



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO

FACULTAD DE DERECHO POLÍTICA Y DESARROLLO

**EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS
ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS**

Trabajo de Titulación que se presenta como requisito previo a optar el grado de
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República

Autora: Valeria Santillán López

Tutor: Dr. Daniel Kuri García

Samborondón, Octubre de 2014

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

APROBACIÓN DEL TUTOR

En calidad de tutor de la estudiante *Valeria Gabriela Santillán López*, de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

CERTIFICO:

Que he analizado el Paper Académico con el título: “**El principio de favorabilidad y el delito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas**”, presentado como requisito previo para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos establecidos de carácter académico y científico, por lo que expreso la aprobación correspondiente.

Muy atentamente,



Daniel Andrés Kuri García
Profesor Tutor

Valeria G. Santillán López, Universidad de Especialidades Espíritu Santo - Ecuador, vsantillan@uees.edu.ec, Facultad de Derecho Política y Desarrollo, Universidad Espíritu Santo, Km. 2.5 Vía Puntilla Samborondón.

Resumen

Con la vigencia del COIP se modificó el delito de producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, remitiéndose a la tabla elaborada por el CONSEP para establecer las sanciones. Esta tipificación se considera como una ley penal en blanco ya que necesita de ésta ley extrapenal como complemento. Por motivos de que la sanción de este delito ha disminuido en gran cantidad, se somete a la aplicación del principio de favorabilidad para rebajar o extinguir la pena ya impuesta con la ley anterior. El problema radica en que hay teorías a favor y en contra acerca de la aplicación de este principio a una ley penal en blanco, y para saber si se puede hacer uso de éste o no, hay que analizar ciertos aspectos. Primero hay que establecer si la norma extrapenal es considerada como una ley, para que sea sujeta a beneficiarse con el principio de favorabilidad. Luego hay que analizar el fin de protección de la norma. Sería aplicable solo si es que el bien jurídico protegido sigue causando un riesgo para la sociedad.

Palabras clave: Beneficio, droga, ley extrapenal, narcotráfico, principio de favorabilidad, principio de irretroactividad, reo, sanción.

Abstract

With the validity of the COIP de crime of production or illegal trafficking of substances categorized to inquiry, complied by the table elaborated by the CONSEP. This categorization is considered as a complementary law, because it needs an extra penal law to be completed. Because the penalty has reduced quite, it has to submit to the application of the principle of favoring to reduce or extinguish the punishment imposed in the previous law. The problem eradicates in the fact that there are existing theories in favor and against the application of this principle to a complementary law, and to know if it can be used or not, some analysis has to be done. First, to establish if the complementary law is considered a principal one, so it can be benefit from the principle of favoring. And then, analyzing the purpose of protection to the norm. It will only apply if the legal well still causes a risk for the society.

Keywords: Benefit, drug, drug trafficking, complementary law, principle of favoring, principle of non-retroactivity, prisoner, punishment.

I. Introducción

El 10 de agosto del 2014 entró en vigencia el nuevo Código Orgánico Integral Penal (C.O.I.P.), el mismo que tipifica 77 nuevos delitos, suprime 17 y reduce o aumenta las sanciones de otros delitos ya existentes en el Código Penal anterior. Para esta investigación se analizará específicamente la rebaja y división de las nuevas sanciones impuestas para los delitos de droga y la forma en que aplica el principio de favorabilidad, para extinguir o disminuir los años de pena en las sentencias condenatorias dictadas con las normas penales anteriores en base a este delito.

Con el objeto de realizar el respectivo análisis, se establecerá primeramente las características del tipo penal en la nueva tipificación del Código Orgánico Integral Penal con respecto a los delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y luego de esto se fundamentará la teoría de aplicación del principio de favorabilidad a esta norma penal en blanco según las nuevas sanciones establecidas.

El principio de irretroactividad de la ley penal prohíbe la aplicación de una ley que entre en vigencia con posterioridad al delito cometido por el reo. Pero tiene como excepción el principio de favorabilidad de la ley, el cual permite que se aplique una ley posterior al delito cometido siempre y cuando este sea de beneficio para el reo (Fernández Carrasquilla, 2011). Por lo tanto se puede aplicar el delito de favorabilidad para establecer las nuevas sanciones tipificadas en la ley, aunque debe analizarse si cabe su aplicación a una ley extrapenal.

El fin de este estudio es analizar la aplicación del principio de favorabilidad en una ley extrapenal, a la cual se remite el COIP, para los delitos de

producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, ya que estos han sufrido un cambio en la reducción de su pena, así como también, investigar la forma en la que actualmente se están resolviendo estos casos en los juzgados penales.

El problema que se está presentando en la actualidad es que resulta complicado el hecho de comenzar a examinar absolutamente todas las sentencias condenatorias que se han dictado por estos delitos. Pues se tendría que aplicar a todos ellos la nueva penalidad establecida según la cantidad de droga que cada uno de los procesados llevaba en su poder, y “según la Fiscalía General, en el año 2013, a nivel nacional se tramitaron 6.183 casos por delito relacionados con tráfico de drogas y de enero a junio de 2014 se manejan 3.584 casos, por infracciones por droga” (Cientos de detenidos por narcotráfico saldrán libres , 2014).

II. Desarrollo

II.a. Las características del delito

“Las drogas son aquellos preparados de origen vegetal, animal o mineral, que en los organismos vivientes son capaces de transformar una o más funciones, esto es, sustancias que afectan al sistema nervioso central” (Ambos, 1998, pág. 39). Es importante establecer la diferencia entre aquellas que son toleradas por la sociedad como el tabaquismo o el alcohol, y aquellas que no son toleradas, y consideradas como un alto riesgo para la sociedad, estableciendo de esta manera un reproche al Derecho Penal, como lo son la marihuana, cocaína, heroína, etc.

En el Título V, Capítulo Tercero y Sección Segunda del COIP, se encuentran tipificados los delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

catalogadas sujetas a fiscalización, los cuales están señalados desde el artículo 219 hasta el artículo 228 de la mencionada ley, lo que deja sin efecto la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, utilizada anteriormente para sancionar este tipo de delitos.

La materia de represión, es decir el bien jurídico protegido por estos delitos, no es el consumo de drogas, es más bien su uso ilícito. Una de las controversias creadas a partir de la elaboración del COIP es que se pensaba que Ecuador estaba aceptando la legalización de drogas, de modo que la tenencia mínima para el propio consumo ya no es penada por la ley, Pero lo cierto es que en el Ecuador el consumo de estas sustancias nunca ha sido considerado como delito, únicamente su tenencia, aunque parezca un poco ilógico que es permitido el consumo mínimo pero no la tenencia del mismo producto que se va a consumir (Zambrano Pasquel, 2014).

El artículo 220 del COIP establece las siguientes escalas para establecer el tiempo de la pena de la siguiente manera:

- a) Mínima escala de dos a seis meses.
- b) Mediana escala de uno a tres años.
- c) Alta escala de cinco a siete años.
- d) Gran escala de diez a trece años.

La tenencia o posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para uso o consumo personal en las cantidades establecidas por la normativa correspondiente, no será punible (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

El consumo o la simple tenencia de estas sustancias no son consideradas como delito, como bien su título lo dice, solo forman parte de este tipo penal la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. Según el jurista Francisco José Ferreira Delgado, el sujeto activo de este delito es cualquier persona imputable que cometa cualquier hecho tipificado en este título. Y considera que el objeto material es la salud pública, es decir que el fin de protección de la norma es no incidir en las otras personas a cometer delitos de narcotráfico (2006, pág. 226).

En el último inciso del mismo artículo se establece que tampoco será punible la tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas siempre y cuando sea para propio consumo. Pero al establecer que no es punible ya se lo consideraría típico, antijurídico y culpable. Esto lo explica Muñoz Conde estableciendo que las características del delito son: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Pero estas son aplicadas en carácter secuencial, es decir que se va pasando de una categoría a otra. Una vez que se establece que un hecho es típico, habría que analizar si no tiene elementos de justificación para ser considerado como antijurídico, luego establecer la culpabilidad del autor y por último la punibilidad (2001, pág. 4).

La tipicidad es la adecuación de un hecho que se encuentre escrito y así vez se considere delictivo en la ley. “Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal” (Muñoz Conde, 2001, pág. 31). El legislador primero considera aquellos hechos lesivos para la sociedad y los tipifica para luego establecer una pena en ellos.

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

El consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas no está prohibido por la ley, por lo tanto en lugar de ser considerado como no punible, éste primeramente no es típico. Al decir que no es punible se lo está considerando como un hecho típico y antijurídico pero sin ser atribuible a una pena, ya que según el orden secuencial de la teoría del delito, la punibilidad se aplica únicamente luego de haber asegurado su tipicidad y antijuricidad. Lo correcto sería establecer que el consumo no es típico ya que no está prohibido por la ley y por ende no es merecedor de una sanción, respetando la secuencia de esta teoría (Mir Puig, 2011, pág. 131).

La división de las distintas categorías en base a cantidades para este delito se lo encuentra determinado en las tablas para sancionar el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas establecida por el CONSEP, las cuales se encuentran detalladas a continuación. Tomando en cuenta que se considera como agravante el hecho de poner a disposición este tipo de sustancias a niños, niñas y adolescentes.

Tabla #1

Tabla de cantidades de sustancias estupefacientes para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala

Escala (gramos) Peso neto	Heroína		Pasta base de cocaína		Clorhidrato de cocaína		Marihuana	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	1	>0	50	>0	50	>0	300
Mediana escala	>1	5	>50	500	>50	2.000	>300	2.000
Alta escala	>5	20	>500	2.000	>2.000	5.000	>2.000	10.000
Gran escala	>20		>2.000		>5.000		>10.000	

Nota. Obtenido del Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 228, de fecha lunes 14 de julio de 2014. Por el Consejo de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, pág. 3

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

Tabla #2

Tabla de cantidades de sustancias psicotrópicas para sancionar el tráfico ilícito de mínima, mediana, alta y gran escala

Escala (gramos) Peso neto	Anfetaminas		Metilendioxifenetilamina (MDA)		Éxtasis (MDMA)	
	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo	Mínimo	Máximo
Mínima escala	>0	2,5	>0	2,5	>0	2,5
Mediana escala	>2,5	5,0	>2,5	5,0	>2,5	5,0
Alta escala	>5,0	12,5	>5,0	12,5	>5,0	12,5
Gran escala	>12,5		>12,5		>12,5	

Nota. Obtenido del Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 228, de fecha lunes 14 de julio de 2014. Por el Consejo de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, pág. 3

Como se puede observar, el CONSEP ha elaborado una tabla limitando las cantidades comprendidas en una mínima, mediana, alta y gran escala. Esto se lo delimita tomando en cuenta el riesgo que cada una de estas sustancias y sus efectos, perjudican a los individuos y a la sociedad en conjunto. En el inciso final de este artículo, así como también en el artículo 228 de la misma ley, se establece que no será penado la posesión para consumo personal según las cantidades que establezca la normativa, aquí se aclara que el consumo no es ningún delito y tampoco lo es la tenencia siempre y cuando este destinada al propio consumo.

II.b. Efectividad de la ley

El problema de estas sustancias desde la perspectiva de la ley se lo ve como una “ciencia social y humana, que investiga los procesos sociales e individuales de criminalización y descriminalización” (Ambos, 1998, pág. 43), es decir que antes de expedir o reformarlas leyes, hay que asegurarse de que el cambio vaya a ser eficaz y a constituir un cambio positivo en el Ecuador, mas no uno negativo.

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

Hay dos formas para detener el delito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; la prevención y la represión. El primero se basa en medidas leves para la prevención del consumo de drogas, como la educación y capacitación con respecto a este tema. El segundo se refiere a la aplicación de medidas penales con el fin de contrarrestar el consumo, producción y tráfico drogas (Diez Ripollés, 2003). Tanto la prevención como la represión, tienen como objetivo principal el control de este tipo penal, un control activo dirigido a tomar medidas para impedir que surjan estos delitos y un control reactivo, el cual establece los medios necesarios para dominar el consumo y tráfico de drogas ya existente (Ambos, 1998).

Artículo 364.- Las adicciones son un problema de salud pública. Al Estado le corresponderá desarrollar programas coordinados de información, prevención y control del consumo de alcohol, tabaco y sustancias estupefacientes y psicotrópicas; así como ofrecer tratamiento y rehabilitación a los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos. En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales. El Estado controlara y regulara la publicidad de alcohol y tabaco (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Ya se estableció que el consumo no es penado en el Ecuador ni lo ha sido antes, pero si lo es su uso indebido como la producción, el tráfico ilegal y las demás establecidas en la ley. La educación es importante para evitar el empleo ilícito de estas sustancias, su producción y tráfico ilegal, estaríamos frente a un control reactivo el cual no se lleva a cabo de una manera efectiva, debido a la

carencia de educación y prevención que hay en el país para el uso ilícito de las drogas.

Al permitir una dosis mínima para el consumo, resulta absurdo pretender que la cantidad de tenencia sea la misma, puesto que uno siempre se abastece del material antes de consumirlo. De modo que si una persona va a consumir 1 kilo de cocaína por día, no va comprarlo diariamente, sino que va a abastecerse con la cantidad necesaria para que le dure por un tiempo cómodo. También sería riesgoso el hecho de sancionar a un adicto por exceder la dosis máxima para su consumo, de modo éste está satisfaciendo su propia necesidad y eso no se encuentra penado en el COIP. Según el jurista Alfonso Zambrano Pasquel, lo razonable sería que el exceso de consumo sea penado con multa (2014, pág. 222).

Corresponde analizar la situación que al “llevar consigo” la droga, si el fin es el consumo propio no es ilícito según lo establecido en el COIP, pero si es para la venta, producción u otro hecho prohibido por la ley, si lo es. La tenencia de la droga es un acto preparatorio ya sea para su consumo o para su venta, por lo tanto nada asegura que el portador vaya a utilizar la dosis en su poder con fines permitidos o ilícitos.

II.c. Principios aplicables

El principio de legalidad es la base fundamental del Derecho, ya que de este nacen los otros principios subordinados, y se encuentra establecido en el artículo 5, numeral 1 del COIP, el cual establece que “no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho, incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla” (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

Este principio tiene cuatro requisitos; *lexscripta* (ley escrita), *lexcerta* (ley cierta), *lexstricta* (ley estricta) y *lexpraevia* (ley previa). La ley escrita es aquella que por medio del principio de reserva de ley, establece que solo mediante ley se pueden crear delitos y establecer penas. La ley cierta, la cual aplica el principio de taxatividad, impone al legislador que la ley penal contenga todas las características del delito tipificado y la pena aplicable. La ley estricta supone que no se debe admitir la analogía y evitar las lagunas legales (Vaca Andrade, 2009, pág. 32).

La ley previa se rige bajo el principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (no hay delito o pena sin ley previa). Es decir que para que una conducta se considere como delito, debe haber estado tipificada con anterioridad. Por ende, se prohíbe la aplicación de aquellas leyes penales que acarreen un efecto retroactivo a un acto que haya sido cometido antes de la vigencia de la ley aplicable (Rodríguez, 2005).

Se prohíbe la retroactividad de la ley penal, es decir que un hecho no puede ser sometido a una ley posterior en tres diferentes casos; primero cuando un acto que no era punible es sancionado por una ley posterior, segundo cuando al momento de la comisión del delito se tenga prevista una pena y se le aplique otra diferente y más grave establecida en una ley posterior y tercero, cuando se tenga establecida una pena determinada y esta misma pena aumenta en una ley posterior y se le aplique esta pena máxima (Franco Loor, 2011, págs. 179-180).

Esta prohibición es una norma establecida en el artículo 16, numeral 1 del COIP, el cual establece que “toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión” (Código Orgánico Integral

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

Penal, 2014), con el fin de proteger al reo. El principio de irretroactividad limita el poder del legislador, ya que de no existir esta garantía el juez podría aplicar una pena más grave posterior si le pareciere correcto.

Si se produce un conflicto entre leyes siempre hay que aplicar la menos rigurosa para el reo. Si se expide una ley posterior de mayor sanción, la anterior al ser más ventajosa, es la que se debe seguir aplicando, esto se lo conoce como el principio de ultractividad de la ley penal más benigna. Por otro lado, si es que la ley posterior es menos rigurosa, es ésta la que hay que aplicar, ya que se actúa en beneficio del procesado.

El principio de irretroactividad de las leyes penales, tiene como excepción el de la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables en beneficio del reo. En este caso, la seguridad jurídica no se opone a la retroactividad de las leyes penales favorables, toda vez que, sean beneficio del reo. Por otra parte, se considera, que en atención a las nuevas exigencias sociales esta nueva pena es más justa, y la ley derogada es innecesaria (Cerezo Mir, 1996, pág. 185).

Esto es lo que sucede con el tema de discusión de esta investigación, en el caso de las sanciones de los delitos de producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas supuestas a fiscalización, si se puede retrotraer y regirse a la ley posterior, ya que esta es en beneficio del reo. Es lógico que si la pena ha cambiado para ser aplicada a todos los ciudadanos, sin excepción alguna, todos deben favorecerse de esto.

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

“Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones, y si ya hay sentencia condenatoria, queda extinguida la pena” (Zambrano Pasquel, 2005, pág. 114). Es decir que como el COIP establece penas más bajas para los delitos de drogas, la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas queda derogada, y si hay condenados privados de libertad que en relaciona las nuevas penas ya las hayan cumplido, se le deberá conceder su inmediata libertad.

“Los efectos de la ley más benigna se operan de pleno derecho” (Zaffaroni, 2002, pág. 122), es decir que sea de oficio, que no haya dudas al respecto de que la ley posterior es más favorable que la primera. Pues hay ciertas reformas que no dejan claro cuál es la ley más favorable en casos concretos, y correspondería a los habitantes, al mismo procesado y al juez decidir sobre esta polémica.

En las nuevas sanciones para los delitos de droga está muy claro el hecho que cualquier tipo penal de este ámbito ha sido transformado en uno más favorable, ya que en el COIP se establecen las rebajas de la pena por este delito, siempre en relación a la cantidad del objeto material en posesión. Lo cual antes se sancionaba de una manera muy generalizada y de mayor gravedad, al no establecer diferencias puntualizadas acerca de la cantidad de estas sustancias.

El principio de favorabilidad(*pro reo*), autoriza la aplicación al reo de una ley ya sea la anterior o la posterior siempre y cuando sea ésta más favorable para el procesado, generándose un asunto de retroactividad o de ultractividad de la ley penal según el caso en concreto (Fernández Carrasquilla, 2011, pág. 435).

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

En este principio se prefiere a la ley que otorgue un mejor tratamiento para el reo, ya sea sustancial por la desaparición del delito tipificado o procedimental, ya que la ley posterior dispone la terminación de un plazo de la sanción impuesta iniciado bajo la ley anterior. Esto se lo reconoce como aplicación inmediata de la ley, ya que sería inconstitucional mantener encarcelada a una persona que de una forma u otra ya ha recuperado su libertad y que ya no es merecedora de una sanción, por lo tanto la nueva ley debe aplicarse *ipso facto*.

El artículo 11, numeral 3 de la Constitución del Ecuador establece que “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). La libertad de las personas y la aplicación de los principios constituidos por la ley, son derechos protegidos por la constitución. Por lo tanto, si se concede la libertad a un sentenciado, su libertad deberá concederse de manera inmediata, aplicando el principio por el cual éste se beneficie.

La necesidad de la aplicación a este principio se refiere a dos casos; primero, si ha existido una modificación significativa en la sanción quiere decir que ésta ya no tiene efecto alguno en la prevención general o especial de la pena. Por lo tanto se vuelve totalmente innecesario seguirla imponiendo; y segundo, el hecho de establecer un cambio quiere decir que la sanción anterior no era eficaz para cuidar el fin de protección de la norma, por lo tanto esta se vuelve excesiva. No habría razón alguna para seguir aplicando la pena en la actualidad si no se llega a beneficio alguno con ésta. (Silva Sánchez, 2013).

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

La limitación para las penas en los delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas han sufrido un cambio brusco, una de las razones por la cual se llegó a tomar esta decisión es porque la sanción era realmente excesiva y no había proporción en cuanto a la cantidad de droga. Lo único que se estaba logrando con la tipificación anterior era llenar las cárceles, mas no acotaba a la prevención general o especial.

El principio de favorabilidad se encuentra estipulado en el Artículo 5, numeral 2 del COIP, como rector del debido proceso, pero además de ser un principio del Derecho Penal, es también una garantía Constitucional, ya que protege al imputado contra el poder punitivo del Estado. La misma norma se encuentra estipulada en el artículo 77, numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador.

Artículo 5.- Principios procesales:

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Por ejemplo, si un procesado fue condenado por 250 gramos de cocaína a 8 años de prisión, refiriéndose a la ley anterior, con la vigencia y aplicación del COIP, esa cantidad se sanciona a penas con dos a seis meses de prisión. Por lo tanto, al cumplir este tiempo de encarcelamiento, inmediatamente debería ser puesto en libertad. De igual manera si es que éste ya cumplió con el tiempo establecido como sanción.

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

Esto también se lo encuentra establecido en el artículo 16, numeral 2 del COIP el cual constituye que “se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia” (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Este principio deberá ser aplicado directa e inmediatamente, ya que se pone en juego la libertad del procesado. Se prefiere a ley que este vigente al momento de la consumación del delito, sin embargo cuando favorece al sentenciado, una ley posterior al delito también puede ser aplicada (García Cavero, 2008).

A través de la Resolución # 18-2014 del Consejo de la Judicatura de fecha 20 de febrero de 2014, se establece que los incidentes de ejecución penal se deberán sustanciar ante los mismos jueces y tribunales de garantías penales que dictaron las respectivas sentencias o prisiones preventivas para resolver la aplicación del principio de favorabilidad o de ley penal más favorable cuando les sea requerido por las personas privadas de la libertad al entrar en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (Yavar Umpierrez, 2014).

Es decir que son los mismos jueces que dictaron las sentencias condenatorias, los que deben de resolver el principio de favorabilidad. Actualmente este principio se lo está resolviendo a través de peticiones de los sentenciados. En el auto general de la Unidad Judicial Penal Norte 2 de Guayaquil, del juicio No. 13822-2014, de fecha 25 de septiembre de 2014, en el cual el ciudadano privado de su libertad, Alfredo Eduardo Borbor Macías, solicita

su inmediata excarcelación debido a la nueva sanción establecida en el COIP, la jueza, Abg. Djalma Desiree Blum Rodríguez, estableció que “considera que para el presente caso debe aplicar el Principio de Favorabilidad, en la parte pertinente al Art. 220 ibídem, que guarda estricta relación con la Tabla de las escalas establecidas y fijadas por el CONSEP mediante Resolución No. 002CONSEP-CD-2014, del 9 de Julio del 2014” (2014).

En el acta de audiencia de la Unidad Judicial Penal Norte 2 de Guayaquil, del juicio No. 2014-0523G, de fecha 3 de octubre de 2014 (2014), la misma jueza “de conformidad con los Arts. 5.2, 12.16.2, 72.2 220.1 del COIP, declara la extinción de la pena por la vigencia de la ley posterior más favorable al reo; y, de conformidad con el art. 12.15 se dispone la libertad inmediata”. Los jueces en la actualidad están aplicando este principio ateniéndose a los artículos ya explicados a lo largo de este trabajo. Por ende, varios condenados se están beneficiando de la disminución de la pena acudiendo al principio de favorabilidad.

Resulta simple la aplicación de este principio, pero cabe analizar en caso de su postura frente a una ley penal en blanco, las cuales se remiten a una ley extrapenal para precisar las características del supuesto de hecho o la consecuencia jurídica del tipo penal (López Camelo, 2004). Las leyes penales en blanco pueden ser de dos tipos; impropias, las cuales se remiten a otras leyes de igual jerarquía, y las propias las que se sirven de una ley extrapenal de menor rango. En este caso, la tabla elaborada por el CONSEP, a la cual se remite el COIP, es una ley penal en blanco propia ya que es considerada de menor jerarquía. Existen tres teorías diferenciadoras de la aplicación del principio de favorabilidad en este caso (Chiara Diaz & Grisetti, 2011, pág. 102).

II.d. Las teorías diferenciadoras acerca de la aplicación del principio de favorabilidad a una ley penal en blanco

La ley penal en blanco es aquella que necesitan complementarse con algún otro precepto, llamando a ésta una norma extrapenal, la cual delimita de una manera más específica los elementos del tipo que no se encuentran establecidos en la ley principal. “Son aquellas que determinan la sanción aplicable, describiendo solo parcialmente el tipo delictivo correspondiente” (Cury Urzua, 1988, pág. 38). El COIP sería la norma penal en blanco propia, ya que se remite a la tabla establecida por el CONSEP, para delimitar los elementos sancionadores del delito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Su uso se encuentra la mayoría de las veces para evitar el cambio brusco de la ley penal principal, para aquellos delitos que por razón de evolución social, se ven propensos a variaciones cada cierto tiempo. Básicamente su objetivo es aplicar la norma penal existente, siendo ésta complementada por la ley extrapenal en los aspectos que se necesiten. En este sentido, cuando se cometa un delito tipificado en el artículo 220 del COIP, obligatoriamente habrá que remitirse a la tabla elaborada por el CONSEP mediante resolución para aplicar la sanción que corresponda en cada caso en particular.

Con respecto al principio de favorabilidad, existen dudas acerca de si se debe aplicar o no, cuando se trate de una ley penal en blanco, remitida a una norma extrapenal, como es el caso en los delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Partiendo de esta polémica, se establecen algunas teorías al respecto, las cuales se dividen en una teoría a favor de su aplicación, una en contra y una teoría mixta:

II.d.1. Teoría a favor

Diferiendo con la teoría negativa, se acepta a las normas extrapenales como parte de la ley principal, ya que de éstas depende la pena. Es decir que juegan un papel importante en el Derecho Penal al considerarse necesarias para la correcta aplicación de la ley a la que complementan. Con esto se asegura que el principio de favorabilidad si aplicable en caso de una ley penal en blanco ya que rige para normas tanto como para leyes (Vásquez Gonzáles & Chacón Quintana, 2004).

Además de analizar este concepto de forma, la teoría positiva afirma que el principio de favorabilidad es aplicable siempre que favorezca al reo, y si éste se encuentra beneficiado en el caso que la conducta punible en la ley anterior ya no es incriminatoria en la nueva ley. Es decir que es favorable cuando no se vea afectada la prevención general y especial, porque el riesgo haya desaparecido o se encuentre disminuido notablemente (Sierra & Salvador, 2005).

Cuando hay una modificación de reducción o extinción de la pena, es porque desaparece la necesidad de prevención del delito y ya no es necesario seguir aplicando la pena anterior, de este modo no hay razón alguna para seguir aplicando una sanción que ya no se la considera necesaria para prevenir a la sociedad de que cometa el delito o para prevenir al imputado que reincida en él (De Luca, 1997, pág. 17).

Si se considera necesaria la aplicación del principio de favorabilidad a una ley penal en blanco, ya que aunque ésta se remita a una norma extrapenal para complementarse, las normas comprenden una parte esencial en el Derecho Penal. Además que se considera innecesario el hecho de seguir manteniendo una sanción

cuando la anterior ha sido calificada como ineficaz, y por lo tanto al seguirla aplicando ésta sería excesiva (Silva Sánchez, 2013).

II.d.2. Teoría contraria

La tesis tradicional profundiza en el sentido que el objetivo de la ley extrapenal es la obediencia a la misma, y el cometimiento de un delito se basa en la desobediencia a un hecho punible tipificado. “La aplicación de la ley favorable es un criterio referido a la norma de sanción y no una cuestión que tiene que ver con la norma de determinación dirigida a los ciudadanos y vinculada al bien jurídico (García Caveró, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 2008, pág. 180)”. Es decir que al momento en que se consumó el tipo penal, se lo hizo con ánimo de incumplir la ley y no afecta para nada en el juicio o la intención del imputado, por lo tanto no es aplicable el principio de favorabilidad.

En la actualidad, la tesis negativa parte de la teoría de que el principio de favorabilidad solo se adjudica en la aplicación de leyes, mas no en las normas de inferior jerarquía como lo son las normas extrapenales. Se establece que éstas no pertenecen al derecho penal, si no al derecho público. Por lo tanto no se podría aplicar este principio refiriéndose a una resolución dictada por una entidad pública, como se da el caso con la tabla elaborada por el CONSEP (Mezger, 1955, pág. 116).

“La aplicación de la ley favorable es un criterio referido a la norma de sanción y no una cuestión que tiene que ver con la norma de determinación dirigida a los ciudadanos y vinculada al bien jurídico” (García Caveró, 2008, pág. 180). Es decir que si el acto al momento de consumarse ha lesionado un bien jurídico y éste sigue siendo lesionado al momento de querer aplicar una ley más

favorable, no se debería dar paso a ésta, por cuanto aún existe el peligro para la sociedad.

Otra de las razones por las cuales no se admite el principio de favorabilidad en el caso de una ley penal en blanco propia, es por el hecho de que estas castigan una infracción cuando su materia es cambiante, por ende la tabla del CONSEP podría reformarse varias veces. ¿Qué debemos hacer si esto sucede? ¿Seguir aplicando el principio de favorabilidad cada vez que la tabla cree modificaciones en las sanciones de este tipo penal?, suponiendo que este sea el caso (García Cavero, 2008).

II.d.3. Teoría mixta

Esta teoría comparte un poco los fundamentos de la tesis positiva y otros de la negativa, se basa en analizar si es o no aplicable el principio de favorabilidad en una ley penal en blanco, dependiendo de las circunstancias aplicadas en cada caso en particular. Hay algunas posiciones al respecto, las cuales sean analizadas. Se necesita especificar el ámbito en el cual está dirigido el cambio en la ley penal en blanco:

- 1) No aplica el principio de favorabilidad: cuando la alteración afecta al objeto. Por ejemplo, si la norma cambiaría el objeto de la droga, no aplica el sentido de favorabilidad, porque el bien jurídico de la norma puede seguir resultando lesivo para la sociedad.
- 2) Si aplica el principio de favorabilidad: cuando inciden sobre el injusto de hecho o su forma de ataque. Es decir que la droga sigue siendo ilícita para ciertos usos, pero se ha cambiado su forma de aplicación con la nueva tabla del CONSEP.

Lo normal en las leyes penales en blanco es que la modificación de la norma a que se remite incida en el injusto de hecho, pues en general el reenvío tiene como finalidad la obtención de una descripción más precisa del comportamiento prohibido (Cury Urzua, 1988). Esta teoría afirma que sí es aplicable el principio cuando aún se busca la misma prevención de la norma y se mantiene su fin de protección, y solo se modifica la forma en la que se aplica los nuevos límites de las sanciones. Esto se debe a que si se ha producido un cambio en la pena, es porque ésta ya no tiene finalidad alguna en la prevención general o particular, ya que no tiene más la función de evitar que la colectividad cometa este delito en el futuro o que el criminal reincida (Silva Sánchez, 2013).

III. Conclusión

El delito de producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización tipificado en el COIP, se establece que ni el consumo ni la tenencia para éste fin son delito. Al no estar prohibido por la ley, en lugar de ser considerado como no punible, éste primeramente no es típico. Lo correcto está en constituir que al no haber tipicidad, no es merecedor de una sanción. El principio de legalidad tiene como requisito la presencia de la ley previa, es decir que para que una conducta se considere como delito, debe haber estado tipificada con anterioridad. Por ende, se prohíbe la aplicación de aquellas leyes penales que acarrearán un efecto retroactivo.

Pero el principio de irretroactividad tiene como excepción el de la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables en beneficio del reo. Esto quiere decir que si posteriormente se promulga una ley más beneficiosa para el reo, ésta debe aplicarse inmediatamente. Sin embargo para hacer uso del principio

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

de favorabilidad en las leyes penales en blanco, las cuales se remiten a normas extrapenales para su complemento, hay opiniones a favor y en contra.

Analizando todas las teorías se puede concluir que para saber si cabe el principio de favorabilidad en una ley penal en blanco hay que establecer ciertas peculiaridades. Primero hay que establecer si la norma extrapenal es considerada como una ley, para que sea sujeta a beneficiarse con el principio de favorabilidad. Luego hay que analizar el fin de protección de la norma. Por lo tanto si es que el bien jurídico protegido sigue causando un riesgo para la sociedad, la pena debería mantenerse. Por otro lado, si es que el peligro desaparece, no habría razón para seguir imponiendo la pena, y esta se volvería extensiva.

En mi opinión personal comparto el criterio de la teoría a favor, estableciendo que las normas son consideradas como parte fundamental para el Derecho Penal, ya que sin éstas, no se podría aplicar correctamente las leyes penales en blanco que necesitan de un complemento para poder ser eficaces. Además, considero que las sanciones antes establecidas para los delitos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas ya no son eficaces para evitar estos hechos ilícitos, por lo tanto debe aplicarse las nuevas sanciones rigiéndose al principio de favorabilidad.

IV. Referencias Bibliográficas

Bibliografía

- Ambos, K. (1998). *Control de Drogas*. Perú: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Cerezo Mir, J. (1996). *Curso de Derecho Penal Español: Parte General. Volumen I*. Madrid: Tecnos.
- Chiara Diaz, C., & Grisetti, R. (2011). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: La Ley.
- Cientos de detenidos por narcotráfico saldrán libres . (4 de Agosto de 2014). *El Mercurio* .
- Cury Urzua, E. (1988). *La ley penal en blanco*. Bogotá.
- De Luca, X. A. (1997). *Leyes penales mas benignas, en blanco y Constitución Nacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Diez Ripollés, J. L. (2003). *Estudios penales y de política criminal*. Lima: Idemsa.
- Fernández Carrasquilla, J. (2011). *Derecho Penal : Parte General; Principios y Categorías Dogmáticas*. Bogotá.
- Ferreira Delgado, F. J. (2006). *Derecho Penal Especial*. Bogotá: Temis S.A.
- Franco Loor, E. (2011). *Fundamentos de Derecho Penal Moderno. Tomo I*. Quito.
- García Caverro, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal*. Lima: Grijley.
- López Camelo, R. G. (2004). *Curso de Derecho Penal: Parte General*. Argentina: Universidad Nacional del Sur.
- Mezger, E. (1955). *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*. (Doceava Edición). Madrid.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis S.A.
- Rodríguez, A. B. (2005). *La Ley Penal*. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, No. 2, 362.
- Sierra, H., & Salvador, A. (2005). *Lecciones de Derecho Penal*. Bahía: Edinus.
- Silva Sánchez, J. M. (18 de febrero de 2013). *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las "Leyes en Blanco"*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra.

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y EL DELITO DE SUSTANCIAS...

Vaca Andrade, R. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Vásquez Gonzáles, M., & Chacón Quintana, N. (2004). *Ciencias Penales: Temas actuales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Yavar Umpierrez, F. (2014). *Principio de Favorabilidad y COIP*. Obtenido de http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/23092014/dp-principio_favorabilidad.pdf

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal Parte General*. (Segunda Edición). Buenos Aires.

Zambrano Pasquel, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Quito.

Zambrano Pasquel, A. (2014). *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al Libro Primero. Parte Especial o Delitos en Particular. Tomo II*. Quito.

Leyes

Código Orgánico Integral Penal. (2014). Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ecuador.

Casos Judiciales

Unidad Judicial Penal Norte 2.(3 de octubre de 2014). Acta de Audiencia, Juicio 0523G-2014. Guayaquil.

Unidad Judicial Penal Norte 2. (25 de septiembre de 2014). Auto General, Juicio 13822-2014. Guayaquil.