 1726., t. 3. Trac. XIII de restitutione, p. 332 ss.

“La mente del avaro, dice SAN AMBROSIO (12), siempre ve oro, siempre plata... con más delectación mira al oro que al mismo sol; su misma oración a Dios sólo pide oro. Me dirás: ¿qué hay de injusto, si no invadiendo lo ajeno guardo con toda diligencia lo propio? ¡Oh palabra imprudente! Lo propio, dices: pero ¿qué es lo propio?, cuando saliste del vientre de tu madre, ¿qué riquezas te acompañaban? ¿Quién más injusto y avaro que el que emplea no para su uso, sino para su abundancia y placer, el alimento de muchos? Tan crimen es quitar al que tiene como negar lo que te sobra a los indigentes. Sábete que invades los bienes de todos a los que puedes ayudar y no lo haces... De los hambrientos es el pan que tú guardas; de los desnudos el vestido que reservas y la absolución y redención de los miserables el dinero que tú sepultas en la tierra.”

Exclamaciones de este corte son frecuentísimas en los Santos Padres, pero prescindo de ello por referirse más bien a la limosna.

Empiezan a entrar en la justicia cuando se habla de la fuerza de la necesidad. Ya PLATÓN, en su tratado *de Legibus*, nos dice que la necesidad “*habet suas leges tam duras ut nec Deus queat eas violare*”, que tiene sus leyes la necesidad tan duras, tan apremiantes, que ni el mismo Dios puede violarlas. En el mismo sentido, pero con frase muy distinta, se ha dicho siempre que *necessitas caret lege*. Y comentándolo, dice la glosa del Decreto de Gratiano “*Necessitas non est subiecta humanae constitutioni; immo excusat quod contra eam fit*”. La necesidad no está sujeta a ninguna constitución humana; más aún, excusa de lo que contra ella se hace.

Entremos ya poco a poco en el aspecto jurídico, aunque mucha importancia tiene ya lo dicho por la glosa del Decreto.

En las Decretales de GREGORIO IX se dice (13):

“Si alguno por hambre extrema o desnudez hubiera hurtado alimentos, vestidos o ganado, haga penitencia durante tres semanas; si lo devolviere, no se le obliga al ayuno.”

Ahí está el documento eclesiástico jurídico más antiguo que fundamenta el hurto necesario. Ha originado innumerables comentarios, pues parece negar el verdadero derecho del indigente, ya que impone penitencia por la substracción. Hay en él alguna contradicción, que deriva, sobre todo, de la última línea, que dice: “si lo devolviere, no se le obligue al ayuno”.

La glosa añade: “*Nota quod necessitas omnis non excusat a furto et intelligunt quidem de modica necessitate, secus de magna*”. Se ve, pues, que admite la inmunidad absoluta si se trata de necesidad extrema.

La misma glosa, al comentar la palabra *poeniteat*, dice: “*ex eo enim quod poenitentia imponitur colligitur quod fuerit necessitas, si enim magna fuisset non imponeretur poenitentia, quia in necessitate, omnia sunt communia*”, por el mismo hecho de imponer penitencia

(12) AMBROSIIUS, *Sermone* 81, C.8.D.XLVII, *sicut hi*.

(13) C.18.X.7.3. *c. si quis*.

se deduce que era módica la necesidad, porque si hubiera sido grave no se impondría penitencia alguna, pues en la necesidad todos los bienes son comunes.

Comentando este canon de las Decretales, así habla COVARRUBIAS (14):

“Sólo tiene valor esa decisión para el caso en que la necesidad no es extrema, sino más suave, pues entonces peca al apropiarse algo ajeno y debe hacer penitencia, como lo dice la glosa. Pero ocurre preguntar, ¿por qué en el mismo capítulo se responde que si lo devolviere no se vea obligado a ayunar? Una de dos: o pecó al coger la cosa ajena, y entonces, aunque restituya, debe hacer penitencia por el pecado cometido, o no pecó, y en ese caso no tiene razón de ser la penitencia. A esta objeción se debe responder que la penitencia no es por el pecado cometido al apropiarse de lo ajeno, pues entonces debería ser más grave, sino por la mora en la restitución. De modo que el sentido de este capítulo es que el que se apropia cosa ajena, en caso de necesidad extrema, debe hacer penitencia por la tardanza en restituir, y claro que, si restituyera en seguida, quedará libre de la tal penitencia. También se podrá entender en este otro sentido; es decir, que al tomar cosa ajena en extrema necesidad, haga penitencia por tres semanas como por cierta supererogación; porque al fin y al cabo, tiene cierta apariencia de hurto, pero, sin embargo, si lo restituye, quede libre.”

Son muchas las interpretaciones dadas a este canon, estudiadas y sopesadas muy particularmente por GONZÁLEZ TÉLLEZ (15); pero muy dadas de lado, y aun el canon mismo, por LUGO, CASTRO POLAO y otros muchos, para quienes el canon “*non est ex pontificibus sed ex poenitentiali Theodori*”. Ciertamente es esto, también lo reconoce GONZÁLEZ TÉLLEZ; pero sin duda que adquiere no poca autoridad al llevarlo e incluirlo GREGORIO IX en el cuerpo legal.

Sin entrar en estas disquisiciones, sí podemos afirmar que todos los autores, sin excepción ninguna, admiten el pleno derecho del indigente a tomar lo ajeno en caso de extrema necesidad.

La razón fundamental la da SANTO TOMÁS y la van repitiendo y exponiendo, con más o menos perfiles, todos los demás.

“Respondo, dice SANTO TOMÁS, que el derecho humano no puede derogar al natural o divino. Según el orden natural instituido por la divina providencia, las cosas inferiores están ordenadas para que con ellas se atienda a la necesidad de los homi-

(14) COVARRUBIAS DIDACI, *Opera Omnia*, Genevae, 1762, p. 600. Véase también J. PEREDA, *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959, p. 118 ss.

Lo había dicho también STO. TOMÁS. “*Ad primum ergo dicendum quod decretalis illa loquitur in casu in quo non est urgens necessitas*”.

TH. AQUINATIS, *Opera omnia*, Parisiis, 1895, V.III, q. 66, art. 7, p. 544.

(15) EMANUELES GONZÁLEZ TÉLLEZ, *Commentaria in librum V. Decr. Gregorii IX*, Venetiis, 1766, tit. 18, c. 3, p. 211.

bres. Por tanto, la división y apropiación que procede del derecho humano, no impide el que se deba atender con esas mismas cosas a la necesidad del hombre.”

Es la misma razón que da SÁNCHEZ en sus *Consilia Moralia* (16), y con él los demás, sin excepción:

“Pues como en principio, dice, fuesen las cosas comunes y por el derecho de gentes se las fueron apropiando, en una u otra forma, los particulares, de tal modo se hizo la apropiación, que pudieran volver a la comunidad, cuando, surgiendo una necesidad extrema, las cosas se debieran dar al menesteroso: esta condición se incluyó y hubo de incluirse sin remedio en la división de las cosas para que tal división fuese justa.” “Esta división sería inicua, afirman los SALMANTICENSIS (17), quizá con más nervio que SÁNCHEZ, si no se hubiera hecho con la tácita condición de que, en la extrema necesidad, volvieran las cosas a ser comunes, de tal manera que quedara a cualquiera íntegro el derecho de coger lo que le fuera en absoluto necesario. El derecho positivo no puede derogar al natural; luego teniendo todos por la misma ley natural derecho a usar de las cosas creadas por necesario a su conservación (pues para eso fueron creadas por Dios), la división de los bienes, concedida por el derecho de gentes, debió conservar íntegro e indemne aquel otro derecho”. “La división de las cosas, hecha según el derecho de gentes, no deroga el derecho natural según el cual se debe socorrer con las cosas al hombre en su extrema necesidad” repite GONZÁLEZ TÉLLEZ, y así todos los demás (18).

Fijémonos cómo es la misma razón que hoy dan los SS. PP. en sus Encíclicas y más profunda, sin duda, que la que desarrollan los penalistas. Estos afirman el pleno derecho del hambriento a apropiarse lo ajeno y lo fundamentan, en último término, en el conflicto de valores desiguales, en cuyo caso debe prevalecer el de más valor, o sea, el de la vida sobre la propiedad. Pero, podría preguntar el perjudicado: ¿por qué mis bienes han de sufrir menoscabo ante la apremiante necesidad de un tercero que no tiene nada que ver conmigo? ¿Qué me importa de ese conflicto de bienes siendo en personas distintas, sin más vínculo que el de la mera convivencia? Está muy bien que ceda mis derechos; pero ¿por qué debo ceder y sufrir la pérdida de lo mío?

(16) SÁNCHEZ T., *Opuscula Moralia*, Venetiis, 1738, C. I. c. V. dub. V., página 33.

(17) COLLEGI SALMANTICENSIS, op. cit., núm. 31.

(18) NAVARRA lo explica en esta forma. Supone un testamento, en el que se deja una gran posesión a Juan, con la obligación de atender a su hermano Pedro si cayera en la pobreza y dice: “como si Pedro, hermano de aquel rico se viera en la miseria, sin duda que de justicia debería darle su hermano lo necesario... con esta diferencia que en este caso lo debería por justicia conmutativa, pero en el nuestro que ahora estamos, por justicia distributiva”.

NAVARRA Petri, *De Restitutione*, Toleti, 1597, t. II, *De furante ob necessitatem*, p. 131 ss.

Mal se verán para responder con autoridad y eficacia los penalistas; en cambio, nuestros clásicos dan la razón contundente de que el derecho divino está sobre toda decisión humana y antes de toda división de los bienes entre los particulares, Dios otorgó al hombre el pleno derecho de usar de los bienes necesarios para su vida; coge por tanto, lo suyo cuando se encuentra en necesidad extrema.

Cómo lo fundamentan los clásicos

La razón general que dan los clásicos es la tan traída y llevada de que "*in extrema necessitate omnia bona sunt communia*", pero con qué agudeza y profundidad la estudian y cómo aquilatan los conceptos.

"*Omnia sunt communia*", dice LESSIO (19), no en cuanto que por la necesidad extrema se transfiera en seguida el dominio, sino que es común el derecho de uso, de tal modo, que no puede prohibírsele el dueño "*quia iure suo utitur*", el pobre y aún puede éste defenderse del propietario como de un injusto agresor, y si fuera necesario, "*servato justae defensionis moderamine, impediens occidere*" aun matarlo, guardadas las condiciones de la legítima defensa. Lo mismo y a los mismos extremos llegan los *Salmanticenses* y nadie les critica ese parecer. Si en caso de necesidad extrema, dicen, quieres coger lo ajeno y el dueño te lo impide y quiere por la fuerza expulsarte, puedes lanzarte contra él, como contra un injusto agresor, y aun matarle "*illum occidere*", si por otro camino no encuentras solución. ¿Quién de los defensores modernos del necesitado se ha atrevido a lanzar tales afirmaciones?

No digo, afirma AZPILCUETA, que se haga señor de la cosa que necesita, sino que lícitamente la puede coger "*auctoritate propria*", por sí mismo y usarla según su necesidad. El derecho no consiente que puedan varios tener "*in solidum*" el dominio de la misma cosa. Aquella célebre ley... no supone que los cosas se hagan comunes por la necesidad del indigente "*sed esse communicandas*" sino que se deben repartir.

Lo estudia también agudamente VÁZQUEZ (21), el Agustín español, como le llaman los contemporáneos, y traducido libremente para que quede más clara la idea, pero exponiendo fidelísimamente su parecer, dice así:

"Decir que en el caso de necesidad extrema todos los bienes son comunes, no es afirmar que pierda el dueño el dominio adquirido por el "*ius gentium*", porque si en ese caso los bienes se

(19) LESSIUS, Leonardus, *De Justitia et jure, libri quatuor*, Editio quinta, Antuerpiae, 1621, l. 2, dub. 12, *de injuriis fortunarum*, p. 145 ss.

(20) MARTINI AZPILCUETA, Doctoris Navarri, *Opera in tres tomos digesta*, Lugduni, 1597, t. I, p. 304.

(21) VÁZQUEZ, Gabriëlis, *Opuscula Moralia*, Compluti, 1617, *De Eleemosyna*, fol. 1 ss.

hicieran comunes y quedaran como antes de la división, serían del indigente.

Me dirás que tan sólo se hacen comunes para el que padece esa necesidad, pues es el único al que dañaría la división establecida por el "*ius gentium*".

Si es así pregunto: ¿serán comunes tan sólo para el indigente o para el indigente y el dueño? Si para los dos, entonces serán del primer ocupante y al otro no le quedará derecho alguno en justicia; pero como ya los posee el dueño, de él serán. Si sólo son comunes para el indigente, perderá en el mismo instante todo dominio el dueño, aún antes de que se los apropie el necesitado; pero para que el indigente se haga señor de aquellas cosas que en justicia se le deben, debe cogerlas y con la aprehensión hacerlas suyas, pues el señor debe perder el dominio, en otro caso, si sigue señor de ellas sigue en pie el derecho de gentes. Por tanto, cuando se dice que son las cosas comunes en la necesidad extrema y que no le debe dañar el derecho de gentes, se entiende que queda la caridad como reina. Tan sólo, pues, son comunes para hacer desaparecer la miseria, no para que queden como antes del derecho de gentes."

EGIDIO CONINCK (22) es el que lo trata con más amplitud y lujo de detalles, pues distingue hasta seis clases de bienes: los nacidos espontáneamente y que los puede coger cualquiera; los que no se pueden conseguir apropiarse sin gran trabajo y habilidad personal, como las fieras, los peces, los minerales profundos; los que son fruto de la habilidad y labor personal, como las ollas de alfarero; los campos, mares y ríos; lo que la tierra produce con la industria y trabajo del hombre. En caso de extrema necesidad se puede apropiarse de cualquier cosa, pero no porque todas se puedan decir igualmente comunes (y lo va estudiando en cada uno de los casos). Al afirmar, pues, que se vuelve al *ius naturae* no se debe entender que pierda el señor y dueño de las cosas su dominio y que lo adquiera el pobre, *sed solum significat divitem teneri rem pauperi dare*, sino sólo significa que el rico está obligado a dárselo al pobre. Creo que queda claro el sentido que dan al principio de la comunidad de los bienes nuestros clásicos del tiempo pasado.

Consecuencia clara de todo esto es que el necesitado, cuando se apropia de algo en caso de necesidad extrema no roba, no hurta, sino que ejercita un pleno derecho.

Entremos en el estudio detenido de este derecho y en las polémicas que engendra.

(22) CONINCK, EGIDIUS, *De moralitate, natura et effectibus actuum super naturalium, libri quator*, Lugduni, 1623, disp. 27, de *Eleemosyna*, p. 433 ss.

¿Es obligación de justicia o de caridad?

Si el necesitado tiene derecho de apropiarse de lo ajeno, sin duda que el dueño tendrá obligación de dárselo o de no impedirle el ejercicio de ese derecho. Pero esa obligación en el rico ¿es de justicia o de caridad?

Grande es la división de pareceres, y su estudio esclarecerá mucho más el fundamento de toda esta materia.

Afirman que es de justicia estricta la obligación para con el necesitado en caso de extrema necesidad, el CARDENAL CAYETANO, SARMIENTO, SPINO, ARAGÓN, NAVARRA, etc., etc., y contra ellos se levantan, en cerrado escuadrón, LESIO, SOTO, AZPILCUETA, SÁNCHEZ TOMÁS, CONINCK, DIANA, VÁZQUEZ, etc., etc. Oigamos la lucha y los fuertes argumentos que se lanzan, muy bien resumido y concretado todo, especialmente en los SALMANTICENSIS y en LUGO.

Es de justicia la obligación, dicen algunos de los primeros, porque peca contra la justicia el que impide el ejercicio de un derecho, y de la justicia del impedir se deduce la obligación en justicia de dar: con voz más unánime añaden que el juez puede obligar al rico a socorrer al menesteroso, lo cual es señal clara de que media obligación de justicia, y como argumento más contundente afirman todos ellos que puede el menesteroso coger por sí mismo lo que necesita en su extrema necesidad, *etiam inscio et invito domino*, aun sin saberlo el dueño y aun contra su voluntad; luego es claro que se le debe en justicia, pues si sólo se le debiera por otra virtud, v. gr., por el voto que hubiera hecho de dárselo, o por penitencia que se le haya impuesto o por caridad, nunca podría tomarlo el indigente por sí mismo, y mucho menos *invito domino*, contra la voluntad del señor.

Pero ¿cómo se puede llamar a esa obligación de los ricos de estricta justicia, dicen los del campo opuesto, cuando nos llevaría a absurdos que nadie puede admitir? Si fuera obligación de justicia, quedaría el dueño obligado a la restitución y a la reparación de todos los daños y perjuicios para con él y los suyos, por no haber socorrido al menesteroso, lo que claramente se debe rechazar y rechazamos sin poder dudar. Si en justicia se viera obligado (23) el propietario, ello supondría la previa pérdida del dominio en el dueño, en cuanto se vea uno en extrema necesidad, y no sólo de las cosas que se podrían decir comunes por el *ius gentium*, sino también de las propias según el *ius naturae*, v. g., de los frutos de su industria y de su trabajo y habilidad personal, y ¿quién se puede atrever a afirmar esto?

Como juez de paz quiere presentarse LUGO, e impuesto el silencio a unos y otros, expone su parecer diciendo que unos y otros tienen su algo de razón; pero que la exageran también unos y otros. Hay mucho de justicia, pero mucho más de caridad, y lo prueba con el siguiente razonamiento, muy a punto para dejar en plena luz el problema:

(23) SUÁREZ, F., *Operá omnia*, t. 12, p. 691.

“Opino, pues, dice LUGO, que la necesidad extrema da derecho al indigente para coger la cosa y con la aprehensión hacerla suya, adquiriendo derecho a ella o a su uso, según la necesidad; pero digo también que el propietario no tiene obligación de justicia, sino de *caridad* de dársela: mas nótese que después que el indigente, usando de su derecho, la coge y hace suya, el dueño queda obligado en *justicia* a no impedirle el uso de la cosa, ni a quitársela. La necesidad y la indigencia, continúa, no le hacen formalmente dueño de nada, sino sólo remota y condicionalmente, o sea, en el mismo sentido en que hace las cosas comunes... Por lo demás, antes de cogerlas el menesteroso, no pierde el dueño el dominio, sino tan solo tiene obligación de caridad y misericordia de dársela, no de justicia. Antes de ocupar Pedro (pone el autor este ejemplo) una cosa común, no tiene derecho alguno en justicia por la que otros se vean obligados a dársela, sino que tiene título para hacérsela propia por la ocupación.”

Lo mismo dicen los SALMANTICENSES con toda claridad:

“Como respecto a las cosas comunes no tiene dominio alguno el menesteroso antes de la aprehensión, pero puede cogerlas y hacerlas suyas; así también al no dárselas el propietario, no viola ningún derecho suyo. Pero si le impide el cogerlas, *agit contra ius quod habet apprehendendi*, obra contra su derecho...: en resumidas cuentas, que no dando las cosas necesarias, no obra contra justicia, pero sí va contra esa virtud impidiéndole el ejercicio de su derecho.”

Parece preocuparles un poco las diferentes clases de bienes que tan ampliamente enumera CONINCK, pues no todas se pueden decir comunes por la misma razón o del mismo modo, y así dice LUGO que en todo caso puede el indigente hacer suyo lo que necesita en su extrema necesidad, aunque el propietario tenga por derecho natural el dominio de la cosa que ha hecho o creado con su cultura, habilidad o trabajo; pues “Dios, como autor de la naturaleza, lo produce todo y lo crea *primo et per se* para uso común y sustentación de los hombres, y, por tanto, puede lícitamente apropiárselas el menesteroso; porque para uso de nuestra necesidad han sido principalmente destinadas por Dios, como el mismo CONINCK lo afirma.”

Le preocupa también a HURTADO DE MENDOZA, pues aunque afirma que es de justicia la obligación de asistir al indigente, dice con todo que “*quando proximus indiget nostra industria, non tenetur illam tunc ex iustitia praebere, quia ad eam nunquam ille habet ius iustitiae... tenetur ex caritate*”.

Con ese modo de hablar y opinar de LUGO, se ve lo fácilmente que puede responder, y de hecho responde, a los extremistas de uno y otro lado, barajando muy acertadamente la justicia y la caridad según la manera de hablar del adversario.

Quiero fijarme un momento en la razón que dan a los que ven obligación de justicia, porque se puede acudir al juez y puede éste

obligar al rico a socorrer al pobre. LUGO lo resuelve en pocas palabras concediendo el hecho, pero afirmando que "*etiam ad satisfaciendum aliis praeceptis gravibus aliarum virtutum*." puede darse y se da la intervención del juez; luego eso no prueba que sea obligación de justicia.

Creo interesante el párrafo en que lo comenta VILLALOBOS (24), en agradable castellano, pues toca algún punto jurídico que silencian los demás, o sea, la inexistencia de verdadera acción judicial.

"Adviértase acerca de esto, dice, que es muy probable que el pobre, en caso de extrema necesidad, tiene acción de pedir al rico la limosna ante la justicia, como tienen CAYETANO, SARMIENTO, ARAGÓN: el fundamento es porque, como todos dicen, en extrema necesidad todas las cosas son comunes, y así como puede uno pedir por justicia que le dexen caminar por el río y aprovecharse de las demás cosas comunes; lo mismo aquí que en caso de extrema necesidad no ay que acudir al derecho humano, sino al natural: entre los juristas es común que no tiene acción el pobre en este caso contra el rico. Así lo dice la glosa y otros que refiere Tiraquelo, lo cual también es probable. Mas en ambas opiniones es llano que pueden los hombres implorar el oficio del juez, el cual ha de obligar a los ricos para que los favorezcan" (25).

¿Hay que dar o basta con prestar?

Otra cuestión al parecer un poco batallona y en la realidad de la vida de poca trascendencia, se presenta al preguntarse los autores si bastará con el contrato de mutuo o habrá que dar simplemente y en absoluto; en otras palabras, si quedará alguna obligación de restituir al que se ha salvado de la necesidad con nuestra ayuda.

Lo niegan en absoluto BÁÑEZ, para quien la sentencia opuesta es faltísima, SOTO, MEDINA, SÁNCHEZ, VALENCIA, SUÁREZ, etc., y el argumento más fuerte que presentan es este, que, a la verdad, tiene difícil solución dando a los términos su amplitud lógica. Si en algún momento urge y tiene toda su razón de ser la limosna, es cuando se halla el prójimo, nuestro hermano, en extrema necesidad; pero la limosna con-

(24) HENRIQUE VILLALOBOS, *Summa de la Theologia moral y canónica*, Salamanca, 1623, t. I, Trac. XXII, de la limosna, p. 519.

(25) Lo dice también COVARRUBIAS con estas palabras "*Divites elemosynam pauperibus erogare cogendos etiam coactione iudicis exterioris et in foro judiciali. Etenim quoties quis tenetur elemosynam erogare, id contingit ex debito legali*". Por cierto que le han querido llevar algunos, como NAVARRA, por esta nera de hablar, al grupo de los que militan por la obligación *ex iustitia*: ciertamente no lo creo por toda su manera de expresarse y con toda decisión lo niega SÁNCHEZ; pues dice que tan sólo habla COVARRUBIAS de cierta justicia legal que no da acción al pobre contra el rico "*sed tantum posse implorare officium iudicis, ut cogat divites, ita quod haec actio iudicis, officio et non iure actionis sit*". COVARRUBIAS, op. cit., p. 350. SÁNCHEZ, op. cit., p. 36, núm. 59.

siste esencialmente en dar, luego la obligación que entonces tenemos es pura y simplemente de dar. Así han entendido siempre la limosna los Santos Padres; así la entiende el Santo Evangelio, así lo ha entendido siempre el mismo sentido común. ¿Cuándo se ha dicho, ni se ha podido entender, que da una limosna el que hace un contrato mutuo? Añaden a esto: ¿No decimos que el pobre coge lo suyo, aun pudiéndose defender del propietario que se lo impida, como de un injusto agresor? Si coge lo suyo, ¿de dónde puede provenir esa obligación de restituir?

Enfrente están COVARRUBIAS, AZPILCUETA, LUGO, LESIO, DIANA, etcétera. Dicen estos, con no poco sentido común: La caridad me obliga a satisfacer plenamente las necesidades del menesteroso; luego si puedo satisfacerlas, y las satisfago con simple mutuo, ¿por qué ha de haber una donación absoluta, si no es necesaria? Los bienes son comunes en la extrema necesidad de tal modo que pueda usar de ellos y hacerlos suyos en el grado necesario para salir de tan angustiosa situación; si basta para ello el mutuo, ¿por qué se ha de obligar a más?

Tales limitaciones y distingos ponen a su argumentación unos y otros, que hacen muy verídico este parecer de LUGO, "*In praxi*, dice, *parum remanere discrimen inter utramque sententiam*", poca diferencia hay entre unos y otros en la práctica; la lucha es puramente especulativa.

Bien lo expone VILLALOBOS, partidario, con BÁÑEZ, de la primera sentencia, cuando dice en romance, como llamaban los clásicos al expresarlo en castellano:

“Esto valga de los que son pobres absolutamente, porque ay géneros de pobres, unos que lo son absolutamente, porque no tienen aquí, ni en otra parte, no lo pueden ganar; que no tienen fuerzas ni saben oficio y a estos quando ay obligación de darles limosnas se les ha de dar dada. Otros pobres ay que no lo tienen de presente o no lo tienen en este lugar, más tendránlo otro día, como es el oficial que no lo tiene el día que no trabaja y tendrálo otro día o en aviendo donde trabajar; y estos, aunque en alguna manera son pobres, no son absolutamente pobres y se cumple con ellos bastantemente emprestándoles, que con esso se satisface su necesidad y no han menester más.”

Con razón dice, pues, el mismo VILLALOBOS que las dos sentencias u opiniones son probables, y aun añade: “que es más mansa la segunda y se puede seguir”, y COVARRUBIAS: no se me oculta que la opinión de ESCORO y de otros (la que exige dar) es más pía y más aprobada por la mayor parte de hombres doctísimos; pero por razones y autoridad de otros muchos, también se puede sostener la segunda.

En resumidas cuentas, todos convienen en esto:

a) Si es pobre el necesitado sólo circunstancialmente, teniendo bienes en otra parte, claro que entonces basta con el mutuo, como tam-

bién si sólo necesita el uso de la cosa, no puede apropiársela en absoluto, v. g., el que coge un caballo para huir.

b) Si es pobre en el momento presente de la necesidad extrema, pero tiene habilidad y trabaja en determinado oficio y ha de ganar lo suficiente, tampoco entonces hace falta plena donación ni puede, por tanto, en absoluto apropiárselo.

c) Puede ser pobre *re et spe*, es decir, pobre en realidad y sin esperanzas de mejorar en el futuro. Aún en este caso se admite una nueva distinción entre los de la segunda manera de opinar: o se da cosa de gran valor o en mucha cantidad y entonces cabe donación condicional, o cosas de poca monta y se deben dar en absoluto.

Como se ve, la diferencia es mínima e insignificante. Ciertamente VITORIA, BÁÑEZ y otros dicen que no le queda al pobre ninguna obligación, aun cuando llegue "*ad pinguiorem fortunam*", a posición más desahogada; pero no se olvide que los que hablan del mutuo no lo entienden, como dice LUGO, de un contrato de mutuo "*simpliciter mutuum et cum omni rigore*", sino de un mutuo imperfecto, mutuo en algún sentido de la palabra; hablan de alguna obligación muy condicional y que no presiona, ni fuerza, ni puede angustiar al menesteroso, o, como dice COVARRUBIAS, *ita fiat*, de tal manera sea "*ut vere pauperi, nullum afferat dispendium*".

Todavía en la práctica es más insignificante la cuestión y acredita ser pura lucha intelectual, en cuanto que raro será el caso que no se arregle de momento con pocos cientos de pesetas, lo que no puede ser menoscabo alguno para el rico, ni se pensará en contrato ni mutuo de ninguna otra clase en tan tristes circunstancias.

En cuanto a la primera dificultad, no poco sería, del concepto de la limosna, responde LUGO, que realmente no hay diferencia alguna, salvo la conceptual, entre la donación absoluta de la limosna y la que se funda en esperanza tan vaga e incierta de "*pinguioris fortunæ*"; y pone el ejemplo de un príncipe que da limosna con la condición de que se le devuelva si llegara a encontrarse él en la misma desgracia y estado miserable.

De qué clase de bienes y en qué grado de necesidad puede apropiárselos el menesteroso

Otra cuestión muy importante es la que relaciona el derecho del menesteroso según sus diversas clases de necesidad y también diversa clase de bienes del potentado. ¿Sólo tiene derecho el pobre en los casos de extrema necesidad y sólo puede apropiarse entonces lo necesario de los bienes superfluos *naturæ et statui*, o puede también tomar de los necesarios *statui*? ¿Sólo en la extrema necesidad o también en la grave?

Es mucha la diversidad en los autores y no poco difícil concretarlo en pocas palabras. Si nos ceñimos a nuestro asunto, hemos de decir

con LUGO que "*nos solum agimus hic de iure quod habet indigens ut sine furto accipiat*", que sólo vamos a tratar del derecho que tiene el pobre de apropiárselo por sí y ante sí sin hurto; es lo propio nuestro y simplifica el problema.

Pone LUGO dos principios generales como preámbulo:

a) no puede cogerlo el menesteroso por sí mismo, o quitárselo a quien se encuentra en la misma necesidad;

b) no puede tomarlo si antes no lo pide; pues mientras haya otro medio para salir de la extrema necesidad, ése debe emplearse.

Digamos antes algo de estos dos prenotandos

Es claro que no tiene derecho el menesteroso a tomarlo o quitárselo a quien se encuentra en la misma necesidad; pero ¿se podría condenar con la pena consiguiente a quien lo hiciera?

No lo tratan los clásicos; se contentan con afirmar la falta de derecho. Ahora diríamos y decimos que no habrá en ese supuesto causa de justificación o ejercicio de un verdadero derecho; pero si es verdaderamente extrema su necesidad afirmaríamos su falta de culpabilidad; sería un conflicto entre bienes iguales de diversos titulares; obraría el necesitado con causa de exculpabilidad o de inimputabilidad, según los casos; pero siempre resultaría impune. Estamos, pues, con los clásicos, aunque damos un paso más adelante.

En cuanto al segundo prenotando, es muy frecuente en estos autores encontrar (y es nota simpática de profundo humanismo cristiano) la afirmación de que no tienen obligación de pedir cuando sea grande su vergüenza, por su estado social u otras circunstancias, o cuando crea fundadamente que el rico se lo ha de negar. Como excepción señalaremos a CONINCK (26), quien no poco duramente dice: "*non refert quod ipsum valde pudeat mendicare eo quod honestae sit familiae; quia hic pudor in tanta necessitate vincendus est, nec tanto faciens ut excuset*", no importa que le resulte muy humillante el mendigar por ser de honesta familia; porque en tan grande necesidad, tal pudor debe vencerse, ni en tanta consideración se le debe tener que pueda excusar.

El mismo LUGO dice que si lo coge sin pedirlo antes, no pecará gravemente; pues el propietario podrá sentirse razonablemente contrariado en cuanto al "modo" solamente, no en cuanto a la sustracción de la cosa.

Supuestas, pues, estas primeras indicaciones, suelen los autores establecer varios casos generales: más clara y ordenadamente que todos lo hace LUGO:

1.º) Todos acordes en que, en caso de extrema necesidad, puede coger el necesitado, sin responsabilidad penal ni moral alguna, lo que necesita de los bienes superfluos *ad naturam et statum* de cualquiera, porque, y es la frase de SÁNCHEZ, se dan entonces la "*omnimoda superfluitas et summa necessitas*" a un tiempo. Dicen más: puede un tercero cogerlo para el menesteroso, mientras él no pueda salvarle

(26) CONINCK, op. c.t., p. 435.

con lo suyo (27), y esto lo afirman explícitamente CONINCK, VÁZQUEZ, LESIO, AZPILCUETA, LUGO... llegando a decir Fco. DE VITORIA (28) "que se puede robar para ayudar a otros sin escándalo, dice S. TOMÁS; sin embargo, con escándalo pequeño, aunque mediara muerte de alguno, bien se podría robar para ellos". ¿Cómo entendería VITORIA lo de "escándalo pequeño", aun mediando alguna muerte?

2.º) En la necesidad extrema, ¿puede el necesitado apropiarse, no sólo de los bienes superfluos, pero aun de los necesarios *ad statum*, de los necesarios para conservar su estado social?

Pocos lo niegan. SÁNCHEZ cita a PEDRO TARANTASIA, ROSSEL, VIGUEIRO y a SAN ANTONIO; pero lo admiten, aunque con diferencias, la inmensa mayoría de los autores, y para SÁNCHEZ esta opinión es *omnino tenenda*, deben seguirla todos; así lo pide el orden moral, como dicen BÁÑEZ, ARAGÓN, LEDESMA, COVARRUBIAS, etc. Quizás la diversidad entre ciertos autores nace del diverso concepto de lo necesario *ad statum*; por eso algunos, con LUGO, distinguen entre lo necesario *simpliciter ad statum* y lo necesario *ad melius tuendum statum*. No ven obligación en lo primero BÁÑEZ, CONINCK, LORCA... pero sí en lo segundo; por tanto, no podría el menesteroso coger de lo necesario *simpliciter ad statum, invito domino*, de manera que por ello bajare de categoría el rico; pero sí de lo segundo.

Es interesante la justa silogístico-dialéctica que entablan entre sí los autores acerca de este punto. No se puede sentir nadie, nos dicen los de un bando, más obligado hacia el prójimo que hacia sí mismo, y ¿quién puede obligar a un rico a que agote su capital y baje de estado para tener algunos problemáticos años más de vida?, ¿quién le puede obligar a que acuda al único o casi único médico mundial o busque la más exquisita y carísima medicina? Nadie. Luego el menesteroso no puede alegar derecho alguno ante el peligro de su vida para que se usen con él tales dispendios, que pueden no usarse ni con el propietario; ni menos podría apropiárselos *invito domino*, si estuvieran a su alcance.

No prueba el argumento, responden los contrarios, porque el rico podrá ceder de su derecho, dice SUÁREZ, pero no puede suplantarlo el de un tercero. "Puedes tú lícitamente (el ejemplo es le LUGO) abandonar tu buey o tu asno caído en una fosa; pero no puedes hacer lo mismo, sin pecado, con el asno o el buey de tu prójimo, si puedes, sin

(27) Viene aquí a punto el caso de Bruno Torrenti, que, en Roma, el 20 de abril pasado, forzó la portezuela de un auto particular y llevó a una clínica a un herido que se desangraba en completo abandono. Le llamó la prensa el buen samaritano, que salvó así la vida de quien no tenía relación alguna con él. Le detuvieron; pero aunque no conozco el resultado final, doy por supuesto que quedó plenamente absuelto y aún enaltecido.

(28) *Possunt furari ad alios sublevandos sine scandalo, dicit D. Thomas; tamen, cum parvo scandalo, etiam si esset mors alicujus, bene liceret capere per illos.*

VITORIA, F., *Comentarios a la segunda secundae de Sto. Tomás*, Salamanca, 1934, q. 66, art. 3, p. 339, *Utrum liceat furari propter necessitatem.*

gran trabajo, librarlos. No arguyes, por tanto, con acierto cuando al no sentirte obligado contigo mismo, te crees también desobligado con el prójimo; porque en tu caso cedés tú de tu derecho y no te viene mal alguno contra tu voluntad; pero cuando es contra la voluntad del tercero, debes ayudarle si está en tu mano."

La nota de sentido común la establece el mismo LUGO cuando dice que no puede sentirse obligado el rico a socorrer al pobre con gran pérdida suya y recuerda los ejemplos antes traídos. No es, por tanto, absolutamente cierto, continúa, que en peligro de la vida del prójimo haya que socorrerle con todos los bienes no necesarios a nuestra vida.

Muchos argumentos trae CONTINCK para probar lo mismo, haciendo ver que más interesa al Estado y bien de la sociedad que haya familias con abundantes medios económicos, que no proteger por algún tiempo la vida del que dentro de poco ha de morir. Aquello es permanente y de gran trascendencia social.

No tiene la cuestión valor alguno práctico, según creo, y queda más bien en la pura región de las ideas, tan admirablemente estudiadas por nuestros clásicos. ¿Qué necesidad no se podrá remediar con algunos miles de pesetas que no alteren en lo más mínimo el estado social del donante?

3.º) ¿Sólo en la extrema necesidad, o también en la grave, puede el necesitado apropiarse lo ajeno?

Este punto es también estudiado por los clásicos con profundidad de pensamiento y no poca división de opiniones, a mi modo de ver, más aparente que real; pues depende del muy diverso concepto que tienen de lo que se ha de entender por necesidad grave. Empiezan algunos por distinguir entre necesidad *simpliciter gravis* o *gravis quasi extrema*, y a esta última aplican también todo lo dicho de la necesidad extrema.

Hoy apenas tendría aplicación entre nosotros esta doctrina; pues la necesidad grave, tal como ellos la describen, v. g., peligro de caer en gravísima enfermedad, o de perder la libertad, etc., es muy bastante para que el necesitado se apropie lo que necesita, según nuestro pensar del estado de necesidad. Con todo es muy interesante su estudio y esclarece mucho el pensamiento de nuestros autores en materia tan importante.

¿Puede, pues, el menesteroso coger lo que necesite, en caso de grave necesidad, o sea, no extrema?

Son no pocos los que niegan este derecho, v. g., VALENCIA, AZOR, CONCINA, el CARDENAL CAYETANO, TURRIANO, SALÓN, etc., y se fundan, entre otras razones, en que pudiendo ser muchos los que se encuentren en grave necesidad, y no teniendo el potentado obligación estricta de atender a todos, puede elegir los que él quiera, y, por tanto, ninguno puede adelantarse a tomarlo por sí mismo. Este argumento, que parece hacer no poca fuerza a VÁZQUEZ, no hace ninguna a LUGO ni a LESTO, por simple retorsión a la necesidad extrema y por otras razones positivas que se verán al exponer sus opiniones.

Otros, como CONCINA, creen que reconocer ese derecho en el indigente sería tanto como abrir la puerta al latrocinio general: "*benigni*

casuistae non pauci", dice con cierto despecho, "*nunc plus iusto fa-vent pauperum rapacitati*", no pocos benignos casuistas favorecen más de lo justo la rapacidad de los pobres.

La opinión afirmativa de este derecho es más numerosa; así lo creen AZPILCUETA, MANUEL SA, MEDINA, DIANA, LESIO, SUÁREZ, CO-NINK y, aunque con ciertas cortapisas, VÁZQUEZ y LESIO.

LUGO tiene su opinión intermedia y la creo profunda, bien funda-da en razones de mucho peso y que proyectan no poca luz en toda esta materia.

Entre los bienes creados por Dios para servicio del hombre, consi-dera primero los comunes a todos y a los que todos tienen pleno derecho, como son la vida, la salud, la libertad, los bienes necesarios para vivir, etc., y los no comunes a todos, aunque sean, en sí conside-rados, muy importantes, v. g., altura social, sabiduría, magistraturas, fama preclara, etc. Supuesta tal división, admite la doctrina afirmativa del derecho del pobre en la necesidad grave cuando se trata de bienes comunes a todos; la rechaza, o sea, niega el derecho del necesitado a apropiarse lo ajeno por sí mismo, cuando el litigio es acerca de los bienes no comunes, v. g., permanencia en tal estado social.

La razón que da es clara. Si decimos, afirma, que la división posi-tiva de los bienes debió hacerse respetando siempre el derecho primi-genio de todo hombre a valerse de ellos en caso de extrema necesi-dad, es indudable que no puede tomarse este derecho en sentido tan estricto que sólo cuando amenaza muerte inmediata pueda tener va-lidez: puede también, sin duda, aplicarse a los bienes superfluos de otro en caso de grave necesidad. ¿Quién podrá negar, dice, el derecho de cualquiera a coger un caballo de otro para huir y salvar su libertad en caso de peligro, aunque hubiera de morir el caballo y no pudiera compensar la pérdida? Sin duda, en esos bienes comunes a todos, queda el derecho natural en el necesitado, anterior y superior a todo de-recho de propiedad individual. En caso de bienes no comunes, no creo que pueda hacerse valer ese derecho, pues la desigualdad social es algo también querido por Dios y necesario en la vida comunitaria.

Pero le objetan los adversarios que, aun en estos casos, tiene el rico obligación de desprenderse de bienes superfluos para evitar la caída social de otro. Sin duda, responde LUGO; pero esa obligación no es de justicia, sino de caridad, y no da, por tanto, derecho al pobre a cogerlo por sí mismo.

Aunque ha estudiado antes este punto, vuelve sobre él, dada la im-portancia que tiene, y profundiza más y más (29).

(29) *Diversa est regula fundans obligationem dandi indigenti et regula dans ius indigenti ad accipiendum. Prima fundatur in caritate. Facultas accipiendi debet fundari in iure quod singulis natura ipsa concedit ad utendum rebus communibus... quare puto posse contingere... quod aliquis... possit sibi acci-pere quod dominus ex charitate dare non tenebatur... Nec mirum videri debet quod titulus ille qui sufficit ut indigens possit accipere, non sufficiat ut dominus etiam obligetur ad dandum; ratio est... quia necessitas illa solum auferit directe impedimentum et reducit rem ad statum illum ac si nullius*

“Dice que es diversa la regla que fundamenta la obligación de dar en el rico y la que da derecho al menesteroso para apropiarse por sí mismo los bienes que necesita. La primera se funda en la caridad (como lo ha probado antes), y la segunda debe cimentarse en el derecho que da a todos la misma naturaleza para usar de las cosas comunes. Por lo cual, puede suceder que tenga uno derecho a coger lo que el señor no tenga obligación, ni aun de caridad, de darle. “*Nec mirum videri debet*”, ni te debe extrañar que el título que justifica que lo pueda coger el menesteroso, no baste para obligar al propietario a darlo. La razón clara es porque la necesidad del pobre quita directamente el impedimento a la apropiación, transformando la cosa en *rem nullius*, de manera que puede apropiársela si quiere. Esto no basta para que el señor deba ya prescindir de ella o expropiársela por sí mismo, sino tan sólo hace que no pueda impedir que la ocupe el que tiene derecho a ello.”

Queda, pues, completamente claro, como consecuencia de todo lo dicho, que nuestros clásicos ven en el hurto, famélico o necesario, el ejercicio de un derecho pleno y absoluto; o sea, que se encuadra perfectamente en lo que hoy llaman causa de justificación. Nada de buscar explicaciones subjetivas que aminoren o anulen la culpabilidad del acto en sí considerado; nada de alusiones a excusas absolutorias o a circunstancias objetivas de exculpabilidad, sino afirmaciones absolutas de convivir dentro del más estricto orden jurídico. “La razón de no pecar el que se apodera de lo ajeno en la necesidad extrema, repite PEDRO DE ARAGÓN (30), es porque tan innato y natural le es al hombre el derecho a la conservación de su propia vida, que ante tal derecho, todos los demás caen, especialmente los positivos”, *ut ei cuncta alia cedant, maxime quae sunt de iure positivo*. “El fin de las cosas inferiores es servir a los hombres en la necesidad, dice LESIO, de modo que éstos puedan conservar y proteger la vida; por lo cual a todos concede este derecho la naturaleza, sin que haya podido abolirlo el derecho de gentes, porque éste supone, no destruye el natural, principalmente el que es tan necesario a la conservación de la vida”... y testimonios como éstos se encuentran a montones y muchos quedan ya expuestos en lo dicho hasta aquí.

GROCIO, PUFENDORF, CARPZOVIO, MATHEAUS

Hay que salir de nuestros clásicos y entrar, sobre todo, en los protestantes para encontrar disidentes, aunque de gran valía, en esta importante materia.

esset in bonis ut indigens possit eam legitime occupare si velit. Hoc autem non sufficit ut dominus debeat se expoliare, sed solum ne alium eam occupantem prohibeat uti iure suo.

Lugo, op. cit., p. 307. Aunque larga la cita he querido también ponerla en latín por creerla muy importante.

(30) ARAGÓN, PETRUS DE: *In secundam secundae D. Thomae, De Justitia*

Creo que el fundamento de la discordancia está en el diverso concepto del derecho natural, el racionalista de los GROCIO, PUFENDORF, etcétera, y el cristiano de los LUGO, SUÁREZ, etc.; éstos llegan a la causa última, a la voluntad de Dios que asigna el fin de los bienes creados, dirigidos todos al servicio del hombre, y aquellos se estancan en la razón humana y no encuentran fundamento bastante para el verdadero derecho del hombre contra la propiedad ya establecida.

PUFENDORF (31) nos dice que hay ciertamente alguna obligación en el rico de asistir al pobre en caso de extrema necesidad; pero que es una obligación imperfecta, "*ex imperfecta dumtaxat obligatione*", nacida únicamente "*ex virtute humanitatis*", aunque no haya dificultad mayor en admitir, continúa diciendo, que dicha obligación imperfecta puede transformarse en perfecta por medio de la ley civil.

¡Qué poca cosa y qué fría!... Se concibe que nos diga, a continuación, que nadie debe admirarse de que la apropiación de lo ajeno en casos de extrema necesidad haya sido considerada como verdadero hurto o rapiña...

Parece que el sentido común se le rebela y por eso llega a decir después "que yo no creería reo de tal crimen al que en caso de muy extrema necesidad de hambre o frío se apropiara de algo ajeno... pero aun entonces pone estas condiciones; que no se encuentre en tal estado por culpa propia (32); que haya suplicado antes a los ricos y poderosos su ayuda; que haya ofrecido precio o la prestación de sus servi-

et Jure, q. 66, art. 73.

(31) PUFENDORF, A., *De Jure Naturae et Gentium libri octo*, Francofurti et Lipsiae, 1759, t. I, c. 6, *de iure et favore necessitatis*, par. V, p. 217.

(32) He aquí una condición que no la encuentro en ningún clásico y que tiene su razón de ser; pues puede deberse el estado actual del menesteroso, máxime en caso de hambre, a su holgazanería o abandono habitual. La pone también como condición precisa el P. MONTES (*Derecho Penal Español*, San Lorenzo de El Escorial, 1929, vol. II, p. 194) y hablan también de ella JIMÉNEZ DE ASÚA, (op. cit., p. 459) y Joaquín GARRIGUES, hoy gran autoridad en el Derecho mercantil, que hizo sus primeras armas en el Derecho penal, escribiendo su *Ensayo de crítica práctica sobre algunos puntos del Código penal*. (Madrid, 1920, c. 9, p. 54). Creo que la opinión de los clásicos, por su manera habitual de pensar, se inclinaría al parecer de GARRIGUES, quien sólo la aprecia como atenuante, si se debió el estado de necesidad a causas a él sólo imputables. ASÚA en cambio, cree que: "esta causa justificante no se invalida cuando la situación fue provocada culposamente por el mismo que luego resulta necesitado; esto es, que el hambriento que roba un panecillo, debe quedar impune, aunque la causa de su situación indigente haya sido su propia holgazanería o su prodigalidad". Ciertamente el ejemplo que pone de cosa tan mínima parece inclinar a su parecer; pero puede darse en casos muy mayores y no se vería tan clara la plena impunidad. No hay que fijarse en el ejemplo, sino en el fundamento de la afirmación. El Código, al regular el estado de necesidad en general se atiene al criterio de ASÚA, pues pone en el apartado 7 del art. 8, como segunda condición: "que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto"; por tanto, si lo es sólo culposamente, puede alegarse como causa de justificación.

PUFENDORF, con excesivo desenfado, afirma claramente la necesidad de que no haya sido por culpa suya, pues lo contrario sería "*ejusdem inutilia pecora ingratus alendi*" tener que alimentar sin agradecimiento alguno a ese ganado inútil.

cios, "*neque pretio, neque oblata sua opera*", y añade, por fin, que tenga intención de restituirlo en cuanto llegue a mejor fortuna.

Pero ¿qué hay en todo esto del verdadero derecho del pobre, tan exaltado por nuestros clásicos, tan admitido hoy por todos? Nada realmente. Repite lo de la obligación del rico, pero recalcando siempre que es imperfecta, de donde deduce algún derecho del menesteroso, pero "*jus duntaxat imperfectum*", tan sólo para que se dirija *extra ordinem* al magistrado civil. ¿Figúrense si hay tiempo sobrado para que se muera de hambre!

GROCIO (33) conoce más a fondo a nuestros clásicos y casi se identifica con ellos. Cita a SANTO TOMÁS, a SOTO y frecuentemente a COVARRUBIAS. Admite la posible reviviscencia del derecho pristino del pobre, en cuanto hombre, en caso de necesidad extrema; pues sin duda, añade, hubo alguna especie de contrato al hacerse la apropiación de los bienes por los particulares; no contrato explícito y concreto, sino que *si primum interrogati fuissent* si hubieran sido preguntados, todos lo hubieran admitido: el contrato es, pues, implícito y virtual. Pone como condiciones que no se halle el propietario en situación semejante; que no haya sido por su culpa; que no falte la plena restitución y que se hayan antes tentado todos los medios posibles de súplicas, recursos a los magistrados y toda clase de ofrecimientos por parte del pobre.

Es curiosa, aunque no nueva, la objeción de PUFENDORF a este sentir de GROCIO, y como en ella se ve claro que no entendió el parecer de nuestros clásicos, voy a exponerla.

Dice que no concibe cómo se puede hablar de restitución si el necesitado ejercita un pleno derecho al coger lo ajeno; pues (y son sus palabras) "si tal restitución se hace, se ve claro que no expiró el derecho del propietario a la cosa *per alterius necessitatem*, por la necesidad del tercero, sino que espontáneamente debió él darla graciosamente o mediante precio u otra compensación".

Ya hemos estudiado este punto y ha quedado claro que no se afirma por los clásicos que desaparezca el derecho del propietario por la mera necesidad extrema del menesteroso, sino tan solo por la apropiación concreta de la cosa; pues toda obligación del rico se reduce a no impedir el ejercicio del derecho de apropiación del necesitado. También hemos visto las diversas opiniones en cuanto a la obligación de restituir.

Singular y contradictorio se nos presenta MATHÆUS (34). Estudia el caso del que hurta *ut expleat stomachum lastrantem* para acallar los ladridos del estómago hambriento, pero no le gusta la solución de los que le absuelven. Creo, dice, que se debe distinguir entre delito y pena: delito se comete cuando *urgente necessitate* se hurta lo necesari-

(33) GROTII HUGONES, *De Jure Belli ac Pacis libri tres*, vol. I (sin lugar), 1719, t. 2, p. 201.

(34) MATHÆI, A., *De Criminibus Commentarius*, Antuerpiae, 1761, p. 48 y siguientes.

rio; pero la pena se debe mitigar y aun suprimir, *propter necessitatis vim delinquentis* por la fuerza de la necesidad, y trae como confirmación la sentencia aquella de CICERÓN (*de officiis* 3); cada uno debe sobrellevar su desgracia antes que quitar nada de las utilidades o ganancias de otro: *suum cuique incommodum ferendum sit, potius quam de alterius commodis quidquam subtraendum*, y añade por su cuenta: ¿quién podrá forzar al varón sabio y bueno a que se contamine a sabiendas con alguna torpeza?

Queda claro, por tanto, que ve torpeza moral; ve delito en el hecho en sí mismo considerado, aunque ve también razón para aminorar o suprimir la pena: o sea, no ve causa de justificación; no ve el ejercicio de un derecho, sino, a lo más, alguna causa de inimputabilidad, *propter necessitatis vim*, o de exculpabilidad o alguna excusa absoluta o simplemente atenuante.

No es muy feliz en los ejemplos que trae, pues en ellos se trata de extrema necesidad común a todos y en ese caso cierto es que no puede quitarse nada de lo necesario al que se encuentra en el mismo estado y que entonces debe intervenir enérgicamente la autoridad para evitar el caos general y el triunfo de la fuerza bruta.

Juega también su lanza el gran CARPZOVIO (35), de criterio muy parecido al de MATHÆAEUS, aunque con frecuentes citas de COVARRUBIAS, no bien asimiladas. Se funda en el artículo 166 de La Carolina, que deja a la decisión de los jueces al ladrón que, *durch rechte hungersnoth die er, sein weil oder kinder lenden*, roba algo de cosas de comer en caso de verdadera necesidad que le agobia a él o a su mujer o a sus hijos, de donde saca esta regla general, como él la llama:

“Cualquiera que impulsado por la necesidad del hambre comete algún hurto, no debe ser castigado con la pena ordinaria del ladrón.”

Da como razón que el hambre, como puñal agudísimo, se clava y acaba con la vida, y contra el enemigo y sus armas es lícito a todos defenderse. Juzga, pues, que se debe castigar el hurto famélico, aunque con pena extraordinaria. Añade que aunque la necesidad no fuera tan estricta, aun entonces, *furem a poena suspendi liberari posse*, se le puede librar de la horca (¡ahí es nada!), pero que se le debe someter a pena extraordinaria más grave, v. g., a la de azotes. Como compensación, añade, que si la necesidad es extrema, y el hurto de cosa de poco valor, podrá el juez a veces, como se deduce del mismo artículo 166, librarle de toda pena, y aun deberá hacerlo así cuando lleve ya varios días el reo en prisión y antes de verse la causa.

Repite con todo, al fin, que debe prevalecer el castigo, aunque leve, pues se trata de verdaderos hurtos, y añade que así lo ha practicado él en los casos que se le han presentado.

¿Qué diferencia tan grande entre nuestros clásicos apoyados en el verdadero derecho natural y los protestantes en el natural racio-

(35) CARPZOVIO, B., *Practicae novae imperialis saxoniac, rerum criminalium*. Francofurti, 1652, pars. II, p. 275 y ss.

nalista! ¡Qué mayor aprecio de la personalidad humana y de sus derechos naturales, anteriores a todo derecho positivo! ¡Qué mayor conocimiento del fin de los bienes, creados por Dios para el hombre y por el hombre!

Digamos, para terminar, algo de la legislación española:

El primer Código español, el de 1822, recoge el hurto famélico como atenuante en su artículo 75 (36). ¡Cómo se ve que no bebió en las fuentes claras de nuestra tradición! Lo silencian todos los demás, hasta el de la dictadura de 1928, que lo considera también como atenuante, en el número tercero del artículo 65. Nada dicen tampoco los Códigos posteriores.

¿Será, por tanto, para todos ellos punible el hurto famélico? Sin duda, que no. Los Códigos que reglamentan el estado de necesidad, podríamos creer que reglamentan también el hurto necesario, como en él incluido. Aunque presentaban cierta dificultad los del 48 y 70, fueron, sin embargo, no pocos, con OLIVER, BERNALDO DE QUIRÓS, el P. MONTES, ASÚA, etc., los que sostuvieron con razón la afirmativa, y creyeron, por tanto, al hurto famélico causa de justificación. En los Códigos posteriores, creo que no cabe duda razonable.

Quizás podría sostenerse lo contrario del Código del 28, pues, como acabamos de ver, le considera como atenuante en el artículo 65.

Es muy interesante, con relación a este punto, el estudio que hace JIMÉNEZ DE ASÚA del Código argentino, el cual como el de la dictadura del 28, admite ampliamente el estado de necesidad, y reglamenta, como atenuante, el hurto famélico. Cree el preclaro autor que son muy compatibles los dos artículos, y que el admitir "la miseria como motivo de atenuación no obliga a desechar aquella fórmula eximiente cuando nos hallamos en casos extremos de inanición".

La jurisprudencia ha tardado más en entrar por el recto camino. Allá por el 1826, cuando tan fácilmente se imponía la pena de muerte por los delitos de robo y hurto, fué un triunfo sonado de Salustiano Olózaga salvar de la horca a un pobre albañil, que para poner algo de sustancia en la sopa de pan que le daban de limosna hurtó dos libras de tocino...

En las causas del 8 de febrero de 1907 (37) y 7 de febrero de 1917,

(36) También como atenuante la consideraba TIRAQUELLUS (*De Poenis legum*, Venetiis, 1560, Causa 33, p. 186), pues dice: "aunque nunca sea permitido delinquir por la pobreza, peca más levemente el que delinque por ella en caso de hambre y necesidad y, por tanto, siempre debe ser también más levemente castigado". No se ve, con todo, claro que no admita la plena impunidad en caso de necesidad extrema; pues continúa diciendo: *si quis, necessitate compulsus, ea tamen "non extrema", quidquam furatur, licet non omnino excusetur, mitius tamen puniendus est* —y da la razón— *quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum*.

(37) Por cierto, en la *Revista Jurídica Veracruzana*, en el número de agosto de 1961, en un artículo interesante del notable jurista CÉSAR CAMARGO MARÍN, nos habla del hurto famélico en la pág. 260 y relata su defensa nobilísima, pero frustrada, de un grupo de hombres hambrientos que salió al paso a unos panaderos que llevaban pan en unas caballerías y les quitaron algunos panes. Por la

en casos de extrema necesidad, se considera a los reos como verdaderos ladrones, aunque se atenúa la pena alegando el estado de arrebato y obcecación. La jurisprudencia posterior, v. g., la sentencia de 7 de junio de 1948 ya lo considera como causa de justificación.

¡Cuánto nos hubiera servido conocer mejor y seguir nuestra gloriosa tradición clásica!

edad del abogado y las circunstancias del caso, nos parece ser esta causa del 8 de febrero de 1907.

(38) El que quiera notas curiosas acerca de esta materia y lo relativo a la legislación, jurisprudencia y opiniones de autores, tanto españoles como extranjeros; puede ver en JIMÉNEZ DE ASÚA, *El hambre como estado de necesidad*, a lo que dedica 56 páginas en la obra y lugar citados.