

LA PONDERACIÓN DEL MIEDO INSUPERABLE FRENTE
A HIPÓTESIS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. REFLEXIONES A PARTIR
DE UN CASO CONCRETO

OMAR ANDRÉS ABUID ABUSLEME*
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA (RIT O-99-2022)

La sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de la ciudad de Linares (en adelante, TOP) dio por probados los siguientes hechos:

1) Sobre la base de una investigación desarrollada por la Brigada Antinarcoóticos de Linares, se estableció que un grupo de personas estaba dedicada a traficar drogas en el Sector Nuevo Amanecer de esta comuna y que doña YAAE distribuía y entregaba droga, al menos, en un domicilio especialmente dispuesto para la venta al detalle.

2) Fue así que como al mediodía del 2 de septiembre de 2021 se realizaron entradas y registros autorizadas por el Tribunal de Garantía, en diferentes domicilios previamente identificados como lugares de acopio y venta, incautándose en ellos diversas cantidades de sustancias ilícitas, específicamente:

a) En la dirección E. M. N° 1154 de Linares; papeles recortados y una bolsa con restos de cocaína base.

b) En el domicilio de S. N° 1169 de Linares, dos sujetos fueron sorprendidos manteniendo en su poder \$ 98.000 (noventa y ocho mil pesos); 93 envoltorios con cocaína base, con peso de 4,9 gramos netos; 7 bolsas herméticas con clorhidrato de cocaína, con peso de 4,0 gramos netos y una bolsa hermética con Ketamina, con peso de 0,4 gramos netos, un cuaderno con hojas recortadas y tijeras, elementos utilizados para la dosificación y venta de droga, sujetos que al ver la presencia de los funcionarios policiales intentaron deshacerse de las sustancias ilícitas, lanzándolas al domicilio de un vecino.

c) También en este operativo se ingresó y registró el domicilio de YAAE, contexto en el cual se encontró en su poder un total de 1.342 gramos netos de cocaína base, 1,4 gramos netos de *cannabis sativa*, (20) comprimidos de clonazepam, un plato con restos de cocaína base; otro con una mayor cantidad de dicha sustancia,

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho Penal U. Pompeu Fabra y U. de Barcelona. Agradezco sobremanera los comentarios y reflexiones de José Miguel Gatica Riffo.

una balanza, un colador plástico verde, bolsas para dosificación y un trozo de tarjeta bancaria, todos elementos utilizados en la dosificación de droga.

3) Dentro del marco de la misma operación se observó en un vehículo que se retiraba del lugar CSUR conduciendo el automóvil, quien llevaba de copiloto a su pareja, portando un total de ochenta y tres (83) envoltorios con cocaína base cuyo peso fue 4,7 gramos netos; una bolsa con clorhidrato de cocaína de 68,5 gramos netos y una bolsa con *cannabis sativa* de 17,3 gramos netos, además de la suma de \$ 263.000 (doscientos sesenta y tres mil pesos) en dinero efectivo.

El tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares condenó a la señora CSUR y YAAE como autoras del artículo 15 N° 1 de los delitos de tráfico de drogas del artículo 3° de la Ley N° 20.000, rechazando la alegación de la defensa respecto a CSUR, relativa a la concurrencia de la eximente de responsabilidad contemplada en el artículo 10 N° 9 del Código Penal, esto es, haber actuado con miedo insuperable, pese a concederle la eximente incompleta, conforme al artículo 11 N° 1. De igual manera, se acogió la alegación del Ministerio Público en orden a dar por configurada la agravante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 12 N° 16, es decir, la reincidencia de delitos de la misma especie. Asimismo, la sentencia negó a la acusada YAAE la concurrencia de la atenuante del 11 N° 9 del Código Penal, así como su calificación de conformidad al artículo 68 bis del mismo cuerpo normativo.

La resolución anterior fue acordada con el voto en contra del magistrado Leyton Salas, quien estuvo por absolver a la acusada CSUR, en consideración a que “nunca apareció en la investigación como partícipe de la actividad de tráfico; porque su situación particular de llevar a su pareja al terminal pudo razonablemente obedecer a su condición de adicta y de sumisión a las agresiones constantes que recibía de parte de su pareja que fueron por ella relatadas y ratificadas por su madre y hermana que comparecieron como testigos, cuyos testimonios no fueron desacreditados racionalmente en estrados, los que por lo tanto, subsisten como elementos adicionales fundantes que incide en la culpabilidad que le atribuye el voto mayoritario”.

II. RECURSO DE NULIDAD Y SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE TALCA

Ambas defensas recurrieron de nulidad para ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca:

1. La defensa por CSUR invocó la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), esto es, cuando en la sentencia se

hubiere hecho errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, argumentando que el tribunal de la instancia habría incurrido en infracciones sustanciales respecto de la interpretación y aplicación de la eximente contemplada en el artículo 10 N° 9 del Código Penal (en adelante, CP) como eximente incompleta.

De manera subsidiaria, invocó la causal prevista en el artículo 374 letra e) del CPP, por haber omitido la sentencia el requisito previsto en el artículo 342 letra d) del mismo Código, es decir, las razones legales o doctrinales que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y circunstancias para fundar el fallo, en relación con la calificación jurídica del delito.

Finalmente, invocó como segunda causal subsidiaria la prevista en el artículo 373 letra b) del CPP, en relación con los artículos 11 N° 1 y 73 del CP, pues no se habrían aplicado correctamente las normas sobre determinación de las penas, que habría resultado en una condena más benigna para CSUR.

2. Por su parte, la defensa por YAAE fundó su recurso de nulidad en la causal prevista en el artículo 374 letra e) del CPP, en relación con el artículo 342 letra c) del mismo cuerpo legal, esto es, por haberse omitido la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamenten dichas conclusiones. Lo anterior habría repercutido en que el Tribunal Oral en lo Penal no reconoció a YAAE la concurrencia de la minorante del artículo 11 N° 9 del CPP.

Con fecha 16 de enero de 2023, la Corte de Apelaciones de Talca se pronunció respecto de los recursos en sentencia rol N° 1638-2022:

1. Respecto del recurso interpuesto por la defensa de CSUR, acoge la primera causal subsidiaria, estimando en su considerando décimo que el tribunal de origen “no contiene los fundamentos que permitan reproducir el razonamiento de los sentenciadores para dar por establecido el delito de tráfico y desechar la calificación de los hechos como delito de microtráfico”.

En cuando a la causal principal invocada, la Corte estimó en su considerando sexto que “los hechos que permiten la aplicación de la eximente [...] no están acreditados”, al no haberse establecido que CSUR haya sufrido una violencia incesante y persistente. A su vez, el tribunal *a quo* señala que no es posible aplicar la perspectiva de género que invocó la recurrente, pues para ello es necesario que primeramente estén establecidos los hechos en los que se funda tal alegación.

2. En relación con el recurso interpuesto por la defensa de YAAE, lo rechaza, por no estimar que concurren las infracciones a las reglas de la sana crítica alegadas por la recurrente, en relación con el artículo 297 del CPP.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

El fallo en análisis permite desarrollar diversos puntos relevantes que, si bien no se abordan expresamente en la sentencia, es posible problematizar a partir de ellos. En concreto, a partir de las alegaciones realizadas por la defensa de las acusadas, es posible plantear la cuestión relativa a quién debe probar las circunstancias eximentes de responsabilidad penal en un proceso, el estándar con que deben probarse tales circunstancias, y si es que estas deben ser abarcadas en los hechos acreditados en la sentencia o simplemente basta con mencionarlas en los considerandos relativos a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. Por otra parte, ya en el análisis sustantivo de la eximente invocada, es pertinente revisar críticamente lo resuelto por el tribunal *a quo* y *ad quem* para efectos de desechar la misma y, sin embargo, estimar acreditada la eximente incompleta.

1. Ausencia de valoración de la prueba de descargo

Una primera aproximación al fallo debe partir de la prueba rendida y valorada en la instancia. Tal como dispone el artículo 342 letra c), del CPP, es requisito de la sentencia definitiva la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamenten dichas conclusiones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del CPP, el que a su vez exige que el tribunal deberá hacerse cargo de *toda la prueba producida*, incluso aquella que hubiese desestimada.

Tal mandato, como es lógico, no solo se refiere a los hechos mismos de la conducta típica, sino que extiende la exigencia a las consideraciones de causas de justificación, exculpación, atenuantes y agravantes por igual, salvo contadas excepciones. Así lo ha entendido la judicatura nacional, pues al ser las sentencias judiciales “aplicación razonable y motivada de las normas jurídicas (...) requieren un sustento que, aun cuando sea sucinto, proporcione una respuesta adecuada en derecho a la cuestión planteada y su resolución”¹.

¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 8.06.2018, rol N° 2464-2018. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Copiapó, 15.02.2019, rol N° 16-2019; Corte Suprema, 12.10.2010, rol N° 5608-2010; Corte de Apelaciones de Santiago, 18.06.2009, rol N° 719-2009.

Lo anterior como expresión de las garantías de los intervinientes frente a las decisiones del órgano jurisdiccional, directamente relacionadas con el derecho al recurso. Se trata, en definitiva, de una de las aristas básicas del deber de fundamentación de las sentencias, pues quien fundamenta somete su opinión a la crítica y revisión de esta, “tanto más cuanto más profunda y abierta es su fundamentación, pues con ella debe revelar también sus debilidades y obscuridades”².

Sobre este punto, sorprende advertir que en la sentencia del tribunal *a quo*, particularmente en el considerando noveno, en el cual se realiza un análisis de la prueba, no se hace referencia siquiera a la prueba de descargo rendida vinculada al miedo (superable o no) de la acusada CSUR. Lo anterior, pese a que posteriormente, al referirse a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, la sentencia del TOP de Linares justifica por qué daría por concurrente la existencia del miedo, limitándose a desestimar la insuperabilidad del mismo. En rigor, el considerando noveno del tribunal *a quo* no valora ni hace mención a la prueba rendida por la defensa, sino que únicamente se refiere a ella –sin valorarla propiamente tal– en el considerando duodécimo, relativo a las circunstancias modificatorias de responsabilidad. Ello nos plantea la siguiente problemática: ¿cómo es posible que el tribunal haya desestimado la eximente completa, y, al mismo tiempo, haya dado por concurrente la circunstancia atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 N° 1, en relación con el 10 N° 9 del CP, si no se valoró la prueba de descargo? Necesariamente el juzgador debió hacer referencia en los hechos acreditados a la concurrencia o no del miedo y su carácter superable o insuperable, puesto que la tesis exculpatoria o atenuatoria planteada por la defensa exige pronunciarse respecto de la prueba rendida para acreditar ello, lo cual tampoco fue advertido por el tribunal de alzada ni la propia defensa.

A nuestro juicio, lo anterior permite concluir que –en primer término– la causal de nulidad que debió invocar la defensa era la contemplada en el artículo 374 letra e), en relación con el artículo 342 letra c) del CPP, por no hacerse cargo de toda la prueba rendida el fallo referido, infringiendo así el principio de razón suficiente para desestimar la tesis exculpatoria de la acusada CSUR. Adicionalmente, y se abordará en lo sucesivo, es posible encontrar otros errores en que ha incurrido la sentencia, sin embargo, el principal defecto que se advierte se origina con esta omisión de valoración de toda la prueba de descargo de la defensa de la acusada CSUR.

² PUPPE, Ingeborg. “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica”, en *InDret Penal*, N° 3 (2013), p. 4.

2. *Mandato de valoración con perspectiva de género y su vulneración por el tribunal de la instancia*

Latamente se ha tratado el carácter vinculante para la judicatura –y las demás instituciones del Estado– de implementar en su actuación la perspectiva de género, por la integración a nuestro ordenamiento jurídico de los distintos tratados y convenios internacionales y regionales tocantes a la materia³. En el caso del Poder Judicial chileno, la materia ha quedado cristalizada de manera más aterrizada en el Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias, dictado el año 2019 por la Secretaría Técnica del Poder Judicial.

Sin entrar en el contenido específico de la perspectiva de género, existe en nuestro ordenamiento jurídico un mandato dirigido a los órganos del Estado –entre los que se encuentran los jueces y miembros del Poder Judicial– de “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer”⁴. En suma, se trata de un deber de actuación dirigida, en lo que nos importa, a la *actividad jurisdiccional* y, por ello, se refiere a todos los actos propios que ejecuta el juzgador.

En general, la actividad jurisdiccional se puede resumir en tres hitos: conocer, resolver y ejecutar lo juzgado⁵. Pues bien, el deber de actuación del tribunal con perspectiva de género no puede pretenderse de uno de dichos momentos y aislarlo de los demás, pues tal deber de actuación se extiende a *todos los actos propios de la actividad jurisdiccional*.

En lo que nos convoca, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca comparte el criterio del TOP de Linares en su considerando sexto, señalando que, para que sea posible aplicar la perspectiva de género, “deben estar establecidos los hechos en los que se funda la alegación, lo que no sucede en autos”. Habiéndose ya asentado el punto de que no se valoraron los medios de prueba de descargo, lo que a nuestro juicio es una infracción que permite la

³ Véase Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (conocida como “Convención de Belém do Pará”), ambas ratificadas por Chile en 1989 y 1996 respectivamente.

⁴ Convención de Belém do Pará, artículo 7 letra e).

⁵ Constitución Política de la República de Chile, artículo 76. Véase también Tribunal Constitucional, 19.08.2008, rol N° 815-2007.

nulidad de la sentencia, lo que el tribunal de alzada induce a pensar mediante esta argumentación es, precisamente, que es posible separar las actividades de *conocer* de aquellas de *juzgar* propiamente tal, lo que nos parece un error. Ambas son labores propias e inherentes a la labor jurisdiccional.

Como consecuencia de dicha premisa, pareciera que lo que el tribunal de instancia y la Corte estarían afirmando es que la perspectiva de género no se podría aplicar en el *establecimiento de los hechos*, dejando fuera de su órbita la *valoración de la prueba* para la acreditación de los mismos. Sin embargo, valorar la prueba es precisamente eso.

Al efecto, cabe tener en consideración que la *valoración de la prueba* se refiere a “la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que realiza en un proceso”, en la que se incluye “tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción”⁶. Otra cosa diversa es la *motivación*, que corresponde a la manifestación del juicio obtenido por el juez de la percepción de los medios de prueba⁷.

En síntesis, lo que se trata de argumentar por la Corte es que en el conocimiento de los hechos no sería aplicable un enfoque de género, pues este estaría reservado para la labor de juzgar, lo que supondría ya el haber fijado o asentado los hechos a analizar. Esta afirmación nos parece errada y limitó en los hechos las posibilidades de acreditación de la exculpante invocada por la defensa. Sin embargo, *a posteriori*, y contradictoriamente a lo afirmado, el tribunal de instancia en el considerando duodécimo da por concurrente la existencia de una actuación de la acusada *por miedo*, aunque no insuperable. Si uno revisa los hechos acreditados en la sentencia, en circunstancia alguna se menciona la existencia de miedo, ni tampoco la razón del mismo, siendo indispensable acreditar que la acusada actuó por miedo, para configurar la eximente, aunque sea de manera incompleta, como se estimó. Lo anterior nos lleva a concluir que se razonó sobre la lógica de la intuición, mas no de la correcta valoración.

3. La insuperabilidad del miedo

Las causales de exclusión de la culpabilidad, en tanto género, presentan dos especies, designadas por la expresión “causas de inculpabilidad” y “causas

⁶ NIEVA, Jordi. *La Valoración de la Prueba*, 1ª ed. Madrid: Editorial Marcial Pons (2010), p. 34. En el mismo sentido, DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ª ed. Bogotá: Editorial Temis S.A. (2002), p. 273.

⁷ NIEVA, ob. cit., pp. 34-35.

de exculpación”⁸. Las primeras dan lugar a una exclusión de la imputación en el nivel de la culpabilidad, pues –jurídicamente– el destinatario de la norma no se encuentra en posición de *poder* motivarse en pos de su seguimiento, sea ejecutando intencionalmente la acción ordenada u omitiendo la acción prohibida⁹. Tal es el caso, por ejemplo, de las personas comprendidas en el artículo 10 N° 1 del CP o de los menores de 14 años de edad en nuestra legislación.

Por su parte, las “causas de exculpación” refieren más bien a la falta de exigibilidad de una motivación conforme a derecho, es decir, que el contexto en el cual se actuó no fue lo suficientemente normal, de modo que no es posible afirmar que la conducta desplegada sea expresión de la motivación de la persona¹⁰. Los casos de exculpación apuntan, más correctamente, a una “demarcación situacional de la expectativa de motivación con arreglo a la norma”¹¹.

Creemos que el caso de la eximente del *miedo insuperable* se encuentra ubicada entre estas últimas. No se trata de que el sujeto “haya carecido de la capacidad de motivarse a actuar de modo conforme a deber, sino de que esta motivación, fácticamente posible, deja de ser esperable de un ciudadano fiel a derecho, por falta de exigibilidad”¹². En el mismo sentido, MIR PUIG sostiene que “ninguna causa de exclusión de la responsabilidad penal supone la absoluta imposibilidad de motivar, sino solo la anormalidad de la motivación. Cuando la motivación es totalmente imposible, no tiene ni siquiera sentido prohibir el hecho”¹³.

En dicho contexto, nuestro Código Penal considera como eximentes de responsabilidad penal, entre otras, a la fuerza irresistible y el miedo insuperable, las cuales trata conjuntamente en el artículo 10 N° 9.

Respecto de la eximente de miedo insuperable, la norma no es feliz en su redacción, al no indicar los distintos parámetros y requisitos para entender cuándo un sujeto actúa en dichas circunstancias. Sin perjuicio de ello, se ha

⁸ MAÑALICH, Juan Pablo. “La exculpación como categoría del razonamiento práctico”, en *Indret*, N° 1 (2013), p. 10.

⁹ MAÑALICH, “La exculpación...” ob. cit., p. 10.

¹⁰ VAN WEEZEL, Alex. *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1ª ed. Santiago, Chile: Ediciones UC (2023), p. 404.

¹¹ MAÑALICH, “La exculpación...” ob. cit., p. 11. En el mismo sentido, KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat*. Fráncfort del Meno: Editorial Vittorio Klostermann (1989), pp. 37 y ss.

¹² MAÑALICH, Juan Pablo. “Miedo insuperable y obediencia jerárquica”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXI, N° 1 (2008), p. 65.

¹³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, 10ª ed. Barcelona, España: Editorial Reppertor (2016), p. 623.

entendido que estaremos frente a la hipótesis de la segunda parte del artículo 10 N° 9 cuando: (i) el sujeto actuó *por* miedo y (ii) que el miedo sea *insuperable*¹⁴. Adicionalmente, la jurisprudencia suele añadir como requisitos (iii) que el mal que se anticipa, origen del miedo, debe ser *injusto o ilegítimo*; y (iv) que *no existan otros medios* para evitar el mal o escapar de él¹⁵. Sobre este último requisito añadido por la jurisprudencia se ahondará más adelante.

La expresión del artículo 10 N° 9 es clara en entender que la motivación del que actúa debe ser el miedo, excluyéndose, por tanto, aquellas hipótesis en que el sujeto obró *con* miedo. El miedo, para efectos de la exculpante, “es un estado de perturbación anímica más o menos profundo, provocado por la previsión de ser víctima o de que otro sea víctima de daño”¹⁶. En todo caso, se ha superado la postura que estimaba necesario acreditar la existencia de una patología con respecto al miedo¹⁷. Lo anterior no implica que la existencia de una patología subyacente (como las fobias) obligue a buscar eximentes en otras causales distintas del miedo: ello dependerá de la intensidad de dicha condición caso a caso¹⁸.

El tratamiento conjunto de esta exculpante con la fuerza irresistible induce a pensar que comprende otras esferas de casos distintas de la *vis restrictiva*, decantándose por amenazas de un mal sobre la víctima o un tercero (*vis compulsiva*). Si bien la primera fuente del miedo corresponde a la violencia o intimidación de un tercero que al menos reúna los requisitos de la constitutiva de delito, también puede encontrar su origen en otra clase de amenazas, de la naturaleza o incluso de la propia imaginación del sujeto¹⁹, pese a ser discutida esta última hipótesis²⁰.

¹⁴ CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, 11ª ed. Santiago, Chile: Ediciones UC (2020), pp. 699-701.

¹⁵ VAN WEEZEL, Curso de Derecho Penal, ob. cit., p. 407.

¹⁶ CURY, ob. cit., p. 699.

¹⁷ En tal sentido, Mir Puig afirma: “la presente eximente no debe entenderse como causa de inimputabilidad, el miedo no tiene por qué llegar a consistir en una situación subjetiva cuya vivencia prive al sujeto de su lucidez o fuerza de voluntad, al modo de una especie de trastorno mental transitorio. Miedo no ha de entenderse como terror. Basta con que concurra un temor insuperable”. MIR PUIG, ob. cit., p. 625.

¹⁸ GUERRA, Rodrigo. “Impulso irresistible en el miedo insuperable”, en *Polít. Crim.*, vol. 14, N° 28 (2019), pp. 69-73.

¹⁹ MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno*. Parte General, 1ª ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch (2019), p. 309.

²⁰ VAN WEEZEL, *Curso de Derecho Penal*, ob. cit., p. 410. En sentido contrario, MIR PUIG, ob. cit., p. 626, afirmando el efecto excusante del miedo causado por error.

Por su parte, el requisito de *insuperabilidad* da a entender que no basta cualquier entidad de *miedo* para efectos de configurar la exculpante. Ahora bien, el criterio para determinar cuándo el miedo reviste el carácter de *insuperable* para satisfacer la exigencia del artículo 10 N° 9 del CP no es pacífico en el medio nacional, debido a la poca precisión de la norma. Tal problemática no llega a ser abordada por la sentencia en comentario ni por la resolución del tribunal de origen, que en sus razonamientos no se encargan de describir, ni de fundamentar, por qué el miedo –que se da por acreditado– no llega a ser insuperable. Sobre este punto, debe precisarse que un correcto análisis de la cuestión debatida, en el caso en concreto y según las alegaciones hechas por la defensa y la prueba de descargo rendida, debió analizar la concurrencia o no de este requisito a partir de un enfoque de género y prescindiendo de exigir un estándar de acreditación como el de la *duda razonable*, pues se trata de una defensa afirmativa, y no de un estándar legal de condena, tal como se expondrá en lo sucesivo.

a) *Estándar de prueba del miedo insuperable*

i) *No más allá de toda duda razonable*

El estándar conocido como *más allá de toda duda razonable* encuentra su fundamento positivo en el artículo 340 del CPP: “nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por ley”.

La norma es clara en su tenor literal al reservar tal exigencia de convicción para la sentencia condenatoria, quedando la sentencia absolutoria y demás circunstancias de efectos liberadores de responsabilidad penal, *a contrario sensu*, ajenas a tal rigor. En consecuencia, basta la duda razonable para que el tribunal deba absolver a los acusados de un juicio en casos de defensas negativas.

En tal sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha considerado que el estándar de la sentencia de condena “podría expresarse en los términos siguientes: 1. Que las pruebas de cargo cuya existencia resultara predicable, de acuerdo a nuestros conocimientos previos acerca del mundo, en el caso concreto, hayan sido efectivamente aportadas; 2. Que la hipótesis de la acusación sea capaz de explicar los datos probatorios disponibles, integrándolos de forma coherente, y que haya resistido a las eventuales contrapruebas que pretendían refutarla; 3. Que los datos probatorios disponibles resulten muy difícilmente explicables por las hipótesis compatibles con la inocencia del acusado que

hayán sido alegadas por la defensa, excepto las hipótesis *ad hoc* que no son empíricamente contrastables”, en oposición a la sentencia absolutoria, en la que “bastaría justificar el incumplimiento con respecto de alguno de esos hechos principales de alguna de las condiciones especificadas, el que de acuerdo al modelo propuesto podría considerarse constitutivo de una duda razonable”²¹.

Lo anterior, reiteramos, es válido para aquellas defensas negativas que sean alegadas por los acusados, a diferencia del presente caso en donde se realizó una defensa positiva por parte de la acusada CSUR. La afirmación anterior, no obstante, ha sido discutida, argumentando que se estaría vulnerando el derecho a la presunción de inocencia, al exigir su prueba, bastando con realizar la alegación de la eximente, siendo carga de la parte acusadora probar todos los elementos categoriales del delito²². En España, la tónica jurisprudencial ha sido la de exigir su prueba²³.

ii) Más probable que improbable

La regla mencionada se modifica en aquellos casos en donde la defensa, como ocurrió en la especie respecto a la acusada CSUR, realiza una defensa afirmativa. En el caso en concreto se afirmó la concurrencia de la causal de haber actuado la acusada motivada por un miedo insuperable, lo que evidentemente debe probarse. Lo anterior es lógico, pues el elemento de exigibilidad de una motivación conforme a la norma, al igual que la imputabilidad, se da por supuesto, salvo que se demuestre claramente lo contrario²⁴. Se supone que toda persona imputable puede formarse una motivación conforme al ordenamiento jurídico, es decir, que tiene el control de la motivación, incluso en circunstancias muy adversas.

Dicho lo anterior, y considerando que no podemos aplicar el estándar de *más allá de toda duda razonable* –reservado para los supuestos de condena–, se

²¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 5.05.2017, rol N° 520-2017.

²² CUERDA RIEZU, Antonio. “La prueba de las eximentes en el proceso penal: ¿obligación de la defensa o de la acusación?”, en *InDret*, N° 2 (2014), p. 11. “Tal solución pasa por distinguir entre mera alegación y prueba de lo alegado: de esta manera, la alegación de la eximente correspondería a la defensa del acusado, en tanto que la prueba de la existencia del elemento delictivo cuestionado por tal eximente correspondería al acusador”.

²³ STS 415/2006, de 18 abril, FJ 14 (A. 2006\2289); SSTS 20.01.1981, considerando (Cdo.) 3 (A. 1981\161); 13.04.1981, Cdo. 1 (A. 1981\1634), que se remite a las SSTS de 28-1-1954 (A. 1954\176), 9.02.1980 (A. 1980\461) y 22.09.1980 (A. 1980\3307); 19.05.1981, Cdo. 3 (A. 1981\2236), con remisión a las SSTS 20.01.1981 (A. 1981\161) y 13.04.1981 y (A. 1981\1634); 19.02.1988, FJ único (A. 1988\1198); en CUERDA RIEZU, ob. cit., p. 6.

²⁴ VAN WEEZEL, Curso de Derecho Penal, ob. cit., p. 404.

hace necesario recurrir a un criterio intermedio para la probanza y convicción de las alegaciones de defensa afirmativas. En efecto, si el factor excluyente de la responsabilidad no hace desaparecer alguno de los elementos del hecho típico, “es el acusado quien tiene que probar esa eximente afirmativa. Pero lo tiene que hacer conforme a un estándar probatorio más bajo: por ejemplo, la *preponderance of evidence* (es decir, más probabilidad que improbabilidad). Este es el caso de las causas de justificación, de las *excuses* (causas de exculpación) y de otras *non-exculpatory defenses*. En todas ellas la carga de la prueba de la concurrencia de sus elementos le incumbe al acusado, pero siempre con un estándar menos rígido”²⁵.

Existen distintos estándares de prueba, cada uno con distintos grados de exigencia para generar convicción y autorizar al tribunal a tomar una decisión, “desde el más exigente hasta el más débil: más allá de toda duda razonable, preponderancia de la prueba, prueba clara y convincente, sospecha razonable”²⁶. En Chile, a diferencia del proceso colombiano, no contamos con estas normas en el proceso penal que permitan orientar al juzgador respecto al estándar exigible para dar por acreditada una defensa afirmativa. Sí existen, en cambio, normas probatorias exigibles para decretar una medida cautelar²⁷. Por tal razón, de acuerdo a nuestra legislación²⁸, debemos remitirnos a las normas generales, es decir, a la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil y del Código Civil, en aquello que no sea contrario a las normas y principios del proceso penal.

Lamentablemente, nuestro Código de Procedimiento Civil no contiene una norma que indique un estándar de convicción respecto de la prueba. Por su parte, el artículo 1698 del Código Civil sólo sirve para efectos de determinar la carga probatoria: para efectos de las exculpantes, corresponderá probarlas a quien las alega, esto es, el acusado. De modo que, si es la acusada quien

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “El debate sobre la prueba del modelo de compliance: una breve contribución”, en *InDret Penal*, N° 2 (2020), p. iii.

²⁶ BUSTAMANTE, Mónica; PALOMO, Diego. “La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 3 (2018), p. 665. A modo ejemplar, los autores señalan los estándares en el proceso penal colombiano: “conocimiento más allá de toda duda razonable (para dictar sentencia condenatoria), probabilidad de verdad (para que el Fiscal pueda presentar escrito de acusación) e inferencia razonable (para que el Juez de Control de Garantías pueda permitir al Fiscal la formulación de imputación, o para resolver sobre la imposición de una medida de aseguramiento, privativa o no privativa de libertad)”.

²⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 140 del CPP chileno.

²⁸ De conformidad al artículo 52 del CPP.

tiene que acreditar la concurrencia de alguna exculpante y tal acreditación no produce afectaciones a las garantías que le corresponden, no resulta adecuado aplicar el estándar de *más allá de toda duda razonable*, que tiene su fundamento en complementar la presunción de inocencia y evitar los posibles errores en la resolución que impliquen la condena de una inocente, pues, de acuerdo al derecho, se prefieren evitar los errores de esa naturaleza antes que los errores que conduzcan a una decisión absolutoria²⁹.

b) Juzgar con perspectiva de género la insuperabilidad del miedo

Así las cosas, dado que el miedo insuperable corresponde a un causal de inexigibilidad, al momento de evaluar la insuperabilidad del miedo se debe tener en especial consideración la situación particular del agente, en este caso, de la acusada CSUR. Al efecto, es conveniente tener presente que ya en los casos más complejos en que la mujer violentada desplegaba una conducta directamente atentatoria contra la vida del “tirano doméstico” se consideraba la aplicación del artículo 10 N° 9 del CP, pues tiene la aptitud de hacerse cargo de la situación anormal en que la mujer echa mano de una última alternativa desesperada para escapar de su situación³⁰. Los problemas de la aplicación del miedo insuperable a dichos casos se presentaban más bien a nivel de acreditación de la calidad de “víctima” de la mujer que atenta contra la vida de su conviviente y la necesidad de un conflicto de motivos que caracteriza la falta de exigibilidad, problemas que no se dan en el caso de la especie: la acusada CSUR es compelida por su tirano doméstico a la ejecución de una conducta típica de microtráfico, orden reforzada por la presencia constante de la pareja en el asiento del copiloto, conducta que pone en peligro el bien jurídico protegido de la salud pública, en contrapartida con la salud e integridad física y psíquica de la acusada, de una entidad superior.

Conforme a las declaraciones transcritas por la sentencia del TOP de Linares, tanto de la acusada como de dos testigos de corroboración que dieron cuenta de diversos episodios de violencia que la afectaban, de manos de su conviviente, cuyo conocimiento de la situación era personal y directo, la defensa

²⁹ Véase CARNEVALI, Raúl; CASTILLO, Ignacio. “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 17, N° 2 (2011). En el mismo sentido, la jurisprudencia norteamericana, en *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979).

³⁰ VAN WEEZEL, Alex. “Caso del agresor dormido. El problema del ‘tirano doméstico’”, en VARGAS PINTO, Tatiana (dir.), *Casos Destacados. Derecho Penal (Parte General)*, 1ª ed. Santiago: Editorial Thomson Reuters (2015), pp. 346-347.

de la acusada CSUR alegó el miedo insuperable aduciendo que la defendida era víctima de malos tratos físicos y psicológicos, constitutivos de una violencia incesante y persistente, agregando que el día anterior a los hechos había sido amenazada por su pareja de quemar su casa. Lo anterior permite situarnos en el rango que es propio de las situaciones de violencia doméstica.

Conforme a la doctrina que aquí se sigue³¹, la insuperabilidad del miedo con que actuó la acusada debió analizarse a partir de un criterio individualizador, considerando que el tribunal y la Corte se encontraban analizando la concurrencia o no de una circunstancia de inexigibilidad, al interior de la culpabilidad y ello hacía necesario atender a las circunstancias concretas de violencia que sufría la acusada, las cuales conforme a lo declarado por ella y dos testigos, motivaron su miedo y la llevaron a actuar. Era relevante –entonces– que el tribunal de instancia y la Corte a su turno pudieran omitir sesgos o estereotipos respecto a la actuación esperada de la mujer, los que se materializaron en que se afirmara que el miedo con que actuó fuera superable. Pareciera ser, aunque no se diga en las sentencias, que el tribunal de instancia y la Corte esperaban una actuación heroica de la mujer, en el sentido de arriesgar su integridad física y negarse al traslado de la droga, lo que evidentemente nos parece errado a la luz de la exigente en comento y de la perspectiva de género.

c) *Cómo se prueba la insuperabilidad del miedo*

Como se adelantó, la insuperabilidad del miedo es un punto no pacífico en la doctrina.

Para algunos autores, el carácter *insuperable* del miedo se determina de acuerdo con un estándar generalizador. En tal sentido, se requiere que “tal perturbación alcance un nivel intolerable para un hombre razonable perteneciente al mismo estrato cultural y socioeconómico del autor”³².

Para otros, el criterio que debería emplearse es más bien individualizador, pues si “el juicio de culpabilidad responde a una especial personalización de la imputación, lo correcto es juzgar conforme a las características y capacidades individuales del sujeto”³³. Este último es el criterio que aquí se sostiene. Por su parte, la sentencia de instancia y de la Corte no hacen referencia a ello, des-

³¹ Véase VAN WEEZEL; MANALICH; MIR PUIG y, matizadamente, CURY, citados previamente.

³² CURY, ob. cit., p. 699.

³³ VAN WEEZEL, *Curso de Derecho Penal*, ob. cit., p. 409. En el mismo sentido MIR PUIG; MANALICH, entre otros.

cartando sin más la superabilidad del mismo al afirmar que el miedo con que actuó la acusada “pudiera no ser insuperable”. Pareciera ser que la sentencia estaría refiriendo que existirían otros medios para evitar el mal que se temía, y ello hace necesario revisar dicho criterio.

i) ¿Insuperabilidad o alternativa hipotética de actuación?

La insuperabilidad del miedo no puede, a nuestro juicio, determinarse conforme a la existencia de otros cursos hipotéticos de actuación. La existencia de otros cursos de actuación no considera las circunstancias concretas de quien actúa por miedo. Si razonamos sobre la base de un criterio individualizador para tener por establecida esta eximente, es contradictorio e insuficiente juzgar la insuperabilidad del miedo de acuerdo a circunstancias puramente externas al individuo que actúa. La existencia de cursos causales de actuación no es lo único relevante para solucionar el conflicto de motivos que enfrenta quien actúa por miedo. Las circunstancias externas en las que actúa el individuo son relevantes en el juicio de inexigibilidad, en la medida que tienen una incidencia en la explicación del actuar de dicho individuo. Si la omisión de la actuación debida o la actuación prohibida responden a dicho conflicto de motivos, no es posible afirmar que su conducta es una manifestación clara de una postura contraria a la norma. Si bien la jurisprudencia nacional y parte de la doctrina plantea como un requisito independiente la *inexistencia de otros medios* para evitar el mal que se teme³⁴, creemos que tal exigencia opera más bien como un criterio práctico que autoriza a la judicatura a desechar la insuperabilidad del miedo, lo cual no es asertivo para tal fin, pues la existencia de otros cursos de actuación ignora el conflicto de motivos que en el caso en concreto enfrentó quien actuó por miedo insuperable.

Por lo mismo, tal exigencia puede ser reprochable desde un criterio subjetivista, puesto que –en definitiva– la situación de inexigibilidad de la acusada implicaba una situación tan anormal que la llevó a obviar otras alternativas fácticas de actuación. Es posible –y probable– que quien actúa por miedo insuperable pase por alto otros cursos de actuación hipotéticos que no fueran contrarios a la norma, pero la exculpan de inexigibilidad de otra conducta justamente reconoce y ampara la actuación de quien pudiendo actuar de un modo diverso y heroico, no lo hizo. Ahora bien, ello igualmente exige un mínimo de motivación de respeto al derecho, exigible a toda ciudadana –como

³⁴ Corte de Apelaciones de La Serena, 10.08.2011, rol N° 183-2011. En tal sentido, LABATUT, Gustavo. *Derecho penal*. Tomo I, 9ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2000), p. 150.

en el caso en concreto—, y, por tanto, estandarizado por el derecho³⁵. En suma, si se sostiene que el *miedo insuperable* da cuenta de una situación anormal que impedía al sujeto motivarse como corresponde, malamente se le puede exigir una ponderación de otros cursos de actuación esperables conforme a un criterio estándar abstracto. El único criterio estándar abstracto exigible a dicha persona es el *mínimo* que todo ciudadano o ciudadana comparte de respeto al ordenamiento jurídico, pero no es posible exigir un *máximo* de motivación, que se acerca peligrosamente al heroísmo.

III. CONCLUSIONES

Lo resuelto por el TOP de Linares, así como por la Corte de Apelaciones de Talca presenta carencias de fundamentación relevantes que han incidido de manera directa en el rechazo de las alegaciones planteadas por la defensa de la acusada CSUR. En síntesis, las falencias anotadas a lo largo de este comentario son las siguientes:

1. Se percibe, primeramente, una omisión de la valoración de la prueba de descargo, tanto de parte de la sentencia del TOP de Linares como en la resolución de la Corte. El tribunal de la instancia no valora la prueba rendida por la defensa de la acusada en juicio, tal como puede observarse en el considerando relativo a los hechos acreditados. Pese a lo anterior, el tribunal *a quo* refiere posteriormente en su considerando duodécimo que existió miedo en el actuar de la acusada CSUR, sin incorporarlo dentro de los hechos acreditados ni señalar la causa de tal temor. Tampoco señala expresamente cuáles serían los medios de prueba que lo acreditaron ni por qué el miedo sería superable, descartando la alegación del artículo 10 N° 9 del CP.

2. La Corte, por su parte, no sólo se limitó a confirmar lo señalado por el tribunal de la instancia, en aquello relativo a la eximente, sino que también estimó conveniente sostener que, para aplicar en su labor la perspectiva de género, se hacía necesario primero que se encontraran acreditados los hechos, incurriendo de esta manera en una distinción no prevista por el legislador. La obligación de integrar el enfoque de género va dirigida al ejercicio de la *actividad jurisdiccional en su totalidad* y, en especial, a la *valoración de la prueba* que sirve para el *establecimiento de los hechos*, no estando autorizada la judicatura para reservarlo únicamente a la *motivación* respecto de dicha prueba y hechos ya asentados.

³⁵ VAN WEEZEL, Curso de Derecho Penal, ob. cit., p. 409.

3. El *miedo insuperable* corresponde a una causal de exculpación por falta de exigibilidad de una conducta conforme a derecho respecto de quien actúa, debido a que el sujeto se encuentra en una situación tan anormal que no es esperable de su parte una conducta –valga la redundancia– normal, lo cual, como es lógico, corresponde a una excepción en el comportamiento de las personas que viven en sociedad. En el caso comentado, nos parece acertada la alegación hecha por la defensa, lo que sitúa al tribunal de la instancia en un contexto adecuado para juzgar la discusión fáctica y jurídica de la imputación que se le realiza a la acusada CSUR.

4. En cuanto a la prueba de la eximente de miedo insuperable, y dado que constituye una circunstancia que excluye la culpabilidad de la acusada, la cual –*a priori*– se presume, el miedo insuperable debe ser probado por quien lo alega. Sin embargo, al ser una causal de exculpación, su acreditación no puede estar supeditada al estándar de *más allá de toda duda razonable*, reservado sólo para las sentencias condenatorias. Lo anterior tiene fundamento tanto en el ordenamiento positivo como en la doctrina y jurisprudencia.

5. Sin embargo, el estándar de prueba del miedo insuperable tampoco debe ser aquel de cualquier sentencia absolutoria, en la que le basta al acusado o acusada que exista *duda razonable* respecto de alguno de los elementos fácticos o normativos típicos contenidos en la acusación, pues la exculpante, al ser una excepción a la normalidad, no es de aquellas alegaciones de defensa que se denominan *negativas*.

6. Así, el miedo insuperable, al ser una defensa *positiva* que introduce al proceso un hecho nuevo, requiere de un estándar de acreditación intermedio entre la *duda razonable* y el *beyond reasonable doubt*. En este contexto, nos parece que el estándar deseable en las defensas positivas como esta es la utilización de aquel que estima *más probable que improbable* la circunstancia alegada para darla por probada, tal como ocurre en los procesos civiles. Lo anterior, teniendo como fundamento la garantía de presunción de inocencia que ampara a el o la acusada en un proceso penal.

7. Más allá del estándar de convicción que proceda aplicar genéricamente a las exculpantes, al ser el miedo insuperable una causal que encuentra fundamento en la falta de exigibilidad de quien actúa, se requiere tomar en consideración sus características particulares y personales, tanto físicas como psíquicas. En el caso de CSUR, por tanto, la *insuperabilidad* del miedo debía establecerse considerando su situación concreta de maltrato, referida en la sentencia. El enfoque de género en el presente caso debió manifestarse en que el tribunal de instancia no incurriera en estereotipos de una conducta esperada de la acusada a la hora de fijar los hechos en la sentencia y, si bien no se afirma

expresamente en la misma, pareciera ser que se le exigió un actuar heroico para configurar la insuperabilidad del miedo, pues livianamente se afirma en la sentencia del TOP que el miedo pudiera no haber sido insuperable, a pesar de haber declarado ella y dos testigos de corroboración dando cuenta de severas agresiones físicas y psicológicas de parte del copiloto y conviviente de la acusada, quien la coaccionó a trasladar la droga. En síntesis, ponderar la prueba y determinar, de acuerdo a tal criterio, si la situación de la acusada –con el maltrato persistente sufrido– era lo suficientemente anormal como para satisfacer los requerimientos del artículo 10 N° 9 del CP.

8. La carencia de fundamentación de parte de las sentencias de los tribunales *a quo* y *ad quem* en torno a por qué se dio por acreditado el *miedo* pero no la *insuperabilidad* no ayudan a distinguir su criterio, lo que induce a pensar que se basaron en la consideración de otras alternativas de actuación frente a la conducta de la acusada CSUR. Lo anterior, a nuestro juicio, no puede ser considerado un criterio por sí solo válido para descartar la insuperabilidad, toda vez que, al tratarse de una situación de inexigibilidad, la anormalidad de la situación era lo que precisamente impidió a CSUR considerar otros cursos de acción. Ciertamente, la acreditación de una situación personalísima de anormalidad no puede configurarse mediante un examen que prescinde de una perspectiva individualizadora y –en este caso– de género.

3. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Tráfico de drogas. I. Hechos que permiten la aplicación de la eximente, la existencia de un miedo insuperable, no están acreditados. II. Causal de nulidad de infracción a las normas sobre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, rechazada. III. Cantidad de droga encontrada en poder de la acusada no se condice con el delito de tráfico. Que la acusada haya sido detenida en el marco de una operación de mayor envergadura, no obsta que ella no era parte de dicha investigación. IV. Delito de microtráfico es un delito autónomo. Determinación de la pena.

HECHOS

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito consumado de tráfico ilícito de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, figura prevista y sancionada en los artículos 1° y 3° de la Ley

Nº 20.000. Defensa de condenadas recurren de nulidad. La Corte Suprema acoge uno de los recursos deducidos y dicta sentencia de reemplazo.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (acogido).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Talca.*

ROL: *1368-2022, de 16 de enero de 2023.*

MINISTROS: *Sra. Jeannette Valdés Suazo, Sr. Ricardo Guillermo Riquelme C. y Abogado Integrante Sr. Ruperto A. Pinochet O.*

DOCTRINA

De la lectura de la sentencia, se puede desprender que en el considerando duodécimo, tuvo por acreditado que la acusada obró por un miedo que pudiera no ser insuperable en los términos que precisa la eximente, acreditando que “su conducta puede encuadrarse dentro del marco de quien condujo el vehículo de su pareja con una voluntad disminuida sabiendo que trasladaba drogas, por miedo que, si bien pudiera no ser insuperable, pensamos que existió y que razonablemente afecta la conducta y culpabilidad en los términos de satisfacer la atenuante analizada”, concediendo únicamente una eximente incompleta. De esta forma, los hechos que permiten la aplicación de la eximente, esto es, la existencia de un miedo insuperable, no están acreditados, pues no ha sido establecido en la sentencia que la acusada haya sufrido una violencia incesante y persistente, de forma que el miedo no era insuperable, lo que impide la aplicación de la eximente completa en la forma que alega el recurrente, así, a juicio de estos sentenciadores, no conlleva una infracción de ley, por cuanto en los autos no se han acreditado los supuestos de la norma para su aplicación. Además, es menester agregar que para que estos sentenciadores puedan aplicar la perspectiva de género deben estar establecidos los hechos en que se funda la alegación, lo que no sucede en estos autos. En consideración a lo anterior, se aprecia claramente que en realidad no existe una errónea aplicación del derecho que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo, de esta forma, como la causal establecida en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal es una causal de derecho estricto, mediante la que solo se puede revisar la aplicación del derecho, sin modificar los hechos asentados por el Tribunal a quo, los que han sido producto de la valoración de la prueba que es una competencia propia del Tribunal de instancia, es que la presente causal debe ser rechazada (considerandos 5º a 7º de la sentencia de nulidad).

La sentencia impugnada ha tenido por acreditada la participación de la acusada en los hechos que revisten el carácter de delito sin que su declaración sean necesaria para ello, utilizando los testimonios de funcionarios de la policía de investigaciones y, considerando especialmente, que al momento que la acusada fue detenida, se descubrió que en su domicilio poseía una gran cantidad de droga y sustancia ilícitas, por lo que estos sentenciadores no aprecian una infracción a las reglas de la sana crítica al momento de ponderar la procedencia de la atenuante alegada por la defensa de colaboración sustancial. De esta forma, la sentencia explica en forma abundante las razones que llevaron a desestimar las alegaciones de la defensa, concluyendo que la declaración de la acusada constituyó una colaboración sustancial para establecer los hechos acreditados. En conformidad con lo anterior, a juicio de estos sentenciadores la sentencia impugnada valora la prueba de forma correcta y expresa los fundamentos que llevan a las conclusiones, los que permiten una correcta reproducción del razonamiento seguido para llegar a las conclusiones expresadas por el Tribunal a quo, en relación con la acusada Y. A., de forma que no se aprecia la infracción a las reglas de la sana crítica alegada por la recurrente (considerandos 18° y 19° de la sentencia de nulidad).

(Sentencia de reemplazo) Los sentenciadores estiman que la cantidad de droga encontrada en poder de la acusada C. U. no se condice con el delito de tráfico ilícito de drogas, descrito y sancionado en los artículos 1° y 3° de la Ley N° 20.000 en relación al artículo 1° de su Reglamento, como lo solicitó el Ministerio Público, cuya acusación señalaba que: “Luego, previa observación de un vehículo que se retiraba del lugar, sorprendieron a los imputados ... en el automóvil marca Mazda, patente ..., portando un total de ochenta y tres (83) envoltorios con cocaína base con peso de 16,26 gramos, una bolsa con clorhidrato de cocaína con peso de 73,69 gramos y una bolsa con cannabis sativa con peso de 18,35 gramos, además de la suma de \$263.000 (doscientos sesenta y tres mil pesos) en dinero efectivo provenientes de la venta de drogas”. En este sentido, las cantidades que el Ministerio Público atribuyó que estaban en poder de la acusada difieren sustancialmente de la cantidad que finalmente se acreditó en estos autos, los que únicamente logran completar las exigencias típicas y antijurídicas del delito consumado de MICROTRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, descrito y sancionado en los artículos 1° y 4° de la Ley N° 20.000. Se debe señalar que el hecho de que la acusada haya sido detenida en el marco de una operación de mayor envergadura, no obsta que ella no era parte de dicha investigación y que lo único que se ha acreditado que ha realizado es transportar la cantidad

de droga señalada en el considerando primero de esta sentencia, por lo que aun cuando esto fuera parte de una cadena más grande, ese fue el hecho puntual que la acusada ha cometido y por el cuál [sic] debe ser condenada (considerandos 2° y 3° de la sentencia de reemplazo).

La jurisprudencia ha señalado que el delito de microtráfico establecido en el artículo 4° de la Ley N° 20.000 es un delito autónomo, existiendo notables diferencias entre el delito consagrado en el artículo 3° de la citada ley, entre las que se destaca el volumen de droga o materias traficadas, por cuanto, se ha señalado que: “para el artículo 4° deben ser B”. Respecto al volumen de droga o materias primas traficadas, para el artículo 4° deben ser ‘pequeñas cantidades’, tanto cuando se trata de la posesión, transporte, guarda o porte, en la hipótesis del inciso 1°, como en la adquisición, transferencia, suministro o facilitación con la finalidad de que sean consumidas o usadas por otro en el caso del inciso 2°, especificación de cantidad que no se hace en el artículo 3°” (Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Rol N° 2763 2008, de fecha 21 de enero de 2009) (considerando 5° de la sentencia de reemplazo).

La pena que abstractamente trae aparejada el delito consumado de microtráfico, descrito y sancionado en el artículo 4° en relación con el artículo 1°, ambos de la Ley N° 20.000, es la de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales. Así, como a la acusada le perjudica una agravante y le beneficia una eximente incompleta, esta Corte mantendrá el razonamiento seguido por la sentencia que se reemplaza en el considerando décimo tercero, en cuanto a la aplicación del artículo 68 del Código Penal, compensando racionalmente la atenuante y la agravante, pudiendo recorrer la pena en toda su extensión, desechando así la alegación de la defensa por la aplicación del artículo 73 del Código Penal, por cuanto dicha norma señala: “Se aplicará asimismo la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el art. 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número entidad de los requisitos que falten o concurran”, es decir, se aplica únicamente en los respectivos casos del artículo 10 del Código Penal, no en todos, pues esta última norma tiene algunos casos en donde exige concurrencia de requisitos, que es en donde procede la aplicación del referido artículo 73, mientras que el artículo 10

Nº 9 no tiene varios requisitos, por lo que no corresponde aplicar el artículo 73 referido (considerando 7º de la sentencia de reemplazo).

Cita online: CI/JUR/581/2023

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 297, 342 letra c), 373 letra b), 374 letra e) del Código Procesal Penal; 1º, 3º, 4º de la Ley Nº 20.000.*