

---

## Comentarios Sobre la Pequeña Cantidad en un Fallo de la Corte Suprema

Por *Omar Mérida Huerta*  
*Fiscal Adjunto*

Con la dictación de la ley 20.000, cuya principal innovación fue introducir el concepto de “tráfico de pequeñas cantidades de drogas”, se dio inicio a una notable discusión respecto del real significado y alcance del referido concepto.

En la historia de la ley<sup>1</sup> se hace presente que la principal motivación del legislador al introducir este concepto, fue precisamente subsanar el problema a que se enfrentaban los jueces en situaciones en que las personas eran detenidas portando pequeñas cantidades de droga, en cuanto a la pena a aplicar en estos casos, ya que parecía desproporcionado aplicar la pena de presidio mayor cuando se trataba de cantidades pequeñas que incluso podían estar destinadas al consumo, por lo que en definitiva los jueces buscaban disminuir el castigo, sancionando como consumo, o derechamente dejando sin sanción la conducta. En ese interés el legislador buscó una herramienta para que los jueces pudieran sancionar todas las conductas de tráfico, aun de pequeñas cantidades, proporcionalmente.

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.000, además de su aplicación a los casos que comenzaban dentro de su vigencia, se presentaron numerosos casos en que la defensa de los condenados solicitó la aplicación retroactiva de sus disposiciones con el objeto de verse favorecidos con este “nuevo criterio”, obteniendo rebajas de la pena originalmente impuesta en casos que a su juicio correspondían a pequeñas cantidades.

La discusión se centró inicialmente en determinar si correspondía o no aplicar esta nueva normativa retroactivamente, por lo que uno de los principales puntos de discusión en los distintos tribunales fue precisamente el análisis de los requisitos de la aplicación retroactiva de las leyes.

Se adujo inicialmente por el Ministerio Público que no correspondía aplicar la figura del artículo 4° de la ley 20.000, por cuanto lo que la ley requiere es que exista una nueva ley que exima al hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, situación que no se daba en este caso por cuanto el tipo penal de tráfico del antiguo artículo 5 de la ley 19.366 se mantenía en los mismos términos en el artículo 3 de la ley 20.000, por lo que la descripción típica del artículo 4 era una figura nueva, vista la introducción del concepto de pequeña cantidad, lo que justificaba además su inclusión en forma separada del artículo 3 y no su consideración al interior de esta norma como un inciso aparte. Por tanto, la figura penal por la que se había sancionado a estas personas, era la misma del artículo 3 actual, entonces no había nueva ley que eximiera al hecho de pena o le asignara una menor.

---

<sup>1</sup> Mensaje 232-241 de 02-12-1999, con que se acompaña el proyecto de Ley al Congreso Nacional.

Además se sostuvo que, intentar aplicar el artículo 4 nuevo implicaba hacer una nueva valoración de la prueba, revisar nuevamente los fundamentos fácticos de la condena, lo que únicamente podía hacerse en un juicio oral, situación impracticable.

En este contexto y habiéndose obtenido resultados diversos, mayoritariamente favorables al Ministerio Público, se esperaba sin embargo un pronunciamiento de la Corte Suprema de nuestro país para zanjar la discusión.

### **EL CASO MEZA ARIAS**

A propósito de una revisión de sentencia condenatoria efectuada ante el Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, la defensa de Clemilde Meza Arias, condenada a 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por 31,26 gramos de cocaína, recurrió de nulidad ante la Corte Suprema, por la decisión del Tribunal Oral que favoreció la tesis del Ministerio Público ya expresada, en orden a que no procedía la aplicación retroactiva de la ley por no cumplirse los requisitos legales. La Corte declaró inadmisibile el recurso, sin embargo decidió revisar los antecedentes en virtud de la facultad del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Así, tras audiencia pública en que se oyó a los intervinientes, el Tribunal resolvió que no existía falta disciplinaria de los Jueces del Tribunal Oral en lo Penal de Temuco en este fallo, al tiempo que estableció importantes y valiosos criterios que llevaron luz a la discusión.

Confirmando la importancia y trascendencia de esta resolución, a este fallo le siguieron otros (ROL 1990-2005, 26 de julio de 2005, contra Sylvia Ortega, 4,400 gramos de pasta base; ROL 2592-05, 10 de agosto de 2005, contra Ricardo Guerrero 147,6 gramos de cocaína, todos de la Sala Penal de la Corte Suprema, que vinieron a ratificar el criterio del mencionado Tribunal en la materia.<sup>2</sup>

De dicha resolución, de fecha 19 de julio de 2005, resulta útil comentar los siguientes elementos:

#### **I.- EL ARTÍCULO 4º NO ES UNA FIGURA NUEVA:**

La sala penal de la Corte Suprema, establece en primer lugar, que el artículo 4º de la ley 20.000 no es una figura nueva, “sino que se limita a disponer que, si en el caso concreto ese tráfico se refiere a “pequeñas cantidades” de droga, puede sancionárselo con una pena mas benévola que la prevista ordinariamente para tal delito”, por lo que en realidad constituye una “regla de aminoración de la pena” o “privilegiante”, que se aplica para el caso de que las cantidades traficadas sean consideradas pequeñas.

---

<sup>2</sup> Otros fallos que citaron expresamente a éste: RUC 0500160996-5, 29/11/05, TOP Los Andes, 165,57 gramos de cocaína; RUC 0400289928-6, 22/10/05, TOP San Felipe, 38,77 gramos de pasta base y 47,62 de marihuana; RUC 0500076538-6, 08/11/05, TOP Punta Arenas, 50,6 gramos de marihuana.

En ello concuerda con lo discutido a propósito de este artículo en la Comisión de Drogas de la Cámara de Diputados<sup>3</sup>, en que se señala expresamente que con este artículo “se otorgan atribuciones a los jueces para que determinen la sanción”, y con la doctrina nacional mas relevante como Politoff, Matus y Ramírez<sup>4</sup>, que sostiene que la pequeña cantidad es un **“elemento especializante”** que actuaría privilegiadamente al momento de decidir el castigo a aplicar al que trafica cantidades menores de droga.

La sentencia establece que el artículo 4°, no siendo una figura nueva, es en sí una norma mas benigna que el antiguo artículo 5° de la ley 19.366, de modo tal que la controversia se sitúa en **cuándo** debe aplicarse retroactivamente la norma señalada, esto es, cuándo debe entenderse que las cantidades juzgadas antiguamente han sido pequeñas.

El Tribunal consiente en que el problema no es simple y que la determinación del concepto cuantitativo indefinido no se reduce sencillamente a un tema de cantidades. En efecto admite muy acertadamente que la respuesta **“depende de una multiplicidad de factores tan grande que es imposible reducirlos a una generalización”**<sup>5</sup>. Seguidamente veremos algunos de los factores que el redactor analiza para tal fin.

## **II.- FACTORES QUE PERMITIRÍAN ESTABLECER UNA PEQUEÑA CANTIDAD:**

**1.-** La sentencia nos dice en primer lugar que pequeña cantidad puede ser una cantidad que el hechor podría destinar a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, argumento cuya creación atribuye al Ministerio Público. Este naturalmente intenta establecer que la cantidad de droga es pequeña cuando puede estar destinada a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo en conformidad a lo que señala el mismo artículo 4° en su inciso final, sin embargo ello resulta a juicio de los sentenciadores, insuficiente, pues la variabilidad intrínseca del concepto, según la persona que se estudie, deja nuevamente abierta la discusión sobre las cantidades.

**2.-** Luego la sentencia descarta el criterio de la defensa en orden a situar al sujeto en la cadena de distribución de la droga, entendiendo por pequeña cantidad la que se transa en el ultimo eslabón antes del consumidor final. A juicio de la Corte, dicho criterio debe también descartarse por cuanto nada obsta a que el vendedor de estas pequeñas cantidades en forma individual, sea a su vez poseedor de un stock mayor de droga, pero que rehuye la mayor sanción vendiendo a los consumidores solo cantidades menores. A este respecto cabe recordar que en la práctica y desde antaño, los vendedores conocedores del sistema, intentan eludirlo siempre portando pequeñas cantidades, y guardando el resto de la droga en “caletas” que ordinariamente son de difícil hallazgo, con lo que logran evitar sanciones mayores.

Es necesario agregar a este respecto que la afirmación de que el imputado para ser “microtraficante” debe estar ubicado al final de la cadena de distribución, fue un criterio

---

<sup>3</sup> Primer informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados, 12 de marzo de 2001.

<sup>4</sup> Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno, parte especial, 2ª edición actualizada, página 585.

<sup>5</sup> Considerando 4° del fallo citado.

recogido por algunas sentencias de Juicio Oral, que completaban el concepto de pequeña cantidad con requisitos que excedían con creces lo presupuestado por el legislador, y que técnicamente son reprochables por cuanto construyen una “figura de traficante” que conduce a pensar que la ley sanciona personas y no actos, en circunstancias que lo que resulta evidente, es que la posición del vendedor en la escala debe ser analizada desde la perspectiva de los factores que rodean al hecho constitutivo de tráfico, y no de la perspectiva del traficante.

Es en función del examen preliminar de estos elementos que la sentencia da un paso adelante en el análisis y se enfrenta a una perspectiva distinta: la pequeña cantidad no puede definirse por un factor exclusivamente numérico, de gramaje o cantidad, sino que constituye un espacio en el que el juez debe ponderar otros factores o elementos que concurren al hecho para calificarlo, elementos que ilustran sobre la extensión del ilícito mas que sobre el hallazgo concreto de una determinada cantidad.

### **III.- EL CONCEPTO O PRINCIPIO REGULATIVO: LA PEQUEÑA CANTIDAD COMO ÁMBITO DEL LIBERTAD DEL JUEZ:**

Seguidamente la sentencia analiza la posibilidad de que esta “pequeña cantidad”, mas allá de los factores que puedan concurrir a delimitarla, quede sujeta a una creación del juez para el caso concreto.

Al respecto es importante señalar lo siguiente. Antes de la modificación, como decíamos, el principal problema de los jueces era la extensión y entidad de la pena a aplicar a los que delinquirían con drogas, lo que según se estableció como observación común, podía dar lugar a injusticias en ambos sentidos, ya por exceso de pena, como por ausencia de ésta. A todas luces se hacía necesaria la presencia de un factor regulador de la aplicación de la pena, que facilitara la tarea de determinación del quantum penal, para evitar precisamente los excesos.

Frente a esto doctrinariamente hay al menos 2 opciones: la primera es crear un sistema que contenga factores específicos de determinación de la pena, como lo hace el artículo 446 del Código Penal. La segunda es crear un sistema que, ampliando la escala penal, no introduzca elemento alguno de determinación penal, dejando al exclusivo criterio del juez determinar la pena a imponer dentro de los márgenes que señala, como lo hace el legislador en los casos del artículo 436 del Código Penal, o como claramente lo hace el artículo 223 del Código Penal uruguayo: “*El que, fuera de las circunstancias previstas reglamentariamente, ejerciere el comercio de sustancias estupefacientes, tuviere en su poder o fuere depositario de las mismas, será castigado con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría.*”

En la práctica el sistema debe tener siempre una pena para cada caso, ya sean pequeñas o mayores las cantidades. Sin embargo el problema pasa a depender mas allá de la amplitud de la escala penal, de la forma en que se determina cuándo, dentro de esta nueva escala debe aplicarse una u otra pena. En síntesis se hace patente la necesidad de recurrir a un instrumento o factor que permita en cada caso definir si se aplica su extremo inferior o superior. Lo cierto es que el legislador pudo haber optado sencillamente por no entregar

ningún factor o elemento de regulación y dejar a criterio de cada juez la determinación de la pena.

Así, si en el sistema antiguo el juez buscaba y encontraba, en ocasiones con singular creatividad, formas de evitar los excesos, hoy con una escala mas amplia, sin duda quedaría al juez, y a los elementos de prueba del proceso, el establecer en qué grado debe aplicarse la pena. Suponiendo que la norma hubiese sido dada sin regulación específica, es decir, solo ampliando el marco penal, sin especular demasiado, puede concluirse que los jueces hubiesen terminado por aplicar generalmente el mínimo y excepcionalmente el máximo, tal cual se hace en casos como el artículo 436 del Código Penal.

Sin embargo el legislador chileno optó por una fórmula mixta, introduciendo dentro de esta escala un **“factor regulativo”**, esto es, un índice o regulador del criterio del juez, que le facilitará la tarea de determinar la pena. Ahora bien el factor regulativo pudo haber sido derechamente numérico, estableciendo una cantidad como en algunos países europeos, o bien puede tratarse de un factor amplio, indeterminado, adaptable al criterio del juez en cada caso según sus propias características. Esto es lo que el Profesor Cury llama, citando a Henkel, **“principio o concepto regulativo”** que define en la misma cita como **“la instrucción (del legislador al juez) de remontarse a un concreto fenómeno vital del que ha de ser desarrollada la propia norma de juzgamiento”**, y también es **“la instrucción de desarrollar la norma judicial a partir del caso que se juzga”**<sup>6</sup>.

La introducción del concepto de pequeña cantidad según examina la sentencia analizada, es por tanto un mandato del legislador al juez para ponderar los elementos del juicio en el caso concreto, es decir, es nada mas que una orientación que el juez debe complementar con los demás antecedentes de la causa. Por lo tanto, cada vez que el juez tenga por seguro que la cantidad de droga involucrada no sea de aquellas que constituyan consumo sino tráfico, debe entrar al análisis de los demás elementos que en su caso concurran a complementar la acción delictiva y aumenten su reprochabilidad, para determinar si la cantidad es o no pequeña, es decir, si hay tráfico del artículo 3° o del artículo 4°. Así en la sentencia se incluye un ejemplo que resulta de suma utilidad practica: *“el mismo par de gramos de clorhidrato de cocaína que distribuido entre los varios participantes adultos de una reunión social debería ser apreciado como una pequeña cantidad, no lo será si los destinatarios son adolescentes recién llegados a la pubertad”*<sup>7</sup>.

Algunas sentencias posteriores del mismo Tribunal, recogieron expresamente este planteamiento e incluyeron por su parte, otros igualmente importantes elementos a considerar.

Así, en resolución de 26 de julio de 2005, la sala penal de la Corte Suprema nuevamente señala: *“A primera vista pudiera parecer que la cantidad de droga encontrada es escasa, pero ella no es la única comprometida en las acciones del sujeto activo y en la investigación ya que no se considera las que fueron objeto de las 2 entregas previas;*

---

<sup>6</sup> Considerando 7°.

<sup>7</sup> Considerando 8°.

*además la elevada suma de dinero recuperado conlleva a estimar fundadamente que provinieron de otras transacciones contemporáneas”<sup>8</sup>.*

Asimismo, en fallo de 10 de agosto de 2005, la Sala Penal de la Corte Suprema, insiste al señalar en su considerando 4º que *“son los jueces los que deben calificar según su criterio cuándo se está en presencia de tráfico o microtráfico, tomando en consideración los aspectos de hecho y circunstancias de cada acción punible que conciernan a aspectos tales como cantidad, calidad o tipo de droga, etc”<sup>9</sup>.*

Aquí se ratifica que el concepto de pequeña cantidad es de determinación del juez pero no en absoluta libertad, sino en estrecha relación con antecedentes del proceso como los que señala.

Así, si bien este “concepto principio regulativo” abre un campo de decisión al juez, cercado por elementos propios de la acción de tráfico, constituye además un principio orientador para el accionar del Fiscal, quien desde el comienzo de cada caso, dirigirá la investigación a la consecución de dichos elementos para configurar su teoría del caso.

#### **IV.- POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 4º DE LA LEY 20.000:**

En este contexto resulta interesante analizar la constitucionalidad de una disposición como la que estudiamos. Nuestro ordenamiento ha garantizado la sujeción del ejercicio jurisdiccional a las normas de un debido proceso. Dentro de este contexto, el principio de legalidad obliga a que solo se sancione en virtud de una conducta previamente descrita en la ley (*nullum crimen, nulla poena sine legem*). La ausencia de descripción típica, conocida como “ley penal en blanco” resultaría inconstitucional por atentar precisamente contra esta obligación del ordenamiento de indicar cuáles son las conductas por las que se sanciona al individuo.

En el caso concreto, el artículo 4º establece que se sanciona el tráfico de pequeñas cantidades de drogas en las circunstancias que indica, sin embargo es posible plantear que al no describir cuáles son las pequeñas cantidades que debe traficarse, la norma carece de descripción típica mínima. La sentencia comentada se ocupa también de este punto, y sostiene que si se admite que la ausencia en la norma se solucione remitiéndose a una norma de menor jerarquía como un reglamento, podrá también remitirse a una norma jurídica, en sentido amplio, como las sentencias judiciales, siempre que se cumpla con un requisito fundamental: que la conducta nuclear esté completamente descrita en la norma.

El análisis recae entonces en si el artículo 4º contiene una descripción nuclear completa.

El tema es interesante desde que el legislador de la ley 20.000 opta por describir esta conducta en un artículo separado, en circunstancias que en los proyectos primitivos esta

---

<sup>8</sup> Rol 1990-05, considerando 6º, ECS, redacción del Ministro Nivaldo Segura Peña.

<sup>9</sup> Rol 2592-05, Excelentísima Corte Suprema, redacción del Ministro Nivaldo Segura Peña.

noción se incluía dentro del artículo que trataba el tráfico, y en ocasiones la idea, mas no precisamente el concepto, se consagraba derechamente como atenuante. Pero en la redacción final, la idea queda desarrollada completamente en el artículo 4º, el cual contiene los verbos rectores que persigue (poseer, transportar, guardar o portar consigo), el objeto del delito (sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas o materias primas que sirvan para obtenerlas) y la pena asignada. Lo mismo ocurre en el inciso 2º del artículo 4º. Por lo tanto, habiendo conducta descrita y objeto del delito y sanción, no falta descripción y no hay por tanto inconstitucionalidad.

Al efecto es importante destacar que la ausencia de determinación precisa de la cantidad que se debe traficar, no obsta a la integridad del tipo por cuanto es un elemento que solo orienta al juez para determinar la pena, y no para resolver sobre el delito en sí.

#### **V.- LA DECISIÓN DEL CASO SUB-LITE:**

En el caso objeto de la litis, a la imputada se le incautaron 31,26 gramos de cocaína dosificada, lo que a juicio del Tribunal Oral de Temuco, corresponden al delito de tráfico según la ley 19.366. En la revisión de sentencia, el Tribunal Oral de Temuco rechazó la petición de la defensa de considerar aplicable el artículo 4º de la ley 20.000 por estimar que no se reunían los requisitos de retroactividad de la ley penal, sin perjuicio de que, en caso que fuera aplicable, no podía entenderse que la cantidad involucrada fuera pequeña, atendida su **dosificación posible y su valor comercial**.

La Corte Suprema, opta finalmente, en los considerandos analizados precedentemente, por establecer que si bien es posible aplicar retroactivamente la norma del artículo 4º de la ley 20.000 a casos juzgados por la ley 19.366, esta aplicación debe sujetarse a valorar dichas cantidades conforme a otros antecedentes y elementos del caso concreto, que contribuyan a determinar si se trata o no de una pequeña cantidad. Al respecto señala implícitamente elementos tales como la dosificación, la pureza, los destinatarios, el valor comercial, entre otros que apuntan siempre a la mayor extensión del daño al bien jurídico protegido.

En consecuencia establece que no hay falta disciplinaria de los jueces, pues la resolución del Tribunal de Temuco de no aplicar la Ley 20.000 ha sido acertada.

#### **SÍNTESIS:**

En síntesis, el aporte de esta sentencia radica, fundamentalmente en el esclarecimiento de la función y naturaleza del concepto de pequeña cantidad, lo que permite darle una aplicación concreta en la práctica, dado que al entenderlo como un concepto abierto que trasciende lo cuantitativo, y que el juez puede y debe integrar con los demás elementos del proceso, indica a los Fiscales cuáles son los elementos a que debe atender en cada investigación desde el inicio del procedimiento para convencer en su momento al juez o al Tribunal Oral, del tipo penal por el que persigue al imputado.

Los elementos con que puede integrarse el tipo penal contenidos en esta sentencia tales como, edad del destinatario, dosificación y posibilidad de dosificación, pureza,

gramaje, valor comercial local, en conjunto con los señalados en la historia de la ley como los elementos destinados comúnmente a la comercialización de drogas tales como papelillos o bolsas, jugueras, huinchas de embalaje, balanzas y dinero incautado, serán los que debidamente buscados y trabajados por los Fiscales en cada procedimiento irán construyendo e integrando ante los jueces esta “ausencia de norma”. Siguiendo la cita del Ministro Cury a Henkel: **“resulta necesario trazar límites...límites que solo cabe conseguir a través de la elaboración de la norma según las peculiaridades del caso concreto”**<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Considerando 7° de la sentencia comentada.