

EL ESTADO DE NECESIDAD ANTE EL DERECHO NATURAL

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

I. EL CASO DE «LA MIGNONNETTE» Y SU ENJUICIAMIENTO POR LA JUSTICIA INGLESA

Quisiera analizar un caso de la jurisprudencia inglesa, bastante conocido, por dar lugar a algunas meditaciones que estimo de interés general.

Se trata del caso de «La Mignonnette» (1):

«Era en el verano de 1884. El yate «La Mignonnette» había salido de Southampton el 14 de mayo con rumbo a Australia, donde había sido alquilado para un viaje bastante largo. La tripulación se componía de cuatro hombres: el capitán Dudley, el piloto Stephens, el marinero Brookes y el grumete Parker, de diecisiete a dieciocho años de edad. El 5 de julio, a 1.600 millas, aproximadamente, del Cabo de Buena Esperanza, les sorprendió una violenta tempestad; apenas tuvieron tiempo de saltar a una chalupa, cuando el barco abandonado se hundió. Los cuatro hombres se encontraron solos en alta mar, a muchos centenares de leguas de la costa, en una pequeña embarcación, sin agua potable y sin más comestibles que algunas latas conteniendo dos libras de conservas, que el capitán había logrado salvar, exponiendo su vida. El cuarto día encontraron una pequeña tortuga. Con estos alimentos vivieron doce días; los dos siguientes pudieron engañar la sed con ayuda

(1) La exposición del siguiente caso está tomada de LUIS JIMÉNEZ ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, t. IV: «El delito». Segunda parte: «Las causas de justificación» (Losada, Buenos Aires, 1952, número 1.376, págs. 430 a 434).

de algunas gotas de agua de lluvia, recogidas en sus capas impermeables. Después, nada. El décimooctavo día, como sus sufrimientos se hicieron más atroces, los tres hombres deliberaron sobre el partido que se tomaría si no llegaba algún socorro, y hablaron de sacrificar a uno de ellos para prolongar la vida de los otros; el grumete Parker, enfermo por haber bebido agua de mar, yacía inerte en el fondo de la canoa y no tomó parte en las discusiones. El décimonoveno día el capitán Dudley propuso echar a suerte la víctima, pero Brookes se opuso, declarando que, así como él no deseaba ser muerto, tampoco quería que otro lo fuese. Dudley y Stephens hicieron observar, entonces, que como ellos tenían mujer e hijos, era preferible sacrificar al muchacho, y Dudley decidió que al día siguiente se procedería su ejecución si no estaba a la vista navío alguno. El grumete, casi sin conocimiento, nada había oído. Y al día siguiente, como ningún barco apareciese, el capitán hizo comprender por señas a los dos hombres que el momento había llegado; sólo Brookes hizo un gesto de desaprobación; Stephens indicó que aprobaba, pero no tenía el valor de ejecutar la muerte. Entonces Dudley se aproximó al joven, que yacía casi inanimado, en una debilidad extrema, y después de prepararle, con algunas palabras, para el fin que le esperaba, implorando para él el perdón de Dios, le hundió el cuchillo en la garganta. Los tres hombres se precipitaron sobre el cadáver, bebiendo con avidez la sangre caliente que se escapaba de sus heridas. El mismo Brookes, si bien no había tomado parte en el homicidio, la tuvo, por lo menos, en el horrible festín. Cuando llegaban al día veinticuatro del naufragio —sostenidos hasta entonces por la carne del grumete— un buque alemán los recogió en un estado de gran agotamiento.»

En Falmouth desembarcaron, siendo sometidos a un primer interrogatorio. El jurado inglés se limitó a establecer, en un «veredicto especial», el estado de los hechos, dejando al Tribunal Superior de Londres (Queen's Bench Division) el cuidado de resolver la cuestión de derecho. Este, el año 1884, condenó a muerte a dos de los acusados (Dudley y Stephens), pena que la reina conmutó por la de seis meses de prisión. El jurado, bastante más en lo cierto que el Tribunal de Derecho, añadió a la exposición de los hechos: que el grumete Parker estaba demasiado débil para intentar la resistencia; que, por otra parte, no había consentido en que se le diera muerte; que, según todas las probabilidades, los tres hom-

bres no hubieran vivido hasta el día del salvamento si no se hubieran mantenido con su carne, y que el mismo grumete hubiera muerto antes que ellos; y, en fin, que en el momento de ejecutar el acto ninguna vela estaba a la vista, ni se ofrecía a los acusados medio alguno de salvación.

El subido interés de esta sentencia nos inclina a transcribir textualmente sus más importantes párrafos:

«Proceso por el asesinato («murder») de Richard Parker, en alta mar, perteneciente a la jurisdicción del Almirantazgo.

»En el juicio ante Huddelston, B., en el Tribunal de Devon y Cornwall Winter, el 7 de noviembre de 1884, el jurado, ateniéndose a lo dicho por el juez instructor, sentó los hechos del caso en un veredicto especial, en el que se establece...» (cuanto en resumen antecede, consignado al relatar el hecho por nosotros, es un extracto muy amplio y en algunas de sus partes textual).

Lo que nos interesa transcribir es la decisión del «Tribunal del Banco de la Reina», que, después de copiar a la letra el referido veredicto, dice: «Lord Coleridge, C. J... Queda por considerar el verdadero problema en este caso: si esa muerte, en las circunstancias establecidas en el veredicto, es o no es asesinato («murder»)»...

La única verdadera autoridad de los antiguos tiempos es Lord Bacon, que en su comentario a la máxima *necessitas inducit privilegiumque iura privata*, formula la ley como sigue: «La necesidad lleva, en sí misma, un privilegio. La necesidad es de tres clases: necesidad de conservación de la vida, necesidad de la obediencia y necesidad de la obra de Dios o de un extraño. En primer término, conservación de la vida: si un hombre se apodera de alimentos para satisfacer su hambre presente, esto no es delito ni hurto. Del mismo modo, si varias personas están en peligro de ahogarse por el naufragio de un bote o barca, y una de ellas logra sobrenadar en el agua agarrada a una tabla o al borde del bote, y otro, para salvar su vida, le desaloja de allí, y por tanto se ahoga, no puede decirse que sea *se defendendo ni por desgracia* («misadventure»); pero sí es justificable el hecho». Sobre este punto se ha de notar que la opinión de Lord Bacon, de que la substracción para satisfacer el hambre no es hurto, es difícilmente aceptable para Staundforde, a

quien él cita al respecto, y está expresamente combatida por Lord Hale en el pasaje acabado de citar. Y en orden a la opinión sobre la tabla o el bote, se dice que deriva del canonista. En todo caso, no cita autoridad alguna sobre el asunto, y debe ser creído por sí mismo. Lord Bacon fué grande también como abogado; pero está permitido a hombres mucho más modestos, confiando en razones y en la autoridad de otros iguales y hasta superiores a Lord Bacon como abogados, poner en duda la validez de su criterio. Se conciben varias situaciones en las cuales es posible que sea cierto; pero si Lord Bacon quiere decir, en la amplia proporción antedicha, que un hombre puede salvar su vida matando, si es necesario, a un inocente o inofensivo prójimo, no hay derecho ciertamente a ello, en el día presente... Nos hallamos ante un caso de homicidio privado, no ante uno impuesto al hombre en servicio de su soberano y en defensa de su país.

Ahora se trata de que el homicidio deliberado de un inofensivo e inerte muchacho es claramente un asesinato, a no ser que la muerte esté justificada por algo bueno: eximente reconocida por la ley. Debe considerarse, además, que no habría en este caso semejante eximente, excepto si la muerte era justificada por lo que se ha llamado «necesidad». Pero la motivación del acto que aquí existe jamás será lo que la ley ha llamado necesidad. Esto no debe lamentarse. Aunque ley y moralidad no son lo mismo, y muchas cosas que pueden ser inmorales no son necesariamente ilegales, el absoluto divorcio entre ley y moralidad sería de consecuencia fatal, y semejante divorcio se produciría si el motivo de matar en este caso fuera aceptado en absoluto por la ley. Esto no es así. Preservar nuestra vida es, generalmente hablando, un deber; pero puede ser el más puro y alto deber sacrificarla. La guerra está llena de ejemplos en que el deber del hombre no es de vivir, sino de morir... No es preciso señalar el tremendo peligro de admitir el principio que ha sido afirmado antes. ¿Quién sería juez de esta clase de necesidad? ¿Con qué medida se mediría el valor comparativo de las vidas? ¿Sería esto justo, o inteligente, o qué? Claro es que ese principio le permite aprovecharse para determinar la necesidad que le justificaría privar a otro de la vida para salvar la propia. En este caso, el más débil, el más joven, el menos resistente sería la víctima. ¿Es más necesario matar a éste que a uno de los hombres fuertes o adultos? La respuesta debe ser: «No...»

Todavía hay otros párrafos en la sentencia —que no se ha re-

cogido en el extracto que da Harno— en los que se insiste que «por muy horrorosa que haya sido la situación de los acusados, y aunque sus sufrimientos fueran de tal naturaleza que les hicieran caer en la tentación, no está menos probado que mataron a un débil muchacho que no les atacaba, para nutrirse de su carne, ciertos de quitarle así toda posibilidad de salvarse». Y se añade: «Prender que este acto pudiera ser cosa diferente a un asesinato nos pareció a todos tan nuevo y extraño, que interrumpimos al «attorney» general su demostración negativa, para escuchar lo que se pudiera decir en apoyo de una opinión que nos parecía, a la vez, peligrosa, inmoral e incompatible con todos los principios y las analogías del Derecho». La sentencia (como hemos visto) reconoce que conservar la propia vida es, generalmente, un deber; pero afirma que, a veces, lo es el sacrificarla, agregando: «Sin mencionar los numerosos pasajes en que los autores griegos y romanos hablan con entusiasmo del deber de morir por los demás, es suficiente, en un país cristiano, acordarse del nombre del Salvador».

El fallo termina: «Por esto, debemos declarar que la acción de los detenidos fué, en este caso, un asesinato premeditado; que los hechos, tal y como figuran en el veredicto, no constituyen justificación legal del homicidio; y debemos decir que, en nuestra unánime opinión, los detenidos son, conforme a este veredicto especial, culpables de asesinato». La Corte procedió a dictar sentencia de muerte contra los acusados.

II. EL DERECHO APLICABLE AL CASO (2)

Cualquier Tribunal nacional o internacional aplica dos clases de Derechos: conscientemente, Derecho positivo; consciente o inconscientemente, Derecho natural. No podemos en este lugar demostrar la última parte de nuestra afirmación.

En la esfera del Derecho civil, un Tribunal no aplica sólo el Derecho de su propio país, sino también, en su caso, el ordenamiento jurídico de otras naciones. La situación es diferente en la

(2) V. con respecto al problema yusfilosófico del Derecho aplicable a actos cometidos en un lugar no sometido a la soberanía de ningún país, STAMMLER: *La génesis del Derecho* (Espasa-Calpe, Madrid, 2.ª ed., 1936, páginas 20 a 24, 30 a 41).

órbita del Derecho penal: una Corte, o procede con arreglo a las normas del Estado al que pertenece, o se abstiene de juzgar según Derecho positivo. Tampoco esta proposición puede ser probada en esta oportunidad, y debe ser tomada al fiado.

Por consiguiente, el problema previo con el que tropezamos consiste en saber si el Tribunal al que la tripulación del yate se halla sometida aplicará Derecho penal inglés o Derecho natural.

1) APLICABILIDAD DEL DERECHO PENAL INGLÉS.—a) *Teorías de la personalidad y de la territorialidad.* — Dos doctrinas luchan por el derecho a delimitar la esfera competencial del Derecho penal: la de la personalidad y la de la territorialidad. Con arreglo a la primera, el Derecho penal de un país es aplicable a todos aquellos casos en los que intervienen personas que a él pertenecen, ora en función de autores (teoría de la personalidad activa), ora como víctimas (teoría de la personalidad pasiva). En virtud de la segunda, el Derecho penal de un país se aplica a cuantos delitos se perpetren en su territorio, no importa la nacionalidad de los culpables y de sus víctimas.

La teoría básica ha de ser la tesis de la territorialidad. A su favor milita, en primer lugar, un argumento de índole práctica. Normalmente se descubre un delito en el lugar donde se ha cometido, y en él también ha de llevarse a efecto la parte principal de la prueba. Las autoridades que realizarán las primeras medidas de aseguramiento de prueba, y que luego las llevarán a cabo, son, pues, las del lugar de su perpetración. Como, por el otro lado, como ya vimos, cualquier autoridad no aplica sino su propia ley penal, el Derecho penal aplicado por las autoridades locales, a fin de saber cuáles son los hechos cuya prueba interesa, es el del lugar de la perpetración del delito. En segundo lugar, interviene una consideración de justicia, que reclama que no se castigue a nadie con más severidad que con la imperante en el lugar de la comisión del delito. Se trata de un caso especial del adagio general: «In dubio pro reo». Contra la teoría de la territorialidad se aduce sólo el caso de un delito cometido en un lugar en el que no rige ningún Derecho penal positivo, por ejemplo, en una isla desierta que no pertenece a ningún Estado.

He aquí, precisamente, una razón favorable a la doctrina de la

personalidad (3) a los ojos de los positivistas. Por lo demás, ésta doctrina tropieza con numerosos inconvenientes, puesto que muchas veces intervienen en un delito, sea en el lado activo, sea en el pasivo, varias personas de diferente nacionalidad, amén de los supuestos de apátridas y de personas de múltiple nacionalidad.

b) *Territorialidad del Derecho inglés.* — El Derecho inglés, como la mayoría de los Derechos, comulga con la tesis de la territorialidad del Derecho penal. Hay que ver, pues, si el delito se ha cometido en territorio inglés.

a') *Extensión del territorio a la flota mercante.*—Los barcos que lleven el pabellón de un país forman parte de su territorio, mientras que están en alta mar. Con razón se castiga por ello en el Derecho inglés severamente a quienes saquean o hurtan a barcos naufragados («statute» 26, Geo. II, c. 19) (4).

b') *Carácter del bote de salvamento como pertenencia del barco y sus consecuencias.*—Ahora bien: en el caso de «La Mignonnette» el delito no es perpetrado en un barco que tenga derecho a ostentar el pabellón inglés, sino en un bote de salvación perteneciente a tal barco. La ficción de que un barco forma parte del territorio del país cuyo pabellón ostenta, no se puede hacer extensiva a los botes de salvación después de la pérdida del barco al que pertenecen, o a los maderos y vigas que flotan en el agua después del naufragio del barco (5). En efecto, el derecho de un barco a ostentar el pabellón de un país determinado supone su

(3) El Derecho Penal alemán castigaba ciertos delitos cometidos por los alemanes en el extranjero, si resultaban igualmente punibles en el lugar de su perpetración. La doctrina alemana mantenía la punibilidad de estos delitos, perpetrados en territorio «nullius», prescindiendo sencillamente del requisito mencionado (v. FRANK: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, ed. 17, Mohr, Tübingen, 1926, § 5, III, 3, p. 38; MEZGER: *Strafrecht*, Duncker und Humboldt, 1931, § 7, II, 2, p. 59). Un decreto del 6 de mayo de 1940 extiende expresamente el Derecho penal alemán a ciertos delitos cometidos en territorio «nullius» por extranjeros, y a todos los delitos cometidos en cualquier lugar por alemanes (§§ 4, 3 *Strafgesetzbuch*).

(4) V. BLACKSTONE: *Comentaries on the Laws of England* (ed. 15, London, Strahan, t. IV, 1809, cap. 17, p. 234).

(5) En contra SCHÖNKE: *Strafgesetzbuch* (ed. 4.^a, Biederstein, München und Berlin, 1949, § 5, II, p. 53): Si un buque está naufragando, el Derecho penal alemán se aplica también al buque naufragado, a los botes de salvación y a los maderos. Así también RIETZSCHE (v. SCHÖNKE, I. c.).

inscripción en un Registro especial llevado normalmente por las Comandancias de Marina; y esta inscripción, a su vez, depende del cumplimiento de numerosos requisitos referentes a medidas mínimas, tonelaje, nacionalidad de los propietarios, etc; llevando el barco, lograda la inscripción, papeles a bordo que hacen posible su identificación. Un bote de salvamento por sí solo no es inscribible, y, como secuela, tampoco es identificable. Mientras que acompaña el barco, puede, como pertenencia del mismo, ostentar su pabellón; pero desconectado del barco, este derecho desaparece. La nacionalidad de la aeronave no se extiende tampoco al paracaídas.

c') *Resultado: Inaplicabilidad del Derecho penal inglés.*—Llegamos, pues, al resultado de que el delito cometido por Dudley, Stephens y Brookes no se ha perpetrado en territorio inglés, y que, por ende, el Derecho penal inglés es inaplicable.

2) APLICACIÓN DEL DERECHO NATURAL.—La inaplicabilidad del Derecho penal inglés no significa la inaplicabilidad de todo Derecho. En defecto de un Derecho positivo aplicable, acudiremos al Derecho natural, base de todo Derecho positivo. La buena doctrina inglesa siempre ha reconocido esta situación. En este sentido leemos en Blackstone (6): «It is clear, that the right of punishing crimes against the law of nature, as murder and the like, is in a state of mere nature vested in every individual. For it must be vested in Somebody; otherwise the law of nature would be vain and fruitless, if none were empowered to put them in execution; and if that power is vested in any one, it must also be vested in all mankind; since all are by nature equal. Whereof the first murderer Cain was so sensible, that we find him expressing his apprehensions, that whoever should find him would slay him.»

Un jurista que niegue la aplicación del Derecho natural opinando que le basta el Derecho positivo, se asemeja al morador de una vivienda que repudie respirar aire de fuera creyendo que vive del aire de dentro: ambos ignorarían que el Derecho natural, cual el aire de la Naturaleza, penetra en los espacios cerrados por todos los intersticios, y que los moradores de aquéllos no viven sino gracias a esta invasión continua e incontenible. El Derecho positivo forma por encima del Derecho natural una delgada capa

(1) BLACKSTONE: l. c. cap. 1. pág. 7.

de hielo. El Derecho positivo es Derecho natural congelado; el último aparece así que el primero se quiebra o se derrite.

También se puede afirmar que los que, amparándose en el Derecho positivo, niegan la existencia del Derecho natural son como los que, viviendo en casas edificadas, negaran la existencia de la arquitectura. Este símil nos da, a la vez, la diferencia entre Derecho positivo y Derecho natural. El primero es algo hecho, aunque también una casa hecha requiere continuos esfuerzos de conservarla y readaptarla; el segundo es el conjunto de reglas que nos indican cómo un Derecho positivo debe ser hecho.

El Derecho natural es imprescindible aun dentro del espacio sosegado de un Derecho positivo. Cada vez que se haga una nueva ley, sus autores han de acudir al Derecho natural. Por otro lado, las innumerables veces que la aplicación de una ley sea dudosa, los jueces en él han de inspirarse. La necesidad del Derecho natural se impone, aún al más ciego, en los supuestos en los que ningún Derecho positivo existe. Estos casos ocurren tanto si un Estado se disuelve, por ejemplo, en situaciones de anarquía, revoluciones, guerras civiles, etc., como en la hipótesis de un territorio a nadie sometido sobre el que se encuentran hombres por casualidad.

Este es el caso de «La Mignonnette». Habremos de intentar, por consiguiente, resolverlo por medio de las reglas del Derecho natural.

B) APLICACION DEL DERECHO NATURAL AL CASO DE «LA MIGNONNETTE»

La justicia consiste siempre en el reparto de bienes y males por determinadas personas entre otras personas con arreglo a ciertos criterios. En él presenciamos dos repartos: En el primero, el capitán y el piloto distribuyen vida y cuerpo del grumete entre ellos mismos y el marinero, alegando el criterio racional de que el grumete necesita su vida menos que ellos por no tener mujer e hijos, y repudiando el criterio no racional de echar la cuestión a suerte. El segundo reparto es efectuado por la justicia inglesa al castigar a dos de los sobrevivientes del naufragio y absolver al tercero.

Nos toca, pues, averiguar la competencia de quienes reparten, la disponibilidad de bienes y males repartidos y la justicia de los criterios con arreglo a los cuales se reparte.

I. JUSTICIA O INJUSTICIA DEL SACRIFICIO DEL GRUMETE

1) COMPETENCIA DE QUIENES REPARTEN.—El problema consiste en saber quién o quiénes son competentes de gobernar la comunidad de los cuatro hombres asentada sobre la chalupa de «La Mignonnette». Ni que decir tiene que atribuir competencia a alguien para el gobierno no implica aprobar sus decisiones. Quien no es competente y ejerce el mandato, es un tirano de origen. Quien ejerce el mando malamente, es un tirano en ejercicio. En este momento no nos interesa sino saber si el capitán y el piloto son o no tiranos de origen.

Dos tesis radicales chocan en este asunto: la de la supervivencia de la comunidad primitiva y la del surgimiento de una comunidad nueva.

a) *Tesis de la supervivencia de la comunidad originaria.*—

a') *Exposición.*—La tesis de la supervivencia afirma que «La Mignonnette» pertenecía, como yate de matrícula inglesa que era, al Estado inglés. La organización de la comunidad del barco se había hecho en virtud del Derecho inglés. Había a bordo una determinada jerarquía que culminaba en el capitán, al que seguía el piloto, continuando con el marinero y terminando con el grumete. Esta organización sobrevive a las peripecias del viaje, e inclusive a la desaparición del mismo yate. Ella prosigue, por ende, en el hote de salvamento. También en él el capitán sigue siendo capitán, el piloto, piloto; el marinero, marinero, y el grumete, grumete. El capitán conserva su autoridad de mando; lo que, como ya dijimos, no implica que cuanto mande sea justo y legítimo.

Esta tesis es la que generalmente se acepta. Cito al efecto el caso de William Brown (7): «Fué un navío que en 1841 se fué de Liverpool a América. Tocó en un banco de hielo y se hundió. La tripulación y 23 pasajeros se metieron en una chalupa. Pero como la mar estaba gruesa y la embarcación amenazaba sumergirse a causa del exceso de carga, el teniente Holmes arrojó, tranquilamente, dieciséis personas al mar. Al día siguiente un buque los salvó. Acusado ante la Audiencia de Filadelfia, Holmes fué declarado,

(7) V. JIMÉNEZ DE ASÚA, l. c. t. IV, núm. 1.358, pág. 361.

por el jurado, culpable de homicidio sin premeditación, hecho castigado con pena de cinco años de prisión. En el fallo se dice que la necesidad no tiene ley; que dar muerte a un inocente en estado de necesidad ni siquiera es inmoral. Pero se le reprochaba no haber sacrificado a los marinos (excepto los precisos para la manobra) antes que a los pasajeros». Parece que la Audiencia de Filadelfia sostiene que el teniente Holmes conserva en la chalupa su poder de mando, y que los marineros siguen siendo marineros, con el deber de sacrificarse a fin de salvar a los pasajeros.

Una consecuencia de la supervivencia de la comunidad originaria sería la extensión de su Derecho a la situación actual, gracias a la cual el capitán sigue siendo capitán, el piloto, piloto, y así sucesivamente. Con ello ya hemos dado a entender que no compartimos la tesis de la supervivencia, ya que, en caso contrario, no deberíamos haber rechazado antes la aplicación del Derecho penal inglés. En efecto, así es. Pero mientras que antes bastaba invocar como fundamento de nuestro repudio la doctrina técnico-jurídica de la territorialidad del Derecho penal, en esta ocasión es fuerza hacer uso de la doctrina yusfilosófica de los supuestos implícitos de todo Derecho positivo.

b') *Crítica*.—Cada Derecho positivo rige sólo mientras que la comunidad que organiza subsiste. He aquí una ampliación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*. El Derecho penal supone, por ejemplo, una sociedad en estado normal. Por este motivo el Código penal resulta inaplicable a los hechos cometidos en el curso de una guerra civil. En otro orden de ideas, el Estado organiza la navegación. Precisamente por esta razón el Derecho del Estado organizador se aplica a las naves. Esta consideración es el fundamento de la ficción de que las naves constituyen territorio flotante del Estado. Pero esta organización supone la existencia del barco. Mientras que el barco se defiende contra la tempestad, la organización se mantiene. Por esta razón creemos que el teniente Holmes, en el caso mencionado poco ha, debiera haber impedido el ingreso de los marineros en la chalupa; pero una vez dentro, las anteriores diferenciaciones desaparecen. Naufragado el barco, la comunidad se deshace. Dos náufragos agarrados a un madero no son ya capitán y marinero, sino dos hombres en estado de necesidad. La cuestión es diferente en empresas organizadas precisamente para estados de emergencia. Un grupo que escala el Himalaya, una ex-

pedición al Polo Norte, tropas durante una guerra conservan su organización y su jerarquía (8).

Con ello llegamos a una precisión de lo que antes sostuvimos: en un territorio no sometido a nadie puede aplicarse un Derecho positivo, si en él se encuentra un grupo de personas pertenecientes a un Estado determinado que cumplen en él una misión específica; pero si las personas se han congregado allí por casualidad, el Derecho aplicable es el Derecho natural.

La idea de que en situación de anormalidad las jerarquías desaparecen y vuelve a surgir la igualdad primitiva, posee, de cierto modo, un antecedente en la doctrina de Covarrubias (9) y de Hugo Grocio (10), de que en la necesidad la propiedad particular desaparece a favor de la propiedad común primitiva. «Como lo natural es la propiedad común, es de suponer que la particular se aparta lo menos posible de la equidad natural. De ahí se sigue que en la necesidad gravísima revive aquel primitivo derecho de usar de las cosas como si quedasen comunes. De ahí aquéllo que, si en una travesía por mar se acabasen los víveres deben distribuirse en común los que cada uno llevó» (11). Al igual que en el caso de Grocio la necesidad requiere la comunidad de bienes, no pudiendo tolerarse que algunos monopolicen cosas a todos imprescindibles, en el supuesto de «La Mignonette», la necesidad exige que el poder resida en todos, no siendo posible que uno retenga la autoridad mediante la cual puede disponer en su propio interés de la vida de los demás.

De lo que antecede síguese que si se podría defender la tesis

(8) Desde el punto de vista existencialista podríamos decir que las conductas de los naufragos crean un nuevo espacio jurídico (v. CARNELLI: *Tiempo y Derecho*, Abeledo, Buenos Aires, 1952, págs. 105 a 120). Los naufragos no son equiparables a un gobierno en exilio (v. MATTERN: *Die Exilregierung*, Mohr, Tübingen, 1953), puesto que en éste último supuesto existe la esperanza razonable de recuperar el territorio.

(9) 1512 a 1577 (cap. *Peccatum*, II, 1, núm. 3) (cita según PUFENDORF, *De Iure Naturae et Gentium, libri octo*) (English translation of the edition of 1688, Oxford, Clarendon Press, 1934, Libro II, cap. 6, pág. 306).

(10) *Del Derecho de guerra y de la paz* (trad. de Jaime Tortubiano Ripoll, Reus, Madrid, t. I, 1925, Libro II, cap. 2, VI a VIII, págs. 292 a 295).

(11) La propiedad privada es, sin embargo, también claramente conforme a la naturaleza (v. S. S. León XIII, en la Encíclica *Rerum Novarum* del 15 de mayo de 1891, números 16 y siguientes).

de la supervivencia para los asuntos meramente náuticos, por ejemplo, para la conducción del bote de salvamento, puesto que en esta materia no se puede sostener un cambio de la situación anterior tan radical que haga inaplicable la estructura establecida de la organización.

b) *Tesis del surgimiento de una nueva comunidad.*—a') *Tipo de comunidad al que el grupo de náufragos pertenece.*—Estamos, por tanto, en presencia de una nueva comunidad. Sin entrar en dilatadas disquisiciones de qué tipo de comunidad se trata, salta a la vista que no nos encontramos con una sociedad perfecta, sino con una sociedad imperfecta (12). La primera es la sociedad estatal. La última se caracteriza negativamente por «non sibi sufficiens ad vitam transigendam» (Suárez).

Dentro del grupo de las comunidades imperfectas procede una subdivisión en cuanto a su origen y otra con respecto a su funcionamiento. Desde el primer punto de vista encontramos comunidades necesarias, como, por ejemplo, la familia, y comunidades contingentes. El grupo de náufragos en el bote de salvamento constituye, indudablemente, una comunidad contingente, una verdadera «communio incidens», producida por hechos casuales, ajenos a la naturaleza forzosa de las cosas. En lo que atañe al funcionamiento, la comunidad imperfecta puede ser dependiente o independiente. No causará asombro que, siendo una comunidad imperfecta, normalmente resulte dependiente. La familia se halla, por ejemplo, incorporada al Estado. Sin embargo, aunque la comunidad imperfecta necesita siempre la ayuda de una comunidad perfecta, no siempre la tiene. Por esta razón puede haber comunidades imperfectas que transitoriamente más bien parecen que disfrutan de una independencia. He aquí el caso de nuestra comunidad de náufragos.

b') *Reglas que se le aplican en cuanto a su gobierno.*—La independencia de la comunidad de náufragos, lejos de ser perfecta, habida cuenta de que se causa del horripilante sacrificio del gru-

(12) V. sobre éstas distinciones ontológicas de cuño aristotélico-tomista el libro de HEINRICH ROMMEN, *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez* (en «Colección de Obras Maestras de Derecho Internacional», vol. I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires e Instituto Francisco de Vitoria de Madrid, 1951, Parte fundamental, Sección segunda, los primeros dos capítulos, págs. 137 y siguientes).

mete, justifica, no obstante, que le apliquemos ciertas reglas correspondientes a las comunidades perfectas. Sobre todo hemos de echar mano de la doctrina referente a la soberanía del pueblo. Tanto en las comunidades perfectas como en las imperfectas independientes el poder reside originariamente en todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Tal es de consuno la doctrina escolástica (13) y la tesis de la democracia moderna (14), sin que haga falta acudir al pacto como origen histórico e idea justificativa del Estado. Por el otro costado, la semejanza entre la comunidad perfecta y la comunidad imperfecta, contingente e independiente en cuanto a la independencia en un momento dado, no nos debe engañar sobre la existencia de profundas diferencias estructurales en lo que atañe a su cohesión: la primera es estable por ser perfecta, la segunda es inestable por ser imperfecta y contingente. Por esta razón la comunidad de los náufragos no se endereza hacia un bien común (con arreglo a una terminología objetiva o una filosofía escolástica) ni tampoco está animada por una voluntad general (en virtud de una terminología subjetiva o la filosofía de Rousseau); en ella no existen sino bienes particulares y sus sumas: totalidad de los bienes y la voluntad de todos. La consecuencias de esta afirmación son muy importantes: Cualquier resolución requiere unanimidad; la mayoría de voluntades no prevalece sobre la minoría porque no es indicio de apetecer el bien común y de constituir, por ende, la voluntad general. Llegamos luego a otro corolario de nuestro aserto consistente en que ningún peligro amenaza a la comunidad contingente como tal, sino que solo afecta a cada uno de los miembros aisladamente a diferencia de lo que ocurre con respecto a la comunidad perfecta y también con la comunidad imperfecta necesaria sobre las cuales puede cernerse un peligro común.

(13) SANTO TOMÁS (*Summa Theologica*, Ia II^{ae}, qu. 90, art. 3, respondeo): «Respondeo dicendum quod lex proprie primo et principaliter respicit ordinem ad bonum commune, ordinare autem aliquid in bonum commune est vel totius multitudinis, vel alicuius gerentis vicem totius multitudinis, et ideo condere legem vel pertinet ad totam multitudinem, vel pertinet ad personam publicam, quae totius multitudinis curam habet, quia et in omnibus aliis ordinare in finem est eius, cuius est propius ille finis».

(14) La legislación corresponde a la voluntad general (ROUSSEAU: *El contrato social*, II, 6).

2) BIENES Y MALES REPARTIBLES.—Una vez aclarado el problema de la autoridad competente, hemos de averiguar qué es lo que ella reparte.

Todo reparto realizado por la justicia distribuye bienes y males. Veremos, pues, cuales son los bienes y males adjudicados en el caso de «La Mignonnette».

a) *Bienes repartidos*.—Un análisis del bien nos muestra que su estructura consiste siempre en una relación de medio a fin. En efecto, ninguna cosa es un bien aisladamente considerado (adiáforon). Todo depende del fin para el cual uno la tiene. Un trozo de oro no es un bien en sí; pero puede ser medio para lograr adorno de la propia persona o para adquirir otra cosa deseada. No nos toca en esta oportunidad cuestionar ¿cómo será posible cortar el «regressus ad infinitum» que se vislumbra por poca perspicacia que se tenga, ni analizar el concepto del bien supremo que desempeña este papel? Hemos de preguntarnos, por consiguiente, cuáles son en nuestro caso los fines y cuáles los medios.

a') *Fines*.—Parece a primera vista que el fin enfocado por el capitán y el piloto y al cual más tarde se adhiere el marinero, es el de salvar sus vidas. Pero este fin no recibe una forma concreta sino con respecto al peligro que les amenaza. Este peligro consiste en una muerte por inanición a causa de su abandono en alta mar. Este peligro no puede ser conjurado por la matanza y el engullimiento del grumete, puesto que estos actos solo lo alejan. La verdadera finalidad de la conducta de los acusados consiste, por tanto, en un alejamiento o en una disminución del peligro de la muerte por inanición. Por regla general, y así también en nuestro caso, no nos enteramos sino de los supuestos en los que el sacrificio es coronado por el éxito. Pero en otros muchos, el peligro pasajeralemente alejado, se cierne de nuevo sobre los protagonistas que en él perecen. Mencionamos el Canto XXXIII del Infierno de la «Divina Comedia» de Dante en el que el poeta nos narra la suerte del Conde Ugolino, que, puesto preso con sus hijos en una torre en Pisa por sus adversarios políticos, es abandonado al hambre. Sus hijos, antes de morir, le ofrecen sus cuerpos:

«Padre, menor será nuestra congoja
si comes nuestra carne; tú la hicistes:
lo que has vestido tú, tú lo despojas.»

En efecto, Ugolino, rodeado de los cadáveres de sus hijos, resistiendo varios días, al final sucumbe a la truculenta tentación:

«Yo, dos más los llamé, ya ciego y mudo,
de uno en otro palpando sus despojos:
luego... más que el dolor el hambre pudo.» (15).

El problema es diferente en el caso ya mencionado del teniente Holmes. En este caso el peligro consistía en el hundimiento de la chalupa por el excesivo peso que llevaba; y este peligro fué totalmente eliminado por medio del ahogamiento de 16 personas.

b') *Medios*.—Es cierto que el medio al que los acusados acuden es el único que está a su alcance; en otras palabras: es el único que ellos pueden realizar espontáneamente. Pero ello no quiere decir que este medio sea el único que puede realizarse. Sabemos que ya en otra ocasión los naufragos habían encontrado una tortuga y habían recogido un poco de lluvia. Estos acontecimientos podrían haberse repetido. También podría haber llegado el barco tan ansiado por todos ellos.

De nuevo nos sirve el caso del barco «William Brown» y del teniente Holmes para enseñarnos un situación bien diferente. La chalupa sobrecargada no pudo ser salvada sino a costa de la vida de algunos de los náfragos.

b) *Males repartidos*.—Siendo la estructura del bien teleológica, es de sospechar que también lo sea la del mal. Pero la diferencia general entre bien y mal provoca otra en este orden de ideas: el fin del bien es propuesto, el del mal impuesto. El mal devuelve la oración del bien por la pasiva.

a') *Fines*.—El fin que el capitán y sus cómplices imponen al mal que producen al grumete consiste en que aleje para ellos el peligro de inanición en que se encuentran.

b') *Medios*.—Los medios impuestos al grumete para lograr este propósito son dos: dar la vida, y luego dar el cuerpo para que sirva de alimento a los demás. El sacrificio de la vida es sólo preparatorio para el empleo del cuerpo como alimento. Precisamente por esta razón, el delito cometido por los acusados no es un homicidio, sino un acto de canibalismo.

(15) Cito según la traducción de Juan de la Pezuela, Conde de Chaste, Barcelona, Viuda de Luis Tasso, t. I, 1868, págs. 298, 299.

Conviene dedicar algunas palabras al canibalismo, puesto que dogmáticamente ha sido apenas estudiado por haber desaparecido prácticamente de la vida de los pueblos civilizados al constituirse la ciencia dogmática del Derecho penal y al elaborarse sus codificaciones. Precisamente por esta razón el enjuiciamiento del caso de «La Mignonnette» difiere considerablemente según que nos atengamos a un Derecho penal positivo o al Derecho natural.

a") *Clases de canibalismo en atención a sus móviles.*—El canibalismo puede practicarse por tradición, sea por motivos religiosos sea por razones de alimentación.

Desde otro ángulo visual podemos hablar de un canibalismo erótico. Hallamos una descripción magistral del mismo en la obra *Pentesilea* de Kleist (16). Transcribo, en lo que sigue, los pasajes más característicos:

22 AUFTRITT

DIE AMAZONE:

Pentesilea,

Sie liegt, den grimm'gen Hunden beigeßelt,
 Sie, die ein Menschenschooss gebar, und reisst—
 Die Glieder des Achills reisst sie in Stücken.

24 AUFTRITT

PENTHESILEA:

So war es ein Versehen, Küsse, Bisse.
 Das reimt sich, und wer recht von Herzen Liebt,
 Kann schon das eine für das andre greifen.

 Du Aermster aller Menschen, du vergiebst mir!
 Ich habe mich, bei Diana! bloss versprochen,
 Weil ich der raschen Lippe Herr nicht bin;
 Doch jetzt sag ich dir deutlich, wie ich meinte:
 Diess, du Geliebtes, wars, und weiter Nichts.

(*Sie küsst ihn*) (17).

(16) En la *Etiopéida*, de ARETINO DE MILETO, se relata la lucha de Aquiles contra Pentesilea, reina de las Amazonas. Aquiles la mata, aunque está enamorado de ella. KLEIST cambia el argumento y hace que Pentesilea mate a Aquiles (que, bien es cierto, antes la había vencido, y, en realidad, se deja vencer creyendo que Pentesilea así se le iba a entregar) en una mezcla de amor, despecho, soberbia y locura.

(17)

ESCENA 22

LA AMAZONA:

Pentesilea,

Yace, al lado de feroces mastines,

En último lugar cabe hablar de un canibalismo famélico, o sea de un acto de canibalismo realizado a causa del hambre. Se desprende, pues, de lo que antecede que no todo canibalismo es famélico. Por la otra vertiente, téngase en cuenta que no todo homicidio famélico constituye un acto de canibalismo. En otros casos de extrema necesidad personas hambrientas matan a sus compañeros de desgracia, no para comerlos, sino a fin de evitar que ellos coman parte de los alimentos insuficientes para la totalidad de los necesitados.

Así ocurrió en el caso Medusa (18). Hubo un naufragio en 1816. De los 28 náufragos sólo 15 podrían resistir unos días más. Los demás estaban llenos de heridas y habían perdido la razón totalmente. Sin embargo, tomaban parte en las distribuciones y podrían aún antes de morir consumir 40 botellas de vino. Hubo consejo: poner los enfermos a media ración, era acelerar su muerte; dejarlos sin víveres, era dársela inmediatamente. Después de una larga deliberación se decidió que se les arrojaría al mar. Así se hizo. Se proporcionaba a los supervivientes seis días de vida. El sacrificio salvó a los 15 que quedaron. No fueron sometidos a la justicia.» Como es sabido aplicó el Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial este método en medida gigantesca matando en los establecimientos de enajenados a todos los enfermos a fin de ahorrar raciones alimenticias (la llamada «Anstaltstörung») (19).

A pesar de llevar semblante humano.
Y despedaza a mordiscos los miembros de Aquiles.

ESCENA 24

PENTESILEA: Fué una equivocación. Mordiscos y besos
Se riman, y quien ama de corazón
Puede tomar lo uno en lugar de lo otro.
... ..
¡Perdóname, el más pobre de todos los mortales!
No me salió, ¡oh Diana!, la palabra justa,
Por no ser dueña de mi veloz boca.
Pero ahora te aclararé lo que decir quería:
Fué eso, amado, y nada más que eso.
(Le besa).

(18) V. JIMÉNEZ DE ASÚA, l. c. IV, número 1.358, pág. 361.

(19) ASÚA (l. c. t. IV, número 1.358, pág. 363), alude a estas prácticas.

El canibalismo como extrema necesidad siempre ha sido considerado como un acto espantoso. Moisés amenaza con el canibalismo en son de maldición (Libro V, Deuteronomio, cap. 28, versículo 53). El canibalismo figura en las *Lamentaciones* de Jeremías (cap. 2, vers. 20; cap. 4, vers. 10). En el Segundo Libro de los Reyes (cap. 6, verss. 28, 29), por último, se nos narra que durante el sitio de Samaria por los sirios dos mujeres estipularon comer un día el hijo de una y el próximo el de la otra; pero después de haber cumplido la primera madre, la segunda escondió a su hijo.

b") *Formas de cometer actos de canibalismo*.—El delito de canibalismo puede ser perpetrado por un solo acto consistente en que el delincuente engulle a su víctima viva o por medio de dos de los cuales el primero se reduce a matar a la víctima con el propósito de comérsela, mientras que el segundo es constituido por el engullimiento de la víctima muerta. En ambos supuestos nos encontramos con un delito auténtico de antropofagia. La situación es diferente si una persona se nutre de otra muerta que no ha sido matada con este fin. He aquí la hipótesis de la necrofagia con la que tropezamos por ejemplo en el caso del conde Ugolino.

c") *Consecuencias*.—El tribunal inglés, encerrado en el duro caparazón del Derecho penal Inglés positivo, sostiene que el delito cometido es un delito de homicidio. Esta concepción es de suma importancia para el enjuiciamiento del marinero. En efecto, si se tragara de un homicidio, el marinero no sería coautor, sino a lo sumo encubridor, prescindiendo de la posibilidad de que fuere coautor de otro delito posterior de profanación de cadáveres. Pero como en realidad se trata de un delito de canibalismo, aunque no consiente el primer acto en el momento de realizarse, sí participa en el segundo, con lo cual ratifica tácitamente el primero y resulta coautor de la totalidad del delito de canibalismo (20). Por idéntica razón el marinero no comete un delito de necrofagia, sino que es, lo repetimos, coautor del delito de canibalismo.

(20) V. BLACKSTONE, l. c. Book IV, chapter 3, l. pág. 34 sobre la distinción entre autor de primero y de segundo grado. «A principal, in the first degree, is he that is the actor, or absolute perpetrator of crime: and, in the second degree, he is who is present, aiding, and abetting the fact to be done». L. c. II, 3. págs. 37, 38. BLACKSTONE analiza el «accessory after the fact», «where a person, knowing a felony to have been committed, receives, relieves, comforts or assists the felon».

c) *Disponibilidad de bienes y males.*—No cabe duda alguna que el alejamiento del peligro de la inanición es un bien absolutamente lícito. Si el mal hubiere consistido en el sacrificio de la vida, tampoco habría dudas de la disponibilidad de este mal, sin que ello lo hubiéramos justificado en un caso concreto. En efecto, la vida es sacrificada en muchas ocasiones: en la guerra, en actos de servicio policiales, en la pena de muerte, etc. El aspecto cambia tratándose de actos de canibalismo. ¿No cabría sostener que tales actos nunca y en ninguna circunstancia resultan tolerables? Desde el punto de vista del Derecho natural teológico (21) se puede llegar a la absoluta prohibición del canibalismo por destruir el cuerpo y obstar de esta suerte a la resurrección de la carne. Desde el ángulo visual del Derecho natural social no se puede sostener que el empleo del cuerpo del prójimo como alimento es más grave que la destrucción de su vida (22).

3) CRITERIOS DEL REPARTO.—Después de haber examinado quiénes reparten y que es lo que reparten, nos toca investigar cómo reparten. Aunque ya sabemos que los sobrevivientes son tiranos de origen, por no haber tenido derecho a proceder sin el consentimiento real o presunto grumete, nos queda aún por saber si también son o no tiranos en ejercicio. A este efecto, hay que

(21) Sobre la diferencia entre Derecho Natural Teológico y Social, véase nuestro estudio: *Problemas de justicia en Medida por Medida de Shakespeare*, en REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, tomo 72, págs. 8, 9.

(22) La pena capital no pertenece a este orden de ideas, ni tiene que ver con una teoría absoluta de las penas, puesto que en tal supuesto no se trata de sacrificar la vida de una persona en provecho de otras, sino al revés, de dignificar al culpable. En esta hipótesis la pena es un bien. La pena es un mal aun en la nueva doctrina de U. STOLK: *Die Strafe als Leistung* (en «*Annales Universitatis Saraviensis*», t. I, núm. 2, 1952, páginas 97 a 110) que afirma que la producción de dolor no es esencial a la misma y que lo que sí lo es, es la realización de una actividad social útil y compensatoria del daño producido por el delito. En efecto, el mal consiste en la imposición del deber de realizar esta actividad, en el «aumentado de deberes» (SAUER), por el que la pena se caracteriza en dicha concepción. STOCK admite, por lo demás, que su teoría fracasa con respecto a la pena capital o, al revés, que la pena capital se estrella contra su tesis. La pena capital entra, en cambio, en nuestro panorama si seguimos a las teorías relativas de la pena, ya que en este supuesto la pena es un mal que se impone a fin de hacer un bien a otras personas.

cuestionar, primero, si el sacrificio de una persona era justificado, y, segundo, si era justo sacrificar precisamente al grumete.

a) *Justificación del sacrificio de una persona cualquiera.—a')* *En general: Teoría del valor preponderante.*—La única causa de justificación discutible es en nuestro caso la que reside en la necesidad de los naufragos. Ahora bien, la necesidad, aunque a veces excusa, no siempre justifica la conducta necesaria. La justificación supone que el valor del bien que se salva sea superior al valor del bien que se sacrifica o sea del mal que se supone necesario infringir. El caso clásico en que se salvan bienes de valor superior a costa de bienes de valor inferior es la avería gruesa de antiquísima tradición (*Lex Rhodia de jactu*; Consulado del Mar), la cual abarca todos los daños y gastos que se causen deliberadamente para salvar el buque, su cargamento, o ambas cosas a la vez, de un riesgo conocido y efectivo. El supuesto típico en el que se salva la vida a costa de bienes es el llamado hurto famélico: una persona en peligro de morir de hambre, puede tomar alimentos sin la voluntad de sus dueños; y, siendo ello así, también los puede tomar contra esta voluntad, con lo cual se llega a la justificación del robo famélico (23). En la hipótesis de la avería gruesa se trata realmente de comparación de valores y precios; en el hurto famélico postulamos, en cambio, la falta de valor de cualquier bien en comparación con la vida humana, base imprescindible de todas las valoraciones económicas.

b') *Su inaplicabilidad al conflicto de vidas humanas.*—Lo que en el caso de «La Mignonnette» nos interesa saber es, si el sacri-

(23) BLACKSTONE (l. c. Book IV, chapter 2nd., VI, 4 págs. 31, 32) niega, por lo menos para Inglaterra, la necesidad, y con ello la impunidad del hurto famélico. Los necesitados son asistidos «by the power of the civil magistrate». Por este motivo rechaza BLACKSTONE la doctrina que atribuye a GROCIO y a PUFENDORF de la vuelta a la comunidad de bienes. En realidad, PUFENDORF (l. c., págs. 304, 305; libro II, caps. 6, 6) rechaza la doctrina de GROCIO y enseña que un hombre pudiente está constreñido por una obligación imperfecta de socorrer a una persona que sin culpa propia se encuentra en un estado de necesidad. PUFENDORF desea eliminar el caso de necesidad culpable, quiere permitir al dueño de los medios de hacer mérito de cumplir voluntariamente con su deber, y anhela también obligar al necesitado a restituir los bienes recibidos. HEGEL (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 127) admite la necesidad como eximente del hurto, puesto que en caso contrario se llegaría a la negación de la libertad.

ficio de una vida es justificado, si este sacrificio salva varias vidas humanas, descuidando en este momento el hecho, antes puesto de relieve, de que la auténtica finalidad del sacrificio de la vida del grumete no consistía en el salvación de la vida de los inmoladores, sino en el mero alejamiento de la inanición por algunos días y en el correlativo aumento de probabilidad de una salvación definitiva. En otras palabras: ¿Es posible mantener que X vidas valen más que X-1 vidas? (24). No se puede negar que desde determinados puntos de vista un número mayor de personas vale más que un número menor por el mero hecho de la superioridad numérica. Así, por ejemplo, desde el punto de vista del valor combativo un ejército numeroso vale más, en igualdad de condiciones, que un ejército pequeño; desde el punto de vista del poderío económico e industrial una población de 40 millones vale más, en igualdad de condiciones, que una de 20; desde el punto de vista de acertar en una investigación el refrán afirma que «cuatro ojos ven más que dos». Pero estando en tela de juicio el sacrificio de la vida, no nos incumbe fijar su utilidad desde un punto de vista relativo, sino determinar su valor en forma absoluta. Ahora bien, la valoración absoluta de algo supone su fungibilidad, puesto que sólo en este supuesto el bien sacrificado es sustituible por su valor. Inclusive en el reino de las cosas hallamos bienes no fungibles, como la Venus de Milo, la Olimpia de Manet y que, por ende, no pueden ser evaluados de modo absoluto. Con mayor razón se oponen a tal empresa las vidas humanas. Varias vidas humanas no valen más que una; y una vida humana determinada no vale menos que otra. Las vidas humanas son inconmensurables. Precisamente por esta razón protesta Goethe (Conversación con Eckermann del 28 de marzo de 1827) contra el argumento de Antígona, tomado por Sófocles de Herodoto (III, 119), de que el hermano vale más que el marido o el hijo, puesto que los últimos dos son sustituibles, mientras que el primero no lo es después de la muerte de los padres.

c') *Explicación de casos aparentemente contrarios.*—Sin embargo, hay casos que poseen indudable valor convincente, en los

(24) He aquí el principio «farisaico» (KANT: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Akad. Ausg., págs. 331, 332) de Caifás de que nos conviene que un hombre muera por el pueblo y no que toda la nación se pierda (Ev. de San Juan, 11, 50 y 18, 14).

que algunos son sacrificados a favor de la población. ¿No era lícito sacrificar en el paso de las Termópilas (480 a J. C.) en la guerra contra los persas a los 300 espartanos bajo el mando de Leónidas? Pero la contradicción con nuestra tesis de la inconmensurabilidad de las vidas humanas es solo aparente. En los supuestos mencionados la justificación del sacrificio no se deriva de una comparación numérica de los sacrificados y de las personas a salvar, sino de la naturaleza de la comunidad perfecta. Si un peligro amenaza a una comunidad perfecta como tal, la comunidad amenazada organiza su defensa; y la organización de la defensa puede exponer a partes de ella al peligro y cobijar del mismo a otras. Una guerra amenaza a toda la comunidad y toda la comunidad se defiende según las instrucciones de los que tienen el mando sobre ella. No se sacrifica a algunos para salvar a otros, sino que la misma comunidad se sacrifica sacrificando a partes suyas.

En una «communio incidens» no se puede dar esta situación. Con respecto a ella el peligro nunca la amenaza como tal, sino que ataca a cada uno de sus miembros aisladamente. Ello es así no sólo en los casos en los cuales el peligro afecta realmente a cada cual con independencia de sus compañeros —el hambre a los náufragos, si no hay víveres de ninguna clase; los lobos que persiguen el trineo—, sino también, si el peligro es inherente a la acumulación, como, por ejemplo, en el caso del bote con exceso de tripulación, los náufragos con víveres insuficientes dado su número, etcétera.

d') *Estado de necesidad como causa de excusación.*—Llegamos, pues, al resultado de que el sacrificio del grumete no resulta justificado a fuer de necesidad. Otra cosa diferente es si el sacrificio es excusado, de suerte que no procede el castigo de los acusados. Una doctrina moderna, llamada «la teoría diferencial del estado de necesidad» (25), distingue, en efecto, entre el estado de necesidad como causa de justificación, caso que supone la salvación de un bien de valor superior a costa de un bien de valor inferior, y el estado de necesidad como causa de excusación, hipótesis que implica la presión de un móvil irresistible y cuya realización clásica se da en el caso de la tabla del Carnéades o sea del madero al que los náufragos se agarran y que, no obstante, solo soporta a uno de ellos. En realidad, esta doctrina de la diferenciación del

(25) V., por ejemplo, MEZGER, l. c. § 31, págs. 231 y ss.

estado de necesidad ha sido vislumbrada con frecuencia (26). Volvemos sobre ella al examinar la justicia el castigo de los acusados. En este lugar nos basta con negar la justicia del sacrificio del grumete.

b) *Justificación del sacrificio de una persona determinada.*— Aunque hemos negado la justicia del sacrificio de una persona en el caso de «La Mignonnette», no carece de importancia investigar la justicia de la elección del grumete como objeto de la inmolación, puesto que la cantidad y la calidad de las injusticias cometidas repercute sobre la determinación de la pena.

Los inmoladores escogen al grumete porque no tiene mujer e hijos que sostener. ¿Justifica esta razón la elección del grumete como víctima del sacrificio? Por regla general el reparto justiciero (27), conforme a la naturaleza racional del hombre, procede con arreglo a razones. Pero hay ciertos supuestos en los cuales la justicia distributiva ha de atenerse a la sinrazón y debe acudir al sorteo. Un primer grupo abarca aquellos casos en los cuales no

(26) PUFENDORF (l. c. Libro II, capítulo 6.7, pág. 306, 307), menciona la doctrina de ANTONIO MATTHAEUS (Digest., 47, i, 7) que sostuvo que en el caso de necesidad se perpetraba el delito, pero que no era justo castigar al delincuente. Aunque la crítica de PUFENDORF es acertada con respecto a los detalles de dicha doctrina, no se puede negar que en su fondo palpita una distinción muy razonable. Comp. luego BLACKSTONE (l. c. Book IV, chapt. 14, II, 2, págs. 185): «there is one species of homicide (se defendendo), where the party slain is equally innocent as he who occasions his death and yet this homicide is also excusable from the great universal principle of self-preservation, which prompts every man to save his own life preferable to that of another, where one of them must inevitably perish. As, among others, in the case mentioned by Lord Bacon, where two persons, being shipwrecked, and getting on the same plank, but finding it not able to save them both, one of them thrusts the other from it, whereby he is drowned. He who thus preserves his own life at the expense of another man is excusable through unavoidable necessity, and the principle of self-defence; since their both remaining on the same weak plank is a mutual, though innocent attempt upon, and an endangering of each other's life». V. finalmente KANT: *Die Metaphisik der Sitten*; ERSTER TEIL: *Einleitung in die Rechtslehre*, Anhang, II: «Also ist die Tat der gewalttätigen Selbsthaltung nicht etwa als *unsträflich* (inculpabile), sondern nur als *unstrafbar* (impunibile) zu beurteilen, und diese *subjektive* Strafflosigkeit wird durch eine wunderliche Verwechslung von den Rechtslehrern für eine objektive (*Gesetzmässigkeit*) gehalten».

(27) Véase a lo siguiente nuestro estudio *Justicia y suerte*, en «Sarmiento», Tucumán, III, número 30, junio de 1954, págs 1 a 4.

existe ninguna razón pronunciadamente preponderante a favor de alguna de las diversas posibilidades (por ejemplo, echar a suerte el tema que el alumno en un examen habrá de desarrollar). En un segundo grupo de casos no se puede negar la existencia de razones; lo que pasa es que las autoridades encargadas de repartir bienes y males resultan incapaces por consideraciones meramente técnicas de examinarlas (por ejemplo, sorteo de ciudadanos para el servicio militar). En un último conjunto de supuestos no sólo existen razones, sino que también se da la posibilidad práctica de analizarlas; mas lo que falta es un juez que no sea a la par protagonista y, por ende, parte en el suceso. El caso de «La Mignonnette» pertenece a este último grupo. Ninguno de los naufragos es apto para sopesar las razones. Por consiguiente, deben acudir al sorteo como criterio no racional, pero sí razonable de individualizar a la víctima. En otros casos análogos los naufragos escogieron, con seguro tacto jurídico, este proceder. Hacia 1640 siete marineros ingleses de la isla Saint Christophe fueron sorprendidos por una tempestad y estuvieron errantes diecisiete días sobre el Océano Indico antes de poder reconquistar la tierra. Uno de ellos propuso echar a suertes quién debía ser comido, y le tocó a él mismo. Los otros seis le estrangularon y se nutrieron de su cuerpo. Fueron absueltos en vista de la necesidad (27).

II. JUSTICIA O INJUSTICIA DEL CASTIGO DE LOS INMOLADORES

Como el sacrificio del grumete no resulta justo, hemos de enfrentarnos con el problema del castigo de los inmoladores.

A este efecto conviene resumir las diferentes infracciones en las que han incurrido. En primer lugar el capitán y el piloto no tenían autoridad alguna para resolver sobre la vida y la muerte de los naufragos. En segundo lugar, el sacrificio no se hace para salvarlos de un peligro de muerte, sino meramente para alejar este peligro. En tercer lugar, el sacrificio no es el único medio (aunque sí constituye el único medio por ellos realizable) para tal alejamiento. En cuarto lugar, en la situación de «communio incidens» en la que se encuentran, no se justifica matar a uno a fin de salvar a varios. En quinto y último lugar, el método de designar al gru-

(27) V. JIMÉNEZ DE ASÚA: l. c. t. IV, núm. 1.375, pág. 425.

mete como víctima, es vicioso, puesto que ninguno de los náufragos es juez idóneo en esta controversia. Aunque los autores de las cinco infracciones son el capitán y el piloto, como se trata de un delito de canibalismo que se ejecuta mientras que se empieza a la víctima de alimento, también el marinero participa en él, si bien con menos gravedad que los demás.

Habiendo, pues, actos de indudable injusticia, tócanos analizar el problema de si es justo castigar a los inmoladores, puesto que no todo acto de injusticia se castiga criminalmente.

Se colige de lo dicho una diferencia entre la sistemática del Derecho penal en el Derecho positivo y en el Derecho natural. El Derecho positivo establece qué conductas son punibles. Por esta razón se puede constituir el concepto de la conducta punible que comprende la suma de los requisitos de la punibilidad de una conducta, como, por ejemplo, antijuridicidad, ausencia de causas de justificación, culpabilidad, ausencia de causas de excusación, etcétera. El Derecho natural, al contrario, no posee un concepto determinado de la conducta punible, puesto que el mismo siempre depende en parte de circunstancias contingentes. Por consiguiente, el Derecho natural examinará, en primer lugar, la justicia de la conducta acriminada; y luego, en segundo lugar, caso que ella resultare injusta, la justicia de su castigo. De este modo emigran algunas de las cualidades que el Derecho positivo incluye en el concepto del crimen al problema de la justicia del castigo, como, por ejemplo, la existencia y la ausencia de causas de excusación, ya que, en efecto, su existencia no elimina la injusticia de la conducta, pero sí la justicia de su castigo. Lo contingente del Derecho positivo aparece en la característica de la tipicidad de la conducta.

1. *AUTORIDAD COMPETENTE.*—*Los jueces ingleses son competentes para enjuiciar el caso, habida cuenta de los numerosos contactos que el mismo tiene en Inglaterra. No nos incumbe contestar a la interrogante de si también los jueces de otro país, por ejemplo del país donde el barco salvador hubiere hecho su primera escala, poseerían jurisdicción concurrente. Mencionemos a título de curiosidad las dificultades que se planteaban en el antiguo Derecho procesal inglés. Como en él se declaraba competente el magistrado del Condado en el cual se había perpetrado el delito, no dejaba de haber dificultades con respecto a la alta mar*

que no estaba comprendida en la jurisdicción de ningún condado; y el solo medio de someter los delitos en ella cometidos a juicio era él de utilizar ficciones tan piadosas como la de que la parte oriental del mar Caribe estaba en la demarcación de Santa María de la Cinta, en Cheapside, en el condado de Middlesex (28). Actualmente la Corte del Almirantazgo se ocupa precisamente de todos los delitos cometidos en alta mar (29).

2. BIENES Y MALES REPARTIBLES.—a) *Bienes repartibles*.—El castigo aspira hacia la depuración del alma del delincuente por medio de la expiación del delito.

Otros desean asegurar tranquilidad y paz a la comunidad; y anhelan lograrlas mediante la prevención de delitos, sean reincidencias del mismo delincuente, sean imitaciones por otros delincuentes.

b) *Males repartibles*.—Se impone al delincuente la pena de muerte o se le priva durante cierto tiempo de su libertad a fin de conseguir los bienes antes apuntados.

3) CRITERIOS DEL REPARTO.—a) *Teorías referentes a la determinación de la pena*.—Algunos sostienen que la pena debe corresponder a su cantidad y calidad al delito, serle igual (ley del talión); ojo por ojo y diente por diente, o serle al menos equivalente. Otros mantienen que la pena debe determinarse con miras a la prevención.

Todos coinciden en que hay supuestos en los que los bienes apetecidos por la pena se han realizado ya, sin que su ejecución sea necesaria. He aquí la hipótesis de las causas de excusación.

b) *Estado de necesidad como excusación*.—a') *En general*.—En este orden de ideas se nos presenta el estado de necesidad como causa de excusación y, por consiguiente, como causa de impunidad. Si una persona viola una ley en una situación tal que ninguna persona normal hubiere tenido la fortaleza de observarla, el acto, sin dejar de ser injusto, no merece castigo. En el ya mencionado caso de la tabla de Carnéades el náufrago que empuja al compañero para disfrutar solo del madero, no debe ser punido. No hay nada que expiar ni nada que prevenir.

(28) V. EDWARD JENKS: *El Derecho Inglés*, trad. esp. por José Paniagua Porras, Reus-Madrid, 1930. pág. 81.

(29) V. BLACKSTONE: l. c. cap. 19, pág. 268.

b') *En especial en el caso de «La Mignonnette».*—En el caso de «La Mignonnette» la presión de la necesidad no era irresistible a punto tal que habían de cometerse tantas infracciones graves de los principios de justicia. Es cierto que «resulta fácil para una persona no constreñida por la necesidad el dar rienda suelta a filosofemas especiosos» (30); pero no lo es menos que el ejemplo del marinero prueba que la resistencia era posible, puesto que resiste a la tentación hasta que la vida del grumete ya ha sido inmolada. Además, de ninguna manera se excusa la omisión de no haber echado la cuestión a suerte de modo que cada uno de ellos, aunque no se contaba con el consentimiento del grumete, habría tenido la misma posibilidad de ser sacrificado o de lograr el alejamiento del peligro. Por lo demás, hay una notable diferencia entre el capitán y el piloto, por un lado, y el marinero, por el otro. La conducta del último no es justificada, pero sí excusada, puesto que interviene cuando el grumete estaba muerto. El capitán y el piloto, en cambio, merecen un castigo. La pena de seis meses de prisión que les fué infligida, es adecuada. Se ve que el Derecho positivo que el tribunal inglés estimó aplicable, no llega al resultado justo sino a través del derecho de gracia de la Reina, mientras que el Derecho natural llega a él por camino recto (31).

WERNER GOLDSCHMIDT

(30) V. PUFENDORF: l. c. Libro II, caps. 6. 7. pág. 307.

(31) Una exposición magnífica de las teorías de la pena se encuentra en JAMES GOLDSCHMIDT: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* (Bosch, Barcelona, 1935, págs. 9 y sigs.).— Sobre la relación entre la finalidad de la pena y la sistemática del Derecho penal compárese WILHELM GALLAS: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts* (Gruyter, Berlin, Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin., 4. Folge, 2. Band. 1. Heft, 1931).