



Juicio No. 06282-2015-01261

JUEZ PONENTE: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA, JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

AUTOR/A: DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. - SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO. Quito, jueves 30 de abril del 2020, las 10h59. **VISTOS.-** En virtud del recurso de casación interpuesto por Germán Patricio Hermosa Mariño (procesado), a la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, la misma que confirma en todas sus partes la resolución del Tribunal *a quo*¹ y declara la culpabilidad del encartado GERMÁN PATRICIO HERMOSA MARIÑO, como autor directo del delito de lavado de activos, tipificado y sancionado por el artículo 317 numerales 1, 4 y 5 del Código Orgánico Integral Penal; el Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, avocó conocimiento de la presente causa, para resolver el recurso extraordinario planteado; mediante auto respectivo se determinó la admisión a trámite del medio de impugnación interpuesto.- Convocada la audiencia para la fundamentación del recurso; instalada la misma el 11 de febrero de 2020, escuchados los sujetos procesales, el suscrito Tribunal, en función de los principios de tutela judicial efectiva, defensa y más, de conformidad con lo establecido en los artículos 656 y otros pertinentes del Código Orgánico Integral Penal aplicable al caso *in examine*, estimó improcedente el recurso de casación interpuesto; así, en ejercicio de las facultades constitucionales, jurisdiccionales, procesales y legales, motiva la sentencia por escrito conforme lo dispuesto en el artículo 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución de la República; y, las reglas del Código Orgánico Integral Penal, al siguiente tenor:

PRIMERO:

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.

El Consejo de la Judicatura, en cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 182, por el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 173, y por la Resolución No. 209-2017, renovó parcialmente un tercio de las y los integrantes de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador y designó a las y los siete juezas y jueces quienes reemplazaron en sus funciones a las y los salientes.

El 26 de enero de 2018, el Consejo de la Judicatura posesionó a las juezas y los jueces que se integran a la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador mediante Resoluciones N^o 01-2015, de 28 de enero de 2015 y 01-

¹ Sentencia de 01 de marzo de 2016, las 15h25, emitida por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, provincia de Chimborazo.

2018, de 26 de enero de 2018, conformó sus seis salas especializadas según le faculta el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 183.

Previo sorteo de ley², acorde a lo prescrito en el artículo 160.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Tribunal asignado a esta causa N° número **06282-2015-01261**, quedó integrado por la doctora Sylvia Sanchez Insuasti, Jueza Nacional, doctor Luis Enríquez Villacrés, Juez Nacional; y el doctor Edgar Flores Mier, Juez Nacional Ponente, de conformidad con el artículo 141 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En Resolución N° 037-2018 dictada por el Pleno del Consejo de la Judicatura, el 15 de marzo de 2018, se designó a los nuevos conjuceces de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 del Código Orgánico de la Función Judicial, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Con Resolución N° 197-2019, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió designar a las y los conjuceces temporales para la Corte Nacional de Justicia, provenientes de las distintas Cortes Provinciales de Justicia y Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Tributario a nivel nacional.

De conformidad con los artículos 174 y 201 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 6 de la Resolución N° 02-2012, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la doctora Paulina Aguirre Suárez, Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, previo el sorteo respectivo, llama al doctor David Isaías Jacho Chicaiza³, Conjuez Nacional, en reemplazo del doctor Edgar Flores Mier, ex Juez Nacional ponente; a la doctora Dilza Virginia Muñoz Moreno⁴, Conjueza Nacional, en reemplazo de la doctora Sylvia Sanchez Insuasti, Ex-juez Nacional; y, al doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo⁵, Conjuez Nacional, en reemplazo del doctor Luis Enríquez Villacrés, ex-juez Nacional; por ausencia definitiva de los mencionados operadores de justicia.

Ergo, queda conformado el Tribunal de Casación de la Sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, por la doctora Dilza Virginia Muñoz Moreno, el doctor Wilman Terán Carrillo, Jueces Nacionales encargados; y, el doctor David Jacho Chicaiza, Juez Nacional (E) Ponente.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, de la Corte Nacional de Justicia tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, conforme lo disponen los artículos 184 numeral 1 y 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República; artículos 184 y 186 numeral 1 del Código Orgánico de la Función

² Sorteo de 19 de enero de 2018, las 10h15, suscrito por el doctor Miguel Jurado Fabara, Presidente de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

³ Oficio N° 2278-SG-CNJ, de 19 de noviembre de 2019.

⁴ Oficio N° 2367-SG-CNJ, de 03 de diciembre de 2019.

⁵ Oficio N° 2279-SG-CNJ, de 19 de noviembre de 2019.

Judicial; y, artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal; ergo, por cuanto los ciudadanos ecuatorianos como los extranjeros que cometan delitos dentro del territorio de la República están sujetos a la jurisdicción penal del Ecuador, y siendo el procesado, de nacionalidad ecuatoriana, en contra de quien se ha propuesto cargos por delitos cometidos en territorio ecuatoriano, se encuentra bajo la jurisdicción penal de la República del Ecuador, según prescripción constante en el artículo 400 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal; en aplicación de los principios establecidos en los artículos 75, 167 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador; y, las garantías normativas antes consignadas, el suscrito Tribunal, tiene jurisdicción y competencia, en el ámbito espacial, temporal, personal y material, para conocer y resolver el recurso de casación planteado; el lugar, fecha y hora en que se dicta la sentencia constan al inicio de la presente resolución.

SEGUNDO:

VALIDEZ PROCESAL.

El recurso de casación ha sido tramitado conforme lo establecido en los artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, que en su parte final declara el principio de legalidad procesal (*Solo se podrá juzgar a una persona con el trámite propio de cada procedimiento*), en correspondencia con la garantía normativa del ámbito temporal de aplicación de la ley penal⁶, ergo, por cuanto no existe omisión sustancial que constituya *error in procedendo* que pueda influir en la decisión de este recurso, se declara la plena validez formal de lo actuado con ocasión de este medio de impugnación.

TERCERO:

ACTUACION PROCESAL RELEVANTE.

3.1) ANTECEDENTES FÁCTICOS.-

3.1.1) En audiencia de juzgamiento, celebrada ante el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, Fiscalía General del Estado planteó su teoría del caso en el siguiente contexto:

“ (...) Mediante llamada realizada al ECU 911, el 27 de noviembre de 2014, haciendo saber de la perpetración de un delito de robo en la vivienda de los esposos Germán Hermosa; y, María Broncano Zavala, ubicado en las calles y Río Guayas de esta ciudad de Riobamba, de donde se habían sustraído 150.000 dólares, así como unas joyas, que estaban en una caja fuerte, acudiendo la policía comunitaria

6 Código Orgánico Integral Penal: ^a **Art. 16.-** *Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y laso los juzgadores observarán las siguientes reglas: 1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión (1/4)°.*

de la 24 de Mayo y personal de Criminalística, quienes al estar efectuando labores de investigación sobre el suceso denunciado observaron grandes cantidades de dinero, ubicadas alrededor de la sala y otros sitios de la vivienda, lo que hizo presumir la perpetración de un ilícito, (1/4) encontrado la suma de US \$13.672,00 dólares americanos, sin poder justificar la procedencia de esa cantidad,(...)⁷. (Sic).

3.2) ANTECEDENTES PROCESALES.

3.2.1) Germán Patricio Hermosa Mariño, fue sometido al poder punitivo del Estado, a través del inicio de la instrucción fiscal respectiva.- El doctor David Pucha Guamán, Juez de la Unidad Penal, con sede en Riobamba, emite auto de llamamiento a juicio en contra del mencionado procesado por el delito de lavado de activos, tipificado y sancionado por el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, en calidad de autor directo.

3.2.2) Mediante sentencia de 01 de marzo de 2016, las 15h25, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, declara la culpabilidad de Germán Patricio Hermosa Mariño, como autor directo del delito de lavado de activos, al siguiente tenor:

"(...) con fundamento en los Arts. 621; y, 622 del Código Orgánico Integral Penal, el Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, sede en el cantón Riobamba, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara la culpabilidad de: GERMÁN PATRICIO HERMOSA MARIÑO, cuyas generales de ley obran precedentemente, por ser AUTOR del delito de lavado de activos contemplado en el art. 317, No. 1, 4 y 5 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena de 10 años de prisión, que es aumentada en un tercio, esto es, por existir la agravante establecida en el art. 47, No. 5, por lo que debe cumplir 16 años 9 meses, conforme el art. 44 inciso final del cuerpo legal invocado, (1/4). Se le impone una multa del duplo de los activos determinados. (1/4) Se ordena el comiso especial de los bienes muebles e inmuebles, y el dominio de estos sean transferidos definitivamente a la Institución encargada de la Administración y Gestión Inmobiliaria del Estado, (1/4)"⁸.

3.2.3) Respecto del fallo referido en el acápite que antecede, el señor Germán Patricio Hermosa Mariño, procesado, interpuso recurso de apelación, por tal motivo, la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, mediante sentencia de 11 de diciembre de 2017, las 10h33, resolvió rechazar el recurso interpuesto, confirmando el fallo de primer nivel en todas sus partes.

7 Expediente del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, Juicio No. 06282-2015-01261, fj. 835, vta.

8 Expediente del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, provincia de Chimborazo, Juicio No. 06282-2015-01261, fjs. 4701-4728, vta.

3.2.4) De esta resolución, el procesado, señor Germán Patricio Hermosa Mariño, interpuso recurso extraordinario de casación.

3.2.5) Mediante auto de 21 de junio de 2019, las 10h14, la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, resolvió admitir a trámite el recurso de casación interpuesto por el procesado, en el siguiente contexto:

^a (1/4) En virtud de lo analizado en este auto, y al amparo de las reglas generales para la tramitación de los recursos, constantes en el artículo 652 del COIP, así como de las disposiciones jurídicas específicas al recurso de casación, contenidas en los artículos 656 y 657 ejusdem, y la Resolución Nro. 10-2015, publicada en el Registro Oficial Nro. 563, del 12 de agosto del 2015, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, resuelve: 5.1.- Aceptar a trámite el recurso interpuesto por el procesado German Patricio Hermosa Mariño, únicamente por los cargos desarrollados en los numerales 4.2; y, 4.3 de este auto [esto es, por contravención expresa del artículo 317.1 COIP; y, contravención expresa del artículo 76.6 CRE], (...)⁹.

3.2.6) El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, convoca a audiencia de fundamentación del recurso de casación, conforme las garantías normativas de los artículos 656 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal.

CUARTO:

ARGUMENTOS DE LOS SUJETOS PROCESALES EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y DE CONTRADICTORIO, EN TORNO AL RECURSO PLANTEADO.

4.1) Señor Germán Patricio Hermosa Mariño, procesado y casacionista.

La doctora Lolita Montoya, en calidad de Defensora Pública, en representación del casacionista, señor Germán Patricio Hermosa Mariño, con la finalidad de sustentar el recurso de casación propuesto, manifestó en lo principal que:

^a (1/4) En la sentencia dictada por los jueces de la Corte Provincial de Chimborazo, Sala Especializada de lo

⁹ Expediente de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Juicio No. 06282-2015-01261, fjs. 16 a 21

Penal, de fecha 11 de diciembre del 2017, a las 11h31, existe contravención expresa del artículo 317 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, cuyo texto reza: "Lavado de activos.- La persona que en forma directa o indirecta tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera de activos de origen ilícito". Por su parte el numeral 5, señala: "realice por sí mismo o por medio de terceros operaciones y transacciones financieras o económicas con el objetivo de dar apariencia de licitud a las actividades de lavado de activos"; dejando de lado el contenido de dichas normas, los jueces del Tribunal de apelación, en la sentencia, establecen que el delito de lavado de activos es el resultado de un delito subyacente que consiste en el hecho de adquirir bienes con dineros ilícitos y transformarlos para ingresarlos al sistema económico de forma legal con dineros o propiedad muebles e inmuebles que no han sido establecidos como dineros de operaciones mercantiles, industriales, en suma que sean de actividades licitas sino todo lo contrario, este tipo penal es de mera actividad, eso dicen los jueces en el considerando octavo de dicho fallo, entonces aquí existe una contravención expresa del Art. 317 numeral 1, puesto que no se ha podido demostrar con toda la prueba actuada el verbo rector que son dineros de origen ilícito.

Lo que ocurrió en estos hechos, es que el señor realizó una estafa masiva en la ciudad de Riobamba en la provincia de Chimborazo y estas estafas masivas fueron sentenciadas ya por un delito, mismo que está cumpliendo una sentencia, pero se debe establecer que los dineros de las personas estafadas eran de origen licito, debido a que estos dineros eran producto de su jubilación, de préstamos adquiridos de manera legal, entonces el juzgador contraviene esta norma al momento de omitir lo que establece el artículo 317; es decir, que debía demostrar la ilicitud de estos fondos, como ha manifestado, de toda la prueba no se ha podido demostrar que las transacciones o el dinero que recibió en sus cuentas el señor Patricio Hermosa tengan un origen ilícito. Entonces, en este caso no se ha podido justificar una actividad que pueda demostrar que estos dineros proceden de una actividad ilícita.

En la sentencia, impugnada también existe contravención expresa del artículo 76.6 de la Constitución del Ecuador, puesto que en la propia sentencia los juzgadores de instancia agravan la situación jurídica de su defendido, ya que al momento de imponerle la pena establecen que existen agravantes por haber realizado la conducta en compañía de dos o más personas, pero este es constitutivo del tipo penal, ya que efectivamente el tipo penal establece que; la persona en forma directa o indirecta tenga, adquiera, transfiera, posea, pero para esto debe existir una asociación, además el numeral 5, también señala que se realice para sí mismo o por medio de terceros, cuando habla de por medio de terceros se puede colegir que este tipo penal establece que efectivamente puede ser cometido por otras personas y este es un elemento constitutivo del tipo, por lo tanto existe una contravención expresa del artículo 76.6 porque se le ha impuesto una pena desproporcionada imponiéndole la agravante del Art. 47 numeral 5, ya que la pena que merecía su defendido es la de 13 años y no la de 16 años 3 meses tal como lo impuso el Tribunal de apelación de la Corte Provincial de Chimborazo.

Solicita, que en virtud de la facultad oficiosa, se analice la existencia de error de derecho, por omisión de los juzgadores en imponerle una agravante sobre la establecida en el Art. 47 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, solicitando se case la sentencia". (Sic).

4.2) Fiscalía General del Estado.

El doctor Raúl Llerena Garcés, delegado de la Fiscalía General del Estado, contestó el recurso de casación interpuesto, indicando en lo principal lo siguiente:

“Este recurso ha sido interpuesto por contravención expresa del artículo 317 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal. Fiscalía estima que esos dineros que eran invertidos no tenían transparencia para invertirlos en importaciones de automotores, o moto soldadoras, ya que no se ha justificado que el procesado sea un importador. Fiscalía, afirma que si ha justificado el tipo penal establecido en el numeral 1 del artículo Art. 317 del Código Orgánico Integral Penal, “tenencia, adquirir, transferencia, poseer, administrar”, ya que, al beneficiarse de dineros de ilícita procedencia genera este delito de lavado de activos. Resalta que en el domicilio del procesado, fueron encontrados la cantidad de 100.000 dólares que nunca fueron justificados su procedencia. Por lo tanto respecto al primer cargo de contravención expresa del artículo 317 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, no se ha podido desvirtuar la existencia del delito de lavado de activos.

Sobre la contravención expresa, del artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, Fiscalía estima que este proceso no tiene violaciones a principios constitucionales, se ha aplicado las normas que corresponden al caso, con jueces competentes y ha estado también representado en todo el proceso por sus abogados defensores. Sobre el numeral 6, de la debida proporcionalidad, esta es aplicable respecto a las infracciones y sanciones penales que corresponden aplicar en la sentencia, por cuanto del análisis que constan en los considerandos 7 y 8, efectivamente del acervo probatorio que fue analizado y valorado por el juzgador de instancia en la audiencia de juicio, que es donde corresponde analizarlo, aparece que está plenamente aplicado el artículo 317 numerales 1, 4 y 5 del Código Orgánico Integral Penal, que se ha considerado la agravante del artículo 47 numeral 5 del referido Código, pues la pena de 16 años 9 meses, tiene relación con la disposición del Art. 44 inciso final que en el caso de agravantes a la pena mayor se aumentará un tercio. En conclusión y refiriéndose al recurso que ha sido planteado por la Defensoría Pública, la Fiscalía considera que hay una contradicción, pues está aceptando que la pena sería de 13 años de privación de libertad, y, por otra parte, respecto a lo manifestado que no existen los elementos del artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, que refiere a la inocencia del procesado que no ha cometido el delito, hay una contradicción. Fiscalía solicita que este recurso sea rechazado por improcedente.” (Sic).

QUINTO:

**LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA Y COMO RECURSO EXTRAORDINARIO EN LA
JURISDICCIÓN PENAL ECUATORIANA.**

5.1) LA CASACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA: El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; ergo, el entorno dogmático del artículo 1 de la Constitución de la República determina la simbiosis jurídica de un ámbito conceptual fuertemente diferenciado:

a) Es un Estado constitucional, ya que ^a *la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos (1/4)^o 10*; por consiguiente, se vislumbra que la Constitución **materializa** ciertos principios y derechos, entre ellos el de impugnación como parte de los derechos de protección, del debido proceso y de defensa, en ese contexto, el artículo 76 numeral 7 literal m), de la Constitución de la República establece que:

“ En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

Este derecho *per se* es el antecedente constitucional que da origen a la casación como recurso extraordinario en materia penal, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado Constitucional; a la vez, se distingue también que la Constitución de la República es **orgánica** ya que determina el órgano -Función Judicial- que como parte del Estado es el llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia; en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión¹¹; en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera¹²; en ese contexto, se avizora que la casación tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

b) El Ecuador es un Estado de derechos: ^a (1/4) *El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde*

10 Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, V&M Gráficas, Quito, Ecuador, 2008, p. 22.

11 **Constitución de la República del Ecuador: Art. 182:** *“ (1/4) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.”*; **Art. 184:** *“ Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (1/4)°*.

12 **Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 186:** *“ Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá: 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera; (1/4)°*.

dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (1/4) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (1/4) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica.^{o 13}; ergo, se determina que el Estado de derechos lleva implícito el pluralismo jurídico; en ese contexto, las normas que integran el bloque de constitucionalidad son de imperativo cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, así el derecho de impugnación, base fundamental de la casación, tiene su referente en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que *per se* forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala:

*a (1/4) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)
h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior^o ;*

En el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se indica que:

a Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.^o .

En ese contexto se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

c) La Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de Justicia, Ramiro Ávila Santamaría refiere que *a (1/4) una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho).*^{o 14}, concluye sobre el tema indicando que *a (1/4) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa.*^{o 15}; así, se avizora que el Estado de Justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la casación como medio de impugnación se determina ciertamente que el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de cristalizar la justicia como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

13 Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., pp. 29,30.

14 Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 27.

15 Ramiro Ávila Santamaría, op. cit., p. 28

5.2) LA CASACIÓN COMO GARANTÍA NORMATIVA DEL DERECHO A RECURRIR Y DEL DERECHO DE IMPUGNACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA:

La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, ha señalado lo siguiente:

*“La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.*¹⁶

Con lo anotado precedentemente, la garantía normativa de la casación está determinada en las reglas del Código Orgánico Integral Penal, aplicable al caso *in examine*, en función del principio de legalidad; así el artículo 656 del Código *ut supra* establece: *“Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.”*; por su parte, el artículo 652 numeral primero del Código invocado, determina la siguiente garantía normativa: *“La impugnación se regirá por las siguientes reglas: 1. Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código.”*; de lo cual se colige que uno de los principios que rige la sustanciación del recurso de casación, es el de taxatividad, en consecuencia, *“La casación procede única y exclusivamente por las causales que expresamente consagra el sistema jurídico positivo; no existen causales distintas”*¹⁷.

La taxatividad determinada en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, limita el ámbito de acción del recurso extraordinario de casación, la contravención expresa de la ley, la indebida aplicación o la errónea interpretación de la misma constituyen los motivos *sine qua non* para determinar la violación de la ley como esencia del recurso de casación.- La contravención expresa del texto se presenta cuando el juzgador, por omisión deja de utilizar determinada disposición jurídica que es necesaria para la resolución de un caso en concreto, resolviendo en contra de su mandato; por su parte, la indebida aplicación, ocurre cuando el juzgador yerra al resolver un caso en concreto, por aplicar una norma que no resulta pertinente para la resolución; y, finalmente, existe errónea interpretación, cuando el juzgador aplicando la disposición pertinente para la

¹⁶ Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 095-14-SEPCC, de 4 de junio de 2014, caso No. 2230-11-EP.

¹⁷ Orlando Rodríguez Ch., *Casación y Revisión Penal*, Temis, Bogotá, 2008, p. 67.

resolución del caso en concreto, le da un sentido y alcance diferente al expresado por su tenor literal.¹⁸

La Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de casación, ha establecido que:

“Ningún recurso de casación podrá ser procedente, si el recurrente no exterioriza las razones jurídicas de las que se cree asistido, para elaborar los cargos que presenta al Tribunal. Esta actividad, que se conoce como argumentación jurídica, consta de tres componentes básicos: a) Determinación de la parte específica de la sentencia impugnada, en la cual se encuentra el error de derecho; b) Confrontación entre el razonamiento del juzgador sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, que se considera ha provocado un error de derecho, y aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debería haber realizado; y, c) Explicación de la influencia que ha tenido el error de derecho, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada.”¹⁹

La Corte Constitucional al analizar el recurso de casación, en materia penal, en torno a la prohibición normativa de volver a valorar la prueba, ha desarrollado el siguiente argumento:

“(...) al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 (...).”²⁰

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de casación, en relación a su naturaleza jurídica y ámbito conceptual, el profesor Claus Roxin señala que: *“La casación es un recurso limitado, dado que solo permite el control iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal”²¹*; Fernando de la Rúa, precisa que: *“es un instituto procesal, un medio acordado por la ley para impugnar, en ciertos casos y bajo ciertos presupuestos, las sentencias de los tribunales de juicio, limitadamente a la cuestión jurídica”²²*; Piero Calamandrei define la casación como un instituto judicial *“consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la*

18 Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 863-2014.

19 Ecuador, Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, juicio No. 444-2014.

20 Ecuador, Corte Constitucional, sentencia No. 001-13-SEP-CC, de 6 de febrero de 2013, caso 1647-11-EP.

21 Claus Roxin, *Derecho procesal Penal*, Editores El Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 466.

22 Fernando de la Rúa, *El Recurso de Casación*, Victor P. de Zavalía Editores, Buenos Aires, 1968, p. 20

*uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho, las sentencias de los jueces inferiores cuando las mismas son impugnadas*²³.

De lo anotado precedentemente, se advierte que, el recurso de casación tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; el mismo, controla y analiza la sentencia de segunda instancia, a fin de determinar si dicha resolución viola la ley, por alguna de las causales establecidas en el régimen procesal penal -contravención expresa, indebida aplicación, errónea interpretación-, su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter vertical, extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores "*in iudicando*" existentes en la sentencia del Tribunal *ad quem*, sobre los cuales, le compete pronunciarse al Tribunal de Casación; como corolario, las reglas procesales prohíben en este recurso los pedidos de revisión de los hechos del caso concreto y la nueva valoración de la prueba; este es el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

SEXTO:

ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.

6.1) Una vez determinado el alcance y naturaleza del recurso de casación, el análisis de los integrantes del presente Tribunal, debe concretarse en el contenido de las argumentaciones esgrimidas en la audiencia de fundamentación del recurso de casación interpuesto por el señor Germán Patricio Hermosa Mariño, procesado, con la finalidad de establecer si dichas alegaciones se ajustan a las exigencias técnicas que rigen la sustanciación del presente medio extraordinario y limitado de impugnación, por tal razón, se efectúan las siguientes reflexiones:

En primer lugar, se debe advertir que, en el caso *in examine*, el Tribunal de casación emitió un auto de admisión, el 21 de junio de 2019, las 10h14, en virtud del cual, se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el procesado, respecto a la contravención expresa del artículo 317 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, y del artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador.

Dicho esto, resulta necesario hacer hincapié en lo siguiente: la fundamentación del recurso interpuesto por el señor Germán Patricio Hermosa Mariño, debía circunscribirse en la violación del artículo 317 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, y del artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, además, sobrevenía en inexorable la acreditación de dicha transgresión, bajo la modalidad de contravención expresa del texto de la ley.

23 Piero Calamandrei, *La casación*, Tomo I, Vol. II, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 376

En este orden de ideas, se estima pertinente delimitar el alcance de la causal de casación propuesta por el impugnante, la contravención expresa, es uno de los fundamentos de la violación a la ley; doctrinariamente, se determina que existe este *error in iudicando* cuando los juzgadores de segunda instancia, al momento de plasmar su razonamiento en la sentencia, omiten la aplicación de una norma jurídica, la cual estaban obligados a observar, sea porque la ignoran, estiman se encuentra derogada, o simplemente porque consideran que no es aplicable al caso concreto.

De lo anotado, se desprende que el error *in iudicando*, cometido bajo la modalidad de contravención expresa al texto de la ley, conocido también como error de omisión o falta de aplicación, se materializa cuando, ante una determinada circunstancia fáctica, debidamente comprobada, el juzgador *ad quem* no empleó la norma jurídica que estaba llamado a aplicar.

Respecto a esta causal, el doctor Luis Cueva Carrión ha señalado lo siguiente:

^a(...) Hay falta de aplicación de la ley cuando el juez omite la norma y, como consecuencia, la sentencia carece de ella y se convierte en instrumento defectuoso porque el juez excluye la norma y no la aplica al caso concreto. Esto puede ocurrir por desconocimiento de la norma o por considerar que no está vigente. También existe falta de aplicación cuando el juez aplica la norma solamente en una parte y desecha lo demás.

La falta de aplicación de la ley es un yerro en la existencia de la norma (...)²⁴.

Sergio Muñoz, sobre el tema, indica que: *^a Se produce al existir contradicción entre lo que dispone la norma y lo que ordena la sentencia, sobre la base o argumentando el tribunal que se está aplicando dicha disposición. Hay oposición directa entre la ley y el fallo, se constata una antinomia o divorcio entre lo que dice la norma y lo que dispone la sentencia. Como el fallo debe respetar la voluntad del legislador, al no hacerlo, se genera el vicio²⁵.*

Del concepto expuesto, se debe resaltar que la causal de casación (contravención expresa) invocada por el impugnante, le colocaba en la obligación de justificar la falta de aplicación de la norma o normas jurídicas, por parte de los jueces del Tribunal *ad quem*.

Una vez precisado el alcance de la causal, resulta puntual anotar que, la exposición realizada por la defensa técnica del señor Germán Patricio Hermosa Mariño, en la audiencia de fundamentación del recurso de casación, deviene en imprecisa, pues,

²⁴ Luis Cueva Carrión, *La Casación en materia Penal*, Cueva Carrión Editores, 2007, Quito-Ecuador, pp. 254-255.

²⁵ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Comité Académico, *El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, Primera Edición, Imprenta de la Gaceta Judicial, 1 2013, p. 108.

alegó que los jueces de segunda instancia contravinieron expresamente el artículo 317 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, sosteniendo que dicho yerro jurídico se encontraba en el considerando octavo de la sentencia impugnada, y como sustento jurídico, ha señalado que dentro del caso *in examine*, no se ha podido demostrar con pruebas que el origen del dinero era ilícito en torno al delito de lavado de activos; que no se ha justificado la ilicitud del dinero encontrado como evidencia; que no se ha demostrado la ilicitud de los fondos que constan en el presente caso; y, que no se ha justificado además que ese delito es producto de una actividad ilícita.

Como segundo cargo casacional, señala la contravención expresa del artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, sosteniendo el recurrente que se agravó su situación jurídica al establecer la agravante determinada en el artículo 47 numeral 5 del COIP, esto es, que la infracción ha sido cometida por dos o más personas; afirmando el impugnante que ésta situación jurídica *per se* es una agravante constitutiva del tipo penal y no modificatoria de la pena, pues en este sentido el *quantum* de la pena afecta el principio de proporcionalidad, ya que la pena que correspondía era la de 13 años y no la impuesta por el Tribunal *a quo* y confirmada por el Tribunal *ad quem*.

En función del principio de contradicción, Fiscalía indico claramente que el recurrente, no ha justificado los cargos casacionales, puesto que, de los hechos que se tienen por ciertos, se determina fehacientemente que existieron actividades ilícitas del hoy recurrente, que el procesado perjudicó a otras personas en un ámbito de una estafa masiva, que el origen de la evidencia monetaria es ilícita, afirmando que, la fundamentación del recurrente es contradictoria.

6.2) Ahora bien, entorno a lo planteado por los sujetos procesales, en la audiencia respectiva, este Tribunal considera necesario tomar en consideración que el recurso de casación es especial, técnico y excepcional, cuya finalidad es el control de la legalidad de las sentencias y garantizar la vigencia del derecho; permite la manifestación de inconformidades por parte de los sujetos procesales con el objetivo fundamental de lograr la corrección de la sentencia y enmendar las posibles violaciones a la ley que pudieren existir. Su misión principal es que se cumpla con las normas del debido proceso que conlleven a una decisión justa y apegada a las normas constitucionales y legales. Es un recurso extraordinario porque las causas por las que puede interponerse son excepcionales, pues posibilitan la impugnación de una sentencia, cuando el sentenciado considere que se ha violado la ley, es así el tratadista Germán Pavón Gómez define la casación como ³ *un recurso extraordinario, técnico objetivo, contra sentencias de segunda instancia de tribunales [1/4]*²⁶

Tomando como referente que la casación procede por las causales previamente establecidas en la ley adjetiva penal vigente y la tecnicidad del recurso, se debe analizar la causal de casación invocada por el recurrente; la contravención expresa conocida también en la doctrina como error de omisión, según lo indicado en líneas anteriores, opera cuando dado ciertos hechos facticos como ciertos en una situación jurídica, no se aplica la norma jurídica subsumible a esos hechos o situación, entonces, el aducir que existe una contravención expresa del artículo 317 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, conduce inexorablemente a sostener que en el caso *in examine*, frente a los hechos que se tienen por ciertos, no se ha aplicado dicho artículo, *a contrario sensu*, en el *in examine*, se determina claramente que, lo que se hizo el *ad quem* fue

26 Germán Pabón Gómez, De la Casación y la revisión penal en el Estado social y democrático de derecho, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999,p.48.

realizar el juicio de tipicidad y culpabilidad aplicando precisamente esa norma jurídica; ergo, en el argumento del recurrente, se avizora la vulneración del principio de *no contradicción*, como uno de los principios que informan el recurso de casación, ya que incurre en el error de plantear un cargo casacional que no guarda coherencia lógica y resulta excluyente con los postulados planteados, es decir que, afirma y niega a la vez un mismo hecho, violentando así el principio lógico y argumentativo de la no contradicción; si bien es cierto se ha identificado la sentencia impugnada y la causal de casación, la fundamentación de esta causal es contradictoria con su esencia misma.

Continuando con el análisis del cargo casacional planteado, el Código Orgánico Integral Penal, considera como conducta penalmente relevante²⁷, el lavado de activos, en ese contexto, el artículo 317 del Código Orgánico Integral Penal, tipifica lo siguiente:

^a Art. 317.- Lavado de activos.- La persona que en forma directa o indirecta:

- 1. Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito.*
- 2. Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito.*
- 3. Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en este artículo.*
- 4. Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo.*
- 5. Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos.*
- 6. Ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país.*

Estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas. Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito.

El lavado de activos se sanciona con las siguientes penas:

- 1. Con pena privativa de libertad de uno a tres años cuando el monto de los activos objeto del delito sea inferior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.*

²⁷ *a* El concepto de conducta penalmente relevante es normativo ya que requiere de una valoración, puesto que al D.P. no le interesan todos los comportamientos humanos y para determinar aquellos que son relevantes es necesario valorarlos. Sólo podrán ser acciones penalmente relevantes aquellos comportamientos que signifiquen la manifestación de la personalidad de sujeto, que sean voluntarios, pero la voluntad no hay que confundirla con la intención de causar un resultado (dolo) ya que éste se analizará más adelante, por el contrario hay que vincularla con la conciencia o el discernimiento. Se define a la conducta penalmente relevante, a través de un supra concepto válido para todas las formas de comportamiento, como la "manifestación de la personalidad", pues se considera como tal, todo aquello que se pueda atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción, dominable por la voluntad y la conciencia, manifestada al mundo exterior; este concepto abarca todas las posibilidades de realización del injusto penal: tanto las acciones u omisiones, dolosas e imprudentes.º (<http://apintoarce.blogspot.com/2011/12/las-categorias-de-la-conducta.html>).

2. Con pena privativa de libertad de cinco a siete años cuando la comisión del delito no presuponga la asociación para delinquir. Con pena privativa de libertad de siete a diez años, en los siguientes casos:

a) Cuando el monto de los activos objeto del delito sea igual o superior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.

b) Si la comisión del delito presuponga la asociación para delinquir, sin servirse de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas.

c) Cuando el delito sea cometido utilizando instituciones del sistema financiero o de seguros; instituciones públicas o dignidades; o, en el desempeño de cargos directivos, funciones o empleos en dichos sistemas.

3. Con pena privativa de libertad de diez a trece años, en los siguientes casos: a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.

b) Cuando la comisión del delito presupone la asociación para delinquir a través de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas.

c) Cuando el delito ha sido cometido utilizando instituciones públicas, o dignidades, cargos o empleos públicos.

En los casos antes mencionados, el lavado de activos también se sanciona con una multa equivalente al duplo del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito, de ser el caso^o.

La conductas descritas *ut supra*, *per se*, constituyen acciones humanas que a criterio del legislador lesiona bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, en el caso el ordenamiento socioeconómico de un Estado, en ese contexto, es de precisar que dichas conductas, tienen elementos de tipicidad objetiva y subjetiva, cuya verificación coadyuva a determinar que el *ad quem* subsumió adecuadamente los hechos al tipo penal, además que referida conducta es antijurídica y culpable.

La teoría del caso planteada por Fiscalía General del Estado determinó que mediante llamada realizada al ECU 911, el 27 de noviembre de 2014, se conoció de la perpetración de un delito de robo en la vivienda de los esposos Germán Hermosa y María Broncano Zavala, ubicado en las calles Ríos y Guayas de la ciudad de Riobamba, de donde se habían sustraído 150.000 dólares, así como unas joyas, que estaban en una caja fuerte, acudiendo la policía comunitaria de la 24 de Mayo y personal de Criminalística, que al estar efectuando labores de investigación sobre el suceso denunciado observaron grandes cantidades de dinero, ubicadas alrededor de la sala y otros sitios de la vivienda, lo que hizo presumir la perpetración de un ilícito, (¼) encontrado la suma de US \$1.13.672,00 dólares americanos, sin poder los involucrados justificar la procedencia de esa cantidad; así, la teoría jurídica fue enfocada en demostrar la existencia de la conducta penalmente relevante de lavado de activos, descrita en el artículo 317 numerales 1, 4 y 5 del Código Orgánico Integral Penal, dichas teorías, según la sentencia del *ad quem*, fueron justificadas con la teoría probatoria planteada y que consta en el *onus probandi*, todo lo cual coadyuvó a construir el juicio de tipicidad y culpabilidad en contra del encartado, pues se tiene por cierto que el sentenciado fue la persona que participó directamente en la acción típica; ergo, el *ad quem* arribó al convencimiento más allá de toda duda razonable respecto del acto constitutivo de la conducta penalmente relevante, además que, dicha acción²⁸ como

28 La acción final, es una acción humana, es una actividad dirigida a un fin; solamente el ser humano tiene la capacidad de

conducta relevante no se halla enervada por ninguna de las causales de exclusión de la conducta singularizadas en el artículo 24 del Código Orgánico Integral Penal, ya que no se ha justificado de forma alguna que la acción y su resultado sea producto de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia.

En ese contexto, de la sentencia de condena del *ad quem*, se verifica la categoría dogmática de la tipicidad²⁹ en la conducta del recurrente; en el ámbito de los elementos de tipicidad objetiva, se determina que dicho ciudadano es el **sujeto activo**, o autor del hecho, que según el tipo penal (lavado de activos) no es calificado, por lo que puede ser sujeto activo de este delito cualquier persona y, en el presente caso, el recurrente, es persona natural, como cualquier ciudadano, no calificado en razón del cargo, función o filiación; dada la esencia del tipo penal se observa la pluralidad se **sujetos pasivos** o titulares del bien jurídico protegido, que son las personas sobre las que recayó el daño o los efectos de los actos realizados por el sujeto activo; según el tipo penal (lavado de activos), es sujeto pasivo la sociedad en un contexto abstracto y, en el presente caso, el sujeto pasivo, la sociedad ecuatoriana y varias personas naturales; se verifica el **objeto de la infracción**, esto es, el bien jurídico del sujeto pasivo sobre el que recayó el daño o los efectos del acto³⁰; Edgardo Donna en torno al bien jurídico en el delito de lavado de activos señala que *“(1/4) Para un grupo de autores (1/4) el objeto de protección es el orden socioeconómico (1/4)”*³¹; ergo, el objeto jurídico según la ubicación del tipo penal en el Código Orgánico Integral Penal es el orden socioeconómico del Estado; el objeto material, el resultado, en el caso, se configura en la vulneración del orden socioeconómico, en la sociedad ecuatoriana; se configura la **conducta o verbos rectores**, que en el caso son el tener, adquirir, transferir, poseer, administrar, utilizar, mantener, resguardar, entregar, transportar, convertir o beneficiarse de cualquier manera, de activos de origen ilícito; organizar, gestionar, asesorar, participar o financiar la comisión de los delitos tipificados en el artículo 317 del COIP, o realizar, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos; en el *in examine*, se evidencia que nos encontramos frente a acciones producidas por el procesado; los hechos que se tienen por ciertos establecen que el recurrente participó en las acciones que vulneraron el orden socioeconómico en la sociedad ecuatoriana; ergo, se avizora que, el recurrente participó en el delito juzgado; *per se*, el *ad quem* determinó en forma razonable, lógica y comprensible el acto constitutivo de la conducta penalmente relevante, confirmándose el ámbito temporal, personal, espacial y material del hecho juzgado constitutivo de un lavado de activos; se advierte además que en la sentencia impugnada se hallan justificados **los elementos normativos y valorativos** del injusto penal juzgado en donde se analizan los conceptos de:

prever las consecuencias de sus actos, y puede dirigir el curso de los hechos, conforme a un plan, dirigido a la consecución de los objetivos propuestos (Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 65, 66).- La acción debe ser dominada o al menos dominable por la voluntad, excluyendo de esta manera los actos inimputables. La acción se transforma en delito si infringe el ordenamiento jurídico y puede ser reprochable al autor a título de culpabilidad, entendemos entonces que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a una acción en un delito. (Hans Welzel, *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 87).

29 La tipicidad se halla determinada por el principio de estricta legalidad, que se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino directamente a personas y, por tanto, con carácter constitutivo antes que regulativo de lo que es punible; el concepto de estricta legalidad se construye a partir del afinamiento del principio de legalidad (*nulla poena sine lege*) que impide a los jueces extender el ámbito punitivo más allá de lo determinado por la ley. En opinión de Ferrajoli: *“(1/4) el principio de estricta legalidad resulta un mandato que le impone taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales (1/4) El principio de estricta legalidad no admite normas constitutivas, sino solo normas regulativas de la desviación punible: por tanto, no normas que crean o constituyen ipso iure las situaciones de desviación sin prescribir nada, sino solo reglas de comportamiento que establecen una prohibición (1/4)”* (Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo Penal*. Madrid, Trotta, 1998 (3º Edición))

30 Según Zaffaroni: *“El resultado integra el tipo porque así lo exige la función garantizadora que cumple el tipo y la ley penal general, por no decir que todo el derecho”* (<http://www.utopiaderecho.com.ar/apuntes/tercero/penal>).

31 Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012, p. 606.

activos de origen ilícito, operaciones y transacciones financieras o económicas, apariencia de licitud, actividades de lavado de activos, delito autónomo, doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, y más, que se desarrollan en el ámbito conceptual de la legislación penal, legislación ecuatoriana y en el léxico jurídico penal, los mismos se hallan justificados en la sentencia *in examine* y tienen relación con el hecho fáctico juzgado; en la especie, de la sentencia de condena, se tiene por cierto e irrefutable que el sujeto activo ejecutó la conducta penalmente relevante en las modalidades descritas *ut supra*, así lo determina adecuadamente la sentencia del *ad quem*:

“(1/4) OCTAVO.- Existe la certeza y se ha demostrado con suficiente prueba aportada por Fiscalía, primero de la existencia de la infracción de lavado de activos y segundo que Germán Patricio Hermosa en base que muchas personas deseaban realizar una actividad lícita para obtener una ganancia mediante el alquiler de su maquinaria, entregando sumas de dinero en unos casos y en otros entregando las moto soldadoras, y el procesado crea la empresa fantasma, (conocidas como de papel), TRANS HERCAS, (y otras que figuraban para su actividad, adquirió acciones de dos empresas que ya estaban constituidas con anterioridad, la primera la empresa ALCONVENCIE, la adquirió el 27 de febrero del 2014, con un 20%, valor de cada acción de un dólar, en dos mil acciones, adquiere luego la compañía FUNCION CROOS, con capital suscrito de US \$80,00 dólares americanos con 400 acciones, el 13 de agosto constituye la compañía RENTA CAR accionista con 93,95 % constituida de 800 acciones y tiene 750 acciones, estas dos primeras compañías ACONVENCIE Y FUNCION CROOS son compañías que no registraban desde su fecha de constitución no generaron ingresos, ni gastos, eran compañías de papel, la empresa RENTA CAR desde su fecha de constitución no ha presentado el pago del impuesto al IVA, desconociéndose si obtuvo ingresos, costos, gastos, no registra movimientos financieros en el sistema bancario; no se encontraba registrada en el SRI; para de esta manera, con una aparente licitud de este negocio, realizar el blanqueo del dinero. Hermosa Mariño, adquiere bienes muebles e inmuebles, haciendas y vehículos; del año 2012 al 2014, en una cantidad de \$ 32.988.010,91 dólares americanos por concepto de depósitos en efectivo, remesas de cheques y transferencias de remesas; por los vehículos la cantidad de \$ 119.980 dólares americanos; en cuanto a inmuebles la cantidad de \$ 1.490.000,00 dólares americanos; realizando operaciones llamadas inusuales en cuentas en el Banco del Austro y de la Cooperativa 29 de Octubre; cometiendo el delito de lavado de activos en calidad de autor (1/4) Es evidente, que el legislador, ha empleado una gran cantidad de verbos rectores como; adquirir, transferir, poseer, administrar, utilizar, mantener, resguardar, entregar, transportar, convertir, beneficiarse, ocultar, disimular, impedir, prestar, organizar, gestionar, asesorar, participar, financiar, realizar, ingresar, egresar, los cuales, tienen como única y exclusiva finalidad, el extender la tipicidad, al mayor número de conductas posibles. Este delito, afecta en un Estado en su economía, la administración de justicia, la gobernabilidad y es el agente multiplicador de una serie de otros delitos. Esta clase de delitos, se constituyen por la serie de conductas delictuales de los individuos, con la finalidad de colocar, convertir, ocultar o transformar las ganancias o activos, que han sido obtenidos mediante actividades ilícitas para tratar de legitimarlas ingresando a la actividad financiera y económica de un país; de diferentes maneras, ya sea mediante inversiones, ventas, transferencias, adquisición de bienes inmuebles, muebles, operaciones bancarias, adquisición de obras de arte, etc., con el fin de ocultar el origen ilícito del activo, como en la especie ha sucedido; en el Ecuador en la legislación penal, se quiere controlar a través de la tipificación de todas estas clases de conductas que están relacionadas con el manejo de activos maculados; entendiéndose a éstos, a los que provienen de las actividades delictuales. De esta manera se determina el nexo causal entre la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, de acuerdo a lo que determina el Art. 455 del Código Orgánico Integral Penal. No se ha afectado el núcleo esencial del principio de inocencia, determinado en el Art. 4 ibídem y Art. 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador; al

igual se ha cumplido con los principios fundamentales y los fines de las garantías del debido proceso. Todas las pruebas documentales y testimoniales, cumplen lo establecido en los Arts. 453 y 454 del COIP, cumpliéndose con el criterio de valoración de la prueba, teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, según lo prescribe el Art. 457 ibídem. Se ha cumplido con el principio de inmediación toda vez que los elementos probatorios se evacuaron en la audiencia de juicio, al igual que el principio de libertad probatoria y de igualdad de oportunidades para la prueba y libre valoración de la prueba material, consistente en los resultados visibles de la infracción y sus vestigios. (1/4) DECIMO.- Con los testimonios rendidos en la etapa de juicio, así como con la documentación presentada, se ha probado en forma directa, la participación en calidad de autor del procesado Germán Patricio Hermosa Mariño, en el ilícito de lavado de activos; quien actuó con voluntad y conciencia; (1/4) La tipificación del delito realizada por el Tribunal de Garantías Penales es la correcta, se ha considerado la forma con la que actuó el procesado reflejado en los hechos que son de dominio público; por lo que su conducta, recalamos, se subsume en lo establecido en el Art. 317 numerales 1, 4 y 5 del Código Orgánico Integral Penal (1/4)°.

En ese contexto, están justificados los elementos de tipicidad objetiva del injusto penal en análisis.

En el ámbito de los **elementos constitutivos del tipo subjetivo**, según la estructura del delito de lavado de activos el acto típico es doloso. ^a (1/4) *El autor debe saber el origen de los bienes, es decir que provienen de un delito, y, además, tiene que tener por fin que los bienes, el dinero, adquieran la apariencia de tener un origen lícito, con lo cual se exige el dolo directo(1/4)°³²; así, se avizora en la sentencia impugnada la configuración de los elementos cognitivo y volitivo, según el razonamiento del ad quem:*

^a (1/4) DECIMO.- Con los testimonios rendidos en la etapa de juicio, así como con la documentación presentada, se ha probado en forma directa, la participación en calidad de autor del procesado Germán Patricio Hermosa Mariño, en el ilícito de lavado de activos; quien actuó con voluntad y conciencia; (1/4) La tipificación del delito realizada por el Tribunal de Garantías Penales es la correcta, se ha considerado la forma con la que actuó el procesado reflejado en los hechos que son de dominio público; por lo que su conducta, recalamos, se subsume en lo establecido en el Art. 317 numerales 1, 4 y 5 del Código Orgánico Integral Penal (1/4)°.

Ergo, queda establecido que el recurrente, conforme lo motivado en la sentencia impugnada adecuó su conducta al delito de lavado de activos, la misma no fue perpetrada al azar, sino que tenía el conocimiento y la voluntad de realizarla, además que no existe teoría del caso o jurídica que determine lo contrario; en el *in examine* se verifica un dolo directo, el designio, la intención de causar daño en el orden socioeconómico, solo de esa forma se entiende que el condenado no haya respetado el mismo; con lo cual una vez constituidos estos elementos se avizora que el *ad quem* arribó al convencimiento más allá de toda duda razonable de que la categoría dogmática de la tipicidad en el injusto penal de lavado de activos estaba justificada; en el caso *in examine* no hay error de tipo.

32 Edgardo Alberto Donna, op. cit., p. 610.

Verificada la configuración de la categoría dogmática de la tipicidad, también se confirma la **categoría dogmática de la antijuridicidad**³³; para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica debe amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por la ley penal; la dogmática en cuanto a esta categoría determina la clasificación de la antijuridicidad en formal y material; en el presente caso, en cuanto a la antijuridicidad formal (desvalor de acción), y la antijuridicidad material (desvalor de resultado) del acto típico acusado, de las teorías del caso y jurídicas, el recurrente no ha establecido encontrarse beneficiado por ninguna causal de justificación (desvalor de acción), tomando en cuenta las circunstancias del hecho, así como tampoco ha desvirtuado la no producción del resultado de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (desvalor de resultado), puesto que, efectivamente el condenado vulneró el ordenamiento socioeconómico, al ejecutar la conducta penalmente relevante; manifestándose de esta manera la lesión al bien jurídico que la ley penal pretende proteger, tutelado desde la normativa constitucional y del bloque de constitucionalidad que integra nuestra legislación, con lo cual, se encuentran configurados también los presupuestos de la categoría dogmática de la antijuridicidad.

En torno a la categoría dogmática de la culpabilidad, dicho concepto, ^a *abarca los elementos psíquicos del hecho que en un ordenamiento jurídico dado se exigen positivamente como presupuestos de la imputación individual*³⁴. Para declarar responsable penalmente al procesado, en el *in examine*, se consideró lo siguiente: **a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad:** El recurrente no estableció ser inimputable frente al derecho penal, es más de la sentencia impugnada se avizora que es imputable penalmente tomando en consideración que es mayor de edad y que no hay evidencia de ningún trastorno mental; **b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido:** En cuanto al conocimiento antijurídico del actuar, este se desprende del hecho de que él recurrente vulneró el ordenamiento socioeconómico, al adecuar su conducta al delito por el cual fue juzgado; con pleno conocimiento que aquello es ilegal, lo que permitió inferir al *ad quem* que, en efecto, el condenado, conocía que su conducta era ilegítima y por ende sancionada por la ley; tampoco se avizora en el caso, alegación ni justificación que determine que el recurrente obrara en virtud de error de prohibición vencible o invencible; **c) La exigibilidad de otra conducta.-** En el caso estudiado, le era exigible otra conducta al procesado recurrente, esto es el de no vulnerar el ordenamiento socioeconómico, el obrar conforme a la ley y en respeto al derecho ajeno, lo cual no lo realizó, lo que determinó el reproche social de su conducta; *per se*, se determina que en base a los hechos que se tienen por ciertos en la sentencia objetada, se halla configurada la categoría dogmática de la culpabilidad y con ello la existencia del delito así como la participación del recurrente en el hecho factico (lavado de activos), con su actuar doloso y violatorio de la ley.

En el contexto indicado, del análisis realizado en la sentencia del *ad quem*, se avizora clara y categóricamente que los hechos que se tienen por ciertos fueron subsumidos adecuadamente en el tipo penal del artículo 317 numerales 1, 4 y 5 del Código Orgánico Integral Penal; *per se*, el cargo casacional de contravención expresa de dicha norma conforme lo indicado *ut supra* soslaya el principio de contradicción, *per se*, es improcedente.

6.3) En torno al segundo cargo casacional, relacionado con la contravención expresa del principio de proporcionalidad, este Tribunal, considera lo siguiente:

³³ La misma, es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

³⁴ Paz Mercedes De la Cuesta Aguado, *El concepto material de la culpabilidad*, p. 2.

El artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República, recoge al principio de proporcionalidad penal, y lo estatuye dentro del debido proceso:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza° .

En sentencia de 20 de noviembre de 2009, caso Usón Ramírez vs. Venezuela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que *“ (1/4) la racionalidad y la proporcionalidad deben conducir la conducta del Estado en el desempeño de su poder punitivo, evitando así tanto la lenidad característica de la impunidad como el exceso y abuso en la determinación de las penas (1/4)°*

La CIDH en Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia, sentencia de 11 de Mayo de 2007, precisó que:

“En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención° .

En el caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004 la CIDH, determinó:

^a (1/4) Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

(...) El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas^o.

Solo los bienes jurídicos que tengan relevancia constitucional, requieren una tutela penal en proporción con el daño inferido. La Corte Constitucional señaló en la sentencia N.003-14-SIN-CC, que: *^a Es evidente que toda medida legislativa que conlleva la imposición de una sanción implica una limitación de derechos al infractor, la cual solamente será inconstitucional si se evidencia que la limitación impuesta no es equivalente al riesgo de vulneración del derecho constitucional que la norma pretende garantizar^o*; coherentemente en Sentencia No. 025-16-SIN-CC CASO N.0 0047-14-IN, la misma Corte determinó:

^a (1/4) la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones señalando que permite la existencia de una relación adecuada entre los medios y las finalidades perseguidas por el Estado, con la aplicación de normas a las que se les puede considerar idóneas, necesarias y proporcionales en estricto sentido, logrando un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que podría producir. En primer lugar, corresponde identificar si las medidas que prevén las normas objeto del presente análisis, cumplen un fin constitucionalmente válido^o.

Coherentemente en la exposición de motivos del COIP, encontramos:

^a (1/4) 3. Constitucionalización del derecho penal.- (1/4) El artículo 76 de la Constitución ordena que las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad,

es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena.

Además, la Constitución en su artículo 78 incorpora la figura de la reparación integral. Para ello se integran algunas instituciones, con el fin de evitar la severidad del derecho penal y procurar que las soluciones sean más eficaces^o.

Ramiro Ávila Santamaría, sobre el tema indica:

^a(1/4) Hay dos principios que materializan la proporcionalidad penal y el constitucionalismo: el principio de intervención mínima del estado y el principio de lesividad. Por el principio de intervención mínima se entiende que sólo los bienes jurídicos trascendentales se protegerán penalmente, y estos bienes normalmente se encuentran recogidos en la Constitución. Por el principio de lesividad, sólo los conflictos más graves e imprescindibles serán tipos penales y el daño que produce el delito debe ser real, verificable y evaluable empíricamente. De lo contrario, desde la Constitución, el derecho penal se tornará arbitrario^o ³⁵.

El legislador en el Código Orgánico Integral Penal determina en abstracto, conforme cada tipo penal, el marco de la pena pendular. De esta manera limita la discrecionalidad judicial, imponiendo un piso y un techo, en ese sentido, el juez al momento de imponer la pena, debe motivarla conforme a ese parámetro.

^a El principio de proporcionalidad se desarrolla en tres facetas distintas: La pena en abstracto, la misma que está contenida en cada tipo penal, y que contiene un piso y un techo, y que se conoce como sistema de determinación legal relativa o pena pendular. La pena en concreto,

³⁵ Ramiro Ávila Santamaría, *“El principio de legalidad v. el principio de proporcionalidad (reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol del legislador y los jueces)”*; en, Carbonell Miguel, *“El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional”*, *Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, p. 336.

que se aplica por el juez en el caso concreto, una vez que se ha probado la existencia de la infracción, la concurrencia de atenuantes y agravantes, y el grado de participación. La pena se manifiesta también en la ejecución, luego de la condena dictada en el juicio oral, debiendo el condenado cumplir la pena impuesta de conformidad al régimen de ejecución determinado en el COIP³⁶.

Delimitado al ámbito jurídico del principio de proporcionalidad, en el *in examine*, se avizora que, de los hechos que se tienen por ciertos (en base al análisis del *onus probandi*, que en función de su potestad jurisdiccional independiente e imparcialidad, realizó el *ad quem*), se determinó la existencia de la agravante establecida en el artículo 47 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, esto es cometer la infracción con la participación de dos o más personas, en ese contexto, partiendo de esa conclusión, el Tribunal de apelación confirmó la sentencia del *a quo*, con el siguiente análisis:

a (1/4) en cuanto se refiere a que el Tribunal ha considerado dos veces las agravantes, en vista de que el delito un elemento constitutivo es la asociación de personas, al respecto hay que señalar que el Art. 317 numeral 3 literal b), se refiere a la asociación para delinquir a través de la constitución de sociedades y empresas; en el caso subjudice varias personas se han unido para cometer el ilícito del lavado de activos, las otras que ya han sido juzgadas, por lo que se encuentra debidamente aplicado la agravante por el Tribunal; en cuanto a la aplicación de la pena, el delito se sanciona con una pena de 10 a 13 años, más la agravante del Art. 47 en su numeral 5 y de acuerdo al Art. 44 inciso último, debió imponérsele la pena máxima aumentada en un tercio, que sería de 17 años cuatro meses, pero como el recurrente es el procesado y en base del principio de que no se puede agravar la pena por ser el único recurrente, se ratifica la pena impuesta por el juzgador colegiado inferior; por último, lo referido que los dineros son lícitos, nada más alejado de la verdad, la unidad de análisis financiero ha señalado que los dineros provienen de fuentes ilícitas y que las empresas de Hermosa no se dedicaban a ninguna actividad de las permitidas por la ley°.

Tomando en consideración el principio de *inescindibilidad*, propio del medio de impugnación, se observa en el presente caso que tanto el *a quo* como el *ad quem*, realizaron el juicio de tipicidad y culpabilidad del ciudadano German Hermosa por el artículo 317 numerales 1, 4 y 5 del Código Orgánico Integral Penal, y consideraron la modificación de la pena por existencia de agravantes; el razonamiento jurídico adecuado en este caso era aplicar el máximo de la pena del tipo penal incrementada en un tercio, conforme las reglas jurídicas de modificación de la pena por la existencia de agravantes, consignadas en el artículo 44 del Código invocado, en ese contexto, la pena máxima para el tipo penal era de 13 años, aumentada en un tercio, determinaba una pena de 17 años 4 meses, sin embargo, existe un error en este cálculo matemático, lo cual fue advertido pero no corregido por el *ad quem*, en función del principio de *non reformatio in pejus, per se*, se ratificó la pena de 16 años con 9 meses impuesta por el Tribunal de Juicio.

Por otra parte, este Tribunal advierte que, de los hechos dados por ciertos se avizora la agravante expresada en el artículo 47

³⁶ Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley. Materia Penal, Corte Nacional de Justicia, Gaceta Judicial, 2017, p. 25. *Ibidem*, Villagómez, cita a Gomez Rivel y Ferrajoli.

numeral 14 del Código Orgánico Integral Penal, toda vez que la conducta penalmente relevante atribuida al justiciable afectó directamente a varias víctimas, en una suerte de pluriofensividad, no obstante, dicha situación no enerva ni trasciende en la resolución impugnada, además, la situación jurídica del recurrente no puede ser empeorada. En este contexto, tomando en cuenta el tipo penal, la pena máxima y la modificación de la pena por la existencia de agravantes, la pena en concreto que debe cumplir el sentenciado es de 17 años 4 meses; sin embargo, por el error matemático generado en el cálculo realizado, se impuso al recurrente una pena de 16 años con 9 meses, de esta manera en función del *non reformatio in pejus*, no se puede empeorar esta pena matemáticamente aplicada en forma errónea, pero sin embargo de aquello se determina que, la misma, en su contexto general, esta abrigada por el principio de proporcionalidad de las penas; *per se*, se desestima el cargo casacional de contravención expresa del principio constitucional de proporcionalidad invocado por el recurrente.

Por lo tanto, no se advierte error de derecho en la labor intelectual de los juzgadores de apelación, al contrario, se cumplió adecuadamente con la labor de adecuación típica de los hechos, a la descripción del artículo 317 numerales 1,4 y 5 del Código Orgánico Integral Penal, desde el ámbito de las categorías dogmáticas del delito, pues *in extenso*, en la sentencia impugnada, consta el análisis de la conducta penalmente relevante, típica, antijurídica y culpable.

Ergo, las afirmaciones esgrimidas por el recurrente a través del medio impugnatorio, no coadyuvan a confrontar el razonamiento del juzgador, sobre la aplicación o interpretación de las normas jurídicas que se considera han provocado un error de derecho, con aquella aplicación o interpretación que estima el recurrente se debía realizar; así mismo, no explican la influencia que han tenido los presuntos *error in iure*, sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada, con lo cual se ve enervado el principio de trascendencia³⁷, propio del recurso objeto de análisis; ergo, en los cargos planteados por el recurrente persistió la ausencia de sustentación suficiente y crítica vinculante, así, la tesis esbozada soslayó el principio de debida fundamentación y demostración, por lo que, lo alegado en sede de casación por el recurrente, es improcedente.

Finalmente, de lo expuesto por el recurrente y de la revisión de la sentencia del *ad quem*, no se encuentra argumento sólido alguno para que el Tribunal de Casación proceda a una casación *ex officio*, conforme lo establece el artículo 657 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, pues en la sentencia objeto de casación, no se observa la presencia de errores *in iudicando* de trascendencia que declarar, ya que, en la misma, se ha establecido en forma clara y precisa, el juicio de tipicidad y culpabilidad, respecto del delito por el cual fue condenado el recurrente, con una pena que corresponde al mismo, en virtud del principio de legalidad.

Por las consideraciones que preceden, en función del principio de acierto y legalidad, se declara sin lugar este medio impugnatorio extraordinario al no haberse cumplido con el principio de debida fundamentación y demostración de ninguna de las causales taxativas para su procedencia.

³⁷ *a* Debido al carácter de la naturaleza humana; precario y falible, en todos los procesos judiciales existe propensión al error, realidad de la cual no escapa el proceso penal. Sin embargo, no todo yerro cometido enerva o desquicia la sentencia. Por tal motivo, se exige que se expongan las consecuencias de la falta, para determinar si la envergadura de la misma varía o no el sentido del fallo. Siendo necesario recurrir al principio de trascendencia con el fin de establecer el efecto nocivo que en la sentencia haya podido tener el error cometido, para lo cual se debe demostrar que sin la ocurrencia de ese traspié, el fallo sería otro y no el recurrido^o (Luis Gustavo Moreno Rivera, *La Casación Penal*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá-Colombia, 2013, p. 102)

SÉPTIMO:

RESOLUCIÓN.

Por lo expuesto, este Tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, por unanimidad y de conformidad al artículo 657 numeral 5 y más pertinentes del Código Orgánico Integral Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por **GERMÁN PATRICIO HERMOSA MARIÑO**, en virtud de no haber fundamentado el respectivo medio de impugnación conforme lo establecido en el artículo 656 del Código ibídem, más aun, no haber demostrado los errores *in iudicando* y los cargos acusados.- El Tribunal considera que no hay mérito para una casación *ex officio*.- Ejecutoriado el presente fallo, devuélvase el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley.-**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

DR. DAVID ISAIAS JACHO CHICAIZA

JUEZ NACIONAL (E) (PONENTE)

DR. WILMAN GABRIEL TERAN CARRILLO

JUEZ NACIONAL (E)

MUÑOZ MORENO DILZA VIRGINIA

JUEZA NACIONAL (E)