

EL HURTO FAMÉLICO EN LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES PENALES CHILENOS

FAMISHED THEFT IN THE DECISIONS OF CHILEAN CRIMINAL COURTS

ROCÍO LORCA*

MAIRA ASTUDILLO**

LUIS FELIPE MANQUES***

DIEGO ROCHOW****

RESUMEN: La doctrina penal chilena ha elaborado distintas teorías para mitigar o eximir la responsabilidad penal de quienes hurtan bienes para superar situaciones de necesidad tales como el hambre, el frío o la enfermedad. Las principales alternativas dogmáticas para resolver estos casos han sido el estado de necesidad justificante y la excusa de inexigibilidad, ambas reguladas en el artículo 10 de nuestro Código Penal. Los tribunales nacionales, sin embargo, se han mostrado reticentes a dar aplicación a estas teorías y normas jurídicas. En efecto, mediante el análisis de una amplia muestra de fallos judiciales dictados entre los años 2004 y 2019, este artículo identifica una doctrina judicial del hurto famélico que es muy reticente a la mitigación o exclusión de responsabilidad penal de personas que hurtan para superar una situación de necesidad. Si bien este estudio no investiga las causas de esta tendencia judicial, en la conclusión se plantean tres hipótesis.

Palabras clave: justicia penal, hurto famélico, sesgo de clase, estado de necesidad, inexigibilidad.

ABSTRACT: Chilean legal scholars have generally endorsed the possibility of mitigating or exempting criminal responsibility in cases of theft committed as means to overcome a situation of necessity, such as being hungry, cold or sick. The main legal doctrines to solve these cases are the justification of necessity or the excuse of duress of circumstances, regulated on Article 10 of the Chilean Criminal Code. Legal courts, however, have largely restrained from applying these rules and doctrines. Indeed, by analyzing a large sample of judicial decisions made between the years 2004 and 2019, we identify a series of extralegal criteria used by courts to reject the application of 'famished theft' doctrines. While in this study we do not investigate the causes of this judicial restraint, we conclude by proposing three hypotheses.

Keywords: criminal justice, famished theft, class bias, necessity duress of circumstances.

* Doctora en Derecho, New York University. Profesora Asistente, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia. Correo electrónico: rlorca@derecho.uchile.cl. Código Orcid: 0000-0003-4187-5017. Este artículo y su investigación se desarrollaron en el marco del proyecto Fondecyt Iniciación "Castigo, Legalidad y Pobreza" #11180839.

** Egresada de Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia. Correo electrónico: m.astudillohurtado@gmail.com. Código Orcid: 0000-0001-6022-8822.

*** Abogado, Universidad de Chile. Ayudante de los Departamentos de Ciencias Penales y Ciencias del Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia. Correo electrónico: Luis.manques@derecho.uchile.cl. Código Orcid: 0000-0001-8388-0493.

**** Abogado, Universidad de Chile. Estudiante del programa de doctorado en Criminología, Derecho y Sociedad, Universidad de California, Irvine. Dirección Postal: 2340 Social Ecology II, Irvine, California. Correo electrónico: drochow@uci.edu. Código Orcid: 0000-0002-7698-1939.

I. INTRODUCCIÓN

El hurto famélico es una doctrina que propone que en ciertos casos una situación de extrema pobreza o necesidad puede justificar, excusar o mitigar la responsabilidad penal por la comisión de un delito contra la propiedad. El caso paradigmático de hurto famélico, de ahí su nombre, es el de quien sustrae alimentos para superar el hambre, y no cualquier tipo de hambre sino una de carácter irresistible en donde la salud del infractor se ve amenazada¹. Pero existen otros casos que pueden considerarse ‘hurto famélico’, aun cuando no haya sustracción de alimentos; lo esencial es que se sustraiga la propiedad ajena para superar una situación de necesidad material que amenaza seriamente la integridad o sobrevivencia del infractor o un tercero². Podría considerarse como hurto famélico, por ejemplo, la sustracción de una manta o un galón de gas para protegerse del frío o la sustracción de materiales de construcción para evitar que la lluvia se filtre en una vivienda³.

La doctrina del hurto famélico es ampliamente conocida y tiene una larga data en nuestra tradición jurídico-penal, sin embargo, no hay estudios sobre la manera en la que nuestros tribunales la aplican. Para suplir este vacío, en este artículo revisamos críticamente las decisiones recientes de nuestros tribunales penales en casos de delitos contra la propiedad en los que se discutió la doctrina del ‘hurto famélico’. Como veremos, esta doctrina es excluida en la gran mayoría de estos casos y muchas veces esta exclusión se basa en consideraciones que no se encuentran con claridad ni en la ley ni en la doctrina⁴. Lo anterior da cuenta de la relevancia de este estudio y reclama la necesidad de explorar esta ‘doctrina judicial’ del hurto famélico y las razones que explican la reticencia judicial a mitigar la respuesta penal en estos casos. En las conclusiones de este trabajo planteamos algunas hipótesis sobre esto último.

El artículo está organizado de la siguiente manera. En la primera sección hacemos una revisión general de la doctrina chilena sobre el hurto famélico. Luego, en la siguiente sección, explicamos la metodología utilizada para construir nuestra muestra de casos, y formulamos algunas consideraciones sobre su extensión, validez y relevancia. También aquí damos cuenta de algunas características particulares sobre los infractores y las circunstancias de comisión de estos delitos. En la tercera sección discutimos nuestros hallazgos identificando una tendencia a excluir la doctrina del hurto famélico que se expresa en una serie de exigencias aplicadas por los tribunales que no encuentran sustento claro ni en la ley ni en la doctrina nacional. Estas exigencias, tales como el “ánimo famélico” o la austeridad, son analizadas separadamente. Finalmente, en la conclusión, proponemos tres hipótesis que

¹ Así algunos han definido al hurto famélico como “el 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.” Ver MURILLO (2021) p. 401.

² En este sentido, véase, por ejemplo: NOVOA (2005) pp. 364-365.

³ Dado que el concepto de hurto famélico va más allá del robo de comida, parte de la doctrina sugiere utilizar un concepto más amplio para referirse a los atentados contra la propiedad por necesidad extrema, tales como “hurto necesario” o “hurto justificado.” Véase en este sentido: PEREDA (1964) p. 6.

⁴ En este sentido también MATUS y RAMÍREZ (2021a) p. 523 destacan que la jurisprudencia nacional no tiene una solución uniforme.

podrían explicar la suspicacia de nuestros tribunales en aplicar el estado de necesidad o la inexigibilidad en casos que la doctrina consideraría como hurto famélico.

II. LA DOCTRINA CHILENA SOBRE EL HURTO FAMÉLICO

La doctrina del hurto famélico tiene una larga historia en nuestra tradición jurídica y a lo largo de dicha historia han variado sus fundamentos, sus requisitos y su alcance⁵. En los orígenes de la institución, las razones para excusar, justificar o atenuar la responsabilidad penal se vincularon a principios de justicia distributiva⁶. En las formulaciones más conocidas de las doctrinas canónicas medievales, por ejemplo, se sostenía que en los casos de hurto famélico se configuraba un “derecho del hambriento” sobre la propiedad privada de un tercero. Este derecho solo existía respecto de lo que dicho tercero poseía en exceso de lo necesario para su propia supervivencia. En estas doctrinas, el derecho de propiedad privada aparecía limitado por consideraciones distributivas y como consecuencia, la doctrina del hurto famélico tendía a entender que la afectación de la propiedad se encontraba justificada o era conforme a derecho⁷.

En las aproximaciones contemporáneas al hurto famélico, sin embargo, la relevancia de la justicia distributiva ha ido cediendo en favor de una mirada individualista en donde la pérdida de libertad o agencia del infractor toma un rol más protagónico en la relativización de su responsabilidad⁸. La propiedad privada hoy aparece como una esfera de inviolabilidad que no se encuentra sujeta a consideraciones contingentes de equidad en la distribución de los costos y beneficios de la cooperación social⁹.

Quizás por este cambio de mirada sobre qué es lo que está en juego en el hurto famélico, su tratamiento dogmático no ha recibido una solución unívoca en nuestra tradición jurídico-penal. En el caso de la doctrina chilena, las articulaciones dogmáticas para resolver

⁵ Si bien es una categoría que ya existía en el derecho romano, su mayor desarrollo doctrinal se produjo en las doctrinas canónicas del derecho. Tomás de Aquino postuló que, en una situación de necesidad, se restituye la “comunidad originaria de bienes”, reconociendo un “derecho de necesidad” (o derecho del necesitado) que permitía la apropiación de bienes extraños en situación de extrema precariedad. En palabras de Aquino: “[S]i la necesidad es tan evidente y tan urgente que resulte manifiesta la premura de socorrer la inminente necesidad con aquello que se tenga, como cuando amenaza peligro a la persona y no puede ser socorrida de otro modo, entonces puede cualquiera lícitamente satisfacer su necesidad con las cosas ajenas, sustrayéndolas, ya manifiesta, ya ocultamente. Y esto no tiene propiamente razón de hurto ni de rapiña” (Ver en: DE AQUINO (1990) p. 549). Este postulado fue compartido por teólogos y juristas hasta el siglo XX. Véase: MÄKINEN (2006); CIGÜELA (2019) pp. 36-49.

⁶ TIERNEY (1959) p. 70.

⁷ En los términos propuestos por Tomás de Aquino y más tarde por John Locke, las personas en situación de necesidad tienen un derecho sobre los bienes superfluos o innecesarios de quienes poseen más. Véase en: DE AQUINO (1990) p. 549; LOCKE (1924) §42 p. 30; TIERNEY (1959) p. 70 y ss.; PEREDA (1964) pp. 5-12. Entre nosotros, véase la discusión que realiza van Weezel a propósito de los deberes penales de solidaridad en VAN WEEZEL (2018) pp. 1109-1113.

⁸ Si bien, como veremos a lo largo de esta sección, la doctrina contemporánea sigue reconociendo la posibilidad de excluir la ilicitud en estos casos, muchos se inclinan hoy por entender los casos de hurto famélico como situaciones de inexigibilidad en los que se excluye la culpabilidad.

⁹ Esto ciertamente no implica que su protección sea absoluta, pues puede restringirse cuando entra en conflicto con otros derechos o intereses. Véase en este sentido BASCUÑÁN (2004) pp. 159-162.

los casos de hurto famélico han sido principalmente dos: el estado de necesidad y la inexigibilidad.

1. ESTADO DE NECESIDAD

Una primera posibilidad que la doctrina nacional contempla para los casos de hurto famélico es entender que el autor actúa justificado bajo estado de necesidad agresivo¹⁰. El estado de necesidad agresivo es una eximente de responsabilidad penal en la que se justifica la afectación del bien jurídico de un tercero inocente, para salvaguardar un interés jurídico que se encuentra amenazado¹¹. Esta causa de justificación que se encuentra regulada en el artículo 10 N° 7 del Código Penal (en adelante “CP”) ha recibido mucha atención por parte de la dogmática penal chilena, particularmente desde que el legislador incorporara una nueva hipótesis de estado de necesidad en el numeral 11° del mismo artículo¹². Sin embargo, en la revisión que haremos a continuación no profundizaremos sobre las discusiones dogmáticas, sino que nos limitaremos a identificar aquellas cuestiones en donde hay mayor consenso en la doctrina para poder valorar las decisiones judiciales que se dan en el ámbito del hurto famélico.

El fundamento de esta justificación suele atribuirse a dos principios diferentes. Para algunos, el estado de necesidad justificante se funda en el principio de primacía del interés preponderante, conforme al cual un interés de menor valor ha de ceder para proteger a otro más valioso¹³. Para otros, el fundamento de esta causa de justificación se encuentra en el principio de solidaridad según el cual las personas debemos, en situaciones excepcionales, contribuir con nuestros propios intereses a la protección de intereses ajenos¹⁴.

Cualquiera sea el principio que se favorezca, en el ordenamiento jurídico chileno el estado de necesidad agresivo debe satisfacer las condiciones del artículo 10 N° 7° del CP, que restringe el estado de necesidad justificante a situaciones en donde el interés afectado es la propiedad¹⁵. De acuerdo con estas condiciones el ‘daño’ a la propiedad se encuentra au-

¹⁰ Véanse en este sentido: MATUS y RAMÍREZ (2021a) p. 523; MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 353-354; NOVOA (2005) Tomo I, p. 364-365; ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 268; BUSTOS (1986) p. 193; LABATUT (1972) pp. 293-294; OLIVER (2013) pp. 116-118; y WILENMANN (2014) p. 216.

¹¹ Véase ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 261, y CURY (2021) pp. 550-551. El carácter de “agresivo” del estado de necesidad está dado por el hecho de que, para salvaguardar un bien, se afecta a terceros que no son la fuente del peligro que se intenta aplacar, a diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad defensivo en donde el tercero o sus bienes son la fuente de peligro. Véase MATUS y RAMÍREZ (2021b) p. 346.

¹² Esta nueva hipótesis de estado de necesidad se incorporó el año 2010 a través de la ley número 20.840, lo que ha generado un amplio debate sobre la relación entre ambas figuras y el sentido y alcance de nuestra regulación sobre estado de necesidad justificante y exculpante. Véase, sobre esto, por ejemplo: CURY (2013); MAÑALICH (2013); ACOSTA (2013); VARGAS (2013); entre otros.

¹³ En este sentido, véase, por ejemplo: MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 315-316. Para una reflexión más profunda sobre el alcance y significado que puede tener este principio véase GUERRA (2017).

¹⁴ Véase WILENMANN (2014) pp. 226-239. En el mismo sentido, Mañalich sostiene que la razón por la cual podemos estar obligados a tolerar jurídicamente el sacrificio de ciertos bienes jurídicos propios en salvaguarda de ajenos, “solo puede ser identificada con un principio de solidaridad general”. Véase MAÑALICH (2013) p. 720. Sobre esto véanse también los planteamientos de VAN WEEZEL (2018).

¹⁵ La selección de uno u otro fundamento del estado de necesidad justificante puede incidir en la interpretación de sus requisitos legales, sin embargo, nos parece que para el caso del hurto famélico la selección de uno u otro principio no plantea grandes diferencias.

torizado cuando¹⁶: a) permite evitar un mal actual o inminente; b) el mal causado es menor al que se busca evitar; y c) no hay otro medio practicable menos perjudicial para evitar dicho mal. Veamos con algo más de detención lo que estas condiciones implican para el caso particular del hurto famélico¹⁷.

1.1. Realidad o peligro inminente del mal que se intenta evitar

De acuerdo con la doctrina nacional, la existencia de un mal actual o inminente que se pretende evitar es el elemento esencial o fundamental del estado de necesidad justificante y es lo que constituye la situación de necesidad¹⁸. El mal puede consistir en la potencial afectación de cualquier interés jurídicamente reconocido del infractor o de un tercero que es valorado negativamente y su fuente puede ser de origen natural o humano¹⁹. El mal debe ser real y no imaginario²⁰. El legislador no exige que el mal sea ilegítimo, sin embargo, debe tratarse de un peligro que no haya sido intencionalmente provocado por quien actúa bajo necesidad ni que este tenga un deber de tolerar²¹.

A diferencia de lo que ocurre con el estado de necesidad exculpante regulado en el artículo 10 N° 11 del CP, tampoco se exige que se trate de un mal grave, sin perjuicio de que parte de la doctrina sí ha impuesto este requisito²². De acuerdo con Etcheberry, la

¹⁶ La sustracción sería una forma de daño de acuerdo con nuestra doctrina. VARGAS (2011) p. 150; MATUS y RAMÍREZ (2021b) p. 351.

¹⁷ Cabe mencionar que para Cury, tras la reforma introducida al Código Penal mediante la Ley 20.480 de 18 de diciembre de 2010, que incorporó una nueva eximente en el artículo 10 N° 11, el antiguo 10 N° 7 debería ser derogado dado que la nueva eximente contemplaría todas las circunstancias que la antigua justificante contemplaba. A este respecto, véase, por ejemplo: CURY (2021) pp. 560-561.

¹⁸ Véase, por ejemplo: MATUS y RAMÍREZ (2021b) p. 348; y WILENMANN (2017) p. 581. Esto es relevante, por ejemplo, para determinar una posible aplicación de la atenuante del artículo 11 N° 1. En un sentido alternativo, Vargas sostiene que no basta con la sola configuración de un mal, ya que “[l]o propio de una situación de necesidad es la existencia de un conflicto entre dos bienes protegidos jurídicamente, el peligro para un bien jurídico evitable únicamente a costa del sacrificio de otro bien protegido”. Véase VARGAS (2013) p. 249.

¹⁹ GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, p. 141; MATUS y RAMÍREZ (2021b) p. 348; VARGAS (2011) pp. 149-150; ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 265; WILENMANN (2017) p. 584, y ACOSTA (2013) p. 701 sobre la valoración negativa del mal. En principio, además podría tratarse de una afectación a un bien jurídico individual o colectivo, véase COUSO (2011) pp. 235-236.

²⁰ Al respecto, CURY (2021) p. 551 sostiene: “El mal que se trata de evitar tiene que ser real con arreglo a una apreciación ex ante. Aquí, como ocurre con la agresión en la legítima defensa, la realidad del mal se objetiviza de acuerdo al criterio de un ‘observador entendido’”. Si el mal es imaginario, el sujeto podría estar actuando bajo un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, cuya forma de resolución es ampliamente discutida por la doctrina. Véase sobre esto ACOSTA (2013) pp. 703-704.

²¹ Véase la revisión de esta discusión en CASTILLO (2016) p. 353.

²² Según indica ETCHEBERRY (1999) p. 266: “La doctrina suele agregar el requisito de la gravedad del mal, punto al cual no se refiere nuestra ley. Puede invocarse la justificante para evitar males leves, siempre que los daños que se causen sean todavía más leves que los evitados”. En el mismo sentido, véase NOVOA (2005) p. 366; y COUSO (2011) p. 236. También, Castillo y Vargas advierten que la ausencia del adjetivo grave es deliberada por parte del legislador, véase CASTILLO (2016) p. 349 y VARGAS (2013) pp. 749-751. En contra de esta postura, Matus y Ramírez sostienen que tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante suponen un mal grave, véase MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 347-349. Por su parte, Cury sostiene que “dada la mezquindad de la justificante original (la del 10 N° 7) los casos en los cuales es necesario dañar la propiedad ajena para salvar un bien propio amenazado por un mal insignificante son triviales y carecen de significación práctica que justifique la conservación de una eximente especial para excluir su antijuridicidad”. Véase en CURY (2013) p. 255.

única medida de gravedad del mal que corresponde exigir es la que se impone en virtud del requisito de que el mal causado sea inferior al evitado²³. Pero aun cuando la norma no contenga una exigencia de gravedad del mal, a nuestro parecer debe existir una amenaza de sufrir un daño no trivial, pues de lo contrario no cabría hablar de ‘mal’. Adicionalmente, el carácter excepcional que tiene el estado de necesidad en términos de alterar los presupuestos básicos de aplicación del derecho, otorgan otra razón para exigir que se trate de un mal relevante²⁴.

La cuestión sobre el nivel de gravedad del mal, en todo caso, no es determinante en lo que aquí nos concierne, pues existe bastante consenso en la doctrina chilena de que este requisito sí concurre en los casos típicos de hurto famélico, en donde el mal que se intenta combatir suele ser grave o muy relevante (el hambre, el frío o la enfermedad)²⁵.

1.2. Que el mal causado sea menor al mal que se busca evitar

Para verificar la concurrencia de este requisito, el tribunal debe ponderar los males en juego, esto es, el mal causado y aquel que se busca evitar²⁶. Este ejercicio es bastante complejo, pues no existe pleno consenso en el punto de vista que debe adoptarse para efectos de valorar los males en juego, los criterios variarán según cuál sea el fundamento que uno le atribuya al estado de necesidad del numeral 7° del artículo 10, y finalmente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico-penal una jerarquización de intereses y formas de afectación que sea suficientemente clara y precisa²⁷. Hasta hace no mucho tiempo, por ejemplo,

²³ ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 266. Por su parte, Cury sostiene que “Tratándose del estado de necesidad justificante, la gravedad se determina en relación con el mal que se causa [...] La exigencia de que el mal que se evita sea de más entidad que el que se causa no está expresa en la ley, pero debe deducirse del hecho de que en el N° 11 del art. 10 se encuentran legislados conjuntamente el estado de necesidad justificante y el exculpante y que, de acuerdo a la doctrina absolutamente dominante en la actualidad ese es un requisito indiscutido del primero de ellos para diferenciarlo del segundo, de manera que en nuestro Ordenamiento jurídico tampoco se podría ignorarlo si se quiere sistematizar apropiadamente a los dos”. Véase en: CURY (2021) pp. 551-552.

²⁴ Esto es especialmente claro si el fundamento de la justificación es el principio de solidaridad, que altera el principio de autonomía y las esferas de inviolabilidad que el derecho moderno confiere a los sujetos. Véase en este sentido WILENMANN (2014) pp. 234-239 y WILENMANN (2017) p. 581; pp. 589-592, sobre la exigencia de un “mínimo de relevancia”. Si la solidaridad fundamenta el estado de necesidad, esta en todo caso no puede primar por sobre la autonomía formal y esto ocurriría según Wilenmann “cuando la lesión mínima que puede esperarse del peligro no alcanza a ser ‘relevante’”. Véase WILENMANN (2017) p. 598. Para Vargas, siguiendo a Cury y Novoa, la gravedad o relevancia mínima iría implícita en la diferencia entre males y la exigencia de ponderancia del mal evitado. Véase VARGAS (2013) p. 751 y VARGAS y HENRÍQUEZ (2013) p. 16.

²⁵ Si bien el hambre suele aparecer como el mal que típicamente se busca evitar en los casos de hurto famélico (véase, por ejemplo, ETCHEBERRY (1999), Tomo I p. 268, BUSTOS y HORMAZÁBAL (1999) p. 152; y MEDINA (2010) p. 260), la doctrina reconoce otros males equivalentes que también configuran casos de hurto famélico, tales como el frío o la enfermedad. Algunos han planteado un concepto de “hurto necesario” en vez de hurto famélico para expresar esta mayor amplitud. Así Labatut sostiene que bajo el concepto de hurto necesario “se designa la substracción de alimentos realizada por quien, habiendo caído al último extremo de la miseria, se encuentra en peligro de perecer de inanición o de prendas de vestir para cubrir su desnudez o protegerse del frío que amenaza su salud o su vida”. Ver LABATUT (1972) p. 293. En el mismo sentido, ver también NOVOA (2005) pp. 364-365.

²⁶ Sobre esto véase VARGAS (2013) pp. 763-764 y VARGAS y HENRÍQUEZ (2013) pp. 29 y ss.

²⁷ Sobre la complejidad del punto de vista a utilizar para valorar los males en juego, véase, por ejemplo, COUSO (2011) p. 236-237, MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 350-351 y ETCHEBERRY (1999) pp. 262-265. Un interesante

el delito de robo con intimidación podía alcanzar una pena mayor que la del delito de homicidio²⁸. En todo caso lo que debe compararse son males y no bienes jurídicos, por lo que aun cuando hubiera algo así como una clara jerarquización de bienes jurídicos en nuestro ordenamiento, la cuestión no se podría zanjar en abstracto²⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, en el ámbito específico del hurto famélico, el ejercicio debería ser algo más sencillo, pues además de que hoy es posible decir con bastante fundamento que nuestro ordenamiento jurídico penal otorga un mayor valor a la vida, salud e integridad física que a la propiedad privada, la intensidad del mal que gatilla una situación de hurto famélico suele ser bastante alta y el impacto del delito en la víctima, bastante leve³⁰. Prueba de ello es la regla que establece que los delitos contra la vida y la integridad física son generalmente punibles cuando se realizan de manera culposa, a diferencia de lo que ocurre con los atentados contra la propiedad que son generalmente impunes cuando se realizan sin dolo³¹. Otra demostración de lo mismo es, sin ir más lejos, que la doctrina chilena utiliza precisamente al hurto famélico como una referencia habitual para ejemplificar cuándo habría preponderancia del interés relevante en el estado de necesidad justificante³².

1.3. *Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para evitar el mal*

Finalmente, el legislador impone la exigencia de subsidiariedad o necesidad. El infractor no puede ser justificado si contaba con otro medio salvador practicable y menos perjudicial a su alcance³³. Esta es la exigencia más difícil de cumplir en el hurto famélico, pues la doctrina (y los tribunales) la ha interpretado de manera muy restrictiva³⁴. La exigencia tiene dos dimensiones. Una dimensión es estrictamente de subsidiariedad, en el sentido de que solo puede ser necesario quebrantar el derecho para evitar un mal en estos casos, cuando no haya un mecanismo lícito practicable que sirva para dicho fin. La segunda dimensión en cambio es una exigencia de necesidad en un sentido más estricto que obliga al agente a escoger el medio salvador menos perjudicial de entre los disponibles.

En general, se ha considerado que ha de descartarse el estado de necesidad cuando el hambre o la falta de recursos materiales no aparecen como una amenaza inminente de

esfuerzo por articular un modelo de ponderación de males o intereses puede encontrarse en WILENMANN (2017) pp. 605-624, quien propone que al juez le corresponde comparar la intensidad de la afectación personal que significa para el necesitado la realización del peligro versus la que significa la realización de la acción de necesidad para su destinatario, correspondiendo en ambos casos a ‘afectaciones materiales’.

²⁸ Véase CHILE, Ley 20.779, que modificó las penas del homicidio simple en el año 2014.

²⁹ Véase en este sentido CÉSPEDES, ESCOBAR y MENDOZA (2022) pp. 51-52 y lo señalado en la nota 27.

³⁰ Esto último es obviamente contingente, pero como sostuvimos en la sección anterior, en la generalidad de los casos de hurto famélico el valor de lo hurtado es muy bajo. En muchos casos, además, la víctima suele ser una persona jurídica (supermercado o farmacia) con patrimonios bastante extensos.

³¹ Véase el artículo 10 numeral 13 del CP en relación con los artículos 490 y siguientes del CP.

³² Véase, por ejemplo, LABATUT (1972) p. 293.

³³ MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 353-354; ETCHEBERRY (1999) p. 268.

³⁴ En este sentido, véase LABATUT (1972) p. 294; VARGAS (2011) p. 151. Quizás el ejemplo más clásico de la reticencia jurisprudencial a dar por satisfecho el requisito de subsidiariedad en los casos de estado de necesidad (exculpante o justificante) se da en el ámbito de las agresiones causadas por mujeres víctimas de violencia. Para una discusión al respecto véase VILLEGAS (2021) pp. 65-75.

muerte o de afectación grave de la salud, pues fuera de estos casos los infractores habrían podido recurrir a medios lícitos tales como centros de caridad o solicitar ayudas estatales³⁵. Algunos además han usado este requisito para fundar una exigencia extra-legal de austeridad que excluye el estado de necesidad cuando los bienes sustraídos son más valiosos que otros bienes accesibles y funcionalmente equivalentes³⁶.

A nuestro parecer, sin embargo, una interpretación adecuada de la regla no debería conducir a una postura tan estricta como la que parece primar hoy en nuestra doctrina y jurisprudencia. Aunque el asunto es discutible, la regla de la circunstancia tercera del artículo 10 numeral 7 exige que no haya otro medio *practicable*; no que haya otro medio *posible*³⁷. De ahí que, en el caso del hurto famélico, el hecho de que existan medios lícitos para que las personas necesitadas accedan a alimentos, abrigos y remedios, no es suficiente como para afirmar que sean *practicables* en el caso concreto³⁸. Si dichos medios no son accesibles en la práctica, debería reconocerse un estado de necesidad³⁹. Sin perjuicio de ello, la dificultad de verificar la concurrencia de este requisito ha dado razones para que la doctrina históricamente recurra a la eximente de inexigibilidad contemplada en el artículo 10 N° 9 del

³⁵ En este sentido véase: ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 268; BUSTOS y HORMAZÁBAL (1999) p. 152; GARRIDO MONTT (2008) pp. 173-174; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004) p. 232. A este respecto, Wílenmann sostiene que existen limitaciones que permiten excluir del grupo de casos comprendidos bajo el estado de necesidad a las que él denomina: relativas, de oportunidad y absolutas. Mientras que las relativas y de oportunidad hacen referencia a las condiciones en que se encuentra el Estado para combatir el peligro que da lugar a la necesidad, las absolutas hacen referencia al grupo de casos excluidos por tratarse de problemas que el Estado ha fijado bajo su competencia privativa para solucionarlos mediante procedimientos regulados. En particular respecto de este último grupo de casos, se podría subdividir en 2: a) aquellos relativos a la necesidad no vital cotidiana (acciones redistributivas) y, b) acciones que afectan derechos ajenos pese a la existencia de un proceso institucionalizado para obtener la superación de la necesidad mediante la regulación especial de permisos de afectación de esos derechos. Véase en WÍLENMANN (2017) pp. 599-605.

³⁶ En este sentido Medina al analizar este requisito estima que, si una persona que muere de frío escoge un abrigo lujoso antes que una manta, su comportamiento no estaría justificado. Véase MEDINA (2010) p. 274.

³⁷ Como señala Couso, “las posibilidades meramente teóricas no privan de la justificación a quien optó por sacrificar un interés ajeno, si concretamente no podía disponer de ese otro medio solo accesible en teoría” (véase en: COUSO (2011) p. 237). Una postura diferente plantea van Weezel al analizar el mismo requisito en el artículo 10 numeral 11 del CP, en sus palabras: “Un medio necesario es aquel que resulta indispensable, y solo es indispensable un medio respecto del cual no hay otra alternativa practicable. Desde esta perspectiva, el medio menos lesivo y el único practicable se confunden en uno solo”. Ver VAN WEEZEL (2018).

³⁸ En este sentido, señala Cury que: “[e]l necesitado, por eso, debe ponderar la mayor o menor dificultad de servirse de medios menos perjudiciales que aquellos de que echa mano y actuar solo cuando concluye razonablemente que no le es posible acudir a ellos en la situación existente y que, por consiguiente, no le queda otra opción que la injerencia salvadora en los bienes jurídicos inocentes. Con todo, debe tenerse presente la situación de emergencia en la que usualmente suele encontrarse en estos casos el amenazado y que naturalmente reduce sus posibilidades de un examen muy detenido”. Ver en CURY (2013) p. 261.

³⁹ Si bien los jueces, como veremos, suelen aludir a la posibilidad de recurrir a instituciones de caridad como medios alternativos al delito, no existe en Chile una red pública o privada que otorgue acceso a alimentación de manera permanente y accesible a lo largo de todo el país. Esto más bien está entregado a algunas iniciativas municipales, centros de caridad, a establecimientos educacionales o a centros de salud, pero cada uno de ellos asume un rol parcial y fragmentario en esta tarea. Véase, RED DE ALIMENTOS (sitio web, 2020), RED DE ALIMENTOS (sitio web, 2021), LATHAM (2002) p. 138.

Código Penal, como una alternativa para enfrentar estos casos y otros casos de necesidad⁴⁰. Pasemos entonces a revisar esta segunda posibilidad.

2. INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

La segunda institución que integra la doctrina chilena del hurto famélico es la causa de exculpación regulada en el artículo 10 N° 9 del CP, que exime de responsabilidad a quien “obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable”⁴¹. De acuerdo a la doctrina mayoritaria, la primera parte de la disposición, esto es, la fuerza irresistible, alude tanto a la *vis compulsiva* como a la *vis absoluta*, pero en tanto causa de exculpación por inexigibilidad, lo que nos interesa aquí es su dimensión compulsiva⁴². Esta fuerza es más amplia que el miedo, en tanto consiste en *cualquier estímulo o alteración anímica que afecte de manera importante la capacidad del infractor de subordinar su comportamiento a la norma jurídica. Algunos la consideran como la “cláusula general de inexigibilidad” en el ordenamiento jurídico penal chileno*⁴³.

El miedo insuperable, contemplado a continuación de la fuerza irresistible, también ha sido comprendido como una cláusula de inexigibilidad, pero se restringiría a alteraciones en la oportunidad de realizar el comportamiento debido, que proceden de la anticipación del acaecimiento de un mal grave (en caso de seguirse la regla de comportamiento)⁴⁴.

Para que la fuerza o el miedo tornen inexigible el comportamiento conforme a derecho, lo relevante es que el comportamiento debido aparezca como extremadamente oneroso para el autor y esto afecte gravemente su capacidad de autodeterminación. En otras palabras, la fuerza o el miedo han de impulsar al sujeto a realizar una conducta típica y antijurídica, con una intensidad tal que vuelva inapropiado exigir el comportamiento conforme a derecho⁴⁵. Para parte importante de la doctrina, el miedo o la fuerza pueden reconocerse

⁴⁰ Para una breve mirada histórica sobre esta relación entre el art. 10 N° 7 y 10 N° 9, véase GUERRA (2019) pp. 59-61. Sobre la tendencia a preferir el miedo insuperable por estas razones véase MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 353-354; Garrido Montt favorece inclinarse por la inexigibilidad por las dificultades probatorias en cuanto a que no haya existido otro medio practicable y menos perjudicial de evitar el mal. Ver GARRIDO MONTT (2008) Tomo IV, p. 173. Asimismo, Oliver sostiene que la jurisprudencia ha preferido abordar este asunto en sede de culpabilidad por las dificultades probatorias para acreditar todos los requisitos legales del estado de necesidad justificante y la comprensión estricta de los mismos. Véase en OLIVER (2013) p. 117.

⁴¹ Entre quienes mencionan al hurto famélico dentro de su estudio de la inexigibilidad, se encuentran GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, pp. 146-147; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004) p. 343; HERNÁNDEZ (2011) p. 252; y ETCHEBERRY (1999) p. 268. Cabe mencionar que la apelación a la fuerza irresistible para casos de hurto famélico aparece ya en el famoso caso de Louise Ménard acusada de robar un pan para alimentar a sus hijos, fallado a fines del siglo XIX por el célebre francés Paul Magnaud, el “juez bueno”. En el pronunciamiento del Tribunal de Chateau-Thierry del 4 de marzo de 1898, se absolvió por fuerza irresistible a una acusada por robar un pan en una panadería. El juez consideró que el hecho de ser madre y de no contar con alimentos ni dinero para satisfacer esa necesidad “real o dominante”, configuraba una situación de fuerza irresistible. Véase en: LEYRED (1909) pp. 28-41.

⁴² MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 435-436; CURY (2021) pp. 695-696; ETCHEBERRY (1999) pp. 348-350; GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, pp. 240-241. En sentido contrario, NOVOA (2005) pp. 268-272.

⁴³ HERNÁNDEZ (2011) pp. 247 y 248.

⁴⁴ HERNÁNDEZ (2011) p. 253.

⁴⁵ Véase en este sentido POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004) p. 342; ETCHEBERRY (1999) pp. 348-350; HERNÁNDEZ (2011) pp. 256-257; y CURY (2021) p. 699, que señala que “es necesario que la perturbación expe-

aun cuando no haya una situación de peligro objetivo para el agente, pues la inexigibilidad está determinada por una conmoción psíquica o anímica que afecta la capacidad de determinarse de conformidad al derecho⁴⁶.

Las posibilidades de utilizar esta defensa en un caso de hurto famélico dependen en parte de cómo se interprete la fuerza irresistible y el miedo insuperable, particularmente de que se acepte como una forma de fuerza aquella que no tiene un carácter material sino moral o psicológico⁴⁷. La fuerza, en todo caso, sea física como el frío o el hambre, o psicológica, como el pudor, debe ser actual y verdaderamente compulsiva⁴⁸. La actualidad de la fuerza exige que el hambre, el frío, el padecimiento de un dolor, la vergüenza por no tener vestimentas, etc., tengan lugar en el momento en que el sujeto realiza el delito o por lo menos, que la anticipación de dicho padecimiento genere un impacto en su libertad de acción al momento de infringir la norma de comportamiento. El carácter de compulsivo, se desprende de lo apremiante que es superar estos padecimientos. Algunos consideran que el hambre y la pobreza extrema son en sí mismas situaciones de fuerza irresistible en la medida que impulsan a alguien a salir de ellas de manera perentoria⁴⁹.

Matus y Ramírez exigen además legitimidad o “moralidad” en el móvil. Para el caso del hurto famélico, por ejemplo, este estaría dado por la desesperación o angustia de satisfacer un deber de cuidado de un tercero o aliviar una situación de extrema precariedad o necesidad⁵⁰. Otros, sin embargo, sostienen que es conveniente mantener un criterio neutro⁵¹. Esta discusión podría tener alguna relevancia en los casos de hurto famélico en donde la necesidad y el hurto responden a situaciones vinculadas con problemas de adicción a drogas o alcohol, los cuales no son extraños en nuestra jurisprudencia⁵². Para quienes consi-

rimentada por el sujeto sea tan profunda que reduzca efectivamente su capacidad de autodeterminación hasta un límite que tampoco el hombre medio podría sobrepasar”.

⁴⁶ Véase sobre esto brevemente: HERNÁNDEZ (2011) p. 253; ACOSTA (2013) pp. 697-698; GUERRA (2019); y MAÑALICH (2013) pp. 741-742.

⁴⁷ Parte de la doctrina incluye dentro del concepto de ‘fuerza’ a la fuerza moral (incluso la que proviene del propio infractor). Según esta posición, la fuerza moral priva al hecho de su carácter voluntario igual que la fuerza física, pues es capaz de presionar con la misma intensidad al sujeto para que realice el comportamiento típico. En este sentido, véase MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 435-437; ETCHEBERRY (1999) Tomo I, pp. 348-350; GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, pp. 240-241. En contra, véase NOVOA (2005) pp. 268-272. En relación con los casos de hurto famélico, Novoa critica a ciertos fallos que lo estiman subsumible bajo el artículo 10 N° 9 CP, indicando que la aplicación de esta eximente a estos casos “desnaturaliza” el verdadero alcance de dicha causal de exculpación, reducido a la fuerza material extraña al individuo que la padece. Ver NOVOA (2005) pp. 364-365.

⁴⁸ Seguimos aquí a GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, pp. 240-243.

⁴⁹ GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, p. 147. Sobre la referencia a la pobreza extrema, véase: POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004) p. 343. En el mismo sentido, Hernández, cita jurisprudencia del siglo pasado que da cuenta de que “la pobreza extrema y el hambre aguda y pertinaz del imputado y de su familia pueden alcanzar un grado tal que lo impulsen a la comisión del delito violentando su voluntad en los términos del N° 9”. Véase en: HERNÁNDEZ (2011) p. 252. Como un ejemplo de fuerza irresistible, Matus y Ramírez mencionan el caso de un padre que, motivado por el amor filial, comete robo con fuerza en un lugar no habitado para adquirir remedios para su hija enferma. MATUS y RAMÍREZ (2021b) p. 439.

⁵⁰ MATUS y RAMÍREZ (2021b) pp. 436-437; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2004) p. 343.

⁵¹ GARRIDO MONTT (2003) Tomo II, p. 242.

⁵² En nuestro universo primario de casos encontramos situaciones en que los imputados presentaban problemas de consumo y adicción a drogas. Ver: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, 24/07/2016; Tribunal

deran que la legitimidad del móvil es una condición de la inexigibilidad y que ésta excluiría los casos de hurto de drogas o alcohol, se podrían considerar, en todo caso, la eximente de inimputabilidad del artículo 10 N° 1 o bien la atenuante de imputabilidad disminuida que se construye vinculando la norma recién citada con el artículo 11 N° 1 del CP. También cabría considerar la atenuante de arrebató u obcecación establecida en el artículo 11 N° 5 CP.

III. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

Para efectos de levantar nuestra muestra jurisprudencial elaboramos una lista de códigos para encontrar sentencias en que los tribunales se refirieran al hurto famélico, asumiendo que nuestros tribunales emplean un lenguaje similar al de la doctrina nacional analizada en el capítulo anterior⁵³. Fijamos nuestro período de búsqueda entre los años 2004 y 2019⁵⁴. Logramos recolectar un total de 114 sentencias (2 de Cortes de Apelaciones y 112 de tribunales penales de primera instancia), de las cuales excluimos aquellas en que los ilícitos imputados correspondían a delitos sexuales o tráfico de drogas para centrarnos en el caso paradigmático del hurto famélico que supone un atentado contra la propiedad. Esto redujo nuestra muestra a 104 casos, que son los que analizamos en este estudio⁵⁵.

de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, 26/07/2008; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 02/04/2004.

⁵³ Nuestro listado incluyó términos como “hambre”, “famélico”, “estado de necesidad”, “fuerza irresistible”, “hurto”, “alimentos”, “comida”, “hurto falta”, así como distintas derivaciones y combinaciones de estos conceptos. Una vez definidos estos códigos, los ingresamos en sistemas de búsqueda jurisprudenciales, incluyendo el sistema del Poder Judicial. Las plataformas utilizadas fueron VLEX, LexisNexis, WestLaw, y MicroJuris.

⁵⁴ Consideramos este periodo, y especialmente el año 2004 como punto de partida, pues la implementación de la reforma procesal penal en el país, con sus nuevos tribunales, estructura procesal, e instituciones, contempló periodos diferenciados de instalación. Como explica Lydia B. Tiede, cada fase de implementación contó con un periodo de adaptación y un subsecuente periodo de consolidación. En el caso de la cuarta y la novena región, las primeras en que se implementó la reforma, el periodo de consolidación comenzó el año 2003. El resto de las regiones desarrollaron sus periodos de consolidación subsiguientemente, y según su respectiva implementación, a partir del año 2004. Por ello, asumimos que los primeros fallos de casos sobre hurto famélico bajo la reforma procesal penal debían comenzar a aparecer desde el año 2004, esto es, un año después del inicio del periodo de consolidación en las primeras regiones en que la reforma se hizo operativa. Ver TIEDE (2012). Sobre las fases de desarrollo de la reforma, y sus efectos en las tasas de encarcelamiento del país, véase, también, ARRIAGADA, FARIAS y WALKER (2021). La determinación del año 2019 como término de nuestro periodo de análisis se explica por el hecho de que buscábamos examinar un lapso temporal en que la pandemia de COVID-19 no constituyera un factor determinante en la actividad de los tribunales penales.

⁵⁵ Para analizar las sentencias elaboramos un instrumento (“ficha de análisis”) que organiza de manera uniforme el contenido de cada sentencia y da cuenta de aspectos como el sexo del imputado, su edad, el delito por el cual fue juzgado, el tipo de procedimiento que se aplicó, la pena requerida por el ministerio público, la alegación de la defensa con respecto a la concurrencia de un hurto famélico y la decisión del tribunal. Con la información de las fichas de análisis construimos una base de datos con 13 variables para describir las características generales de la muestra. Específicamente nuestras variables dan cuenta de: el género del imputado, su edad, el tipo de bien hurtado, su avalúo, el tipo penal imputado, la alegación de hurto famélico por parte de la defensa, el tipo de juicio, el resultado del juicio en términos de absolución o condena, la imposición y cuantía de una pena privativa de libertad, la imposición y cuantía de una pena pecuniaria, la relación entre la pena finalmente impuesta y aquella solicitada por el Ministerio Público, la calidad de persona natural o jurídica de la víctima, y la presentación de un recurso contra la sentencia definitiva dictada por el tribunal de primera instancia.

Este diseño metodológico nos permitió desarrollar una muestra de casos única en el contexto nacional, pues no existen estudios que aborden en detalle la forma en que los tribunales penales resuelven casos relativos al hurto famélico. Adicionalmente, los estudios jurisprudenciales en Chile suelen centrarse en las decisiones adoptadas por tribunales superiores de justicia, sin prestar demasiada atención a los fallos de primera instancia. En nuestro estudio, en cambio, nos enfocamos en la actividad de los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal. Esta no fue una decisión deliberada sino impuesta por la falta de resoluciones sobre hurto famélico en tribunales de segunda instancia para este periodo. Sin embargo, esta limitación nos permitió aproximarnos al “derecho en acción” al concentrarnos en los fallos de primera instancia, que catalizan la actividad de los niveles superiores de la judicatura o determinan directamente el contenido del derecho en un gran número de casos que no son revisados por los tribunales superiores de justicia. La muestra, en este sentido, nos permitió aproximarnos a las peculiaridades de la litigación y juzgamiento de estos casos penales y articular un diagnóstico que persigue entregar nuevas herramientas teóricas para el trabajo de los operadores de la justicia penal.

En cuanto a las limitaciones de este estudio, tanto el análisis como los hallazgos no son generalizables en términos estadísticos. Los datos que tenemos no poseen una extensión suficiente para realizar evaluaciones estadísticas acabadas ni para crear indicadores robustos que permitan llevar a cabo análisis de regresión orientados a determinar cuantitativamente, por ejemplo, qué variables aumentan o disminuyen las probabilidades de que se condene o absuelva a un imputado en un caso de hurto famélico, o de que se reconozca una eximente o atenuante de responsabilidad penal.

Nuestra base de datos no considera alternativas procesales que pueden dar término a un juicio sin implicar una decisión de absolución o condena, como el principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, o los acuerdos reparatorios. En este sentido, nuestra muestra no captura la posibilidad de que los tribunales empleen estas instituciones procesales frente a situaciones en que se estima que no existe responsabilidad penal debido a que concurren los elementos del estado de necesidad o de la inexigibilidad. Por último, nuestro trabajo tampoco contempló entrevistas ni ejercicios de observación participante durante el desarrollo de los juicios en que se fallaron los casos, por lo que no hemos podido evaluar la manera en que la forma y disposición de las intervenciones de la defensa, el Ministerio Público o los jueces, han podido influir en las decisiones finales adoptadas por la judicatura. Sin perjuicio de sus limitaciones, nuestra muestra sí da cuenta de diversos patrones y problemas que presentan tanto la litigación como el juzgamiento de casos de hurto famélico en el sistema penal chileno que vale la pena analizar jurídicamente. Sobre todo, da cuenta de la amplia distancia que existe en este ámbito entre la doctrina penal chilena y el criterio de nuestros tribunales penales. Por último, esta muestra devela características interesantes sobre los infractores y las circunstancias de comisión de estos delitos que revisaremos brevemente antes de presentar el contenido de las decisiones judiciales analizadas.

En términos de composición demográfica, un 33,65% de las personas imputadas eran mujeres, lo que sugiere una sobrerrepresentación de la criminalidad femenina en este ámbito pues el porcentaje de imputadas mujeres en el sistema penitenciario actualmente

bordea el 7%⁵⁶. En cuanto a la edad, solo obtuvimos información en 84 de los 104 casos observados y allí la edad promedio fue de 34 años⁵⁷, cifra que se encuentra dentro del tramo de entre 30 y 59 años en que se concentra más del 50% de la población penal chilena según los datos consolidados de Gendarmería de Chile al momento de concluir este trabajo⁵⁸, y que es similar al promedio de edad de las personas privadas de libertad representadas por la Defensoría Penal Pública⁵⁹.

En términos del procedimiento, un 15,4% de los imputados (16 de 104) fue juzgado por un tribunal oral en lo penal. El restante 84,6% de las sentencias (88 de 104) fue dictado por un juzgado de garantía. De estos últimos, la gran mayoría se tramitó en un procedimiento simplificado⁶⁰.

Con respecto a las circunstancias de hecho, en un 60,6% de las sentencias, los bienes hurtados y/o robados correspondieron solo a alimentos, mientras que en el 39,4% de los casos, los bienes o no eran alimentos, o correspondían a un conjunto de alimentos y otros bienes. En términos de valor económico, en general se trata de bienes de bajo valor. Sin perjuicio de que no contamos con información para todos los casos, el promedio del avalúo en los que sí tenemos información (86 de 104 casos, o un 82,7% de la muestra), fue de \$32.163, donde el menor avalúo corresponde al caso de un individuo que hurtó dos encendedores y galletas por un valor total de \$800⁶¹, y el mayor corresponde a un caso en que dos personas hurtaron 10 rieles de tren avaluados en \$380.000⁶². De este grupo de observaciones, en 66 casos el valor de los bienes no excedió los \$20.000.

En relación con los tipos penales imputados, los delitos que se presentaron con mayor recurrencia fueron el hurto falta consagrado en el artículo 494 bis del Código Penal que se aplicó en un 45,1% de los casos y el delito de hurto contemplado en el artículo 446 del Código Penal, que se aplicó en un 39,5% de los casos⁶³.

En cuanto a la absolución o condena de los imputados, un 91,3% de los casos (95 de 104) terminó con una sentencia condenatoria y el restante 8,7% (9), con una sentencia absolutoria. En un 71,1% de los casos la defensa alegó, o al menos mencionó, la expresión “hurto famélico”.

⁵⁶ Ver GENDARMERÍA DE CHILE (sitio web, 2022). La cifra corresponde a la población carcelaria femenina reportada por Gendarmería de Chile el último día de septiembre de 2022.

⁵⁷ Esta edad promedio se mantuvo incluso al separar la muestra entre hombres y mujeres. La edad más alta fue de un hombre de 74 años; la más baja, de 18 años, también correspondió a un hombre.

⁵⁸ GENDARMERÍA DE CHILE (sitio web, 2021).

⁵⁹ Un estudio reciente indica que el promedio de edad de los usuarios del servicio de defensa penitenciaria de la Defensoría Penal Pública es de 34,1 años. Ver CARVACHO, VALDÉS y MATEO (2021).

⁶⁰ 84 casos de un total de 88 se tramitaron en un procedimiento simplificado, y solo 4 en procedimiento abreviado.

⁶¹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, 13/02/2006.

⁶² Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 02/02/2005.

⁶³ Conjuntamente, el hurto falta y el hurto, fueron imputados en un 84,6% de la muestra de casos. En los casos restantes (15,4%) se imputaron otros delitos como los contemplados en los artículos 436 inciso primero (robo con violencia o intimidación), e inciso segundo (robo por sorpresa), 440 (robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación), y 442 (robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado), todos del Código Penal.

Con respecto a las penas impuestas, consideramos las sanciones privativas de libertad y aquellas de carácter pecuniario como dos variables distintas. De este modo, en nuestro universo total de 104 observaciones, en un 55,8% de los casos (58) se impusieron penas privativas de libertad, lo cual implica que en el restante 44,2% (46) no se aplicó esta clase de sanción. Las penas pecuniarias se impusieron en un 64,4% de los casos (67) y en el restante 35,6% (37) no se aplicaron. En un 28,8% del total de casos (30 de 104) se impusieron conjuntamente penas pecuniarias y privativas de libertad.

Finalmente, solo en 3 de los 104 casos observados, se presentó un recurso y dos de ellos correspondieron a recursos de nulidad interpuestos por el Ministerio Público solicitando la invalidación de sentencias absolutorias dictadas por juzgados de garantía⁶⁴.

IV. EL HURTO FAMÉLICO EN LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES PENALES CHILENOS

En la revisión de los argumentos jurídicos de los casos de nuestra muestra hemos encontrado dos características principales. En primer lugar, hay una falta de comprensión o confusión en el análisis jurídico del hurto famélico por parte de la defensa y la judicatura. Esto se expresa en una escasa discusión y argumentación sobre las condiciones del estado de necesidad o de la inexigibilidad en los casos de hurto famélico, así como en la alusión a requisitos que no aparecen ni en la ley ni en la doctrina⁶⁵.

En segundo lugar, la falta de comprensión y argumentación sobre la articulación dogmática del hurto famélico se complementan con una actitud reticente de la judicatura a excusar o justificar estos casos. Lo anterior se expresa fundamentalmente en el hecho de que los requisitos judiciales que se formulan para el hurto famélico, lo vuelven altamente impracticable. En efecto, los porcentajes de condena en nuestra muestra, con las limitaciones que indicamos en la sección anterior, son superiores al 90%. Si bien esta reticencia podría deberse a un desconocimiento sobre la figura, en las conclusiones plantearíamos que también podría explicarse en base a preocupaciones de carácter político criminal, a la forma en que se organiza el proceso penal frente a delitos de baja entidad, y a un sesgo de clase en los operadores del sistema penal.

Para dar cuenta de las características recién referidas hemos dividido el análisis de los casos en las razones que utilizan los tribunales para excluir la procedencia de una jus-

⁶⁴ Uno de ellos fue desechado, reafirmando el criterio del tribunal de primera instancia. Ver Juzgado de Garantía de Valparaíso, 09/11/2004. El otro, en cambio, fue aceptado y ordenó la realización de un nuevo juicio por estimarse que el tribunal de primera instancia había hecho una errónea aplicación del derecho. Ver Juzgado de Garantía de Los Andes, 09/11/2004. El tercer recurso correspondió a un recurso de apelación interpuesto por la defensa, en atención a que el tribunal de primera instancia no accedió a otorgar una pena sustitutiva y ordenó el cumplimiento efectivo de la respectiva condena. El tribunal de alzada rechazó la apelación y mantuvo el criterio del tribunal de primera instancia. Ver Juzgado de Garantía de Ovalle, 25/01/2017.

⁶⁵ Si bien la defensa técnica se ve constreñida por el hecho de que la mayoría de estos casos se juzgaron en procedimientos que no otorgan mayor espacio para el debate normativo (80,1% se tramitó en procedimiento simplificado), la alusión a la figura del hurto famélico realizada por la defensa, carece de argumentaciones mínimamente claras y en muchos casos ni siquiera se citan los artículos aplicables del Código Penal, lo que presumiblemente habría permitido encauzar mejor el razonamiento del tribunal.

tificación o excusa. Dado que los tribunales no distinguen con claridad entre el estado de necesidad y la inexigibilidad, analizamos estas razones de manera diferenciada, como obstáculos generales para la operatividad de la doctrina del hurto famélico en cualquiera de sus articulaciones dogmáticas.

1. NECESIDAD Y FUERZA: AL BORDE DE LA MUERTE

En Concepción, el año 2007 un hombre fue condenado por sustraer un tarro de leche en polvo de una farmacia para alimentar a su hija recién nacida (20 días de edad)⁶⁶. La pediatra había recetado esta leche especial, pues la madre no podía seguir amamantando o utilizar la leche en polvo entregada gratuitamente por el Estado. El acusado estaba desempleado producto de un accidente laboral y no tenía dinero para comprar la leche recetada. La defensa alegó estado de necesidad bajo la doctrina del hurto famélico. El tribunal consideró, sin embargo, que no había estado de necesidad pues no había actualidad o inminencia del mal que se buscaba evitar con la sustracción de la leche. En palabras del tribunal: “habiéndose prescrito la leche en el mismo día de ocurrencia de los hechos (...) no se ha establecido que efectivamente la hija del imputado se encontrara en circunstancias tales que peligrara (...) su integridad física o su vida”. A lo anterior el tribunal agregó que la inmediatez con la que el acusado hurta la leche luego de la orden médica, muestra que no agotó otras vías lícitas para conseguir el alimento⁶⁷.

Este caso tiene varios aspectos relevantes, pero lo que nos interesa destacar aquí es que ejemplifica una tendencia de nuestros tribunales a exigir que el mal que se cierne sobre el sujeto sea un mal extremadamente grave, cercano o parecido a la muerte inmediata⁶⁸. Esta tendencia se expresa también, en casos en que los jueces excluyen el estado de necesidad o la inexigibilidad, porque lo hurtado requiere un proceso de preparación o transformación para aliviar la necesidad y eso parecería dar cuenta de que el mal no es tan inminente o irresistible⁶⁹. En un caso de Coquimbo, por ejemplo, un hombre sustrajo una bandeja de carne cruda de un supermercado. No fue un hecho controvertido que se trataba de un hombre extremadamente pobre que carecía en ese momento de medios suficientes para alimentarse, sin embargo, fue condenado por el delito de hurto, pues el

⁶⁶ Juzgado de Garantía de Concepción, 03/12/2007.

⁶⁷ Si bien el mismo tribunal reconoce que el condenado sí recurrió a familiares que no pudieron socorrerlo, sostuvo que este debió hacer más gestiones.

⁶⁸ En el mismo sentido, puede advertirse esta exigencia en una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca respecto a un recurso de nulidad, al estimar que 2 imputados en situación de indigencia que hurtaron 10 kilogramos de papas no se “encontraban ante un peligro real o inminente de padecer algún daño grave a su salud por inanición [...]”. Véase Corte de Apelaciones de Talca, 01/07/2005. También, esto se retrata en un caso similar del año 2008 en la ciudad de Molina, donde una mujer en situación de extrema pobreza sustrajo 3 bolsas de leche en polvo de un supermercado para alimentar a sus tres hijos, uno de doce años, otro de 3 años y una de 9 meses. Fue condenada como autora del delito de hurto y el juez desestimó la alegación de estado de necesidad. Ver Juzgado de Garantía de Molina, 05/08/2008.

⁶⁹ Por otra parte, cabe considerar que el legislador no ha contemplado un mandato al juez de comprobación de la certeza de la concreción del peligro ni tampoco una probabilidad elevada de ella, tal como ha señalado WILENMANN. Para este autor, aquello sería “incompatible con el carácter de institución de prevención que tiene el estado de necesidad justificante y evitaría en muchos casos que la prevención pueda ser del todo eficaz”. Véase en WILENMANN (2017) p. 586.

juez consideró que no procedía el estado de necesidad, dado que “la especie pretendida hurtar no es de aquellas que permitan su consumo directo, sino que requieren un proceso de elaboración”⁷⁰. En este mismo sentido, en un caso en Punta Arenas, un tribunal descartó eximir de responsabilidad a una mujer que hurtó una bandeja de carne y camarones para alimentarse a ella y a su hija de 6 años. El tribunal sostuvo, en términos similares al caso anterior, que era implausible que el delito fuera un medio para saciar el hambre de la menor pues la carne y los camarones “difícilmente” pueden considerarse como alimentos que una menor de 6 años pueda “consumir *libremente* para así satisfacer su necesidad de alimentarse”⁷¹.

De estos casos parece desprenderse que nuestra judicatura adhiere a una concepción de necesidad que desde Tomás de Aquino se ha definido como “necesidad extrema o gravísima” y que supone un peligro de muerte inminente, y no cualquier afectación relevante a la salud o dignidad de la persona⁷². Pero esta exigencia no se condice con la regulación legal del estado de necesidad o de la inexigibilidad donde, como vimos más arriba, la exigencia del estado de necesidad no es un mal extremo o grave, y en la inexigibilidad, lo relevante es el impacto que una situación de necesidad puede tener en la capacidad de autodeterminación del agente⁷³. Por lo demás, que la situación de necesidad exija que haya un mal actual o inminente no quiere decir que el delito, como respuesta a esa necesidad, deba ser capaz de superar dicho mal de manera inmediata o automática. En el caso de la fuerza irresistible, ni siquiera es necesario que el delito sea útil para superar el contexto que causa el estado de conmoción en el agente.

Una interpretación demasiado exigente sobre la intensidad del mal que se avecina en el caso del estado de necesidad, vuelve casi impracticable esta justificación para casos de hurto por hambre o frío. Alguien que está al borde de morir por inanición, por ejemplo, no tendrá la capacidad física ni la claridad mental como para entrar a un supermercado y sustraer comida, y aun si tiene esta capacidad difícilmente podrá pensar en discriminar los alimentos seleccionados, como por ejemplo, prefiriendo pan en vez de carne⁷⁴.

⁷⁰ Juzgado de Garantía de Coquimbo, 17/03/2009.

⁷¹ Juzgado de Garantía de Punta Arenas, 31/03/2006. El énfasis es nuestro.

⁷² Pereda recoge las categorías que formulan los teólogos clásicos en torno a los diferentes grados de necesidad. La necesidad extrema, que sería la más grave, implicaría según Tomás de Aquino “cuando es inminente el peligro de muerte y no hay más remedio para evitarla que apropiarse de lo ajeno”. Antonino Diana, por su parte, señala “cuando carece de aquello necesario para vivir, y no solo se considera tal aquella en que, si no se le socorre, al instante o muy pronto morirá, sino que debe tomarse con mayor amplitud y será extrema también si su vida se va abreviando por la penuria de todo o va cayendo en grave y larga dolencia”. En el mismo sentido, Azpilcueta señala que habría necesidad extrema “no solo cuando está en las últimas, sino cuando aparecen síntomas de que se acerca el fin si no se le socorre”. En otras palabras, la necesidad extrema se encuentra en un punto de absoluta cercanía con el colapso de la vida, donde las funciones del cuerpo están deterioradas, no pudiendo el sujeto moverse ni razonar normalmente. Es dable a asumir, además, que es un estado que conlleva gran sufrimiento. Véase PEREDA (1928) pp. 109 y ss.

⁷³ Véase más arriba, II.

⁷⁴ En este sentido, Rodríguez Devesa y Murillo, plantean que el conflicto de bienes jurídicos debe ser entre la “propiedad” y el “sufrimiento que produce el hambre”, en lugar de “propiedad” y “vida”, toda vez que este último binario es imposible que se dé en la realidad: una persona al borde de la muerte por inanición simplemente no tiene las fuerzas para ejecutar el hurto. Difícil resulta imaginar que siquiera esté en condiciones de ingerir

Adicionalmente, este umbral de exigencia para la aplicación de la doctrina del hurto famélico atenta contra nuestros más básicos instintos de supervivencia y nuestra dignidad. Exigir a las personas tolerar una situación de clara desesperación como el hambre, hasta alcanzar un umbral de “necesidad extrema” que solo se satisfaría cuando están próximas a morir por inanición (después de un largo proceso de desnutrición) puede comprenderse como una forma de trato cruel similar a forzar a alguien a auto-incriminarse. Una persona que hurta hambreada, no puede tener certeza sobre el momento en que su posibilidad de sobrevivir se ha puesto en riesgo y no es claro en qué se sustentaría, jurídicamente, una exigencia de este tipo⁷⁵.

2. BIENES NECESARIOS VS. BIENES Suntuarios.

Sobre la base de la exigencia anterior, la jurisprudencia ha construido una cierta categorización de bienes susceptibles de ser hurtados bajo la doctrina del hurto famélico. Básicamente, para algunos jueces, debe excluirse el hurto famélico cuando los bienes tienen un carácter suntuario o cuando no consisten en alimentos. Para determinar si acaso son bienes suntuarios, un criterio central parece ser su valor económico. Según este criterio, para que se configure un caso de hurto famélico los imputados deben haber hurtado aquello que tuviere menor valor de entre las posibilidades disponibles. De hecho, en nuestra muestra, los 9 casos que terminaron en una absolución presentaron un avalúo de bienes inferior a \$40.000.

Un caso en Curicó ilustra cómo los jueces despliegan este criterio de bienes necesarios mirando al valor económico de los bienes. En este caso, el imputado hurtó una lata de centolla avaluada en \$8.017. La defensa solicitó que se impusiera una pena de un día de privación de libertad, por tratarse de un hurto famélico. El tribunal descartó dicha petición argumentando que la sustracción de “un fino y costoso marisco [...] difícilmente estará motivada por el hambre y el apremiante instinto de conservar la propia vida, sino más bien [...] por el ánimo inescrupuloso de medrar con lo ajeno”. A partir de esta consideración, el juez condenó al imputado a una pena de veinte días de prisión en su grado mínimo y a una multa de 1 UTM⁷⁶.

El valor económico, sin embargo, no es el único criterio que determina el carácter suntuario de los bienes. Un criterio que acompaña esta evaluación parece ser cuán fácilmente consumible es el bien, pues los alimentos que requieren de preparación no suelen aparecer como bienes estrictamente “necesarios”⁷⁷. Esto último es lo que ocurre en los casos de hurto de carne revisados en la sección anterior, en donde los jueces desestiman el hurto famélico por el hecho de que los bienes hurtados requieren de una preparación.

alimentos. Véase RODRÍGUEZ DEVESA (1993) p. 575 y MURILLO (2021) pp. 405-406. Como nota Murillo, “(...) 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”. Véase en: MURILLO (2021) p. 405.

⁷⁵ Lo anterior, sin considerar además que la malnutrición genera un daño a la salud que puede ser difícil de revertir sin perjuicio de si conduce o no a la muerte de manera directa. Entre otros, véase GALLER y BARRETT (2001); LATHAM (2002); y MARTÍN PEÑA y PAREDES DE DIOS (2007).

⁷⁶ Juzgado de Garantía de Curicó, 18/01/2006.

⁷⁷ Ver Juzgado de Garantía de La Calera, 27/10/2004 y Juzgado de Garantía de Coquimbo, 17/03/2009.

Por último, tanto la idea de que el hurto famélico solo es aplicable cuando se avecina la muerte inminente, como aquella que exige que el objeto pueda consumirse inmediatamente, han llevado a nuestros tribunales a considerar que el hurto famélico se restringe a hurto de alimentos. En Valparaíso, por ejemplo, un tribunal penal desestimó la procedencia de un estado de necesidad en el caso de una mujer extremadamente pobre que sustrajo un tarro de leche en polvo chocolatada, un paquete de vienas y una colonia, todo lo cual fue avaluado en la suma aproximada de \$6.000. A juicio del tribunal, una colonia no es el tipo de bien cuya sustracción puede ampararse por el estado de necesidad en un caso como este⁷⁸. Si bien esa colonia pudo haber sido útil para la higiene de la imputada o sus hijos, no sería estrictamente necesaria para su ‘sobrevivencia’. Lo mismo ocurre en muchos otros casos⁷⁹. Otro ejemplo de estas exigencias puede encontrarse en un fallo de la Corte de Apelaciones de Talca que anuló una sentencia de primera instancia que absolvió por estado de necesidad a dos imputados en situación de indigencia por el delito de hurto falta del 494 bis del CP. Los acusados habían sido sorprendidos sustrayendo 10 kilogramos de papas avaluados en \$10.000 desde la propiedad de un particular. La Corte estimó que no existían elementos de juicio para concluir que los imputados se encontraban “ante un peligro real o inminente de padecer algún daño grave a su salud por inanición que los impulsara a saciar su hambre en forma urgente, por lo que no hay antecedentes para estimar una supuesta representación del peligro, menos aún resultaba justificado apropiarse de una cantidad de papas que excedían de lo que una persona es capaz de consumir en el tiempo inmediato” (considerando segundo)⁸⁰.

La exigencia de que el hurto recaiga sobre alimentos de bajo valor económico y directamente consumibles, no tiene un claro sustento en la ley ni en la doctrina, y los tribunales no explican cuál podría ser su fundamento. En la doctrina, el hurto famélico aparece como una figura que se aplica frente a un abanico de necesidades más amplias que solo la necesidad de nutrición⁸¹. Sin embargo, en la generalidad de las decisiones que analizamos pareciera que solo el hurto de alimentos puede dar lugar a la doctrina del hurto famélico⁸².

⁷⁸ Juzgado de Garantía de Valparaíso, 26/03/2007.

⁷⁹ En múltiples casos pudimos apreciar que los tribunales descartan la configuración del hurto famélico si los bienes sobre los cuales recae el delito no son solo alimentos, pese a que los mismos podrían ser útiles para cubrir necesidades distintas a la nutrición. Así, por ejemplo, un tribunal en Santiago condenó a una mujer que hurtó un conjunto de cuadernos para que sus hijos pudieran cumplir con sus deberes escolares, y un tribunal de Copiapó condenó a un hombre que hurtó diversos alimentos y productos de higiene personal, por estimar que estos últimos no eran bienes de primera necesidad. Ver, respectivamente Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 26/02/2007 y Juzgado de Garantía de Copiapó, 27/08/2008. Razonamientos similares se observan en las siguientes causas: Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 01/09/2004; Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, 04/02/2008; Juzgado de Garantía de Santiago, 09/02/2007; Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 28/02/2005; Juzgado de Garantía de Quillota, 27/05/2006; Juzgado de Garantía de Arica, 11/07/2005; Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 22/01/2018; Juzgado de Garantía de Concepción, 04/08/2004; y Juzgado de Garantía de Talagante, 26/09/2007.

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Talca, 01/07/2005.

⁸¹ Véase más arriba, I.

⁸² Un dato interesante aquí es que de los escasos 9 imputados que fueron absueltos en nuestra muestra, 7 de ellos habían sustraído al menos un producto alimentario. Ver Juzgado de Garantía de Los Andes, 09/11/2004; Juzgado de Garantía de Valparaíso, 09/11/2004; Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 23/05/2007; Sexto Juz-

En relación con las exigencias de bajo valor económico y que los alimentos sean directamente consumibles, estas podrían derivarse del requisito de subsidiariedad y estricta necesidad contemplado en la circunstancia tercera del artículo 10 N° 7 del CP⁸³. Sin embargo, las exigencias no están planteadas como exigencias de subsidiariedad o estricta necesidad, que supondrían mirar al caso concreto y ver lo que en el contexto era practicable para el agente y su necesidad específica. En cambio, nuestros tribunales imponen estas exigencias como requisitos o condiciones absolutas del hurto famélico, lo que a nuestro juicio carece de fundamento.

3. ‘ÁNIMO FAMÉLICO’ VS. ‘ÁNIMO DE LUCRO’

Relacionado con la idea de ‘bienes suntuarios’ aparece en nuestra muestra una exigencia de ‘ánimo famélico’, que conduce a una exclusión de la doctrina del hurto famélico cuando el juez estima que el infractor ha obrado con ‘ánimo de lucro’. En Los Ángeles, por ejemplo, un hombre sustrajo 18 cremas para sustentar a su familia, pues estaba en condiciones económicas muy precarias y tenía 4 hijos. El tribunal lo condenó por el delito de hurto, dando como único argumento para excluir el estado de necesidad, que el sujeto actuaba con ánimo de lucro⁸⁴. Y esta razón para excluir la doctrina de hurto famélico es bastante común. En otro caso en Viña del Mar, por ejemplo, un tribunal rechazó de plano la posibilidad de reconocer un hurto famélico, pues consideró que la sustracción de 3 bandejas de carne daba cuenta de que el autor actuaba con ánimo de lucro⁸⁵. El mismo criterio se aplicó en un caso en el que los imputados robaron varios paquetes de salmón en Punta Arenas⁸⁶. Y algo similar parece ocurrir en el caso revisado en la sección anterior en donde el tribunal descarta el hurto famélico en la sustracción de una lata de centolla, que a juicio del tribunal sería un hurto que da cuenta de un “ánimo inescrupuloso de medrar con lo ajeno”⁸⁷.

En suma, en varios casos los jueces se refieren al ánimo de lucro para descartar la procedencia de la figura cuando los bienes hurtados aparecen como suntuarios por no ser estrictamente necesarios para asegurar la sobrevivencia inmediata del infractor o de un tercero. El queso, la carne, los champiñones, las sopas en sobre, el jamón, una caja de té, etc., aparecen como lujos que expresan un ánimo de lucro que excluiría la posibilidad de justificar o excusar estos delitos⁸⁸.

gado de Garantía de Santiago, 27/03/2013; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 27/01/2015; y Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 20/12/2019.

⁸³ Véase más arriba, 2.3.

⁸⁴ Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 28/02/2005.

⁸⁵ Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 01/08/2005.

⁸⁶ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 08/04/2019.

⁸⁷ Juzgado de Garantía de Curicó, 18/01/2006.

⁸⁸ Por ejemplo, el Juzgado de Garantía de Valdivia desestimó la concurrencia de esta figura en un caso en que el imputado había hurtado 12 paquetes de queso. Para el tribunal dicha cantidad hacía inverosímil asumir que los alimentos estaban destinados a satisfacer una necesidad alimentaria y agrega que, en caso de haber necesitado alimentarse, el imputado debiera haber optado por especies de consumo inmediato como el pan que se encuentra en las estanterías de exhibición de los supermercados. Ver Juzgado de Garantía de Valdivia, 26/04/2007. En un sentido similar, el Juzgado de Garantía de La Calera descartó la concurrencia de un hurto famélico al estimar que tres paquetes de queso constituían bienes suntuarios, no destinados a satisfacer una necesidad extrema.

La exigencia de que no haya ánimo de lucro, sin embargo, no puede ser una condición del estado de necesidad ni de la inexigibilidad. El ánimo de lucro es un requisito de la tipicidad del delito de hurto sin el cual no habría comportamiento típico que requiera ser justificado, o injusto que precise ser excusado. Al igual que en los casos revisados en la sección anterior, aquí lo que debe discutirse, es si acaso hay o no una situación de necesidad o una actuación bajo *vis compulsiva*, o bien si acaso se satisface el tercer requisito del estado de necesidad, esto es, que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el mal. Carece de sentido que los jueces discurren en torno al ánimo de lucro en un caso de hurto famélico, a menos que se esté discutiendo la tipicidad de la conducta y no su justificación o excusa. Pero, aunque esto último puede ser una discusión plausible e interesante de explorar, no es la tipicidad lo que se discute en la generalidad de las sentencias revisadas⁸⁹.

4. CARÁCTER DE LOS INFRACTORES

La idea de que para justificar o excusar en estos casos debe haber algo así como un ánimo famélico (contrario al ánimo de lucro) se relaciona con otra exigencia subjetiva que aparece en varios casos y que demanda de los infractores un cierto carácter que expresa lealtad frente al derecho o integridad moral a lo largo de su biografía, o bien que satisfaga un estereotipo de alguien que, de manera completamente inocente, vive en la miseria y merece por ello nuestra simpatía.

En Santiago, por ejemplo, una mujer sustrajo 10 paquetes de queso de un supermercado. Su situación económica precaria y su falta de empleo fueron razones que llevaron a su defensa a esgrimir un estado de necesidad, pero este fue descartado por el tribunal por considerar que, dado que la acusada tenía antecedentes penales por 3 condenas anteriores,

Ver Juzgado de Garantía de La Calera, 27/10/2004. Un razonamiento similar con respecto al hurto de queso se aprecia en el caso Juzgado de Garantía de Coquimbo, 27/08/2008. Con respecto al hurto de carne, el Juzgado de Garantía de Viña del Mar desechó la existencia de un hurto famélico por estimar que el tipo de carne sustraído por el imputado era de calidad superior a los productos cárnicos que permiten satisfacer necesidades de alimentación básica, y, en caso de haberse dado una situación de necesidad, ésta se debiera haber satisfecho con carne de menor calidad. Ver Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 24/07/2006. En otro caso, el Juzgado de Garantía de Valparaíso desestimó la alegación de hurto famélico de la defensa al considerar que la cantidad de carne hurtada por el imputado era mucho mayor que la necesaria para satisfacer una necesidad de alimentación inmediata. Ver Juzgado de Garantía de Valparaíso, 09/08/2006. El mismo criterio se reproduce en la causa Juzgado de Garantía de Valparaíso, 25/08/2005. La idea de que la cantidad de alimentos hurtados resulta excesiva para satisfacer las necesidades del imputado o su grupo familiar, y ello permite descartar la configuración del hurto famélico, también puede observarse en Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 13/04/2007. Por último, en el caso Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 01/09/2004, el tribunal condenó a una mujer que había hurtado, entre otros alimentos, un paquete de vienas, un paquete de champiñones, y una crema de espárragos, por estimar que la naturaleza de estas especies no se ajustaba a la doctrina del hurto famélico. La consideración del ánimo de lucro en estas causas podría también ser un factor explicativo de la alta variabilidad que presenta el avalúo de los bienes hurtados en los casos que, en nuestra muestra, terminaron con una sentencia condenatoria.

⁸⁹ En algunos casos excepcionales, los tribunales de nuestra muestra examinaron la concurrencia del ánimo de lucro en sede de tipicidad. Al respecto, véanse: Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 23/05/2007; Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 01/02/2005; Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 02/02/2005; y Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 28/02/2005.

no parecía ser su situación de desempleo la que explicaba el hurto⁹⁰. En otro caso, a un acusado de hurtar dos paquetes de longanizas, no se le habría concedido el estado de necesidad por encontrarse “bien vestido” y por el hecho de que el sujeto tenía su domicilio en otra ciudad. De acuerdo con el juicio del tribunal, la buena apariencia del acusado y su traslado a otra ciudad hacía implausible alegar una situación de necesidad, pues tanto el viaje como su atuendo le han debido costar dinero más que necesario para alimentarse⁹¹. Igual raciocinio se utilizó en Concepción para excluir el estado de necesidad en un hurto de comida realizado por un sujeto que, a pesar de su condición de pobreza, poseía un automóvil y varios elementos como un perfume, una linterna y candados, que “no se condicen con el estado de un individuo que no tiene ni siquiera qué comer”. Aunque el tribunal reconoció que se trataba de un automóvil viejo y en mal estado, su posesión daría cuenta de que la situación de necesidad no era lo suficientemente extrema como para reconocer un caso justificable de hurto famélico⁹².

Pero ni el estado de necesidad ni la inexigibilidad exigen requisitos subjetivos o cualidades personales de este tipo. Desde un punto de vista subjetivo, en el estado de necesidad, debe existir una percepción plausible de que la infracción normativa es necesaria para evitar un mal que se cierne sobre uno o sobre un tercero. En el caso de la inexigibilidad, el sujeto debe efectivamente actuar impulsado por la fuerza o el miedo, pero es irrelevante para estos efectos, por sí solo, el hecho de que el sujeto en su pasado haya cometido otros delitos o sienta en su fuero interno, desdén o indiferencia por el ordenamiento jurídico. También es irrelevante que tenga a su haber algunos bienes que no le sirven para superar la situación de necesidad que lo aqueja de manera actual o inminente, pues en estos casos no serían medios “practicables” para evitar el mal. Lo más cercano a esta exigencia podría ser el requisito de “moralidad del móvil” que Matus y Ramírez requieren para la fuerza irresistible, pero este no debería verse excluido por los antecedentes penales de un infractor o por el hecho de que no se encuentre completamente en la miseria⁹³. Otra manera de interpretar esta exigencia judicial, es desde la exigencia de que el necesitado no haya creado intencionalmente la situación de necesidad que lo aqueja⁹⁴. Pero esto no es para nada algo que se discuta en estos casos ni que se deje desprender fácilmente de las circunstancias de hecho que son citadas para excluir la procedencia del hurto famélico.

5. SUBSIDIARIEDAD: INEXISTENCIA DE MEDIOS ALTERNATIVOS

La subsidiariedad es una exigencia del estado de necesidad que parece permear todas las instancias en las que se discute la figura del hurto famélico (aun cuando no es un requi-

⁹⁰ En palabras del tribunal: “Ha indicado la defensa que la requerida se encuentra sin trabajo, y que, aparentemente en un estado de necesidad, habría incurrido en este ilícito, pero tiene presente el tribunal que esta misma requerida ya ha sido sentenciada anteriormente, de hecho, tiene tres penas anteriores de 41 días de prisión en grado máximo cada una de ellas, más una de 21 días de prisión en su grado medio, por lo tanto, no es una situación que acaezca por estar sin empleo”. Véase Juzgado de Garantía de Santiago, 16/08/2008.

⁹¹ Juzgado de Garantía de San Felipe, 20/07/2004.

⁹² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 24/07/2009.

⁹³ Véase más arriba, II.2.

⁹⁴ Véase más arriba, II. 1.1. y también WILENMANN (2017) pp. 618-622.

sito de la inexigibilidad en los términos del artículo 10 N° 9 del CP). Como vimos más arriba, la exigencia legal es “que no exista otro medio practicable y menos perjudicial” para evitar el mal, sin perjuicio de lo cual en la práctica judicial la exigencia es interpretada en el sentido de que no haya otro medio menos perjudicial, dejando a un lado su practicabilidad.

En varios casos de nuestra muestra los tribunales rechazaron el hurto famélico por considerar que los infractores debían trabajar, o recurrir a instituciones de beneficencia, caridad o asistencia social⁹⁵. Sin embargo, nuestros jueces no parecen tomarse en serio el análisis de la practicabilidad de dichos medios alternativos, y a nuestro modo de ver, exageran la medida en que estos están efectivamente disponibles en nuestra sociedad⁹⁶. Lo anterior queda bastante patente en el caso discutido más arriba del padre de la niña recién nacida que hurtó un tarro de leche⁹⁷. Para el tribunal, en ese caso no quedó suficientemente acreditada la inminencia del mal ni “que peligrara efectivamente su integridad física o su vida”, pues la leche *solo* se había prescrito el mismo día de los hechos y el padre *solo* recurrió a familiares para pedir ayuda, quedando pendiente la concurrencia a instituciones de beneficencia u organismos públicos. Basándose en este razonamiento, el tribunal rechaza el estado de necesidad invocado, pero la exigencia de que haya agotado medios lícitos alternativos, no parece incorporar una consideración de practicabilidad. Un bebé recién nacido requiere alimentarse con una frecuencia de 1 a 3 horas, de lo contrario puede deshidratarse y esto puede llegar a causar su muerte, por ello, no es claro que sea practicable o incluso permisible, para quien tiene a cargo su cuidado, esperar a agotar todas las vías lícitas existentes si ello supone una demora de más de unas cuantas horas⁹⁸. De ahí que el hecho de que la leche se haya prescrito el mismo día no puede usarse como un indicador de que el acusado no cumplió con el requisito de subsidiariedad.

Como señala Etcheberry, la existencia de “otro medio practicable y menos perjudicial” debe interpretarse mirando al caso concreto y desde el punto de vista de lo que puede razonablemente esperarse de una persona sufriendo la situación de necesidad que de hecho sufre⁹⁹. La idea de “practicabilidad” exige que los jueces valoren en la situación de hecho, si acaso esa red de soporte a la que ellos aluden se encontraba razonablemente accesible para

⁹⁵ Véase en este sentido los fallos Juzgado de Garantía de Constitución, 03/12/2007 y Juzgado de Garantía de Talagante, 14/05/2012. Llama la atención un caso en el que el tribunal incluso señala que el infractor “pudo intentar ganarse un mínimo sustento”. Ver Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 02/04/2004.

⁹⁶ En Chile, si bien existen algunas instituciones de caridad que ofrecen alimentos y albergue a los más necesitados, la red no es tan ubicua o universal como los fallos parecen suponer. Y esto implica que una persona que sufre una necesidad no pueda en ciertos casos confiar, razonablemente, en que esta red atenderá su necesidad. La mera posibilidad de que estas instituciones o familiares ayuden al necesitado, no equivale a la certeza de que pueden efectivamente brindar la solución concreta a la necesidad que les aqueja. Su aptitud como medio alternativo es, por ende, una mera especulación. Ver CÁMARA (2015) p. 261.

⁹⁷ Véase más arriba, p. 73.

⁹⁸ En el análisis del tratamiento jurisprudencial de casos de hurto famélico en España, Liñán da cuenta de que existe una tendencia similar a rechazar alegaciones de la defensa por estado de necesidad cuando el imputado no ha probado que ha acudido a instituciones de protección o beneficencia social de manera previa. Incluso, excluyendo en estos casos la posibilidad de optar a una eximente incompleta. Véase LIÑÁN (2022) pp. 297-324.

⁹⁹ ETCHEBERRY (1999) Tomo I, p. 261.

el infractor y esa razonabilidad dependerá, entre otras cosas, de la gravedad e inminencia del mal que se avecina.

V. CONCLUSIÓN

De las sentencias revisadas en nuestra muestra se desprende una doctrina judicial del hurto famélico que para eximir de responsabilidad penal exige lo siguiente: 1) que se avecine un mal gravísimo tal como cuando el hurto aparece como necesario para evitar una muerte inminente; 2) que lo hurtado tenga un bajo valor económico y que se trate de alimentos que puedan consumirse de manera inmediata; 3) que no exista ánimo de lucro como cuando el sujeto hurta alimentos que no tienen un bajísimo valor económico; 4) que los infractores tengan un carácter que despierte simpatía y compasión; y, 5) que no haya otro medio alternativo para superar la situación de necesidad o el mal que se avecina, sin importar lo practicable que esta alternativa sea en los hechos.

Estas cinco exigencias que configuran lo que podríamos llamar una doctrina judicial del hurto famélico, no están contempladas en la regulación legal del estado de necesidad ni de la inexigibilidad y, en su mayoría, tampoco se encuentran en la doctrina penal chilena. Intentar explicar de dónde surgen estas exigencias o cuál podría ser su racionalidad, es algo que excede los fines de esta investigación, pero para concluir con este estudio queremos aventurar algunas hipótesis.

Una primera hipótesis que podría explicar una doctrina judicial altamente reacia a reconocer una causa de justificación o una excusa en los casos de hurto famélico es un tipo de argumento de “pendiente resbaladiza”. Esta preocupación aparece en ciertos casos de manera explícita como cuando se condena a penas de prisión por el hurto de bienes con un valor ínfimo, aduciendo como razón “[...] la frecuencia con que se cometen ilícitos como el contenido en el requerimiento y que cometió la imputada”¹⁰⁰. En este sentido, podría haber un temor en los operadores del sistema penal de generar una práctica que se expanda rápidamente y que desestabilice la protección penal de la propiedad privada. En una sociedad con altos niveles de necesidad y pobreza como la chilena, y sin un Estado que asegure condiciones mínimas de seguridad alimentaria, vivienda y abrigo, aplicar la doctrina del hurto famélico en los términos que el legislador permite, podría gatillar una ola de atentados no violentos contra la propiedad. Esto, a su vez, podría desestabilizar la vigencia del sistema legal de protección a la propiedad privada y arrastrar a los tribunales de justicia y demás órganos penales a una crisis de legitimidad¹⁰¹.

En otras palabras, el reclamo de necesidad en los casos de hurto famélico, lleva implícito una crítica a todo el sistema de propiedad y en particular a su falta de sensibilidad

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, sentencia del Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 01/09/2004, donde una mujer sin antecedentes penales hurtó alimentos por \$5.638 y fue condenada por el tribunal a 10 días de prisión, pago de multa de 1 UTM, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y pago de costas de la causa, bajo este tipo de fundamentación.

¹⁰¹ Sin embargo, la no utilización de estas eximentes también puede producir una crisis de legitimidad. Ver en este sentido, LORCA (2021).

frente a la desigual distribución de los recursos sociales y la necesidad ajena¹⁰². Lo mismo puede plantearse, nos parece, respecto de la inexigibilidad, pues si esta se admitiera ampliamente en estos casos, podría llevar a pensar que el sistema legal de protección a la propiedad privada se vuelve generalmente inexigible. Algo que en todo caso no está muy lejos del argumento que hace décadas planteara Juan Bustos¹⁰³. La pregunta, sin embargo, es si acaso la preocupación por la estabilidad general del sistema de protección penal de la propiedad privada es una tarea que deben atender los tribunales penales en la resolución de casos. A nuestro juicio, no son los tribunales de justicia, sino el Estado a través de las instituciones encargadas de distribuir los recursos sociales, quien debe asumir la responsabilidad de generar las condiciones materiales que hacen sostenible la protección jurídico-penal de la propiedad privada.

Una segunda hipótesis se vincula con lo que Wilenmann y Aristégui recientemente han denominado “el derecho penal de baja entidad” en Chile¹⁰⁴. Con este concepto, originado en la literatura socio-legal estadounidense¹⁰⁵, los autores aluden al modo en que la mayor parte de los delitos que conocen los tribunales se tramitan en procedimientos simplificados debido a la baja cuantía de las penas probables. Existe una gran carga de trabajo que lleva a los actores penales a adoptar decisiones sin información de calidad y en tiempos extremadamente acotados, y ello ha determinado el desarrollo de estrategias de organización entre los jueces, la defensa, y el ente persecutor, para alcanzar determinados niveles de eficiencia en el flujo de procesamiento de casos¹⁰⁶. En conjunto, estos elementos configurarían prácticas estandarizadas de trabajo que se alejan del modelo de justicia adversarial, y privilegian la producción de resultados de acuerdo con las expectativas de los actores en torno a cómo deben resolverse casos similares¹⁰⁷.

Este modelo podría explicar, parcialmente al menos, las causas de los patrones de razonamiento judicial que detectamos en nuestra muestra. Dada la escasez de confrontación en las audiencias y las expectativas compartidas en torno al resultado que deben tener los juicios, los tribunales cuentan con libertad para alejarse del contenido de la ley y las propuestas doctrinarias. La orientación del derecho penal de baja entidad hacia la producción de resultados, la primacía de los procedimientos simplificados, y la similitud de los casos, permiten a los jueces recurrir, sin mayor oposición, a criterios extra-legales o a interpretaciones de dudosos fundamentos, para imponer condenas en fallos en los que el estado de necesidad o la inexigibilidad parecen precedentes. Aunque por la naturaleza documental de nuestro análisis no tenemos evidencia de que esto sea efectivamente así, creemos que

¹⁰² WALDRON (2000) p. 105.

¹⁰³ Véase COUSO (2009) pp. 153-179.

¹⁰⁴ WILENMANN y ARÍSTEGUI (2022).

¹⁰⁵ Una síntesis interesante de la literatura norteamericana dedicada a estudiar la justicia penal de baja entidad puede encontrarse en NATAPOFF (2015). Para un examen contemporáneo acabado sobre este fenómeno, véase KOHLER-HAUSMANN (2018).

¹⁰⁶ WILENMANN y ARÍSTEGUI (2022) pp. 276-280.

¹⁰⁷ La idea del trabajo cooperativo entre actores que teóricamente debieran tener roles opuestos en el sistema de justicia penal se sintetiza en la literatura estadounidense bajo la noción de COURTROOM WORKGROUP. Al respecto, véase EINSTEIN y HERBERT (1977).

futuras investigaciones, especialmente aquellas de carácter socio-legal basadas en métodos cualitativos, podrían evaluar la validez empírica de esta hipótesis.

Una última hipótesis que puede complementar las anteriores, es que la doctrina jurisprudencial del hurto famélico da cuenta de un sesgo de clase en los operadores del sistema penal, particularmente quizás, en el órgano persecutor que es quien decide en definitiva perseguir un comportamiento posiblemente justificado o no culpable.

La literatura comparada ha venido mostrando hace un tiempo que las desigualdades económicas y los privilegios sociales y políticos tienen un amplio impacto en la experiencia y resultado de los procesos penales¹⁰⁸. Una de las explicaciones para esta desigualdad en la respuesta penal según la condición económica o social del acusado, es el denominado sesgo de clase que podría afectar a jueces u otros operadores del sistema¹⁰⁹. De acuerdo con el argumento de Jeffrey Reiman, en su clásico libro *The rich get richer and the poor get prison*, las clases desposeídas han sido históricamente imaginadas como más peligrosas que las clases privilegiadas, y al asociar la pobreza con el comportamiento desviado, se consolida la idea de que la pobreza es en sí misma, un signo de ‘debilidad de carácter’ o una falla individual y no el resultado de una estructura social injusta¹¹⁰.

Carecemos de datos para mostrar que efectivamente hay un sesgo de esta naturaleza en la práctica penal chilena, pero la distancia que existe entre la ley, la doctrina y los criterios judiciales en los casos revisados, hace pensar que un sesgo de esta naturaleza es, a lo menos, probable y valdría la pena estudiarlo. El sentido de identificar sesgos como este, en todo caso, no es criticar el actuar de nuestros jueces, fiscales o defensores, sino intentar corregir el impacto que dichos sesgos pueden tener en la aplicación del derecho. Una predisposición sesgada no tiene por qué traducirse en una decisión sesgada¹¹¹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA, Juan Domingo (2013): “Artículo 10 N°s 7° y 11° del Código Penal. Algunos criterios de delimitación”, en Van Weezel, Álex (edit.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury* (Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters) pp. 691-713.
- ARRIAGADA, Isabel; FARIAS, Javiera y WALKER, Agustín (2021): “Evolución de la población penal en Chile desde 1991 a 2007: Aproximación empírica a los efectos de la reforma procesal penal”, *Política Criminal*, vol. 16, N° 31: pp. 62-82.
- BARNES, James y otros (2015): “Arrest prevalence in a national sample of adults: The role of sex and race/ethnicity”, *American Journal Criminal Justice*, vol. 40, N° 3: pp. 457-465.
- BASCUÑÁN, Antonio (2004): “La ilicitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, *Derecho y Humanidades*, N° 10: pp. 143-181.

¹⁰⁸ Véase, por ejemplo, BARNES (2015); BRAME y OTROS (2014); BECK y BLUMSTEIN (2018); MITCHELL (2005); SPOHN (2013); CHIRICOS y BALES (1991); y CLAIR (2020) pp. 11 y 28.

¹⁰⁹ Sobre la influencia de los sesgos en el proceso de decisión judicial, véase MUÑOZ (2011); SANDOVAL y DE LA ROSA (2016) p. 141.

¹¹⁰ REIMAN y LEIGHTON (1995) p. 183.

¹¹¹ CLAIR (2020) p. 174.

- BECK, Allen y BLUMSTEIN, Alfred (2018): “Racial disproportionality in U.S. state prisons: accounting for the effects of racial and ethnic differences in criminal involvement, arrests, sentencing, and time served”, *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 33, N° 3: pp. 853-883.
- BRAME, Robert y otros (2014): “Demographic patterns of cumulative arrest prevalence by ages 18 and 23”, *Crime & Delinquency*, vol. 60, N° 3: pp. 471-486.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1986): *Manual de Derecho penal. Parte especial* (Barcelona, Ariel).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1999): *Lecciones de Derecho penal*, Volumen 2 (Madrid, Trotta).
- CÁMARA ARROYO, Sergio (2015): “Justicia social y Derecho penal: Individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. 68, N° 1: pp. 237-275.
- CARVACHO TRAVERSO, Pablo; VALDÉS RIESCO, Amalia y MATEO PIÑONES, Mariel (2021): “El derecho a la defensa penitenciaria en Chile: Cuando no hay derecho”, *Política Criminal*, vol. 16, N° 31: pp. 254-283.
- CASTILLO, Juan Pablo (2016): “El estado de necesidad del artículo 10 N° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa”, *Política Criminal*, vol. 11, N° 22: pp. 340-367.
- CÉSPEDES, Carlos; ESCOBAR, Javier y MENDOZA, Pamela (2022): “Las consecuencias civiles del estado de necesidad justificante en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 13, N° 2: pp. 45-78.
- CHIRICOS, Theodore y BALES, William (1991): “Unemployment and punishment: An empirical assessment”, *Criminology*, vol. 29, N° 3: pp. 701-724.
- CIGÜELA SOLA, Javier (2019): *Crimen y castigo del excluido social: Sobre la ilegitimidad política de la pena* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CLAIR, Matthew (2020): *Privilege and Punishment: How race and class matter in Criminal Court* (Princeton University Press, Princeton y Oxford).
- COUSO, Jaime (2011): “Comentario. Art. 10 N° 7”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia. Libro primero* (Santiago, Legal Publishing Chile) pp. 234-239.
- COUSO, Jaime (2009): “Culpabilidad y sujeto en la obra de Juan Bustos Ramírez”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11: pp. 153-179.
- CURY URZÚA, Enrique (2013): “El estado de necesidad en el Código Penal chileno”, en Mañalich, Juan Pablo (coordinador), *La ciencia penal en la Universidad de Chile* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) pp. 249-266.
- CURY URZÚA, Enrique (2021): *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Ediciones Universidad Católica, undécima edición).
- DE AQUINO, Tomás (1990): *Suma de Teología III*, Parte II-II (a) (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos).
- EINSTEIN, James y HERBERT, Jacob (1977): *Felony Justice: An Organizational Analysis* (Boston, Little, Brown and Co.).
- ETCHEBERRY, Alfredo (1999): *Derecho penal. Parte general*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica, tercera edición).

- FERRÉ OLIVÉ, Juan (2022): “Indagaciones sobre aporofobia y plutofilia en Derecho penal”, *Revista Penal de México*, vol. 11, N° 20: pp. 51-64.
- GALLER, Janina y BARRET, Robert (2001): “Children and Famine. Long term impact on development”, *Ambulatory Child Health*, vol. 7, N° 2: pp. 85-95.
- GARRIDO MONTT, Mario (2003): *Derecho penal. Parte general*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica, tercera edición).
- GARRIDO MONTT, Mario (2008): *Derecho penal. Parte especial*, Tomo IV (Santiago, Editorial Jurídica, cuarta edición).
- GENDARMERÍA DE CHILE (sitio web, 2022), *Caracterización de personas privadas de libertad*. Disponible en: https://www.gendarmeria.gob.cl/car_personas_pp.html. Fecha de consulta: 07/11/2022.
- GENDARMERÍA DE CHILE (sitio web, 2021), *Compendio estadístico 2021*. Disponible en: <https://www.gendarmeria.gob.cl/compendios.html>. Fecha de consulta: 07/11/2022.
- GUERRA ESPINOSA, Rodrigo (2017): “Ambivalencia en el principio de interés preponderante”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 49: pp. 187-215.
- GUERRA ESPINOSA, Rodrigo (2019): “Impulso irresistible en el miedo insuperable”, *Política Criminal*, Vol. 14, N° 28: pp. 59-94.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2011): “Comentario. Art. 10 N° 9”, en Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código penal comentado. Libro primero (arts. 1° a 105). Doctrina y jurisprudencia. Libro primero* (Santiago, Legal Publishing Chile, primera edición) pp. 243-259.
- HERNÁNDEZ BURGOS, Claudio y LEIRA-CASTIÑEIRA, Francisco (2020): “Los rostros del hambre: autarquía, experiencias de miseria y estrategias de supervivencia durante la posguerra franquista (1939-1951)”, *Historia Social*, N° 97: pp. 79-98.
- KOHLER-HAUSMANN, Issa (2018): *Misdemeanorland* (New Jersey, Princeton University Press).
- LABATUT GLENA, Gustavo (1972): *Derecho penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición).
- LATHAM, Michael (2002): “Hambruna, inanición y refugiados”, en Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (edit.), *Nutrición humana en el mundo en desarrollo* (Roma, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura) pp. 237-261.
- LEYRED, Henry (1909): *Las sentencias del Magistrado Magnaud. Reunidas y comentadas* (Madrid, Hijos de Reus Editores, segunda edición).
- LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo (2022): “Reflexiones acerca del estado de necesidad provocado por la pobreza o la miseria en los delitos contra la propiedad”, en Benito Sánchez, Demelsa y Gil Nobajas, María Soledad (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Volumen 14 (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 297-324.
- LOCKE, John (1924): *Of Civil Government, Two Treatises* (London, Everyman's Library).
- Lorca Ferreccio, Rocío (2019): “Extrema pobreza y poder penal” en Fernández Blanco, Carolina y Pereira Fredes, Esteban (coords.), *Derecho y pobreza* (Madrid, Marcial Pons) pp. 221-243.

- LORCA FERRECCIO, Rocío (2021): “Sick and Blamed. Criminal law in the Chilean response to Covid-19”, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, N° 2: pp. 142-150.
- MÄKINEN, Virpi (2006): “Rights and duties in late scholastic discussion on extreme necessity”, en Mäkinen, Virpi y Korkkman, Petter (edits.), *Transformations in medieval and early-modern rights discourse* (Dordrecht, Springer) pp. 37-62.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2013): “El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal chileno”, en van Weezel, Alex (ed.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury* (Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters) pp. 715-742.
- MARTÍN PEÑA, Gonzalo y Paredes de Dios, Naomí (2007): “Sobre la atrofia de los órganos durante la inanición”, *Nutrición Hospitalaria*, vol. 22, N° 1: pp. 112-123.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia (2021a): *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia (2021b): *Manual de Derecho penal chileno. Parte general* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MEDINA JARA, Rodrigo (2010): *Manual de Derecho penal* (Santiago, AbeledoPerrot Legal Publishing, cuarta edición).
- MITCHELL, Ojmarrh (2005): “A meta-analysis of race and sentencing research: Explaining the inconsistencies”, *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 21, N° 4: pp. 439-466.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo (2011): “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *InDret*, N° 2: pp. 1-39.
- MURILLO VILLAR, Alfonso (2021): “Reflexiones acerca de la relación entre el estado de necesidad y el hurto famélico desde una perspectiva histórica”, en Domínguez Tristán, Paula y Panero Oria, Patricia (coords.), *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, X. Derecho penal romano* (Madrid, Boletín Oficial del Estado y Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, primera edición).
- NATAPOFF, Alexandra (2015): “Misdemeanors”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 11, N° 1: pp. 255-267.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (2005): *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- OLIVER, Guillermo (2013): *Delitos contra la propiedad* (Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters).
- PEREDA, Julián (1964): “El hurto famélico o necesario”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. 17, N° 1: pp. 5-28.
- POLITOFF, Sergio, Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica, segunda edición).
- RED DE ALIMENTOS (sitio web, 2020), *Informe de Gestión 2020*. Disponible en: <https://www.redalimentos.cl/informe-de-gestion-2020/>. Fecha de consulta: 12/11/2022.
- RED DE ALIMENTOS (sitio web, 2021), *Informe de Gestión 2021*. Disponible en: <https://www.redalimentos.cl/informe-de-gestion-2021/>. Fecha de consulta: 12/11/2022.
- REIMAN, Jeffrey y LEIGHTON, Paul (1995): *The Rich get Richer and the Poor get Prison* (New York, Routledge).

- RODRÍGUEZ DEvesa, José María (1993): *Derecho penal español. Parte general* (Madrid, Dykinson, tercera edición).
- SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian (2020): “Aporofobia y Derecho penal: el delito de hurto y la circunstancia agravante de multirreincidencia”, *Revista Sistema Penal Crítico*, N° 1: pp. 225-240.
- SANDOVAL NAVARRO, Víctor y DE LA ROSA RODRÍGUEZ, Paola (2016): “Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 37, N° 102: pp. 141-164.
- SPOHN, Cassia (2013): “Racial disparities in prosecution, sentencing, and punishment”, en Bucerius, Sandra y Tonry, Michael (eds.), *The Oxford Handbook of Ethnicity, Crime and Immigration* (Nueva York, Oxford University Press) pp. 166-193.
- TIEDE, Lydia B. (2012): “Chile’s criminal law reform: Enhancing defendants’ rights and citizen security”, *Latin American Politics and Society*, vol. 54, N° 3: pp. 65-93.
- TIERNEY, Brian (1959): *Medieval Poor Law: A Sketch of Canonical Theory and Its Application in England* (Berkeley y Los Angeles, University of California Press).
- TIERNEY, Brian (1997): *The Idea of Natural Rights* (Michigan y Cambridge, William B. Eerdmans Publishing Company, primera edición).
- VAN WEEZEL, Álex (2018): “Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad”, *Política Criminal*, vol. 13, N° 26: pp. 1074-1139.
- VARGAS, Tatiana (2011): *Manual de Derecho penal práctico. Teoría del delito con casos* (Santiago, LegalPublishing, segunda edición).
- VARGAS, Tatiana (2013): “Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N° 11”, en van Weezel, Alex (ed.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en Memoria de Enrique Cury* (Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters) pp. 743-774.
- VARGAS, Tatiana y HENRÍQUEZ, Ian (2013): “La defensa de necesidad en la regulación penal chilena. Aproximación dogmática a partir de una reforma”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 15, N° 2: pp. 11-39.
- VILLEGAS, Myrna (2021): “Mujeres homicidas de sus parejas en contexto de violencia intrafamiliar. Posibilidades de exención de responsabilidad penal en el Derecho penal chileno”, en Antony, Carmen y Villegas, Myrna (eds.), *Criminología feminista* (Santiago, LOM) pp. 57-85.
- WALDRON, Jeremy (2000): “Why indigence is not a justification”, en HEFFERNAN, William y KLEINIG, John (eds.), *From Social Justice to Criminal Justice: Poverty and the Administration of Criminal Law* (Nueva York, Oxford University Press) pp. 98-113.
- WILENMANN, Javier (2014): “El fundamento del estado de necesidad justificante en el Derecho penal chileno: Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 27, N° 1: pp. 213-244.
- WILENMANN, Javier (2017): *La justificación de un delito en situaciones de necesidad* (Madrid, Marcial Pons).
- WILENMANN, Javier y Arístegui, Juan Pablo (2022): “El procesamiento de delitos de baja entidad en Chile”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 35, N° 2: pp. 273-295.

NORMAS CITADAS

CHILE, Código Penal (12/11/1874).

CHILE, Código Procesal Penal (12/10/2000).

CHILE, Ley N° 20.779 (17/09/2014): *Modifica Art. 391, N° 2 del Código Penal, con el objeto de aumentar la penalidad al delito de homicidio simple.*

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Talca, 01/07/2005, rol 346-2005, nulidad, *Westlaw Chile*, cita online CL/JUR/197/2005. Fecha de consulta:19/08/2019.

Juzgado de Garantía de Arica, 11/07/2005, rit 2190-2005, penal.

Juzgado de Garantía de Concepción, 04/08/2004, rit 2840-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Concepción, 03/12/2007, rit 1259-2007, penal.

Juzgado de Garantía de Copiapó, 01/06/2008, rit 3039-2008, penal.

Juzgado de Garantía de Coquimbo, 27/08/2008, rit 5311-2008, penal.

Juzgado de Garantía de Coquimbo, 17/03/2009, rit 1699-2009, penal.

Juzgado de Garantía de Curicó, 18/01/2006, rit 166-2006, penal.

Juzgado de Garantía de La Calera, 27/10/2004, rit 1104-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Los Andes, 09/11/2004, rit 1127-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 01/02/2005, rit 317-2005, penal

Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 02/02/2005, rit 348-2005, penal.

Juzgado de Garantía de Los Ángeles, 28/02/2005, rit 543-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Molina, 05/08/2008, rit 975-2008, penal.

Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 01/09/2004, rit 568-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Nueva Imperial, 22/01/2018, rit 1738-2017, penal.

Juzgado de Garantía de Ovalle, 25/01/2017, rit 2621-2016, penal.

Juzgado de Garantía de Punta Arenas, 31/03/2006, rit 2724-2005, penal.

Juzgado de Garantía de Quillota, 27/05/2006, rit 428-2006, penal.

Juzgado de Garantía de San Felipe, 20/07/2004, rit 789-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Santiago, 09/02/2007, rit 1287-2007, penal.

Juzgado de Garantía de Santiago, 16/08/2008, rit 5272-2008, penal.

Juzgado de Garantía de Talagante, 26/09/2007, rit 5164-2007, penal.

Juzgado de Garantía de Talagante, 14/05/2012, rit 2861-2012, penal.

Juzgado de Garantía de Valdivia, 26/04/2007, rit 1354-2007, penal.

Juzgado de Garantía de Valparaíso, 09/11/2004, rit 4788-2004, penal.

Juzgado de Garantía de Valparaíso, 25/08/2005, rit 5115-2005, penal.

Juzgado de Garantía de Valparaíso, 09/08/2006, rit 5112-2006, penal.

Juzgado de Garantía de Valparaíso, 26/03/2007, rit 1360-2007, penal.

Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 01/08/2005, rit 4582-2005, penal.

Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 24/07/2006, rit 5965-2006, penal.

Juzgado de Garantía de Viña del Mar, 23/05/2007, rit 3637-2007, penal.

Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 26/02/2007, rit 1923-2007, penal.

Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, 13/04/2007, rit 3744-2007, penal.
Segundo Juzgado de Garantía de Santiago, 04/02/2008, rit 1430-2008, penal.
Sexto Juzgado de Garantía de Santiago, 27/03/2013, rit 2023-2012, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, 27/01/2015, rit 91-2014, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, 13/02/2006, rit 143-2005, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, 24/07/2016, rit 194-2015, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, 24/07/2009, rit 238-2009, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, 02/04/2004, rit 15-2004, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, 26/07/2008, rit 42-2008, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, 20/12/2019, rit 471-2019, penal.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, 08/04/2019, rit 5-2019, penal.

