

REFLEXIONES ACERCA DE LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO DE NECESIDAD Y EL HURTO FAMÉLICO DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

ALFONSO MURILLO VILLAR
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Burgos

A nadie escapa que el derecho penal romano ha sido un campo jurídico escasamente estudiado por la doctrina romanística, en especial desde que fuera abandonada su inclusión en los programas docentes de las facultades de derecho. Por esta razón es grandemente laudatorio que la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano le dedique a la cuestión, de forma monográfica, un Congreso, en el que todos sus miembros se dedican en exclusiva al análisis del derecho penal romano y en la medida en que ello sea posible concordarlo con su recepción en los vigentes ordenamientos jurídicos.

Tradicionalmente se ha definido el hurto famélico como aquel delito que se comete para resolver una situación de hambre irresistible y que no puede ser satisfecha de otro modo por falta de medios económicos. Constituye, para algunos autores, una causa de justificación conocida como estado de necesidad. En definitiva, se trata del apoderamiento ilícito de alimentos realizado por una persona, individualmente o en grupo, para intentar paliar una situación de hambre ciertamente desesperada cuyo objetivo final es la propia supervivencia. Pudiera pensarse que hoy en día este tipo delictivo es una vieja figura de hurto completamente en desuso y carente de transcendencia jurídica en cuanto tal, salvo en su vertiente histórica. La realidad enseña que el estudio del derecho apegado a ella, conlleva auténticas sorpresas y que no por antiguo el derecho se extingue o ha de considerársele extinguido.

La moderna tecnología nos permite recorrer en breves instantes la realidad jurídica mundial, y ello ha propiciado que a través de los denominados buscadores en la red, internet, uno descubra que el hurto famélico está constantemente citado, usado y utilizado como argumento para defender multitud de supuestos de hurto y otras situaciones, cual si fuera una causa que justifica un estado de necesidad, que en muchos casos no es tal, pero que permite a los juristas defender a sus clientes basándose en el mencionado estado de carencia de medios para la subsistencia de él y los suyos.

Alfonso Murillo Villar

Si nos introducimos en cualesquiera de los buscadores más habituales de internet y consultamos en nuestras lenguas más usadas por medio de los términos: «hurto famélico», «furto famélico», «furto per fame», etc., nos encontramos una gran cantidad de páginas relativas a la cuestión y, sobre todo, grandes discusiones en los medios de comunicación a propósito de si un determinado hecho ha de calificarse o no de hurto famélico. Las malas situaciones económicas, las bolsas de pobreza que existen en muchos de los países iberoamericanos, en unos con más intensidad que en otros, ha llevado a que una buena parte de la población se encuentre en determinadas ocasiones abocada a substraer alimentos y objetos de primera necesidad; hechos éstos que son calificados por los juristas como hurtos famélicos o necesarios en atención a las circunstancias y carencias que se tienden a satisfacer. También es verdad que no siempre el hurto ha de ser necesariamente «famélico», lo cual motiva la interpretación jurídica en orden a la mejor calificación del tipo delictivo a sancionar.

Adentrándonos un poco en el actual casuismo, encontramos supuestos como el de un ciudadano hondureño que penó cuatro años en la cárcel por haber hurtado tres racimos de guineos (bananos) para alimentar a su familia, con tan mala fortuna que según la FHIA (Fundación Hondureña de Investigación Agrícola), se trataba de unos bananos utilizados en un experimento agrícola. La Corte de Apelaciones absolvió al jornalero al entender que su personalidad y sus circunstancias familiares le eximían de la comisión del ilícito por el cual se le condenó. Encontramos otro caso en el Estado de Sao Paulo (Brasil) en el que un grupo de personas entra en un supermercado y amén de alimentos también substraen bebidas, impresoras, faxes, etc.; la dificultad para calificar este hurto reside en que, aún siendo verdad que el delito se cometió por necesidades económicas, sin embargo se produjo una substracción de bienes superfluos imposibles de relacionar con un estado de necesidad famélica inmediata. El resultado final ha sido su calificación como hurto común y no como hurto necesario al tener en cuenta los objetos hurtados.

Casos muy similares se observan en Colombia en donde muchos jóvenes desplazados afrontan graves problemas de subsistencia estando condenados, unos dos mil jóvenes aproximadamente, por delitos propios del hurto famélico, que si bien son consideradas acciones de delincuencia menor, son propias de gente que no tiene opciones y necesita comer. Esta razón, quizás, no fuera hoy en día en sí misma suficiente para justificar este tipo de acción antisocial pero se asume porque hay que entenderlas y comprenderlas en lo que expresan. La mayoría de los que delinquen provienen de zonas rurales y lo hacen por hambre, dadas las lamentables condiciones en las que intentan sobrevivir, en muchas ocasiones con sus familias.

Un supuesto muy similar al de los «sin tierra» brasileños se está produciendo en Venezuela con los denominados «ranchitos» que invaden fincas rurales o edificios desocupados y toman posesión de ellos invocando razones de pobreza. Se trata de venezolanos que incurrir en una variante del hurto famélico pues se apoderan de lo que no es suyo por hambre. Como en todos los supuestos de hurto famélico colisionan inmediatamente

dos derechos constitucionales: derecho de propiedad y derecho a la vida. La cuestión al igual que sucediera en la antigüedad es cuál debe prevalecer, lo que obliga a comprobar quiénes son realmente pobres de solemnidad, que salvo que se apoderen de lo ajeno perderán la vida por inanición, y quiénes son unos auténticos pillos dispuestos a beneficiarse en medio del caos social.

Sin duda, el caso más aireado ha sido el originado por la crisis económica de Argentina, en recesión desde 1998, en el que el pueblo harto de privaciones y de hambre se dedicó al vandalismo con el objetivo en muchos casos de proveerse preferentemente de alimentos y de víveres para subsistir. Esos ciudadanos argentinos tenían hambre, de tal forma que en Argentina, concluyen algunos autores, hubo hurto famélico ejecutado por los pobres. Ahora bien, no siempre lo que se produjo en el rico país sudamericano fue hurto famélico sino más bien saqueo. El saqueo es una forma de actuación multitudinaria que encaja más bien en el tipo delictivo de robo agravado en banda y con daño, de forma que no es aplicable la figura penal del hurto famélico. La explicación es sencilla pues no siempre se efectuó el saqueo por hambre, además se empleó violencia, y a ello se añade que los objetos substraídos en el saqueo no siempre eran de primera necesidad destinados a combatir el hambre inmediatamente. Situación parecida se produjo en Uruguay a comienzos de agosto de 2003, con frecuentes saqueos reflejo de la violencia del hambre y de la angustia. Existen dificultades para su calificación jurídica pero en opinión de algunos juristas se da el hurto famélico aunque es un instituto que no se ha dado nunca o casi nunca, dado que la jurisprudencia uruguaya tiende a interpretarlo desde un punto de vista material y no humanitario.

España tampoco está libre de la comisión de delitos relacionados con el estado de necesidad, y, por lo tanto, calificados como hurtos famélicos: hurtos en supermercados realizados por indigentes, hurtos en tiendas de comestibles para saciar el hambre, hurtos en huertas, campos, viñedos, de forma individual o en grupos, etc. etc. Ello ha llevado a nuestros tribunales ha decir que el hurto famélico, miserable o necesario, está «integrado en el estado de necesidad, y como conflicto desigual de bienes concurre en aquellos casos en los que se toman los bienes ajenos, sin la voluntad de su dueño, para subvenir a las más primarias y perentorias necesidades humanas, tales como alimentación, vestido, habitación y asistencia médico-farmacéutica, y en los que no se halla, como sostenía la doctrina tomista, en conflicto la vida o la propia supervivencia con la propiedad de bienes ajenos, pero sí, por lo menos, entran en pugna, los sufrimientos que el hambre, la desnudez, la intemperie o la enfermedad desatendida deparan al ser humano, con el respeto a la propiedad de los bienes de otros»¹.

En la misma sentencia se apunta que para la Jurisprudencia actual el estado de necesidad se caracteriza por la objetividad y por la inmediatez, lo que hace imprescindible la

¹ Tribunal Supremo, 27/12/1973, TOL (www.tirantonline.com), 51261; Audiencia Provincial de Albacete, 14/03/2002, TOL 174415.

Alfonso Murillo Villar

existencia de una situación angustiosa e inminente de puesta en peligro de bienes jurídicos y, además, por su carácter de subsidiariedad, la imposibilidad de poner remedio a tal situación por vías lícitas. La simple mención de hurto famélico invita a pensar inmediatamente en la apropiación de alimentos ajenos para saciar el hambre; sin embargo, nuestra jurisprudencia ha delimitado este extremo en el sentido de la necesidad de probar que la intención de buscar comida es para comer, pues de no ser así no cabría la eximente completa de estado de necesidad en su modalidad de hurto famélico. En consecuencia, el mero hecho de entrar en un mercado de abasto no implica que nos encontremos ante un hurto famélico, salvo que se consiga probar². Además, «tampoco es dable ni conveniente confundir una situación de marginalidad, que puede ser remediada con la atención social, con el hurto famélico, ni tampoco con algún estado de necesidad que no se ha probado, ni con la legítima defensa putativa»³.

En la más reciente doctrina penalista⁴ se admite la posibilidad de aplicar la eximente de estado de necesidad al denominado hurto famélico, en el que se sustraen bienes para subvenir a necesidades acuciantes de supervivencia. En todo caso, dice García Arán, la redacción del art. 20,5.º del vigente CP, supone un cambio en relación al art.8,7.º CPA bajo el que se dictaron resoluciones en las que se exigía actuar «impulsado por» un estado de necesidad; la exigencia de este móvil específico, constituía un elemento subjetivo de la justificación que podía suponer incluso la inaplicación de la eximente aunque el estado de necesidad objetivamente considerado estuviera presente, si convivía con otras motivaciones. En cambio, la actual redacción legal elimina ese elemento subjetivo, siendo suficiente con actuar «en estado de necesidad», pero requiriéndose que el sujeto actúe «para» evitar un mal propio o ajeno.

Hurtar, robar, es un pecado para la religión cristiana y, en general, para casi todas las religiones. Asimismo, está penado como delito por todos los códigos penales del mundo. Sin embargo, cuando uno busca en los orígenes de este tipo delictivo se tropieza, como luego veremos, con que nadie retrocede hasta el derecho romano, cuna sino explícita sí implícita de casi todas las cuestiones jurídicas que en la actualidad nos ocupan y se regulan. Para ello nos apoyamos en que el robo y el hurto se han practicado siempre, y siempre han sido castigados, por lo que sin duda son una de las actividades más viejas de las que acompañan al ser humano junto con el ejercicio de la prostitución. Mas existe una clara diferencia entre robar por hambre y robar por otras inquietudes; al primero se le denomina hurto famélico, cuestión que nos ocupa en esta *sedes materiae*, y que a decir verdad está prácticamente despenalizado en todas las legislaciones del orbe o al menos atenuadas sus penas.

Cuando tratadistas y penalistas abordan la cuestión del hurto famélico aseguran que en el antiguo derecho fue un delito muy estudiado que por lo general se tendía a su in-

² Audiencia Provincial de Barcelona, 24/02/2003, TOL 295493.

³ Audiencia Provincial de Mallorca, 15/05/2001, TOL 107264.

⁴ GARCÍA ARÁN, M., *El delito de hurto*, Valencia, 1998, pp.139 ss.

culpabilidad. Entre los antecedentes más remotos, teniendo en cuenta nuestro ámbito de estudio jurídico, se ha mantenido que la elaboración de la teoría del hurto por hambre se debe esencialmente al derecho canónico, al cual se imputa el principio general de «*necessitas non habet legem*»⁵. Además de la influencia del derecho germánico, la cuestión también fue muy tratada por los teólogos y criminalistas de la Edad Media; del mismo modo hubo práctica unanimidad en admitir que el robo famélico no era pecado, doctrina seguida por los teólogos modernos, si bien algunos disienten pues se sitúan en el plano de la santidad⁶.

El tema del hurto famélico siempre ha tenido para el derecho canónico una gran trascendencia. Destacó en su tratamiento Santo Tomás de Aquino en cuya obra se cimientan las opiniones de teólogos posteriores. En aquella época, siglo XIII, tal vez unos pocos años antes, el Papa Gregorio IX en su obra *Decretalium* fijó una pena de tres semanas de ayuno para aquel delito *De furtis* que se cometiera en caso de necesidad, pena que desaparecería en el mismo momento en que se reintegrase lo hurtado. Sin embargo, en el comentario realizado por Emanuelis González Téllez al mencionado decreto papal, se recoge la opinión ya generalizada de que en tiempos de extrema necesidad no se comete hurto, pues las cosas ajenas se convierten en comunes⁷. Lo fundamental de la opinión clásica reside en que lo que realmente subyace en la base del delito de hurto miserable es un conflicto entre la vida y la propiedad, si bien Santo Tomás y San Buenaventura lo superan con la conocida vuelta a la comunidad de bienes en casos de necesidad. A partir de aquí se originó, por las muchas interpretaciones que se pueden realizar, la enconada discusión a propósito de si hay o no obligación de restituir cuando el necesitado llegue, si llega, a mejor situación económica⁸.

La pretendida justificación del hurto famélico apoyada en la primacía del derecho a la vida sobre el derecho de propiedad, ha originado un conflicto jurídico-penal en la literatura especializada que carece de consistencia. Ello se debe a que el conflicto no puede producirse *in extremis* cuando el delito se comete en el último momento, pues resulta difícil imaginar que alguien delinca para no morir, pues ni podrá cometer el hurto, ni podrá ingerir, porque el estado médico será ya deplorable. Más bien de lo que se trata es de un conflicto entre la propiedad ajena y el sufrimiento físico que produce el hambre o el frío. Por lo tanto, según Rodríguez Devesa⁹, en el hurto famélico hay que realizar

⁵ BRUTI, E., *Furti minori*, E. D., XVIII, Varese, 1969, p. 421

⁶ Vid. PEREDA, J., *El hurto famélico en algunos de nuestros teólogos del siglo XVI*, en Razón y Fe, 1928, vol.70, pp. 106 ss. y *El hurto famélico o necesario*, en Anuario de derecho penal y ciencias penales, XVII, 1964, pp. 5 ss.

⁷ GONZÁLEZ TÉLLEZ, E., *Commentaria perpetua Decretalium Gregorii IX, tomus V*, Lugduni, 1673, p. 340: «*Nec obstat dubitandi ratio supra expensa; nam licet furtum, quatenus furtum est, sit probrum a natura; tempore tamen extremæ necessitatis proprie furtum non committitur, quia cum urget extrema necessitas, res illae, quae alienae videbantur, communes efficiuntur quoad eos, qui extremam necessitatem patiuntur*».

⁸ PEREDA, J., *Covarrubias penalista*, Barcelona, 1959, pp. 114 ss.

⁹ RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M.^a, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1993, p. 575.

Alfonso Murillo Villar

un proceso valorativo lejos de la simplicidad que supone el contraste vida-propiedad, pues éste jamás se da en la realidad.

Entre nuestros teólogos patrios no son pocos los que se ocuparon del estudio del hurto famélico si bien más desde el punto de vista moral que del jurídico. Merece destacarse a Covarrubias¹⁰, Suárez, Soto, Azpilicueta, Lugo, etc., los cuales tomaron básicamente como criterio de referencia aquél comúnmente admitido de que en la necesidad todos los bienes son comunes: *in extrema necessitate omnia sunt communia*¹¹. Según Pereda para nuestros grandes teólogos el necesitado tiene un verdadero derecho a apropiarse de lo ajeno en el caso de necesidad extrema, de tal forma que el ejercicio del hurto miserable nos sitúa frente a lo que se denomina una causa justificante más que ante una atenuante o eximente.

La cuestión del hurto famélico unida al estado de necesidad ha afectado necesariamente a la regulación y tipificación del delito de hurto en todos los pueblos a lo largo de toda la historia. Es muy probable que tal tipo delictivo no se hallara regulado expresamente en todos los ordenamientos de la antigüedad, pero resulta inverosímil pensar que en cualesquiera civilización, especialmente en graves circunstancias de carencia de alimentos, no se tuviese en cuenta esa circunstancia a la hora de sancionar, más que de castigar, al que substrahe no por afán de enriquecerse sino por el mero hecho de subsistir. Así, como nos presenta Jiménez de Asúa¹², ya en los antiguos derechos orientales los delitos causados por hambre recibieron trato benigno, ello puede verse en las legislaciones hindú, china o judía¹³, por ejemplo.

El derecho germánico también tuvo en cuenta las necesidades de los pobres que se apoderaban de lo ajeno movidos por el hambre; por eso, siempre estuvo muy ligado al estado de necesidad como justificación del delito. Para ello se basan en dos principios esenciales: Uno, que la necesidad no tiene ley y, dos, el sentimiento de solidaridad vivamente presente en los pueblos germanos¹⁴. Ni que decir tiene que a lo largo de toda la época medieval, cuando las plagas de hambre arreciaban, la necesidad del hambriento era tenida en consideración a la hora de castigar al ladrón. Más aún si tenemos en cuenta la constante influencia del derecho canónico y su permanente respeto al principio de necesidad, que se sostiene además por la influencia de teólogos, filósofos y criminalistas.

Si difícil resulta encontrar legislaciones penales modernas que acojan explícitamente el hurto famélico¹⁵, la cuestión se complica si pretendemos hacer un rastreo por el anti-

¹⁰ Vid. RIGO, A. - TRUFERO, M., *Vida y obra de Diego de Covarrubias y Leyva*, Madrid, 1967, pp. 121 ss.

¹¹ PEREDA, *El hurto famélico*, cit., en Razón y Fe, 1928, vol.70, pp. 109 ss.

¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de derecho penal*, tomo IV. *El delito*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1976, pp. 461 ss.

¹³ Baste ver Deuteronomio 23, 25-26, que luego tendrá su reflejo en el Evangelio de San Mateo 12, 1-8, así como Levítico 19, 9-10 y Proverbios 6, 30.

¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, IV, cit., pp. 302 ss.

¹⁵ Como ejemplos excepcionales aparecen el Código Penal del Perú, art 445.- «Hurto famélico. Será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas: 1.- El que se apodera, para su

guo derecho español. Dice Jiménez de Asúa¹⁶ que en el derecho español de la Edad Media no se halla ningún precepto concreto sobre el hurto famélico. Sin embargo, continúa, los antiguos escritores españoles, como teólogos, juristas y penitenciaristas, acreditan en sus obras que se presentaron casos en la práctica y que se resolvieron con la mayor benignidad¹⁷.

Es verdad que en el derecho histórico español no se encuentra ningún precepto que directamente aluda al hurto famélico y su correspondiente castigo si lo hubiere. Sin embargo, al igual que sucediera en el derecho romano sí se exige que el hurto además de recaer sobre cosas muebles y ajenas, conlleve cierta ganancia con su propiedad, posesión o uso, sin olvidar que se requiere el acompañamiento de una evidente intención maliciosa¹⁸. De este último principio se infieren, en palabras de los doctores Jordán de Asso y De Manuel¹⁹, varias consecuencias: I.- Que no cometen hurto los locos, desmemoriados, y menores de diez años y medio²⁰. II.- Que los menores de veinte años deben ser castigados con pena más leve que los mayores²¹. III.- Que lo que se hurta para socorrer el hambre, o en cantidad pequeña por los domésticos, no se debe castigar como hurto²². Veámoslo en la siguiente ley de Partidas.

*consumo inmediato, de comestibles o bebidas de escaso valor o en pequeña cantidad. 2.- El que se hace servir alimentos o bebidas en un restaurante, con el designio de no pagar o sabiendo que no podía hacerlo». También sorprendentes resultan las regulaciones en el Código Penal Federal de México, art. 379: «No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento» y en el Código Penal del Estado de México art. 293.- «No será punible el delito de robo: 1.- Cuando sin emplear la violencia, alguien se apodera por una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento». No obstante, los Códigos Penales modernos, por ejemplo el español de 1995, art.20, 5.º, no recogen expresamente el hurto famélico, porque este problema se reconduce a la eximente de la parte general de estado de necesidad, lo que demuestra una técnica legislativa sino más depurada si distinta. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal, IV, cit.*, pp. 471 ss., quien cita algunas disposiciones de viejos códigos penales, hoy ya derogados, que recogían expresamente el hurto famélico como causa eximente. Por el contrario, resulta muy acertada la conclusión del propio JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal, IV, cit.*, p. 477, cuando dice: «que ninguna falta hace que los Códigos prevean en un artículo especial este particular problema del hurto por hambre, pues basta con que consagren un precepto amplio al estado de necesidad, para que dentro de él se incluya el robo necesario, que ya no es el tipo característico de los actos de necesidad, sino una de las muchas hipótesis que la vida puede presentar en el conflicto de bienes».*

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal, IV, cit.*, p. 465.

¹⁷ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal, IV, cit.*, pp. 481 ss.

¹⁸ P.7, tit. 14, ley 1.

¹⁹ JORDÁN DE ASSO, I., y DE MANUEL, M., *Instituciones del derecho civil de Castilla*, 3.ª ed., Madrid, 1780, p. 329.

²⁰ P.7, tit. 14, ley 17.

²¹ Recop. lib. 8, tit. 11, ley 7.

²² P.7, tit.14, ley 17.

Alfonso Murillo Villar

P.7.14.17.- Como los que son menores de diez años e medio, e los locos, e los desmemoriados, non son tenudos a la pena del furto que fazen.

Moço menor de diez años e medio, furtando alguna cosa, como quier, que si lo fallaren con el furto, que lo pueden tomar, con todo esso, non pueden, nin deven demandarle la cosa, con la pena del furto. Esso mesmo dezimos del loco, o del desmemoriado, o furioso. Otrosi dezimos, que si algund mancebo, que tuviesse ome a soldada en su casa, o a bien fazer, o otro que labrasse con el en alguna lavor por jornal cierto, le furtasse alguna cosa que non valiesse mucho, que maguer le puede demandar aquello que le furto, con todo esto, non le deve pechar pena de furto: ca a este furto llaman en latin, furtum domesticum. Pero el señor que lo tiene en su casa, por si mesmo, a menos del Judgador, bien lo puede castigar sobre ello segund su alvedrio, de manera que lo non mate, nin lisie. Mas si el furto fuesse grande, o de cosa que valiesse mucho, estonce bien lo podría demandar en juyzio a cada uno destos, con la pena. E para saber cual furto es grande, o pequeño, para ser demandado en juyzio, o non, mandamos, que esto finque en alvedrio del Judgador de cada lugar; catando todavia qual es la cosa furtada, e otrosi la persona de aquel que la furto, e aun la de aquel a quien la furtaron.

En esta Partida no se hace alusión explícita a la situación del hurto para socorrer el hambre, a pesar de lo que afirman Jordán de Asso y De Manuel; no obstante, estos autores, a nuestro entender, aciertan cuando lo asemejan al hurto doméstico regulado en dicha ley, pues en origen el robo cometido por el sirviente era considerado un hurto simple, si bien posteriormente se le consideró como hurto calificado al entenderse que el sirviente que roba a su señor comete un abuso de confianza. La razón del hurto doméstico está en robar cosas de poco valor, *cosa que non valiesse mucho*, de tal manera que puede equipararse con el valor de aquello que sea necesario para saciar el hambre, con lo cual el parangón hurto doméstico hurto famélico resulta fácilmente verosímil a efectos punitivos. De este modo prescribe el rey Sabio que quien comete *furtum domesticum* «no le deve pechar pena de furto».

La inclusión implícita del hurto famélico en la anterior ley de Partidas también puede observarse cuando en el párrafo final se dice: *E para saber cual furto es grande, o pequeño, para ser demandado en juyzio, o non, mandamos, que esto finque en alvedrio del Judgador de cada lugar; catando todavia qual es la cosa furtada, e otrosi la persona de aquel que la furto, e aun la de aquel a quien la furtaron*. Aquí se establecen los criterios que permiten distinguir entre el hurto grande, es decir, el que conlleva la pena de hurto, y el hurto pequeño, el cual no soporta la pena establecida para el hurto habitual. En definitiva, tres criterios son los atendibles en orden a calificar el tipo de hurto como grande o pequeño por el órgano juzgador: solicitar la cosa hurtada; la persona que lo hurtó, y la presencia de aquél a quien se hurta. Con estas bases parece insospechado la no aceptación del supuesto de que unos productos alimenticios que alguien pueda coger a un tercero para comérselos, no deba ser calificado como hurto pequeño, cuya consecuencia será su no punición. En consecuencia, el hurto famélico, como apuntaban, sin argumen-

tar, Jordán de Asso y De Manuel, encaja en P.7.14.17 y deberá quedar impune en atención al objeto sustraído y a las circunstancias personales del autor de la substracción.

A pesar de estos datos de los cuales se desprende una ausencia evidente de regulación explícita, ello no obsta para que el hurto famélico se considere un delito, aunque su condena se vea, ciertamente, muy atenuada cuando no inexistente; queda, pues, por preguntarnos si ello no se deberá, salvando las distancias, por cierto, más profundas en materia de derecho penal que en otros campos jurídicos, a que en derecho romano no consta con claridad la regulación del hurto famélico como tal, si bien, como es obvio, las situaciones seguro debieron de producirse. Sin ignorar el desalentador panorama que se observa con posterioridad a la vigencia del ordenamiento romano, vamos a realizar unas reflexiones a propósito del hurto famélico en el mencionado ordenamiento.

Entre los muchos tratados, artículos, etc., que hemos tenido oportunidad de consultar a propósito del hurto famélico, prácticamente ninguno retrocede hasta el derecho romano. Finzi²³ en su obra acerca de los hurtos privilegiados cuando analiza los antecedentes históricos y se detiene en el derecho romano, afirma que no existe ningún fragmento que autorice a pensar que los romanos conocieran variedades de hurto, más bien debieron someterse a la regla general consistente en abonar un múltiplo del valor de la cosa sustraída, bien fuera el doble, el cuádruplo, etc. Además, dice Finzi, tampoco se puede argumentar que el ladrón de alimentos, *fame cogente*, fuera excusado, porque los textos en que se exime de responsabilidad por el acto necesario, se refieren a contingencias distintas de las del hambre. Casos de estado de necesidad propios del ordenamiento romano, que *infra* analizaremos, se hallan en aquéllos relativos a cortar las amarras o redes para evitar que una nave embarranque, o el quemar una casa vecina para evitar un incendio mayor, o el arrojar al mar mercancías para salvar un barco. Del mismo parecer que el abogado italiano es Jiménez de Asúa²⁴, quien comparte que el derecho romano no encierra ningún pasaje que se refiera al robo por hambre, lo cual justifica con aquella distinción propia de los romanos entre delitos propios del derecho privado frente a la consideración del hurto famélico como propio del derecho penal.

Como, efectivamente, dijeran Finzi y otros autores, en derecho romano no se encuentra ningún fragmento que explícitamente reconozca el hurto famélico como un caso de hurto sin pena o con pena atenuada. Si nos fijamos en la casuística del *furtum* en la jurisprudencia romana²⁵ no encontramos vestigios del hurto miserable, lo cual no empece para que en las fuentes literarias se presente algún supuesto, bien es cierto que no nos consta, que acoja el mencionado delito y su perdón por piedad. En tiempos de Jesucristo, época de pleno apogeo del derecho romano, encontramos que en los Evangelios se hace alusión a un supuesto de hurto por hambre y, curiosamente, Jesús en ningún mo-

²³ FINZI, M., *I furti privilegiati*, Torino, 1903, p. 37.

²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, IV, cit., p. 462.

²⁵ Vid. FLORIA HIDALGO, M. D., *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1991.

Alfonso Murillo Villar

mento lo condena, no ya sólo moralmente sino incluso ni como acto que vulnere las leyes establecidas.

Así, en el Evangelio de San Mateo c.12, v.1-8, se dice que «en una ocasión iba Jesús caminado por los sembrados. Era sábado. Sus discípulos sintieron hambre y se pusieron a arrancar espigas y a comerlas. Los fariseos le reprocharon que sus discípulos hacían algo que no estaba permitido en sábado». Lo mismo repite el evangelista San Lucas c.6 v.1-5, recogiendo la opinión de los fariseos cuando interrogan por qué los discípulos hacen lo que no está permitido en sábado. Prescindiendo del valor del sábado para los judíos, el hecho cierto es que el recoger alimentos de los sembrados por hambre no se infiere que estuviera penado. Asimismo, tampoco hemos de considerar que los discípulos fueran unos mendigos, sino simplemente unos transeúntes que ante el padecimiento de hambre deciden satisfacer su necesidad con los bienes de un tercero. El reproche de los fariseos era porque los discípulos hacían algo que no estaba permitido en sábado, sensu contrario sí estaba permitido a lo largo de los demás días de la semana. Los evangelistas resulta obvio que recuperan la regla ya recogida en el Deuteronomio 23, 26 que dice: «*Si entras en el sembrado de tu prójimo, puedes cortar espigas con tu mano, pero no metas la hoz en las mieses de tu prójimo*». En definitiva, queda claro que no resulta penado el hurto de alimentos si fuese por hambre, como muy bien reseñan ambos evangelistas.

En las fuentes jurídicas romanas vamos a poder encontrar distintos supuestos de estado de necesidad, fácilmente equiparables con supuestos de hurto famélico, y que nos permiten realizar cierto parangón hasta concluir que fuera muy verosímil que el hurto miserable no estuviera ni perseguido ni sancionado. Veamos los supuestos extrapolando aquello que sea posible al caso que nos ocupa. El estado de necesidad motivado por la pobreza, en ciertas ocasiones, induce al hurto para vencer una de sus más graves consecuencias que es el hambre. Una forma de paliar el hambre efectivamente puede ser a través del hurto, pero también es posible vencer la necesidad por medio del desempeño de actividades públicamente reprochables con cuyo ejercicio se puede paliar la necesidad de alimentos y vestidos. Nos estamos refiriendo a la prostitución, asunto puesto en relación con el hurto necesario aunque se reproche su ejercicio hasta en estado de necesidad²⁶. Aparte de razones morales, jurídicamente la prostitución nunca estuvo bien vista, lo que igualmente sucedió en derecho romano como consta en un fragmento de Ulpiano, D.23.2.43.5 (Ulp. 1 ad leg. Iul et Pap.): *Non est ignoscendum ei, quae obtentu paupertatis turpissimam vitam egit*. Las palabras del jurista son rotundas: no se debe perdonar a aquella mujer que so pretexto de pobreza vivió una vida escandalosa. En consecuencia, no sería de extrañar que hubiera formas de vencer la pobreza que aun siendo torpes pudieran perdonarse, cual ocurre, a priori, con el hurto efectuado para vencer el hambre. Realmente la cuestión es por qué se persigue la fornicación si la causa es tan noble como vencer el ayuno persistente.

²⁶ Vid. PEREDA, *Covarrubias penalista*, cit., p. 122, en donde se recoge la argumentación de Diego de Covarrubias.

Reflexiones acerca de la relación entre el estado de necesidad y el hurto famélico desde una perspectiva histórica

El supuesto anterior puede parecer incongruente, en principio, pero ello no es óbice para que asumamos que las costumbres morales y sociales de cada pueblo se reflejan en los ordenamientos jurídicos de forma evidente. Sin embargo, existen otros casos en derecho romano que analizados desde nuestro punto de mira actual podrían ser más escandalosos que el de la prostitución, y que por el contrario el ordenamiento del pueblo romano, al menos en ciertas épocas, lo aceptó; nos referimos al supuesto de venta de un hijo en caso de extrema necesidad.

CJ.4.43.2.: Imperator Constantinus A. provincialibus suis.- Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem. Liceat autem ipsi qui vendidit vel qui alienatus est aut cuilibet alii ad ingenuitatem propriam eum repetere, modo si aut pretium offerat quod potest valere, aut mancipium pro huiusmodi praestet (329).

Nos dice la constitución constantiniana que si alguien por su extrema pobreza o indigencia hubiera vendido, para conseguir alimentos, a un hijo o hija recién nacidos, la venta será válida únicamente en este caso. Mas séale lícito a quién lo vendió, o al que fue enajenado, o a cualquier otro, hacer la reclamación para que vuelva a recuperar la condición de ingenuo, ofreciendo el precio que puede valer o entregando otro esclavo en lugar de éste²⁷. Resulta claro que el derecho romano, ya bien entrada la época cristiana, pues se trata de una constitución de Constantino del año 329, anteponía la venta de un hijo por razón de hambre a cualquier otra situación de patria potestad o relación paterno filial. Merece destacarse que solamente se admitía en supuestos de extrema pobreza o indigencia, de donde se deduce que era una caso excepcional. ¿Si se consiente por el ordenamiento romano vender un hijo para adquirir alimentos, no permitiría ese mismo ordenamiento el hurto, evidentemente sin violencia y sin ánimo de lucro, únicamente para vencer el hambre?. A priori la respuesta es obvia.

Con el hurto necesario o miserable lo que el ser humano pretende es salvar la vida. Si no come fallece si come se salva, por lo tanto si para comer tiene que hurtárselo a un tercero se entiende que es antes la vida que la propiedad de un bien cuyo último fin es la subsistencia propia y la de la prole. Con la legítima defensa también la persona pretende salvar su vida del ataque de un tercero, de tal forma que el que mata a su agresor, no pu-

²⁷ En este texto justiniano se contempla únicamente la hipótesis de la venta, si bien en el originario es verosímil que se contemplase también el de la exposición; por lo tanto, la venta es consentida solo *propter nimiam paupertatem egestatemque*, presentado ahora como requisito jurídico. Vid. BIONDI, B., *Il diritto romano cristiano III. La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano, 1954, pp. 34 ss.; NARDI, D., *Il ius vendendi del pater familias nella legislazione di Costantino*, Atti Accademia Sc. Mor. e Pol., Napoli, 1978, pp. 53 ss.; BIANCHI FOSSATI, M., *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, SDHI, 49, 1983, pp. 179 ss.

Alfonso Murillo Villar

diendo de otro modo salvar la vida, no actúa contra la ley. En definitiva, el hurto famélico y la legítima defensa tienen una misma finalidad: salvar la vida. ¿Si la legítima defensa no se castiga por qué ha de hacerse con el hurto famélico? Así, pues, si la vida se puede defender en estado de necesidad por medio de la legítima defensa, de modo tal que ésta permanece justificada, por qué no ha de considerarse igualmente justificado el hurto famélico como estado de necesidad para salvar la vida. Se trata, pues, de actos prohibidos por la ley, robar y matar, pero que por razones circunstanciales se hacen lícitos y pueden ejecutarse ²⁸.

La legítima defensa actúa contra un peligro inminente contra la vida, el pudor, la sexualidad, etc., y exige, en consecuencia, defenderse de un mal inminente y aún no producido, lo cual le diferencia claramente de la venganza pues ésta conlleva un mal ya verificado. Incluso la legítima defensa se aplica a aquella reacción en defensa de bienes patrimoniales, como pueda ser un fundo, pues significa repeler una agresión a la esfera jurídica individual cuya reacción puede considerarse legítima. La justificación de todo ello, según Longo ²⁹, es porque la licitud de un comportamiento, aun cuando sea lesivo para la esfera jurídica de un tercero, es por el estado de necesidad en que se realiza, lo que exime al autor de responsabilidad y de ser perseguido.

Por tanto, el estado de necesidad impone el sacrificio de uno o varios de los derechos que colisionan, por ejemplo el derecho a la vida y el derecho de propiedad. Si partimos de que el estado de necesidad normalmente se concreta en una situación objetiva de la cual emerge inevitablemente un comportamiento lesivo para la esfera jurídica de un tercero, resulta evidente que el hurto cometido para satisfacer el hambre que arrecia al individuo o al grupo está justificado. Aunque en las fuentes no encontremos el hurto miserable como uno de los supuestos reconducibles al estado de necesidad, sí existen otros, verdad que en número limitado, y que se presentan como una eximente amparada en el mencionado estado. Así, pues, la legítima defensa se justifica como un comportamiento necesario frente a un peligro inminente, si bien se presenta como un residuo histórico de la antigua venganza privada que fue suavizado a través del periodo clásico y de la legislación cristiana ³⁰. Del mismo modo entendemos que el hurto de alimentos o víveres se justifica ante una situación de hambre o desnudez, si bien no es necesario encontrarse entre el límite de la vida y la muerte, en cuyo extremo sería hasta imposible el hurtar.

Además del estado de necesidad que justifica la legítima defensa, parece que en derecho romano, dice Jiménez de Asúa, no existió un principio general que regulase esta materia, aunque, sin embargo, fue admitido con carácter excepcional en aquellos casos en que el mal fuera inevitable de otro modo, y cuando entre el bien salvado y el sacrifi-

²⁸ Vid. LONGO, G., *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, en *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. Von Lübtow*, Berlin, 1970, pp. 321 ss.

²⁹ LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., pp. 331 ss.

³⁰ BIONDI, *Il diritto romano cristiano III*, cit., pp. 433 ss.

cado hubiese una cierta proporción³¹. A continuación vamos a examinar en derecho romano aquellos casos catalogados como supuestos de estado de necesidad al objeto de extraer conclusiones que permitan comprender mejor el hurto famélico por considerarlo uno de tantos supuestos del estado de necesidad. Los casos de estado de necesidad se hallan recogidos en D.9.2.29.3 (*Ulp. 18 ad ed.*) y D.9.2.49.1 (*Ulp. 9 disp.*): *Ad legem Aquilianam*; D.43.24.7.4 (*Ulp. 71 ad ed.*): *Quod vi aut clam*; D.14.2.1 y 2 (*Paul. 2 sent.*) y 10,1 (*Lab. 1 pithanon a Paulo epit.*): *De lege Rhodia de iactu*; D.47.9.3.7 (*Ulp. 56 ad ed.*): *De incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata*; D.19.5.14 *pr.* (*Ulp. 41 ad Sab.*): *De praescriptis verbis et in factum actionibus*; D.50.17.184 (*Cel. 7 dig.*): *De diversis regulis iuris antiqui*.

En virtud de la *lex Aquilia* distintos supuestos de daño injusto dejan de perseguirse por tratarse de circunstancias de verdadera necesidad. Así, si una nave hubiese sido empujada por la fuerza del viento contra las redes de otro barco y los marineros las hubieran cortado para separarse, no habiendo otra posibilidad, no se dará ninguna acción siempre que hubiera sido sin culpa de los marineros: *si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam*³². Del mismo modo nos recuerda Ulpiano que con la *lex Aquilia* se persigue el daño causado injustamente si con el daño se hubiera producido una injusticia, pero si por ejemplo se daña una casa vecina para evitar un incendio cesa la acción de la *lex Aquilia*, pues impulsado por justo miedo derribó la casa vecina para que no llegara el incendio a la suya, y ya llegase el fuego o ya fuera extinguido, deja de tener lugar la acción. Por lo tanto, el daño causado en casa ajena ante el temor de un incendio en casa propia, y motivado exclusivamente por ello, no origina la exigencia de responsabilidad³³. En definitiva, si salvar un bien propio, un barco, una casa, a costa de perjudicar a un tercero y en atención a las circunstancias de extrema necesidad o peligro, exime de responsabilidad conforme a la *lex Aquilia*, nos preguntamos si no tendrá más sentido aún el eximir de responsabilidad al que se apropia de lo ajeno para superar un estado de hambre.

El mismo jurista Ulpiano en D.43.24.7.4 (*Ulp. 71 ad ed.*) plantea el supuesto del ejercicio del interdicto *vi aut clam* por derribar la casa de un vecino para evitar un incendio,

³¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, IV, cit., p. 301.

³² D.9.2.29.3 (*Ulp. 18 ad ed.*).- *Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum.*

³³ D.9.2.49.1 (*Ulp. 9 disp.*).- *Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit: nisi magna vi cogente fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare.*

Alfonso Murillo Villar

para lo cual habrá de tenerse en cuenta si el derribo fue antes o después de que el incendio alcanzase la casa vecina, porque según Labeón el estimar si se causó o no algún daño debe hacerse en atención a la situación del momento y no a lo sucedido con posterioridad: *quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait*. Así, pues, lo importante es el momento presente, las circunstancias que rodean el hecho en principio delictivo, como pudiera ser el hurto famélico, pues queda claro que *ex praesenti statu damnum factum sit*.

Otro supuesto en que no debe exigirse responsabilidad, pues viene originado por un caso de auténtica necesidad, es aquél en que ante un peligro cierto para una embarcación se arrojan al mar las mercancías que transporta. Es decir, la echazón al mar no es por capricho del capitán sino que debe ser, tal y como se dice en D.14.2.2.2: *tempestate gravi orta necessario iactura facta erat*. Ahora bien, el perjuicio causado no lo soportará únicamente el o los dueños de las mercancías arrojadas al mar sino que se procederá a una distribución del daño entre todos los que se hayan beneficiado con el aligeramiento del barco³⁴. Lo que realmente siempre se exige es una causa que justifique la actuación, de modo tal que si para conservar sus propias mercancías alguien arroja al mar las ajenas no quedará obligado por ninguna acción salvo que no pudiese justificar la causa de tal arrojó: *sed si sine causa id fecisset*³⁵. Resulta asumible, pues, que aligerar un barco supone no sólo salvar las mercancías sino también la vida, motivo por el cual queda justificado el daño ocasionado a un tercero; en consecuencia, entendemos que no existió razón en derecho romano para que el hambre no fuera una eximente y una causa de justificación cuando se cometía un hurto provocado por ella.

El estado de necesidad es causa que justifica la comisión de determinados actos que ocasionan perjuicios a un tercero; ya sea el cortar las amarras ajenas, el arrojar las mercancías de terceros o el incendiar una casa vecina deben tener una razón muy poderosa para que queden impunes. El ordenamiento romano no sancionó estos supuestos siempre y cuando se hubieran realizado sin dolo. A propósito del incendio de la casa vecina para salvar la propia, Ulpiano afirma que no causa daño injustamente el que desea defender lo suyo y no puede hacerlo de otro modo: *nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit*³⁶. Y nos preguntamos: ¿si quien para

³⁴ D.14.2.1 (Paul. 2 sent.).- *Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est*.

³⁵ D.19.5.14 pr. (Ulp. 41 ad Sab.).- *Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione: sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur*.

³⁶ D.47.9.3.7 (Ulp. 56 ad ed.).- *Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit*.

salvar su vida hurta alimentos al vecino, no será razón suficiente para declarar impune tal actuación a falta, evidentemente, de dolo?. En definitiva, se trata de que el mal no hubiera podido evitarse de otro modo: *vani timoris iusta excusatio non est* ³⁷, porque en caso contrario será difícil justificar que los actos se causaron en estado de necesidad y que no se quiso evitar el mal o causarlo de otro modo. Así se desprende de D.14.2.10.1 en donde se indica que el que causa el mal sin estar obligado no puede acogerse al estado de necesidad para justificar el daño, y éste es el caso del que arrienda una nave para transportar unas mercancías y sin verse obligado por ninguna necesidad, transbordó aquellas a otra nave peor y como consecuencia se perdieron las mercancías ³⁸.

Si justificado resulta que determinados daños causados a terceros queden impunes por haber sido realizados en estado de necesidad, lo mismo ha de decirse en aquellos casos de hurto famélico, aunque conviene precisar con Mommsen que el estado de necesidad no puede justificar todos los delitos y menos cuando se causan perjuicios en las cosas de otro ³⁹. Es verdad que no aparecen casos en las fuentes jurídicas romanas relacionados con el hurto por hambre, pero al igual que hemos utilizado los supuestos de necesidad para justificar algunos delitos podemos continuar ampliando la interpretación para entender que tuvo que ser, si no impune sí mitigado el castigo en aquellos casos en que alguien en verdadero estado de hambre se satisfacía con alimentos o ropas de un tercero. Siguiendo con nuestra argumentación pasemos a analizar lo que entendieron lo romanos por hurto y extraigamos consecuencias en cuanto a la punición del hurto miserable.

D.47.2.1.3 (*Paulus 39 ad ed.*).- *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere* ⁴⁰.

Amén de que el hurto pueda ser de la cosa misma, de su uso o de su posesión, es la substracción fraudulenta con ánimo de lucro. Si tamizamos el hurto necesario a través de esta definición nos damos cuenta que efectivamente el requisito necesario de la *contrec-*

³⁷ D.50.17.184 (*Cel. 7 dig.*)

³⁸ D.14.2.10.1 (*Lab. 1 pith. a Paulo epit.*).- *Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriore, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. Idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. Idem iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasset, nec per eum stare, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. Idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. Idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius.*

³⁹ MOMMSEN, TH., *Le droit pénal romain, tome I, trad. francesa, París, 1907, p. 90.*

⁴⁰ *Idem en I.4.1.1.*

Alfonso Murillo Villar

tatio, sustracción, se produce, pues el que arrebató algo a un tercero para satisfacer su hambre es obvio que comete dicha sustracción. Por lo tanto, en el hurto famélico sí se produce la *contrectatio* de una cosa necesariamente ajena. La duda está en saber si también dicha sustracción por hambre es *fraudulosa lucri faciendi gratia*.

Para que la sustracción sea *fraudulosa*, el hurto debe hacerse con dolo, o lo que es lo mismo, con la intención de dañar a otro ⁴¹. El elemento fundamental que transforma la apropiación indebida en fraudulenta es el *dolus malus* ⁴². Pero como se añade *lucri faciendi gratia* el hurto queda perfectamente aclarado dado que lo que se busca no es tanto perjudicar como obtener alguna ventaja. Por lo tanto, en palabras de Gómez de la Serna ⁴³, el que toma la cosa ajena solo para destruirla o para injuriar a su dueño, no se entiende que comete hurto, si bien podrá ser responsable en el primer caso en virtud de la ley *Aquilia*, y en el segundo por la acción de injurias. Continúa el insigne maestro diciendo, que por la misma razón no comete hurto el viajero que acosado por el hambre y no encontrando otro alimento coge de un árbol la fruta que necesita para reparar sus fuerzas desfallecidas, ni el que pone a pacer el caballo en que es conducido en un prado ajeno, si de otro modo no puede continuar su camino; pero si bien estos no cometen hurto, no por esto se libtará de la indemnización del daño que hayan ocasionado.

Si el elemento subjetivo del *furtum* es el dolo, o, lo que es lo mismo, la intención ⁴⁴ de causar daño o perjuicio a otro, resulta muy difícil de mantener esta acusación hacia alguien que lo único que pretende es saciar su hambre con el objetivo final de seguir vivo. Del mismo modo, como hemos visto, no puede calificarse el hurto necesario como intención fraudulenta y mucho menos, creemos, existe la intención de obtener un lucro del objeto robado, *animus lucri faciendi*. Evidentemente, lo que si encaja perfectamente en la definición de hurto y su aplicación al hurto famélico es que se trate de cosa mueble, pues difícilmente unos víveres o unas ropas podrán ser considerados bienes inmuebles. En definitiva, la naturaleza del hurto como acto fraudulento con ánimo de lucro lleva a pensar, dice Heinecio, que una necesidad extrema excusa el hurto. Esta opinión la mantenían Grocio, Pufendorf y otros doctores, mientras que quienes mantienen lo contrario se encuentran con la dificultad de justificar la ausencia de dolo. Por ello, según Heinecio, «un hombre que está sumergido en la miseria no tiene ánimo de lograr una ganancia criminal, sino tan solo de conservar la vida; y a propósito de esto manifiesta claramente Grocio, que en el caso de una extrema necesidad revive la comunión primitiva de las cosas» ⁴⁵.

⁴¹ G.3,197.- ... «quod furtum sine dolo malo non committitur».

⁴² D.17.2.51 pr. (Ulp. 30 ad Sab.).- Merito autem adiectum est ita demum furti actionem esse, si per fallaciam et dolo malo amovit, quia, cum sine dolo malo fecit, furti non tenetur. FERRUCCIO, G., *Diritto penale romano. I singoli reati*, Padova, 1932, p. 18.

⁴³ GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Curso histórico-exegético del derecho romano comparado con el español*, tomo 2.º, Madrid, 1850, p. 387.

⁴⁴ G.3.208: ... Plerisque placet quia furtum ex adfectu consistit...

⁴⁵ HEINECIO, J., *Recitaciones del derecho civil romano*, tomo II, 8.ª ed., trad. castellana, Valencia, 1888, (reimpresión facsímil, Pamplona, 2003), p. 148.

En los textos romanos no se observa la idea de que la apropiación fuera en ocasiones permitida como se podría concebir en el caso de necesidad. Sin embargo, hay casos en que si como consecuencia de un error alguien se apropia de cosas de un tercero, al no tener conciencia de estar cometiendo una injusticia, se ha de entender que no hay delito de hurto⁴⁶. Si esto fuera así y se necesitara tener conciencia de que se está cometiendo un delito cuando alguien satisface su hambre con una cuantía mínima de bienes, propiedad de otro que tiene más, es muy verosímil que el hurto famélico tendiese a quedar impune. Por el contrario, dice Mommsen, el delito existe si el autor ha sido consciente del perjuicio que estaba causando, aunque no conociera a la persona que estaba lesionando sus derechos: *Qui alienum quid iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit sive ignoravit: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cuius sit ignoret*⁴⁷.

El derecho penal posterior a las XII Tablas descansa de una manera absoluta sobre la idea de que es necesario en todo delito la existencia de una voluntad del autor contraria a la ley⁴⁸. Para cometer robo es preciso tener conciencia de que se está cometiendo algo injusto, en caso contrario no será delito. Esto puede deducirse de aquellos casos en que si alguien se apodera de una cosa que no ha sido abandonada, pero él la creyó abandonada, no está sujeto a la acción de hurto⁴⁹. Igualmente, si alguien tira una cosa, no como para tenerla por abandonada, y otro se la llevara, la solución de Ulpiano a pregunta de Celso es que si verdaderamente se cree que se ha abandonado no se está sujeto a la acción de hurto⁵⁰. E igualmente se ha de considerar el supuesto de aquél que se apropia de una cosa convencido de que lo hace con la voluntad de su dueño, en cuyo caso no se le considera un ladrón, porque, como se dice en D.47.2.46.7, ¿qué hace con dolo el que cree que el dueño habrá de consentir, ya si esto lo creyera falsamente ya si con verdad?. Luego sólo es ladrón el que tomó lo que sabía que él tomaba contra la voluntad de su dueño⁵¹. Asimismo, tampoco comete hurto cuando uno toma como heredero cosas de otro a quien creyendo muerto sin embargo estaba vivo⁵². En definitiva, difícilmente habrá de considerarse que quien hurta por hambre haya de ser castigado, eso sí, siempre que actúe con el convencimiento de que el dueño de las cosas hurtadas podría proporcionárselas movido por la misericordia natural del ser humano.

⁴⁶ MOMMSEN, TH., *Le droit pénal romain*, tome 3, trad. francesa, París, 1907, p. 44.

⁴⁷ D.47.2.43.4 (Ulp. 41 ad Sab.)

⁴⁸ MOMMSEN, *Le droit pénal romain*, I, cit., pp. 98 ss.

⁴⁹ D.47.2.43.6 (Ulp. 41 ad Sab.).- *Sed si non fuit derelictum, putavit tamen derelictum, furti non tenetur.*

⁵⁰ D.47.2.43.10 (Ulp. 41 ad Sab.).- *Si quis sponte rem iecit vel iactavit, non quasi pro derelicto habiturus, tuque hanc rem tuleris, an furti teneris, Celsus libro duodecimo digestorum quaerit. Et ait: si quidem putasti pro derelicto habitam, non teneris. Quod si non putasti, hic dubitari posse ait: et tamen magis defendit non teneri, quia, inquit, res non intervertitur ei, qui eam sponte reiecit.*

⁵¹ D.47.2.46.7 (Ulp. 42 ad Sab.).- *Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit.*

⁵² D.47.2.84 pr. (Neratius 1 resp.).- *Si quis ex bonis eius, quem putabat mortuum, qui vivus erat, pro herede res adprehenderit, eum furtum non facere.*

Alfonso Murillo Villar

Las anteriores reflexiones nos conducen a detenernos en la circunstancia importante de que las penas sufren variaciones en atención a la función que con ellas se persiga. Al igual que el «*locus*» actúa como elemento de variación de la pena según sea en relación con un incendio o sea con el robo acaecido en un templo, agravándola o suavizándola; del mismo modo que la «*quantitas*» influye en la consideración de un *sacrilegium*, o un *naufragium* o un *abigeatus*⁵³, es muy probable que también se tuviera en cuenta a la hora de calificar un *furtum* como tal, o se amparase y suavizase su sanción a la vista del estado de necesidad en que se encontrase quien hubiera cometido el hurto por hambre. Con la *actio furti* se imponía una pena pecuniaria, que era a la vez un castigo para el delincuente y una reparación para la víctima. Solía coincidir con un múltiplo del valor de la cosa substraída, pudiendo ser el doble, el triple o incluso el cuádruple⁵⁴.

Lo más relevante es la adecuación de la pena a las circunstancias en las que el delito se produzca, así como su eficacia y las exigencias de la función a que es destinada, todo ello de acuerdo con el efecto ejemplificador que se persiga⁵⁵. El hambre, la pobreza, eran circunstancias particulares que excepcionalmente atenuaban la pena, más aún si la pena era de carácter patrimonial⁵⁶. Un supuesto llamativo puede verse en CTh.14.17.6 en el cual se impone como prestación un trabajo manual (*operaria servitus*) a cargo de los *pauperrimi*⁵⁷, pudiéndose deducir por extensión que la pena que puede imponerse al hambriento sorprendido alimentándose con viandas ajenas, difícilmente podrá ser severa. En definitiva, si nos atenemos a lo expresado por Claudio Saturnino en D.48.19.16.1⁵⁸, a la hora de castigar los hurtos deberá tenerse presente la causa, la persona, el lugar, el tiempo, la calidad, la cantidad y el resultado.

En la moral cristiana, desde S. Tomás y a través de toda la escolástica, se ha mantenido hasta hoy, que el hurto en casos de urgente necesidad es lícito; en defensa de este planteamiento tomaron como punto de referencia las opiniones vertidas por San Ambrosio en el siglo v. Este dato nos impulsa a pensar que el cristianismo ha jugado un papel trascendental en la tipificación del delito que nos ocupa. Es muy posible que en épocas postclásica y justiniana el derecho penal romano quedase impregnado del espíritu cristiano. Por ello, manifiesta Biondi⁵⁹, en la aplicación concreta de la pena, como una orientación general, la ley ordena al juez que se inspire en el sentido humano de la piedad hacia el culpable, sin olvidar que todo hombre está sujeto a pecar. Además, no se debe

⁵³ DE ROBERTIS, F. M. *La variazione della pena nel diritto romano*, Bari, 1954, recogido en *Scritti vari di diritto romano*, vol.III: *Diritto penale*, Bari, 1987, p. 423 n. 2.

⁵⁴ BRASIELLO, U., *Furto (Diritto romano)*, NNDI VII, Torino, ristampa, 1981, p. 692 ss.

⁵⁵ D.48.19.16.10 (Claud. Sat. lib. sing. de poenis paganorum).

⁵⁶ DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel diritto romano*, en *Scritti III*, cit., p. 438 n. 2.

⁵⁷ Vid. DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel diritto romano*, en *Scritti III*, cit., p. 483 n. 5

⁵⁸ D.48.19.16.1 (Claud. Sat. lib. sing. de poenis paganorum.).- *Sed haec quattuor genera consideranda sunt septem modis: causa persona loco tempore qualitate eventus.*

⁵⁹ BIONDI, *Il diritto romano cristiano III*, cit., p. 437.

desconocer que en el ámbito discrecional del órgano juzgador se halla presente la benignidad propia de la legislación cristiana ⁶⁰.

En consecuencia, aún cuando la pena por hurto pudiera ser severa en su aplicación concreta, aquélla quedaba suavizada por la misericordia y la *benignitas*. Es decir, las leyes pueden ser severas, pero en su aplicación práctica podrán ser mitigadas por el juez ⁶¹. En palabras del jurista Paulo se entiende que: «*en las causas penales se ha de hacer la interpretación con más benignidad*» ⁶². Por lo tanto, se puede colegir que debido a la influencia cristiana la pena en el delito de hurto, más en el caso particular del efectuado por extrema necesidad, recibió una evidente dulcificación. Por si ello no fuera suficiente, consideramos conveniente recordar, además, que en la *cognitio extra ordinem*, a diferencia de cuanto sucedía en el procedimiento ordinario, la pena podía variar conforme a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito, a la participación del delincuente, a su previo y posterior comportamiento al hecho criminal, y a su condición personal y social. Asimismo, al juez se le reconocía una discrecionalidad muy amplia en la determinación de la pena, tanto en su especie como en su medida. De igual modo, los emperadores, en relación con la punibilidad de ciertos hechos, no daban disposiciones de carácter vinculante sino más bien directrices flexibles que permitieran al órgano juzgador una cierta libertad de estimación ⁶³.

En casi todos los estudios que hemos manejado sobre el hurto necesario, que no son muchos, siempre se plantea el asunto de si aquél que sustrajo los bienes tiene la obligación de proceder a su devolución en el supuesto de que su fortuna llegue a mejorar y pueda hacer frente a su restitución. Doctrinalmente no hay acuerdo. Quienes están a favor de la devolución lo sustentan en la injusticia que supondría estar en posesión de bienes suficientes y no agradecer mediante su restitución los bienes que percibió en tiempos pretéritos. En cambio, otros defienden que si el hurto famélico se justifica tomando como referencia la doctrina tomista, que ve en el hurto necesario una vuelta a la comunidad de bienes, no se debería restituir nada dado que la apropiación indebida se hizo de cosas propias que se hallaban dispersas en el contenido de la *communio*. Pues bien, desde el derecho romano no se puede responder a esta cuestión, pues si ya de por sí es difícil sustentar la presencia del delito de hurto necesario, tomando como base las fuentes jurídicas, más difícil resulta averiguar si con posterioridad a la mejora de fortuna se debía proceder a la devolución de los bienes en su momento substraídos para satisfacer la necesidad.

⁶⁰ CTh.15.14.14. Es muy probable que así como el cristiano en caso de necesidad no peca, igualmente pueda entenderse que la sustracción por necesidad no se considere delito. Vid. BIONDI, *Il diritto romano cristiano III*, cit., p. 436.

⁶¹ D.48.19.11 pr. (*Marc. 2 de publicis iudicis*)

⁶² D.50.17.155.2 (*Paulus 65 ad ed.*).- *In poenalibus causis benignius interpretandum est.*

⁶³ SANTALUCÍA, B., *Derecho penal romano*, trad. española, Madrid, 1990, p. 115.

