

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede-Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención Constitucional

El Emergente Derecho a la Verdad y su

Problemático Reconocimiento

Jhoel Escudero Soliz

2008

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....

Jhoel Escudero Soliz

31-10-2008

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede-Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención Constitucional

El Emergente Derecho a la Verdad y su

Problemático Reconocimiento

Jhoel Escudero Soliz

Tutora: Claudia Storini

Tesis realizada en Quito

2008

Resumen (“abstract”)

En el presente trabajo se realiza una investigación sobre el problemático reconocimiento del emergente Derecho a la Verdad. Igualmente, se estudia El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos como parte de la lucha contra la impunidad causada por dictaduras, autoritarismos y estados de sitio en las transiciones a la democracia en la región latinoamericana. Los principales obstáculos jurídicos a la hora de incorporar el Derecho a la Verdad han sido las leyes de amnistía, de punto final y de obediencia debida creadas para perdonar a los responsables de graves violaciones de los Derechos Humanos.

Para identificar la tensión del Derecho a la Verdad con los sistemas de justicia internos, se revisan los fundamentos de los principios de legalidad y oportunamente se exponen las posturas de la prohibición de la doble imputación *non bis in ídem*, así como las características de la cosa juzgada. De esta manera, la presente tesis tiene como objetivo responder el siguiente cuestionamiento ¿Son los principios de cosa juzgada, *non bis in ídem* y legalidad una restricción al emergente Derecho a la Verdad?

Con el desarrollo del Derecho a la Verdad se busca ampliar el significado tradicional del derecho penal, en relación con las víctimas, el cual basa su desarrollo principalmente en la validez de la norma penal y en el principio *in dubio pro reo*. El propósito del Derecho a la Verdad es generar la igualdad procesal entre las partes sometidas a un litigio penal, con el objeto de que rija por el principio *pro homine*, en el desarrollo del Estado Constitucional.

Agradecimientos:

Agradezco infinitamente el esfuerzo y la confianza de mis padres y hermanos, así como el apoyo incondicional de mi tía, Hna. Jimena Victoria Escudero Núñez. Continuando con la larga e interminable lista de personas que han hecho posible el proceso de mi formación académica, quiero expresar mi gratitud especialmente a mi prometida, Margarita Pou González, así como a amigos Viviane Santana, Gustavo García y Pablo Sebastián López.

Académicamente agradezco a todos los maestros del área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar que incorporaron las herramientas necesarias para el desarrollo de este trabajo investigativo y particularmente a mi tutora, Dra. Claudia Storini.

Dedicatoria:

*“A todas las víctimas de violaciones de los Derechos Humanos y
a quienes luchan por su protección.”*

ÍNDICE.

Introducción.....	9
1. - CAPÍTULO I: EL DERECHO A LA VERDAD.....	13
1.1. Cómo Surge el Derecho a la Verdad.....	19
1.2. Positivización del Derecho a la Verdad.....	39
1.2.1. Reconocimiento Internacional.....	39
1.2.2. Las Comisiones de la Verdad y Reconciliación (CVR).....	41
1.2.3. Desarrollo Estatal del Derecho a la Verdad.....	43
1.2.4. Derecho a la Verdad un derecho fundamental.....	46
1.3. ¿Qué garantiza el Derecho a la Verdad?.....	47
1.4. ¿A quién protege el Derecho a la Verdad?.....	48
1.5. El Fundamento y Naturaleza Jurídica del Derecho a la Verdad.....	50
2. - CAPÍTULO II: PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, NON BIS IN ÍDEM Y COSA JUZGADA.....	53
2.1. El principio del <i>non bis ídem</i>	62
2.1.1. Qué regula y a quién protege.....	64
2.1.2. Alcance del <i>non bis in ídem</i>	65
2.1.3. El <i>non bis in ídem</i> y la cosa juzgada.....	67
2.2. La Cosa Juzgada.....	68
2.2.1. Naturaleza de la cosa juzgada.....	69
2.2.2. Configuración y efectos de aplicación del principio de la cosa juzgada.....	72
2.2.3. Razón de ser de la cosa juzgada.....	74
2.2.4. En qué casos se reconoce excepciones a los efectos de la cosa juzgada	76
2.2.4.1 Límites de la cosa juzgada.....	76
2.2.4.2 Retroactividad de las sentencias.....	79
2.2.4.3 Ultractividad de las sentencias.....	79
2.3 Seguridad jurídica y cosa juzgada.....	80
2.4 El <i>non bis in ídem</i> y la cosa juzgada en el Estado constitucional.....	82

3. - CAPÍTULO III: EL DERECHO A LA VERDAD Y SU PROBLEMÁTICO RECONOCIMIENTO.....	83
3.1. Obstáculos judiciales y el deber de investigar de los Estados.....	86
3.1.1. Obstáculos jurídicos internos en Argentina, Honduras Bolivia, Chile y Perú.....	88
3.1.1.1. Argentina.....	88
3.1.1.2. Honduras.....	91
3.1.1.3. Bolivia.....	91
3.1.1.4. Chile.....	93
3.1.1.5. Perú.....	93
3.2. Problemática del Reconocimiento del Derecho a la Verdad.....	96
3.3. ¿Cuáles son las posibles soluciones?.....	97
3.4. El Derecho a la Verdad frente a la cosa juzgada y el <i>non bis in ídem</i>	104
3.5. Positivización del Derecho a la Verdad en el Ecuador y su relación con el Código de Procedimiento Penal.....	109
Conclusiones.....	112
<i>Bibliografía</i>	117

Introducción

La presente tesis trata sobre el complicado reconocimiento del emergente Derecho a la Verdad desarrollado por el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos como parte de la lucha contra la impunidad causada por dictaduras, autoritarismos y estados de sitio en las transiciones a la democracia en la región de latinoamericana. En este sentido, el emergente Derecho a la Verdad ha generado tensiones en los sistemas de justicia internos. Dentro de los principales obstáculos jurídicos están las leyes de amnistía, de punto final y de obediencia debida, creadas para perdonar a los responsables de graves violaciones de los Derechos Humanos.

Las disposiciones de esas leyes fueron incorporadas en los procesos judiciales, que a través de providencias definitivas, ponían fin a los mismos obstaculizando a las investigaciones de los delitos cometidos. De esta forma, el Derecho a la Verdad por un lado, intenta que se juzguen a los autores de esos delitos, y que se reparen los derechos de las víctimas o de sus familiares en la medida de lo posible; y por otro lado, mengua la protección legales que alegaban los imputados de esas causas a través de la garantía *non bis in ídem* y la cosa juzgada, principios aplicables a las garantías personales y a las decisiones definitivas de los procesos que investigaban esos delitos. De esta manera, la presente tesis tiene como objetivo responder el siguiente cuestionamiento ¿Son los principios de cosa juzgada, *non bis in ídem* y legalidad una restricción al emergente Derecho a la Verdad? la respuesta se va a debatir durante el desarrollo de la tesis.

El emergente Derecho a la Verdad fue desarrollado por el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, por lo que las fuentes directas son: i) los instrumentos internacionales de la Organización de Estados Americanos (OEA), tales como: los

informes de visitas *in loco*, informes de la situación de los Derechos Humanos en la región, recomendaciones de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos dirigidas a sancionar a los responsables de los delitos cometidos durante periodos de dictadura y conmoción interna, las sentencias en contra de los países de la región de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; *ii*) los documentos de Amnistía Internacional; *iii*) las normas del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; *iv*) la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y *v*) las entrevistas realizadas a expertos de Argentina y Perú sobre el Derecho a la Verdad en el marco de la Conferencia Internacional de las Comisiones de la Verdad en América Latina realizadas en Quito el pasado 10 y 11 de septiembre.

Los datos recopilado al interior de los Estados son: *i*) las leyes de amnistía, punto final y obediencia debida; *ii*) las providencias de los procesos judiciales que estaban relacionados con las leyes de amnistía, así como las que negaron el acceso a la obtención de la justicia de las víctimas o sus familiares; *iii*) las sentencias sobre casos de Derecho a la Verdad de la Corte Suprema de Argentina, Corte Constitucional de Colombia, Tribunal Constitucional de Perú y las normas de la Constitución ecuatoriana vigente.

Las fuentes secundarias que sustentan transversalmente el debate consisten en: *i*) la doctrina sobre la teoría clásica desarrollada sobre los principios de legalidad, *non bis in ídem* y cosa juzgada dentro del Estado de Derecho y *ii*) textos actualizados sobre el emergente Derecho a la Verdad en el Estado Social de Derecho o Constitucional.

Para el desarrollo de la tesis, en primer lugar, se define el Derecho a la Verdad y su significación partiendo del debate filosófico, político y jurídico sobre la cuestión de la verdad que al interior de los Estados ha permanecido como un valor moral, el mismo que

hizo que no se considerara como derecho. En este ámbito se identifica cómo surge el Derecho a la Verdad, se explican los hechos que provocaron la creación de una línea jurisprudencial que originó el emergente Derecho a la Verdad en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos como respuesta de graves violaciones a los Derechos Humanos y fundamentales en una cruzada contra la impunidad, así el Derecho a la Verdad es de fuente internacional y no interna.

Posteriormente, se resalta la existencia del Derecho a la Verdad y su desarrollo en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos. Se identifica la importancia de la creación de las Comisiones de la Verdad, así como el impacto que representó el reconocimiento del emergente Derecho a la Verdad en algunos Estados a partir del desarrollo jurisprudencial, principalmente en la Corte Suprema de Justicia de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional de Perú y las proyecciones del Derecho a la Verdad como un derecho fundamental en la Nueva Constitución ecuatoriana. La vigencia y contenido del Derecho a la Verdad, principalmente como un derecho de las víctimas, se reforzará teóricamente en este primer capítulo.

Para identificar la tensión del Derecho a la Verdad con los sistemas de justicia internos, en el segundo capítulo se revisan los fundamentos de los principios de legalidad y oportunamente se expone las posturas de la prohibición de la doble imputación *non bis in ídem*, así como las características de la cosa juzgada. Se Resalta que estos principios son indispensables para el funcionamiento del sistema judicial en la formación de la seguridad jurídica. De esta manera, el estudio identifica a estos principios en el contexto de los Estados modernos, en relación con el Derecho Penal en los periodos de dictaduras, autoritarismos y transiciones a la democracia en América Latina, específicamente se

analizan los efectos de las leyes de amnistía, punto final e indulto que evitaron las investigaciones en los casos de violación de los Derechos Humanos y fundamentales, ya que perdonaban a los responsables de los delitos cometidos y suspendía el procesamiento de otros.

En el tercer capítulo se identifican las formas en que los principios de legalidad, cosa juzgada y *non bis in ídem* se relacionan con el Derecho a la Verdad. Se describen las complicaciones y los obstáculos que el Derecho a la Verdad ha superado en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, así como los límites que son impuestos por los diferentes sistemas de justicia penal internos. Igualmente, se proyectarán las diversas soluciones que se han presentado en los diferentes países de la región, específicamente en Argentina, Colombia y Perú.

Se considera el inevitable contacto del Derecho a la Verdad con los principios de legalidad, *non bis in ídem* y cosa juzgada, a fin de que las causas sean abiertas no sólo a favor del imputado, sino también a favor de la víctima. El Derecho a la Verdad busca ampliar el significado tradicional del derecho penal, en relación con las víctimas, el cual basa su desarrollo principalmente en la validez de la norma penal y en el principio *in dubio pro reo*. El propósito del Derecho a la Verdad es generar la igualdad procesal entre las partes sometidas a un litigio penal, con el objeto de que rija por el principio *pro homine*, en el desarrollo del Estado Constitucional.

Finalmente, se realiza un análisis del artículo 78 de la Constitución ecuatoriana, en la cual se reconoce el derecho de las víctimas a conocer la verdad de los hechos, con lo cual se prevé la relación con el Código de Procedimiento Penal sobre los derechos de las víctimas.

1.- Capítulo I

El Derecho a la Verdad.

El Derecho a la Verdad tiene un reconocimiento reciente y lo que se conoce como verdad una historia remota. El concepto de verdad, en la humanidad ha formado parte del patrimonio filosófico, ideológico, político y jurídico. Es así que en Grecia, históricamente a la verdad se le conocía como “*veritas*”,¹ y significa lo “*no oculto*”.² Platón, en su teoría sobre la verdad, intenta mostrar qué y cómo el cambio de la verdad es un acontecimiento fundamental, que desde lejos, determina toda nuestra historia. Igualmente, en Roma, el nombre que se le dio a la verdad se relaciona con la virtud de la veracidad.³

Es importante identificar el debate sobre la verdad desde el punto de vista de los modelos de estados a fin de distinguir cuál ha sido la discusión que ha permanecido de forma horizontal durante la historia y cuál fue la justificación para que a la verdad, al interior de los estados, no se la haya considerado como un derecho. Cabe señalar que los cambios históricos, en buena medida, han sido el resultado de procesos que responden a las luchas de los pueblos en contra de los sistemas establecidos por los sectores del poder que a través de la aplicación de actos que indignan a la humanidad, han generando una disputa desigual, entre el poder y el pueblo. La búsqueda de la equiparación de fuerzas, es expresado mediante protestas “[...] que se encuentran por doquier en la segunda mitad del

¹ En la mitología romana, Veritas significa verdad, inspirada en la diosa de la verdad, hija de Saturno y la madre de la Virtud. En la mitología griega, Veritas era conocido como Aletheia. Esta palabra latina aparece, ahora en muchos lemas de Universidades, así en Yale el lema es Lux et Veritas (Luz y Verdad). Veritas es también como lema de la Universidad de Harvard. En: <http://en.wikipedia.org/wiki/Veritas>

² Martín Heidegger, *La Doctrina de Platón Acerca de la Verdad*, Universidad de Chile, la Facultad de Filosofía y Humanidades y Departamento de Filosofía, Julio de 2000, p. 3 en: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2000/abalo_f/sources/abalo_f.pdf

³ Veritas, significado y uso, en: <http://en.wikipedia.org/wiki/Veritas>

siglo XVIII: entre los filósofos y los teóricos del derecho; entre juristas, curiales y parlamentarios; en los cuadernos de las quejas y los legisladores de las asambleas [...]”.⁴

La clave del debate es el castigo ¿hay que hacerlo de otro modo? Deshacer el enfrentamiento físico del soberano con el condenado; desenlazar ese cuerpo a cuerpo que se desarrolla entre la venganza del príncipe y la cólera contenida del pueblo, por intermedio del ajusticiado y el verdugo. Del lado del más fuerte se identifica el “cruel poder de castigar”⁵ y para la víctima ese poder es vergonzoso, lo cual dirige su esperanza a los jueces que identifican una confrontación de fuerzas, una contra la otra, la violencia del rey y la del pueblo. Como si el poder soberano no viera, en esta emulación de atrocidad.⁶ Este tipo de praxis percibe la desmesura de la justicia, frente a la cólera del pueblo al que se amenaza, estos mecanismos son fundamentados en el poder absoluto. A su vez, el ejercicio del poder despótico se basa en la tiranía dirigida al pueblo, el cual es débil y sin escudos frente al poder. Igualmente, el universalismo de la voluntad particular que hace una ley para todos puede exceder el ejercicio legítimo del poder. Así, la soberanía frente al individuo pone de relieve una confrontación desigual. Estas normas se justifican, según el poder, de la necesidad de enfrentar con violencia la rebelión.⁷ El fin esperanzador del derecho como un límite al poder, al ser determinado por la justicia, en lugar de proteger, culmina por castigar.

⁴ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión*, España, 22ª edición, 1994, editorial Siglo XX, p. 77

⁵ J. Petion de Villeneuve, “*Discours a la Constitutuanee*”, archivos del parlementaires, t. XXVI, p. 641, en Michel Foucault, *Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión...* p. 77

⁶ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión...* p. 77

⁷ Michel Foucault, *Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión...* p. 78

Sin embargo, las constantes luchas de los pueblos provocan cambios, que surgen con la necesidad de revisar y modificar las estructuras de los modelos de estados. En nombre de la verdad, se ha revisado el pasado para saber qué pasó con la realidad de los hechos a fin de identificar por qué son necesarios los cambios en la humanidad para que se pueda proyectar un mejor futuro. Para efectos de este análisis se tomaran en cuenta dos debates en el contexto del derecho y la transiciones de tres modelos de Estado: el Absoluto, el de Derecho o Legislativo y el Estado Social o Constitucional.

El primer debate surge en el tiempo de la ilustración. El punto de encuentro fue el cambio de paradigma del Estado Absoluto Iusnaturalista, dominado por la Iglesia y la Monarquía, al Estado Legislativo de Derecho⁸, entre estos se identificarán los siguientes rasgos con relación a la verdad: *i)* se caracterizó por el derecho común, el cual se desarrolló sobre la base de la actualización del derecho romano que mantenía una fuerte relación con la Religión, siendo una combinación del poder permitió que la verdad sea debatida por el Clero y la Monarquía quienes identificaban, a su buen entender, las necesidades del pueblo; y *ii)* el Estado de Derecho se formó con el pacto social establecido en las constituciones, principalmente las de los Estados Unidos de América en 1776 con el *Bill of Rights* y la de 1778 en Francia, con la Declaración del Hombre y del Ciudadano.⁹ De esta forma, la constitución “[...] se equipara a un sistema de organización, forma, estructura del Gobierno

⁸ Luigi Ferrajoli, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, en Miguel Carbonell, edit., Neoconstitucionalismo (s), Madrid, editorial Trotta S.A, 2003, p. 15

⁹ Rober Alexi, *Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho*, en Miguel Carbonell, edit., Neoconstitucionalismo (s), Madrid, editorial Trotta S.A. 2003, p.32

ajustado a un conjunto de reglas jurídicas básicas”, busca limitar al poder, a través de la ley.¹⁰

Segundo debate, el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*),¹¹ se desarrolló sobre la base del racionalismo Hobbesiano, se caracterizó por someter todos los poderes y ciudadanos a la ley, mantenía una clara división de poderes en la constitución y con relación a los derechos únicamente podían ser exigidos los derechos identificados como los de primera generación¹² y los derechos de segunda y tercera generación fueron considerados programas políticos (DESC); y, en el Estado Social de Derecho se someten todos los poderes y las personas a los principios constitucionales. La clasificación de derechos es una referencia histórica y afirma que todos los derechos constitucionales deben ser exigibles. Acerca de la verdad se desarrolla el siguiente debate:

i) El Estado de Derecho, según lo explicado por Montesquieu y Kant, se basaba en los principios reconocidos en la constitución. De esta manera, se resalta que el poder se ejerce en el nombre del pueblo y a favor del pueblo. El diseño institucional es de fuente constitucional y regulada por las leyes que determinarían el límite al ejercicio del poder. Desde la época de la ilustración existían críticas al modelo institucional del Estado, el Márquez de Condorcet decía: el diseño institucional del Estado de Derecho Liberal no refleja las necesidades reales del pueblo. Es así se debe considerar que en favor del pueblo

¹⁰ Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, reimpresión, Tecnos S.A., 1986, Vol. II, 2da ed., p. 418, citado por Susana Castañeda Otsu, “*Derecho constitucional*”, en <http://www.sopecj.org/lectucon1.pdf>

¹¹ El término Estado de Derecho, tiene su origen en la doctrina alemana (*Rechtsstaat*). Fue utilizado como tal por Robert Von Mohl, en su libro *Die Deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Sin embargo, la mayoría de los autores alemanes ubican el origen del concepto en la obra de Emmanuel Kant. en: http://es.wikipedia.org/wiki/Estado_de_Derecho

¹² Los Derechos de Primera Generación Históricamente se identifican como los Derechos Civiles y Políticos.

debería existir “*el derecho de exigir del príncipe el conocimiento de la verdad*”¹³ ya que “la verdad es siempre útil y que, si el pueblo tiene errores, es necesario librarlos de ellos [...]”.¹⁴ Por consiguiente, es necesario develar la verdad, así como actuar con prudencia y no proclamarla antes de que todos estén en la condición de comprenderla. Esto, de ningún modo significa desfigurarla mediante mentiras y simulaciones porque ese es el peor error que puede cometer el ser humano.¹⁵

ii) El Estado Social de Derecho o Constitucional ejerce sus funciones a través de controles de constitucionalidad, tanto para que las leyes sean compatibles con el texto constitucional, así como para tutelar efectivamente los derechos constitucionales en las personas a las cuales se las amenace o vulnere un derecho fundamental. Su fortaleza es el desarrollo de los derechos constitucionales a través de jurisprudencia y se enfoca en crear una relación dialéctica con derechos desarrollados en el sistema internacional de los Derechos Humanos para limitar al poder y proteger al ser humano.

Acerca de la verdad cabe resaltar el debate sostenido entre *Dworkin* y *Habermas*,¹⁶ quienes están de acuerdo en que los enunciados morales contienen una pretensión de verdad pero disienten en la manera de aplicar esa pretensión dentro de un contexto del positivísimo en una democracia constitucional.¹⁷

¹³ Gregorio Peces Barba, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Capítulo X, Condorcet, “La lucha por la Igualdad de los Derechos”, en Fernández García, Tomo II siglo VIII, vol., II, Madrid, ed., Dykinson, 2001 p. 309-317.

¹⁴ Gregorio Peces Barba, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Capítulo X, Condorcet, “La lucha por la Igualdad de los Derechos”... p. 321.

¹⁵ Gregorio Peces Barba, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Capítulo X, Condorcet, “La lucha por la Igualdad de los Derechos”... p. 321.

¹⁶ Jürgen Habermas, Ronald Dworkin y otros, “*La Política y el Derecho, ¿Se Oponen la Democracia y el Constitucionalismo?*”. Revista # 4, Estudios Sobre el Estado y la Sociedad, Octubre de 1998, p. 18.

¹⁷ Entre Jürgen Habermas y Ronald Dworkin “Se trenzan disputas sobre el significado de la pretensión de la verdad de los enunciados morales, se entiende el término <<verdad>> <<moral>>, la verdad es una

El realismo de Habermas, identifica que el orden está determinado por la validez del derecho, afirma que las reglas son las que rigen las sociedades, por lo tanto, es deber de todos respetar las decisiones de las mayorías legítimamente representadas en el sistema legislativo, ya que los derechos son creados y se ajustan a ciertos tipos de *praxis*.¹⁸ En el mismo sentido, Hans Kelsen establece que las normas particularmente regulan su propia creación y para su aplicación dependen de la validez, es decir, deben pasar por un proceso legislativo y de sanción del ejecutivo.¹⁹ De esta manera, las reglas son directamente aplicables pero los principios constitucionales no pueden ser directamente exigidos sino a través de normas secundarias que interpreten los derechos contenidos en la constitución, a lo que se conoce como un constitucionalismo clásico o débil, ya que los derechos reconocidos en la constitución tienen una complejidad para su aplicación o descenso a la exigibilidad social directa, lo cual permite que las constituciones mantengan una clara división en su parte dogmática. Así los individuales (civiles y políticos) son derechos exigibles y los demás derechos, como los sociales (DESC), son considerados como programas declarativos de derechos de una manera formal, volviendo un reto el reconocimiento sustancial de esos derechos y, en particular, resultaría más complejo aun considerarle a la verdad como un derecho exigible.

La democracia constitucional defendida por Dworkin dice: “[...] que no hay una estructura constitucional compatible con la democracia, sino una protección del amplio espectro de los Derechos Humanos que se asocian con el constitucionalismo, que van más

pretensión de validez objetiva en sentido amplio, que, por ende se refieren tanto a las posiciones como a los tipos normativos”.

¹⁸ Jürgen Habermas, Ronald Dworkin y otros, “*La Política y el Derecho, ¿Se Oponen la Democracia y el Constitucionalismo?*”... p. 18

¹⁹ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, editorial Universitaria de, 4ª ed., octubre de 1965, p. 40.

allá de lo que realmente es necesario para una democracia [...]”.²⁰ Es así que los principios en un modelo constitucional deben ser considerados como guías argumentativas y derechos exigibles directamente por los particulares y las sociedades. En consecuencia, los derechos desarrollados en el sistema internacional de Derechos Humanos, al asociarse con el constitucionalismo, deberían ser aplicables al interior de los estados, según Héctor Fix-Zamudio “Los complejos problemas que se presentan en las relaciones entre los tribunales nacionales y supranacionales sólo podrán resolverse gracias al esfuerzo conjunto de los cultivadores de los derechos internacional, constitucional y procesal, que hasta hace poco tiempo se encontraban relativamente aislados.”²¹ Con esto, se genera la posibilidad de aplicar derechos desarrollados en el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos como es el caso del emergente Derecho a la Verdad. Este, que se desarrolla en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a continuación se explica cómo surge y cuál ha sido su desarrollo y contenido.

1.1. ¿Cómo Surge el Derecho a la Verdad?

“...*Hemos guardado un silencio bastante parecido a la estupidez...*”
Proclama la Insurrección de la Junta Tuitiva
en la Ciudad de la Paz, 16 de julio de 1809.²²

²⁰ Jürgen Habermas, Ronald Dworkin y otros, “*La Política y el Derecho, ¿Se Opone la Democracia y el Constitucionalismo?*”... p. 11

²¹ Zamudio Héctor, frase citada por César Moyano Bonilla, *Soberanía y Derechos Humanos*, Libro en homenaje de Héctor Zamudio, *la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, Un Cuarto de Siglo*, San José de Costa Rica, ed., 1, Vol. II CIDH, 2005, p. 1123.

²² Junta Tuitiva en la Ciudad de la Paz, 16 de julio de 1809, citado por: Eduardo Galeano, *Las Venas Abiertas de América Latina*, Motevideo, edit., Tercer Mundo, 1995.p. 47,

“El rey Felipe II había afirmado, ante la audiencia de Guadalajara, que ya un tercio de los indígenas de América Latina había sido aniquilados y los que vivían estaban obligados a pagar tributos por los muertos. El

Según Wilfrido Pedraza, el emergente Derecho a la Verdad desarrollado por el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, surge como consecuencia de la impunidad generada en la región latinoamericana, específicamente de hechos que impedían a las víctimas el acceso a la verdad y por lo tanto a la justicia.²³

El reconocimiento del emergente Derecho a la Verdad se originó de los hechos suscitados en América Latina a finales del siglo XX entre 1960 y 1990, en el contexto del autoritarismo y las dictaduras.²⁴ Estos hechos son: las detenciones sin proceso, las ejecuciones sumarias, la tortura y la desaparición forzada de personas.²⁵ A estas graves violaciones de los Derechos Humanos, se les califica como crímenes de lesa humanidad según el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Los países de América Latina, en su mayoría, entre 1964 y 1976, atravesaron procesos dictatoriales que varían en cada país, en unos casos este régimen es más prolongado que otros, así por ejemplo en Argentina duró 7 años (1976-1983) y en Chile 17 años (1973-1990).²⁶ Igualmente, los regímenes autoritarios de finales del siglo XX, en todos los países de la región, corresponden al colapso de los sistemas políticos democráticos.

monarca dijo además, que los indios eran comprados y vendidos, que vivían a la intemperie y que las madres mataban a sus hijos para salvarlos”.

²³ Wilfredo Pedraza Sierra, Coordinador de Investigaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, “Entrevista Realizada en el marco de la Conferencia Internacional de las Comisiones de la Verdad y el Fortalecimiento de la Democracia en Ecuador”, Quito, 10 de Septiembre del 2008.

²⁴ Juan Méndez, *Derecho a la Verdad Frente a Graves Violaciones de los Derechos Humanos*, en la Ampliación de Tratados Sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales, comp., Martín Abregú y Christian Courtis, Buenos Aires, 1998, ed., Conmemorativa del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, p. 518.

²⁵ La comisión de los delitos de desapariciones y torturas, son delitos que afectan particularmente el bienestar de todos y específicamente a los niños, ya sean nacidos de mujeres o padres desaparecidos.

²⁶ Manuel Alcántara Sáenz, Arturo López Nieto y María Ester del Campo, *Procesos de la Transición a la Democracia: Estudios Comparativos*, Corta Rica, IIDH-CAPEL 1 ed., 1992, p. 26.

En las décadas de los 80s y 90s, la implementación del modelo liberal, impulsado por los Estados Unidos, dio origen a estos delitos de lesa humanidad perpetrados no solo por los órganos del poder, sino también por grupos irregulares que impulsaron una lucha armada en contra algunos gobiernos, principalmente en Colombia y Perú. La ejecución de los delitos señalados es una circunstancia que se reprodujo en el artificioso e indefinido estado de sitio, que en lugar de solucionar los problemas, produjeron una situación adversa.

Por un lado, el Estado de excepción relaciona su existencia al principio de necesidad, en la defensa de la soberanía como problemas de guerra internacional (cuando la vida de la nación está en riesgo), así como para la protección de la democracia y la vigencia del orden constituido. Ahora bien, los estados de excepción tienen por finalidad solucionar las situaciones de crisis, de ahí la necesidad de suspender unos derechos para restablecer la normalidad y el goce de todos los derechos. Los principios de “necesidad” y el de “excepcionalidad”, al relacionarse con el de proporcionalidad, tienen por objeto determinar si efectivamente un gobierno debe o no decretar el estado de excepción en un determinado territorio, en el cual están en riesgo la vigencia de unos derechos. La medida en relación con los principios que constitucionalmente rigen un país deben defender el modelo que rige el orden de un Estado, que generalmente en América Latina se ubican dentro de los primeros artículos de las constituciones que establecen un diseño político democrático y un jurídico o de derecho. Del estado de sitio no debe, ni puede, escapar el analizar estos elementos para que temporalmente se incorpore excepcionalidad de forma proporcional en relación con el derecho, a fin de que la limitación de los derechos sea adecuada, en defensa de la democracia.

En el Ecuador, las normas constitucionales que en la época de transición a la democracia, al referirse al estado de excepción, han limitado expresamente el ejercicio de las garantías constitucionales. Es así que en la de 1967, según el artículo 186.9 y 10, se “Suspende las garantías constitucionales” y “Declarar zona de seguridad el territorio nacional o parte de él, y decretar el imperio de la Ley Militar”. En la de 1978 se reconoce el estado de emergencia nacional en el artículo 78.n, que establece “Suspender la vigencia de las garantías constitucionales [...]”. Estas normas abrieron la posibilidad de decretar estados de emergencia en el Ecuador que vulneraran Derechos Humanos. Así, en los periodos de gobierno de 1979 a 1984 se decretaron 7, en el de 1984 a 1988 se expidieron 17,²⁷ como consecuencia de las conmociones internas. En este contexto se vulneraron los derechos a la vida, la integridad física y las garantías jurisdiccionales.

El reconocimiento por parte del Estado ecuatoriano, en gobiernos posteriores, de la desaparición forzada ante la CIDH se dio primeramente en el caso de los hermanos Restrepo el 05 de octubre del 2000.²⁸ Igualmente, las sentencias emitidas por casos de desaparecidos por parte de la Corte IDH en contra de Ecuador, como Benavides Cevallos del 19 de junio de 1998 y Suarez Rocero del 20 de enero de 1999, provocaron dentro del contexto de los estados de sitio y causaron un problema de carácter internacional y, la posterior, sanción al Ecuador por vulneración de Derechos Humanos.

En la constitución de 1998, conforme la experiencia detallada, se prevé la enumeración de las garantías que se suspenden. Así el artículo 181.6., dispone “Suspender

²⁷ María Dávalos Muirragui, *Estados de Excepción ¿Mal necesario o herramienta de mal utilizada?*, Edc., Ramiro Ávila, Neoconstitucionalismo (s), Quito, 2008, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1 ed., p. 149.

²⁸ Informe N° 99/00, caso 11.868 Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendy Ecuador 5 de octubre de 2000.

o limitar alguno o algunos de los derechos establecidos en los números 9 (la ciudadanía no se pierde por el matrimonio), 12 (se cancelación de la ciudadanía), 13 (Igualdad), 14 (renuncia de la reclamación diplomática) y 19 del Artículo 23 (Libertad de asociación), y en el número 9 del Artículo 24 (nadie será obligado a declarar en juicio) de la Constitución”; cabe señalar que en estos periodos se activa la ley de Seguridad Nacional el artículo 145 dispone: “En tiempo de guerra o decretada la movilización las infracciones puntualizadas en el Capítulo anterior, serán juzgadas con sujeción a lo dispuesto en Código Penal Militar, y no se reconocerá fuero alguno, pero en ningún caso podrá disponer la expatriación, ni el confinamiento de una persona fuera de las capitales de provincia o en una región distinta de aquella en que viva.”²⁹ Este sistema revela una clara contraposición con el orden constituido por la democracia y por los derechos constitucionales.

La constitución vigente es consecuente con los principios relacionados a la constitucionalidad de la medida establecida, para esta declaratoria se prevé un control previo de constitucionalidad realizado por la corte constitucional así como la aprobación por parte de la Asamblea Nacional e indica que la declaratoria de estado de sitio, reconocida en artículo 164 obliga a la incorporación de los siguientes principios en el “El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad” así como, suspende o limita expresamente los” y en el artículo 165 “[...] suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la

²⁹ Decreto supremo 275, Artículo 145 Ley de Seguridad Nacional. R.O. No. 892 de 1992.

Constitución”. Lo cual supone un avance ya que no se podrá suspender todas las garantías constitucionales en ningún caso, así como la medida debe ser justificada.

La combinación entre estado de excepción y Ley de Seguridad Nacional aun podría propiciar temporalmente la violación masiva y sistemática de los Derechos Humanos, que aún la segunda no es coherente con la constitución y pone de manifiesto la descompresión de los principios desarrollados por el estado Constitucional y vincula a la utilización de la formula reconocida en el Estado Nacional, en el cual el precio que se debe pagar por las ventajas otorgadas por la soberanía es ambivalente y genera auto comprensión.

La idea de Estado nacional se asocia a la voluntad maquiavelista de autoafirmación, de manera que junto a los conceptos igualitarios de libertad, el de libertad privada de los miembros de la sociedad y el de libertad autónoma política de los ciudadanos, entra en juego el concepto particularista, de libertad nacional o independencia de la nación que ha de ser definida con la “sangre de sus hijos.”³⁰ Este modelo de Estado, al hacer la guerra o cuando se pone en peligro la vida de la nación, se impone a sus súbditos el deber de arriesgar la vida por el colectivo. Los deberes son relacionados con el servicio militar que son el reverso de los derechos de los ciudadanos; en la disponibilidad de a luchar y morir por la patria han de acreditarse por igual la conciencia ciudadana como la mentalidad republicana.

En el Estado Nacional va inscrita la tensión entre el universalismo de la comunidad jurídica igualitaria, que en los estados representa, y en el particularismo de la comunidad histórica de destino que es la nación. Así en el Estado estos dos elementos dejan de

³⁰ Jurgen, Habermas, Más allá del Estado Nacional, Madrid, 1997, Editorial Trotta, p. 178.

reclaman en nombre del colectivo, un derecho sobre la vida y muerte de los ciudadanos, es decir en el sentido de abolir la pena de muerte y el servicio militar general. Solo entonces la idea republicana cobra primacía.

En los Estados de excepción, al contrario en una desorientación del concepto anotado, mediante un hecho de voluntad política suspende y limita temporalmente las garantías constitucionales (es decir se dispone la muerte de los ciudadanos, la tortura, la desaparición forzada, etc.), a cambio de asegurar la integridad social, sin que medie o se ponga en peligro la vida del Estado. Evidentemente es un precio demasiado alto y no justificado que genera el quebrantamiento del modelo y la restricción de la democracia. Manteniendo una situación más amplia, desventaja del fuerte frente al más débil. Dejando a los ciudadanos a merced del poder.³¹ En consecuencia, en el conjunto de América Latina los decretos de los estados de excepción, con las características anotadas, implican que la sola incorporación de los Derechos Humanos y constitucionales no garantiza su respeto y acatamiento. En este contexto, los acontecimientos señalados constituyen uno de los más graves problemas que afligen la conciencia de los pueblos y gobiernos en nuestro continente.³²

En las dictaduras y los autoritarismos se habían vulnerado, a través de prácticas degradantes, los Derechos Humanos y fundamentales considerados desde dos dimensiones: por un lado, los Derechos Humanos caracterizados por su universalidad, que están reconocidos en múltiples instrumentos internacionales normativos como son, la

³¹ María Dávalos Muirraguá, *Estados de Excepción ¿Mal necesario o herramienta de mal utilizada?*, Edc., Ramiro Ávila, Neoconstitucionalismo (s), Quito, Ministerio de Justicia y derechos Humanos, 2008, 1 ed., p. 125.

³² Díaz Callejas Apolinar, “*El Estado de Sitio Ante la Constituyente Colombiana*”, Revista Nueva Sociedad Nro.112 marzo- abril 1991, p. 66-72, en: www.buscabibros.cl/libro.php?libro=591582-29k

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 3 y 5),³³ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de los Derechos Humanos (Art. 4, 5, 8, 13.1 y 25),³⁴ el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); y, por otro lado, los Derechos Fundamentales, que son los Derechos Humanos positivizados en cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales caracterizados por el carácter no universal de sus normas, sino por constituir, de forma concreta, límites al poder.³⁵ En los procesos referidos fueron vulnerados bienes jurídicos fundamentales, tales como la vida, la integridad personal y las garantías jurisdiccionales.

Para contextualizar los hechos, a través de los cuales se han vulnerado los derechos fundamentales y se han incumplido responsabilidades internacionales, se describirá algunos casos de las dictaduras como son los de Argentina y Chile. Además, se indicará el caso de Perú que presenta un conflicto interno distinto de la dictadura. Estos procesos se desarrollaron en un margen de impunidad, que propició el escenario para la posterior creación del emergente Derecho a la Verdad.

³³ Declaración de los Derechos Humanos, Art. 3 Derecho a la Vida; y, Art. 5 Derecho a la Integridad Personal.

³⁴ Convención Americana de los Derechos Humanos, Artículos: 4 Derecho a la Vida; 5 Integridad Personal; Art. 8 Garantías Judiciales; 13.1 Derecho a ser informado y, 25 Protección judicial.

³⁵ Claudia Storini, Clase de “*Derechos Civiles y Políticos*”, Sesión 1, Universidad Andina Simón Bolívar Quito-Ecuador, 24 de marzo del 2008.

Argentina fue uno de los primeros países que reportó “casos de desaparición forzada de personas”³⁶ a la Organización de Estados Americanos (OEA). Varias denuncias indicaban que durante el periodo comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983, las Fuerzas Armadas asumieron el poder e impusieron un régimen que se denominó como “Doctrina de Seguridad Nacional, concepto que ha sido ampliamente utilizado por los dictadores en las Américas para justificar limitaciones extremadamente serias que resultaron en violaciones masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos”,³⁷ lo cual significó la aplicación, en la práctica, del denominado “Terrorismo de Estado”.³⁸ Dicha política es la responsable de las más graves violaciones de los Derechos Humanos acaecidos en ese país, a través de las más siniestras fórmulas, la “Guerra Sucia” que consistía en:

“Un programa de acción estatal planificada con anticipación, estableciendo los métodos por los cuales se lleve a la práctica: La desaparición de personas, arrojando a los <<desaparecidos>> al Río de la Plata (previa aplicación de sedantes) desde aviones o helicópteros militares y en fosas comunes; fusilamientos y ocultamiento de cadáveres, sin ningún tipo de identificación. Se puso en marcha una represión implacable sobre todas las fuerzas democráticas: políticas, sociales y sindicales, con el objetivo de someter a la población mediante el terror de Estado al <<orden>>, sin ninguna voz disidente. Se inauguró el proceso *autoritario* más sangriento que registra la historia de ese país. Estudiantes, sindicalistas, intelectuales, profesionales y otros fueron secuestrados, asesinados y desaparecidos.”³⁹

³⁶ Memorial en Derecho *Amicus Curiae*, presentado por varias organizaciones no gubernamentales ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Argentina), en apoyo a la demanda introducida por el Sr. Emilio Mignone, cuya hija fue desaparecida durante la dictadura militar que padeció ese país, Publicado en 21 *Revista IIDH* (enero-junio 1995), pp. 149-171. Igualmente Martín Abregu, “*La Tutela Judicial del Derecho a la Verdad en la Argentina*”, en 24 *Revista IIDH* (julio-diciembre 1966), p 3.

³⁷ Cecilia Medina Quiroga, *Obligación de los Estados Bajo la Convención Americana de los Derechos Humanos*, La Corte Interamericana de los Derechos Humanos Un Cuarto de Siglo, San José de Costa Rica, ed. 1, Vol. 1, CIDH, 2005, p. 273.

³⁸ Elías Padilla Ballesteros, “*La memoria y El Olvido*”, Estudio de las Comisiones de la Verdad en América Latina, en <http://www.nuncamas.org/investig/lamemolv/memolv03.htm>

³⁹ Ministerio de Educación de la Nación Subsecretaría de Coordinación Administrativa Producción, Coordinación General de Informática y Telecomunicaciones “*La Dictadura Militar en Argentina*”, en <http://www.me.gov.ar/efeme/24demarzo/dictadura.html>

Según el informe, de la visita *in loco* realizada en septiembre de 1979 a la República de Argentina, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en adelante CIDH, estimó que el problema de los desaparecidos es uno de los más graves delitos en el campo de los Derechos Humanos. En tal sentido, la CIDH recomendó lo siguiente:

“En relación con los desaparecidos: a) que se informe circunstancialmente sobre la situación de personas desaparecidas [...] b) que se impartan las instrucciones necesarias a las autoridades competentes a fin de que los menores de edad desaparecidos a raíz de la detención de sus padres y familiares y los nacidos en centros de detención, cuyo paradero se desconoce, sean entregados a sus ascendientes naturales u otros familiares cercanos; y, c) que se adopten las medidas pertinentes a efecto de que no continúen los procedimientos que han traído como consecuencia la desaparición de personas [...]”⁴⁰

Como efecto del informe, la presión de los familiares de los desaparecidos y de las organizaciones de Derechos Humanos, el Estado argentino, en 1983, creó la Comisión Nacional de Desaparición de Personas (CONADEP), organismo que documentó las desapariciones y delitos de lesa humanidad cometidos por el Estado en la denominada “Guerra Sucia”. Como efecto de las investigaciones, se documentó más de nueve mil desapariciones en el histórico informe denominado “Nunca Más”,⁴¹ documento que en lo posterior se lo pasaría a la Corte Suprema de Justicia para la respectiva realización de la justicia.⁴²

⁴⁰ CIDH, Visita *In Loco*, (AG.doc.110 1/79) <http://www.cidh.org/countryrep/Argentina80sp/introduccion.htm>

⁴¹ Ministerio de Educación de la Nación Subsecretaría de Coordinación Administrativa Producción, “*La Dictadura Militar en Argentina*”.... en <http://www.me.gov.ar/efeme/24demarzo/dictadura.html>

⁴² María José Guembe, Subcoordinadora del Programa Verdad y Justicia, Seguridad y Derechos Humanos en el Gobierno argentino, “*entrevista realizada En el marco de la Conferencia Internacional de las Comisiones de la Verdad y el Fortalecimiento de la Democracia en Ecuador*”, Quito, 10 de Septiembre del 2008.

En Chile, durante el régimen de la dictadura se cometió sistemáticas violaciones a los Derechos Humanos que dejaron dos mil ocho personas asesinadas y 30 mil torturados confirmados.⁴³

En Perú, los casos traen particularidades distintas de los procesos de dictadura y se suscriben dentro de la lucha contra grupos subversivos. Según el Informe de la CIDH, presentado en junio del 2000, se describe que las violaciones masivas de los Derechos Humanos se produjeron en el contexto del estado de sitio (entre los años 1980 y 1991) que llevó a la suspensión del ejercicio de algunos de los derechos consagrados por el ordenamiento legal peruano. En este sentido, la CIDH señaló que las medidas estatales eran desproporcionadas para reprimir a los responsables de la violencia y que contradicen las normas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, las Fuerzas Armadas y Policiales encargadas de reprimir las acciones de los grupos armados irregulares, realizaron -ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas- hechos que quedaron impunes debido a la adopción de la Ley de Amnistía. Los casos que señalan la situación contra Perú, en esa época, son “El Frontón” en 1986, el caso conocido como el Caso Cayara, el cual se refirió a la masacre de aproximadamente 40 personas en Ayacucho en 1988 y Barrios Altos.⁴⁴

La CIDH, recomendó en varias oportunidades, a través de sus informes, a los países que se encontraban atravesando las transiciones de las dictaduras a las democracias o en procesos de conmoción interna como los registrados en Perú, sancionaran a los responsables de los delitos cometidos en los periodos referidos a fin de que se erradique

⁴³ Dictadura Chile, en <http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2005/12/03/hoy/mundo/419751.html>

⁴⁴ CIDH, Informe de junio del 2000 Perú, en: <http://www.cidh.org/countryrep/peru2000sp/introduccion.htm>

la impunidad. Sin embargo, los hechos que reforzaban la ilegalidad e imposibilitaban el ejercicio de la justicia en algunos países como Argentina, Chile y Perú, fue la creación de las leyes de punto final, indulto y amnistía en favor de los militares.

Las leyes de amnistía, obediencia debida y punto final fueron actos que a la CIDH le permitieron inferir que la impunidad fue la característica de algunos gobiernos latinoamericanos que, para efectos del presente debate, se la denomina la verdad política o las razones de Estado, que evitaron la investigación y sanción de la comisión de los delitos como la tortura y desaparición forzada. En ese contexto, según Amnistía Internacional, los delitos de desaparición forzada y tortura particularmente constituyen procesos complicados de investigación, porque aparentemente no tienen culpables, debido a la naturaleza de esos delitos, ya que se encubre la identidad del autor material⁴⁵. Entonces, “si no hay preso, ni cadáver, ni víctima, nadie presumiblemente es acusado de nada”.⁴⁶ El efecto de este sistema es generar un ambiente de incertidumbre y desconfianza generalizada en la población con relación a los gobiernos.

Cuando el sistema de justicia de un Estado no garantiza un sistema efectivo de acceso a la justicia, no protege los derechos y permite que se vulneren los derechos fundamentales de las personas, al no sancionar los ataques sistematizados en contra de una población civil, incumple deberes estatales, consagrados en la constitución, así como, obligaciones internacionales consagradas en tratados internacionales de Derechos Humanos. Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional califica a los

⁴⁵ Amnistía Internacional, “*Informe Sobre La Desaparición De Personas Por Motivos Políticos*”, en <http://www.amnesty.org/es>

⁴⁶ Amnistía Internacional, “*Informe Sobre La Desaparición De Personas Por Motivos Políticos*”... “Según la CONADEP se constató más de 9.000 casos. Sin embargo los Organismos de Derechos Humanos hablan de más de 30.000”

crímenes de lesa humanidad en el artículo 7 y son identificados como “desaparición forzada de personas y tortura”. En el mismo sentido, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos OEA, exhortó a los países parte de la Convención a incorporar en sus textos constitucionales y legislaciones nacionales estos delitos. Estos instrumentos internacionales incentivan a que los gobiernos locales erradiquen la impunidad, concepto que forma parte del emergente Derecho a la Verdad.

En este tema es necesario identificar las razones por las cuales el Estado sustentó la aplicación de mecanismos de desapariciones, ejecuciones y torturas en los siguientes términos: *i*) que primó el bien colectivo sobre el particular, considerando necesario erradicar la formación de grupos subversivos que atentan contra la estabilidad nacional y sobre esta base se crearon las Leyes de Amnistía e Indulto a los Militares;⁴⁷ *ii*) la doctrina de Seguridad Nacional consideraba a los propios ciudadanos de un país como posibles amenazas a la seguridad es así que en los países de América Latina se fijó como objetivo de esta doctrina la resistencia comunista.⁴⁸ Esta doctrina, en su ejecución, fue

⁴⁷ Se crearon las Leyes de Amnistía, Obediencia Debida e Indultos, Argentina, Chile y Honduras.

⁴⁸ La Doctrina de Seguridad Nacional: “Empleando esta doctrina los Estados Unidos consiguen unificar el accionar de las distintas dictaduras genocidas latinoamericanas, instaladas por la CIA, como la de Augusto Pinochet (en Chile), Alfredo Stroessner (en Paraguay), Jorge Rafael Videla, Roberto Viola y Leopoldo Galtieri (en Argentina, 1976-1983), Juan María Bordaberry en Uruguay, el general Banzer (en Bolivia, 1971-1978), la dinastía de los Somozas (en Nicaragua), El Salvador durante sus más sangrientos años de guerra civil y Julio César Turbay Ayala con su famoso Estatuto de Seguridad (en Colombia, 1978-1982). Para implementar la doctrina, los Estados Unidos instalaron la Escuela de las Américas en Panamá. La idea fue de impulsar el equilibrio político en América Latina. Allí, durante casi cuarenta años, las técnicas más salvajes de interrogatorios mediante torturas fueron enseñadas a militares sudamericanos, quienes eran los encargados de efectuar el trabajo sucio de contrainsurrección. Los gobiernos, por otro lado, declaran que estas prácticas se justifican por la necesidad de brindar seguridad nacional al Estado, manteniendo un criterio focalizado de exterminio en determinada población que pertenecía a una ideología determinada, tal es el caso de estudiantes

competencia principalmente de la labor de los ejércitos y cuerpos especiales de policía, los cuales finalmente cumplían órdenes del mando de turno, razón por la cual las sanciones eran reguladas por Tribunales Castrenses.

La falta de sanciones y procesos serios de investigación generaban impunidad, cuyos parámetros, según la CIDH, fueron los siguientes: *i)* la ausencia férrea y comprometida de los gobernantes de sancionar y depurar las filas de los cuerpos de seguridad del Estado a los responsables de graves violaciones de los Derechos Humanos; *ii)* la ausencia de normas que penalicen las violaciones a los Derechos Humanos; *iii)* se restringían y limitaban los acceso a recursos judiciales efectivos para los ciudadanos; y, *iv)* las ordenes de investigación a policías y militares sobre sus propios crímenes, no generaban resultados eficaces.

La impunidad en el sistema de justicia ordinario, por un lado, consistía en negarles a las víctimas o sus familiares, numerosos recursos de habeas corpus y demandas por privación ilegítima de libertad; y por otro lado, con la aplicación de las leyes de amnistía, punto final y obediencia debida e indultos que tenían efecto directo en las resoluciones judiciales.

Estas acciones limitaron la posibilidad de las víctimas o de sus familiares de obtener información sobre el destino y paradero de miles de personas desaparecidas. Estos hechos, hasta el momento, no han podido ser justificados, sino más bien, por el contrario, han causado un dolor irreparable en los familiares de aquellas víctimas. En relación con la falta de recursos efectivos para las víctimas o sus familiares, éstos generan una tensión entre la

universitarios (universidades públicas), líderes sindicales y líderes campesinos, personas que fueron el blanco para la aniquilación a través de ejecuciones mediante procesos sumarios sin ningún tipo de garantía”
en: http://es.wikipedia.org/wiki/Doctrina_de_la_Seguridad_Nacional

justicia nacional e internacional. El debate se debe al trato desigual para las víctimas en relación con los imputados de las graves violaciones a los Derechos Humanos por las razones antes explicadas.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos describió en varios instrumentos la situación de violaciones masivas a los Derechos Humanos en la región latinoamericana, tales como: los informes de las visitas *in loco*, los informes anuales de la situación de los Derechos Humanos en América Latina y las sentencias emitida de la Corte IDH contra los Estados. Estos instrumentos fueron implementados de forma creativa y progresiva, lo cual dio lugar a la creación de nuevos derechos a favor de las víctimas, los cuales se denominan derechos emergentes.⁴⁹ En el marco de estos derechos se encuentra el emergente Derecho a la Verdad.

Es así, que el emergente Derecho a la Verdad surge de un amplio margen de impunidad suscitada en los países de América Latina. En este sentido, por un lado, surge de los procesos de transición de las dictaduras a la democracia, el autoritarismo y la conmoción interna; y por otro, de la búsqueda del cese de la impunidad.

El jurista Juan Méndez, sobre el surgimiento del emergente Derecho a la Verdad, reconoce que éste derecho no se encuentra positivizado en un Tratado o Convenio Internacional, lo cual haría indiscutible la existencia del derecho, sino que, surge a través de la *opini3n jur3s* y es fortalecido por la jurisprudencia, aspectos que tornan novedosa la creaci3n del emergente Derecho a la Verdad.⁵⁰ Es primordial indicar que este derecho es

⁴⁹ Juan Méndez, *Derecho a la Verdad Frente a Graves Violaciones de los Derechos Humanos*, en la Ampliaci3n de Tratados Sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales,... p. 520.

⁵⁰ Juan Méndez, *Derecho a la Verdad Frente a Graves Violaciones de los Derechos Humanos*, en la Ampliaci3n de Tratados Sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales,... p. 518.

aplicable de forma idéntica en todos los casos, considerando las particularidades de la realidad concreta que ha de resolver, identificado las circunstancias que caracterizaron la violación de los Derechos Humanos. Estos hechos permitirían definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho,⁵¹ si ello afecta la dignidad de la víctima y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor.

En las sentencias de la Corte IDH, pueden identificarse elementos que facilitan sistematizar el contenido del Derecho a la Verdad. A continuación se analizará la jurisprudencia más relevante en tanto que sienta una histórica línea jurisprudencial desde la que surge el reconocimiento del Derecho a la Verdad:

1. Sentencia de Manfredo Velásquez Rodríguez contra Honduras el 29 de julio del 1988. La Corte IDH, en ésta oportunidad al tratar el caso de desaparición forzada de Velásquez Rodríguez, sentó un importante precedente sobre el deber que tienen los estados de prevenir la violación de los Derechos humanos, así como la obligación de investigar y proporcionar la verdad a las víctimas, en este sentido dice:

“En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad [...]”⁵²

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-227 de 2003 (M.P Eduardo Montealegre Lynett).

⁵² Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo. 177 y Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, párrafo. 198

2. Casos contra Perú, La Cantuta⁵³ y Barrios Altos:⁵⁴ En el primero se reconoce el Derecho a la Verdad y la responsabilidad del Estado en la matanza del profesor Hugo Muñoz Sánchez y de nueve estudiantes de la Universidad Nacional «Enrique Guzmán Valle» ocurrida el 18 de julio de 1992, durante la presidencia de Fujimori. En el segundo, se reconoce el Derecho a la Verdad en el contexto de la aniquilación cometida por el grupo Colina del ejército peruano a un grupo de personas que se encontraban en una casa de Barrios Altos, Perú. Se interpretan las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, de las cuales surge el Derecho a la Verdad, de la siguiente manera:

“El Derecho a la Verdad se fundamenta en los artículos 8 y 25 de la Convención, en la medida que ambos son instrumentales en el establecimiento judicial de los hechos circunstancias que rodean la violación de un derecho fundamental. Así mismo, [...] este derecho se enraíza en el artículo 13.1 de la Convención, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información. Se agrega que en virtud de ese artículo, sobre el estado recae la obligación positiva de generar información esencial para preservar el derecho de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos.⁵⁵”

Además, la Corte IDH, en los dos casos declaró que el Derecho a la Verdad es un instrumento que sirve para la realización de la justicia y es indispensable para las víctimas y sus familiares, por tanto es deber preservarlo:

⁵³ Corte IDH, sentencia de 29 de noviembre del 2006, caso la Cantuta contra Perú. “La matanza de «La Cantuta» es uno de los crímenes por los cuales el Gobierno peruano solicitó en 2003 la extradición del ex-presidente Alberto Fujimori al Japón y posteriormente en enero de 2006 al gobierno de Chile. El caso había sido presentado a la Comisión Interamericana en 1992 por petición de la APRODEH, denunciando que los autores intelectuales de la matanza nunca fueron investigados y que los autores materiales, condenados en 1994, fueron liberados en 1995, después que fueron aprobadas las leyes de amnistía, las cuales conceden amnistía al personal militar, policial o civil involucrado en violaciones de los derechos humanos cometidas desde 1980 hasta el 14 de junio de 1995. Otros casos: Cantoral Benavidez contra Perú, 03 de Diciembre del 2001.

⁵⁴ Corte IDH, Sentencia Caso Barrios Altos contra Perú, 14 de marzo del 2001.- El “Grupo Colina” El ejército peruano llevaba a cabo su propio sistema de aniquilación de personas por sospechar que pertenecen a Sendero Luminoso, este grupo irrumpió en una casa de Barrios Altos, Lima- Perú, y aniquiló a un grupo de personas violentando los derechos reconocidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos y las obligaciones internacionales del Perú, párrafo. 43 y 48

⁵⁵ Corte IDH. Caso Barrios Altos contra Perú,... párrafo, 45.

“[...] el Derecho a la Verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.”⁵⁶

3. Caso Trujillo Oroza contra Bolivia: En esta sentencia sobre desaparición forzada, se reconoce el Derecho a la Verdad en los siguientes términos:

“[...] El Derecho a la Verdad ha sido desarrollado suficientemente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y como sostuvo esta Corte en anteriores oportunidades, el derecho de los familiares de la víctima de conocer lo sucedido a ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos mortales, constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo.”⁵⁷

4. Caso Almonacid Arellano contra Chile:⁵⁸ se reconoció que el Derecho a la Verdad es originariamente de mayor jerarquía que aquel que se reclama a favor del delincuente cuando se persigue su responsabilidad criminal en los hechos que se demanda. Asegura, a la vez, que las leyes de amnistía pueden tener cabida en todas las materias que no sean aquellas infracciones señaladas en el Convenio de Ginebra y afirma que el Derecho a la Verdad pertenece a las víctimas:

“La Corte IDH, ha establecido con anterioridad que el Derecho a la Verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención.”⁵⁹

5. Casos contra Colombia, las Masacres de Mapiripán,⁶⁰ Ituango⁶¹ y La Rochela:⁶² en todas las sentencias se hace referencia al Derecho a la Verdad, en relación

⁵⁶ Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú... párrafo, 48.

⁵⁷ Corte IDH, Sentencia contra Bolivia, emitida el 27 de febrero del 2002, párrafo, 114.

⁵⁸ Corte IDH, Sentencia Caso Almonacid Arellano contra Chile, 26 de septiembre del 2006.

⁵⁹ Corte IDH, Sentencia Caso Almonacid Arellano contra Chile,... párrafo, 148.

⁶⁰ Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

⁶¹ Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006.

con masacres ejecutadas por grupos irregulares de Colombia a personas de la sociedad civil. Las sentencias se relacionan con la obligación de combatir la impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de Derechos Humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos. Además, constituye un medio importante de reparación. Por tanto, en los presentes casos, el Derecho a la Verdad da lugar a una expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer a través de información concreta de los hechos y sanción a los responsables.⁶³

Conforme la jurisprudencia de la Corte IDH, se considera que el Derecho a la Verdad exige la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y que de preferencia no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio.⁶⁴ Es importante señalar el reto que implica trabajar el Derecho a la Verdad y, que la misma Corte IDH, considera que no se debe tratar como un derecho ilusorio.

6. Caso Mirna Mack contra Guatemala: se afirma que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de Derechos Humanos, tiene el Derecho a la Verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad, como un todo, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones.⁶⁵

7. El caso Tibi contra Ecuador:⁶⁶ posee particularidades que lo hacen interesante, ya que no se trata de una desaparición o muerte violenta, sino del arresto al señor Daniel Tibi

⁶² Corte IDH, Caso de las Masacres la Roceha contra Colombia, sentencia de 11 de Mayo del 2006.

⁶³ Corte IDH: La Rochela contra Colombia párrafo, 195.

⁶⁴ Corte IDH: La Rochela contra Colombia párrafo, 195.

⁶⁵ Corte IDH, Caso Mirna Mack contra Guatemala, sentencia, 25 de noviembre de 2003.

⁶⁶ Corte IDH, Caso Daniel Tibi, contra Ecuador, Sentencia 07 de septiembre de 2004, párrafos, 256 y 257. Otros casos Consuelo Benavidez y en la CIDH Hermanos Restrepo contra Ecuador.

sin que existiera orden de juez competente, como lo establece el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, y sin que mediara delito flagrante, conforme el artículo 174 del mismo cuerpo de leyes. Estos hechos, en el presente caso, determinan la existencia de vulneración al debido proceso. En relación con los responsables de las violaciones cometidas, no fueron sancionados después de más de nueve años de ocurridos los hechos, es decir, no se ha investigado ni sancionado a los responsables de la detención ilegal y arbitraria y de las violaciones a las garantías judiciales del señor Tibi, así como tampoco a los responsables de las torturas ocasionadas a la víctima, de lo que se infiere que el presente hecho se encontraba en la impunidad.

La sentencia de la Corte IDH, en relación al caso Tibi contra Ecuador, citó la jurisprudencia de este órgano para garantizar el derecho que asiste a las víctimas y sus familiares de conocer lo que sucedió con los hechos que rodearon las violaciones de los Derechos Humanos y saber quiénes fueron los agentes responsables de los hechos. Las víctimas de violaciones de Derechos Humanos y sus familiares, en su caso, tienen el derecho de conocer la verdad, es decir conocer quiénes fueron los responsables de la detención ilegal y arbitraria, la tortura y la violación al debido proceso y a las garantías judiciales en agravio del señor Daniel Tibi.

Conforme el precedente que da el contenido del Derecho a la Verdad, ya reconociendo para las distintas realidades de los países de la región latinoamericana,⁶⁷ se identifica una tendencia fuerte sobre la necesidad de que se vaya incorporando el Derecho a la Verdad en los sistemas nacionales de justicia y constituya una directriz útil para el

⁶⁷ Corte IDH, casos que refieren al Derecho a la Verdad a más de los ya señalados: Caso Carpio Nicolle y otros, sentencia de 22 de noviembre de 2004, párrafo, 128; Caso Masacre Plan de Sánchez, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo, 257.

sistema de justicia y una herramienta para las víctimas. Con estos antecedentes, y la descripción de la jurisprudencia, se justifica la existencia del Derecho a la Verdad. En cuanto a la incorporación de este derecho en los sistemas nacionales de justicia a continuación analizaremos su positivización y desarrollo.

1.2. Positivización y Desarrollo del Derecho a la Verdad

El reconocimiento del Derecho a la Verdad proviene de cuatro fuentes: *i)* reconocimiento internacional del Derecho a la Verdad; *ii)* reconocimiento del Derecho a la Verdad a nivel nacional, a través de las denominadas Comisiones de la Verdad; *iii)* el tratamiento que ha tenido en los sistemas nacionales de justicia; y finalmente, *iv)* la positivización del Derecho a la Verdad como un Derecho Fundamental en la Constitución ecuatoriana.

1.2.1. Reconocimiento internacional.

Debido a la precisión del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, queda claro que el Derecho a la Verdad es de fuente internacional. Se destaca el hecho de haber sido desarrollado por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos que han reconocido el Derecho a la Verdad en el marco de las recomendaciones y sentencias adoptadas, respectivamente, sobre varios casos individuales de violaciones a los Derechos Humanos.

El reconocimiento universal del Derecho a la Verdad, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, se reconoce como un derecho que asiste a las familias a conocer, tan pronto las circunstancias lo permitan, la suerte de las personas desaparecidas en conflictos armados conforme consta en la resolución 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La Asamblea General ha recibido informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre la situación de los Derechos Humanos en ciertos países de la región latinoamericana que permitieron el surgimiento del Derecho a la Verdad y reconocen que la desaparición de personas causa sufrimiento y penurias, especialmente a los familiares y a cualquier persona con interés legítimo, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte. Igualmente, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la Decisión 2/105 sobre el Derecho a la Verdad y resolvió:

“Reconocer la importancia de respetar y garantizar el Derecho a la Verdad para contribuir a acabar con la impunidad y promover y proteger los Derechos Humanos.”⁶⁸

En el proyecto de Carta de los Derechos Humanos Emergentes,⁶⁹ establecido en el título IV, numeral 3 de artículo 9 de esta carta que en la parte pertinente dice “El Derecho a la Verdad y la Justicia, son derechos de las víctimas [...]”

1.2.2. Las Comisiones de la Verdad y Reconciliación (CVR).

⁶⁸ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Trigésimo Octavo Período Ordinario de Sesiones las Naciones Unidas del 1 al 3 de junio de 2008 en Medellín, Colombia.

⁶⁹ Proyecto de Carta de los Derechos Humanos Emergentes, “*Los Derechos Humanos en un Mundo Globalizado*”, Instituto de Derechos Humanos de Catalunya, en www.institutidhc

Las Comisiones de la Verdad son organismos de investigación creados para enfrentar graves situaciones de violencia política o guerra interna.⁷⁰ Su finalidad es superar las profundas crisis y traumas generados por la violencia y evitar que tales hechos se repitan en el futuro.

No poseen atribuciones jurisdiccionales, por lo tanto, no sustituyen en sus funciones al Poder Judicial ni al Ministerio Público. Generalmente son creadas por iniciativa del Poder Ejecutivo en un sentido de responsabilidad con la sociedad. Según Amnistía Internacional, existen al menos 32 Comisiones de la Verdad en 28 países, creadas entre 1974 a 2007. Más de la mitad se han establecido en los últimos 10 años.⁷¹ La primera Comisión de la Verdad fue la de Uganda en 1974, denominada Comisión de Investigación sobre la

⁷⁰ Esteban Cuya, “*Las Comisiones de la Verdad en América Latina*”, en <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html#que>

⁷¹ Amnistía Internacional: Comisiones de la verdad: **Alemania**, Comisión de Investigación en el Bundestag alemán para Tratamiento del Pasado y las Consecuencias de la Dictadura del SED en Alemania, 1992); **Argentina**, Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 1983; **Bolivia**, Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos Forzados, 1982; **Chad** Comisión de Investigación de los Crímenes y Malversaciones Cometidos por el ex Presidente Habré, sus Coautores y/o Cómplices, 1991; **Chile** Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1990; Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2003; **Corea del Sur**, Comisión Presidencial para el Esclarecimiento de Muertes Acaecidas en Circunstancias Sospechosas, 2000; **Ecuador**, (Comisión "Verdad y Justicia", 1996; Comisión de la Verdad, 2007); **El Salvador** Comisión de la Verdad, 1992; **Ghana**, Comisión para la Reconciliación Nacional, 2002; **Granada** Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2001; **Guatemala**, Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han Causado Sufrimientos a la Población Guatemalteca, 1997; **Haití** Comisión Nacional de la Verdad y la Justicia, 1995; **Indonesia** Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2004; **Liberia**, Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2005; **Marruecos**, Comisión de Equidad y Reconciliación, 2004; **Nepal**, Comisión de Investigación para Localizar a Personas Desaparecidas durante el Periodo Panchayat, 1990; **Nigeria**, Comisión para la Investigación de las Violaciones de Derechos Humanos, 1999; **Panamá** (Comisión de la Verdad, 2001; **Paraguay** Comisión de la Verdad y la Justicia, 2003; **Perú** Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2000; **República Democrática del Congo**, Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2003; **República Federativa de Yugoslavia** Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2001; **Sierra Leona** Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2002; **Sri Lanka**, Comisión Presidencial de Investigación sobre el Traslado o la Desaparición Involuntaria de Personas en las Provincias del Centro, del Noroeste, del Centro Septentrional y de Uva; y Comisión Presidencial de Investigación sobre el Traslado o la Desaparición Involuntarios de Personas en las Provincias Septentrional y Oriental, 1994; **Sudáfrica** Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 1995; **Timor Oriental** Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación, 2002; **Uganda** Comisión de Investigación sobre la Desaparición de Personas en Uganda, 1974, y Comisión de Investigación sobre las Violaciones de los Derechos Humanos, 1986); y, **Uruguay** Comisión Investigadora sobre la Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron, 1985, y Comisión para la Paz, 2000. En: <http://www.amnesty.org/es/international-justice/issues/truth-commissions>.

Desaparición de Personas (CIDPU), creada para investigar las atrocidades cometidas entre 1971 y 1974. Cabe resaltar el reconocimiento de un deber moral estatal sobre la responsabilidad de investigar seriamente hechos de violencia masiva y sistemática de los Derechos Humanos y fundamentales. En América Latina, la primera Comisión de la Verdad fue la de Bolivia creada en 1982, denominada Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos Forzados (CNIDF), cuya finalidad era la de investigar los hechos sucedidos entre 1967 y 1982. Presentó un informe incompleto y fue disuelta antes de que culminara su trabajo.⁷²

La comisión que ha causado mayor impacto en la comunidad nacional e internacional es la de Argentina, denominada Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), creada por el Presidente argentino Raúl Alfonsín el 15 de diciembre de 1983, con el objetivo de investigar las graves, reiteradas y planificadas violaciones a los Derechos Humanos durante la llamada “Guerra Sucia”⁷³ entre 1976 y 1983. Presentó el informe denominado “Nunca Más”,⁷⁴ en el cual se documentaron casi 9000 casos sobre las desapariciones de personas y torturas de ese país. El mandato de la Comisión de la Verdad fue remitir la investigación a la Corte Suprema de Justicia. El informe formaba parte de las pruebas “pero fue más laxa que la que exigía la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, se documentó el juicio de las juntas que fue el más grande con 700 casos resueltos. El resto de los casos siguió un proceso normal y aun están

⁷² Comisión Andina de Juristas, red de información jurídica “*Comisión de la Verdad*”, Estudios Comparados, <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/cverdad/XXICV.htm>

⁷³ Comisión de la Verdad de Argentina CONADEP, en: www.cverdad.org.pe/apublicas/seminario/nprensa02.php - 23k

⁷⁴ Nombre del informe de la CONADEP, en: www.cverdad.org.pe/apublicas/seminario/nprensa02.php - 23k

en espera de juzgarse.”⁷⁵ Este hecho provocó el reconocimiento ejemplar por la Comisión de Derechos Humanos en su informe anual de 1992.

La importancia del reconocimiento de la verdad como un deber moral de los Estados, a través de las comisiones de la verdad, es un indicador que la verdad es una obligación de medio o comportamiento de los gobiernos para llegar a la reconciliación y posteriormente a la democracia.

1.2.3. Desarrollo Estatal del Derecho a la Verdad.

Las constituciones al incorporar al Bloque de Constitucionalidad, se abrió la posibilidad de permitir que aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el texto constitucional, sean utilizadas como parámetros de control de constitucionalidad para la protección de derechos al interior de los estados, constituye verdaderamente un dispositivo que genera una interacción entre el sistema internacional y el nacional. Según Rodrigo Uprimny, este principio ha constitucionalizado el derecho penal, particularmente en el desarrollo de los derechos de las víctimas.⁷⁶ Este instrumento es la conexidad entre el derecho nacional y el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos. Este principio sitúa a estas normas a nivel constitucional y en los casos que puedan contener

⁷⁵ María José Gumbre, Sub Coordinadora del Programa Verdad y Justicia, Seguridad y Derechos Humanos en el Gobierno argentino, “entrevista realizada En el marco de la Conferencia Internacional de las Comisiones de la Verdad y el Fortalecimiento de la Democracia en Ecuador” Quito, 10 de Septiembre del 2008.

⁷⁶ Rodrigo Uprimny, *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Proceso Penal*, en: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/2008/documents/RodrigoUprimny-BloquedeConstitucionalidad.pdf?rd=1>

principios *pro homine* incentivarían incluso la reforma normativa *en stricto sensu*.⁷⁷ Es así que el bloque de constitucionalidad es el mecanismo que otorga la validez al Derecho a la Verdad en los órganos jurisdiccionales nacionales.

En la República de Argentina, la Corte Suprema de Justicia, al pronunciarse acerca del destino final de las personas detenidas y desaparecidas durante el periodo de la dictadura, en el marco de las recomendaciones de los informes de la CIDH, conjuntamente con el mandato de incorporar a la prueba los datos del informe de la CONADEP, desarrolló, a través de su jurisprudencia, el Derecho a la Verdad, el mismo que se registra en el juicio de las Juntas contra los miembros de las tres primeras Juntas Militares que procesó la situación de setecientos desaparecidos, el caso ESMA y el caso Lapaco principalmente. En estos casos, se reconoce que:

“El Derecho a la Verdad [...] no significa otra cosa que la obligación por parte del Estado de proporcionar todos los mecanismos que estén a su disposición para determinar el destino final de los desaparecidos entre 1976 y 1983. La Corte afirmó que le correspondía ejercer su poder jurisdiccional para cumplir con esa finalidad, y que las leyes 23.492 y 23.521, y el decreto 1002/89, que beneficiaron a los miembros de las fuerzas armadas, si bien cercenaron las posibilidades de juzgamiento, no implicaron la culminación del proceso”.⁷⁸

En Colombia existe un amplio desarrollo e interacción de los principios universales del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, ya que, de manera pormenorizada, la Corte Constitucional cita jurisprudencia de la Corte Internacional de

⁷⁷ Corte Constitucional Colombia, Sentencia No. C-225/95, Derecho Internacional Humanitario –Naturaleza Imperativa *Ius Cogens*.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia Argentina, Aguiar de Lapacó Carmen contra Suarez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. (causa 450). s/recurso extraordinario”, S, 1085.LXXXI. Fallos: 321:2031. 13 de agosto de 1998. En: <http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/justicia.html>

Justicia, la Corte IDH, la CIDH. Esta postura deberían seguir todos los países de América Latina y en especial los órganos de justicia.

Sobre los recursos de las víctimas, se reconoce que la jurisprudencia internacional es relevante para interpretar el alcance de las normas (Sentencia T1319-2001), en este sentido, se remite a las sentencias de la Corte IDH para reconocer el Derecho a la Verdad como derecho de las víctimas y principio que busca coincidir entre la verdad real y la verdad procesal. Igualmente, en la Sentencia C-5878-2002, se otorga primacía al deber del Estado de investigar y sancionar las violaciones de los Derechos Humanos a los infractores del Derecho Internacional Humanitario y sobre las violaciones del derecho en general, resalta el hecho que los derechos de las víctimas tienen mayor trascendencia.

El Tribunal Constitucional de Perú, mediante Recurso de Habeas Corpus No. 2488-2002-HC/TC Piura, sobre desaparición forzada de personas, se pronunció acerca del deber que tiene el Estado de devolver con vida a Genaro Villegas Manuche o de informar donde se hallan sus restos. Este fallo considera el *Habeas Corpus Instructivo* que vincula el principio de la libertad con otros derechos fundamentales como son la vida y el debido proceso y a la vez conexos con los derechos desarrollados en el sistema internacional de los Derechos Humanos. Igualmente, afirmó que el Derecho a la Verdad es un derecho emergente desarrollado por la Corte IDH, por lo tanto es plenamente protegido y debe ser desarrollado en la medida de lo posible como un derecho constitucional implícito. En consecuencia, declaró fundado el recurso y dispuso que el Ministerio Público inicie las investigaciones correspondientes del desaparecido, al tiempo que obligó al juez de la ejecución de cuenta al Tribunal sobre el Estado de las investigaciones.

Es menester resaltar que el desarrollo del derecho constitucional permite la incorporación de nuevos principios, su interpretación y aplicación. Con esto, se confirma la idea de que la vigencia del constitucionalismo, en un sentido amplio, limita y previene el despotismo, a la vez que garantiza la exigibilidad de los derechos y comprende un institucionalismo que se rige bajo los principios constitucionales, todo esto para llegar a un objetivo común que es proporcionar una vida digna a sus habitantes. A diferencia del constitucionalismo débil⁷⁹, caracterizado por una tímida y limitada aplicación de las normas internacionales. Una vez identificados estos modelos constitucionales, se considera que el Estado Constitucional, logra establecer adecuadamente las relaciones con el sistema internacional de justicia para el desarrollo del Derecho a la Verdad.

1.2.4 Derecho a la Verdad, un derecho fundamental.

Según la Nueva Constitución ecuatoriana, en su Capítulo VIII de las Garantías del Debido Proceso, artículo 78, se reconoce el derecho de las víctimas a una protección especial y el derecho al conocimiento de la verdad de los hechos, así como la restitución, indemnización, rehabilitación y garantía del derecho violado. Este derecho es compatible con la acción extraordinaria de protección establecida en el artículo 94, la cual corresponde al trámite del Derecho a la Verdad en causas ya cerradas, en las cuales exista impunidad. El paso es indispensable y torna al Derecho a la Verdad en un Derecho Fundamental, por lo tanto, permite su directa protección, lo cual se considera un desarrollo en materia de

⁷⁹ Paolo Comanducci, *Formas de (Neo) Constitucionalismos: Un Análisis Metateórico*, edit., Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo (s), Madrid, editorial Trotta, 2003 p. 76.

protección e igualdad en el diseño constitucional de los derechos, otorgando derechos tanto a los imputados como a las víctimas.

El reconocimiento del Derecho a la Verdad, como podemos verificar, se encuentra de forma vertical desde el sistema internacional hasta llegar al derecho nacional, lo cual es un aporte en la protección procesal de las víctimas de los delitos de graves violaciones a sus derechos y su reconocimiento como un derecho fundamental, incluso abarcaría una dimensión más amplia de exigibilidad de este derecho, así como el compromiso por parte de los gobiernos de transparentar los procesos y realizar un sistema efectivo de investigación e información.

1.3. ¿Qué Garantiza el Derecho a la Verdad?

El Derecho a la Verdad es una garantía a favor de las víctimas de graves violaciones de los Derechos Fundamentales y Humanos. Garantiza el cumplimiento de tres deberes estatales: el primero, consiste en el deber de investigar con seriedad los hechos que rodean una violación de un derecho fundamental y humano; el segundo, garantiza un efectivo acceso al sistema de justicia a fin de recibir una justicia sin dilaciones y con información real de los hechos; y el tercero, es un deber de informar que a la vez tiene dos partes, uno individual, el cual consiste en informar a las víctimas o a sus familiares la totalidad de los hechos y, en una dimensión colectiva, la cual garantiza que se debe informar a la sociedad sobre los hechos que perpetraron la violación de los Derechos Humanos y fundamentales.

En consecuencia, este derecho garantiza a las víctimas una igualdad de oportunidades dentro del proceso penal, de la misma forma garantiza seriedad por parte de

las instituciones encargadas de proporcionar justicia y garantiza una información objetiva sobre los hechos. Además, es un derecho justiciable, tanto de forma individual como colectiva. En este sentido, garantiza un acceso directo a saber la verdad de los hechos como derecho individual y a conocer esa misma realidad como un derecho colectivo, formando parte de un amplio principio de justicia.

1.4. ¿A quiénes garantiza el Derecho a la Verdad?

¿A quiénes protege el Derecho a la Verdad? Es momento de establecer quién o quiénes son las víctimas de graves violaciones de los Derechos Humanos.

En el caso de violación de Derechos Humanos existen dos clases de víctimas, las primeras son aquellas quienes sufren directamente la violación de sus derechos, en casos como la violación de los derechos a la vida, la tortura, la detención arbitraria, la restricción a las libertades, la de restricción de expresión ideológica, entre otras. Las segundas, son víctimas que a su vez son familiares y allegados de esas víctimas directas, en el caso de desaparición forzada de personas, ejecución sumaria, exterminio por razones de raza, orientación sexual, entre otros. En el delito de desaparición forzada de personas, es la incertidumbre en que se sumen a los familiares de las víctimas sobre el destino y paradero de sus seres queridos, además de la imposibilidad de sepultar dignamente sus restos.

La incertidumbre hace de cada familiar también una víctima directa de la violación. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el caso Quintero versus

Uruguay,⁸⁰ se basó en este principio para concluir que la familia del desaparecido es una víctima del sufrimiento causado a raíz de la falta de investigación. Esta afirmación le permitió concluir que el sufrimiento de los familiares constituye un trato cruel inhumano o degradante.

Sin embargo, se estableció que la integridad del daño causado no es satisfecha por el hecho de otorgar una indemnización económica. Muy por el contrario, la reparación debe ser integral y tendrá por objeto poner fin al estado de incertidumbre con la entrega de la información completa y el cadáver.

La responsabilidad moral consiste en entregar la información total sobre el caso de los desaparecidos y realizar una amplia difusión pública a través de medios y recursos efectivos, ya que no sólo afecta a las víctimas, presos, desaparecidos y muertos sino que trascienden a la familia y a la sociedad.

Es Derecho de la sociedad exigir el esclarecimiento de los hechos que rodean la violación de los Derechos Humanos. Este derecho no sólo pertenece a las víctimas, sino a la sociedad en su conjunto, como un mínimo de obligatoriedad de demostrar la actitud de prevenir las violaciones de los Derechos Humanos.⁸¹ En consecuencia, los frutos de la investigación sobre violaciones masivas de derechos, en el pasado, deben ser de conocimiento público.

⁸⁰ Memorial en Derecho Amicus Curiae presentado por Human Righth Watch/Americans y el (CEJIL), Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Junio de 1995. Exma. Cámara Federal en lo Criminal y Correccional Presentación de Amicus Curiae... Caso ESMA "Derecho a la Verdad".

⁸¹ Corte IDH, Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras: "La obligación de investigar debe tener sentido y ser asumida como un deber propio y no como una simple gestión de intereses particulares que dependan de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad" párrafo, 177.

1.5. El Fundamento y Naturaleza Jurídica.

El Derecho a la Verdad es un derecho individual y social. Busca reparar graves violaciones a los Derechos Fundamentales y Humanos. En su carácter individual, responde a un derecho de exigir de los órganos de justicia, reparación y sanción a los responsables de los delitos de graves violaciones de los Derechos Humanos fundamentales y, en sentido social, responde a procesos de reconciliación y consolidación democrática.

El fundamento del Derecho a la Verdad sobre la base a las directrices sentadas en los temas que anteceden a este punto, permitirá, identificar el contenido esencial del Derecho a la Verdad y su naturaleza jurídica.

El Derecho a la Verdad se funda principalmente en el establecimiento judicial de los hechos que rodean graves e intolerables violaciones de los Derechos Humanos y fundamentales. Constituye una forma autónoma de justicia penal, ya que divide las obligaciones de juzgar e investigar. Esta última no se subsume ante la primera, es decir en los casos ya cerrados por disposición de leyes de indulto o decisiones en firme se podría cerrar la posibilidad del juzgamiento. Sin embargo, el Derecho a la Verdad incorpora la obligación de investigar para cumplir el deber de justicia penal.⁸² Se comprende que el Derecho a la Verdad es aplicable en materia penal, siempre y cuando concurra un hecho que abarque una violación grave e intolerable de los Derechos Humanos y fundamentales.

Entendida como violación grave e intolerable el incumplimiento de los deberes estatales, tales como, la protección de la vida y el proporcionar medios adecuados y

⁸² Abramovich Victor, Clase de “*Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos 1*”, Sesión 4, Universidad Andina Simón Bolívar Quito-Ecuador, 29 de febrero del 2008.

efectivos de acceso a la justicia para conseguir que el opresor sea juzgado. Estos deberes estatales deben asegurar la vigencia de los derechos como la vida, la integridad física, el debido proceso y la libertad, y su incumpliendo o la falta de aplicación deja a la sociedad en un estado de desprotección y vulnerabilidad. Es así que la actitud procesal que cause incertidumbre en las víctimas por no proporcionar los resultados esperados, activa el derecho a conocer la verdad de los hechos.

El Derecho a la Verdad incorpora la obligación de medio o de comportamiento del Estado de investigar seriamente los hechos, que no es satisfecha por el solo hecho de investigar, sino que busca producir resultados satisfactorios a través de la realización de una investigación seria, la cual debe tener sentido y ser asumida como un deber jurídico propio que proporcione información real de los hechos a las víctimas o sus familiares.⁸³ Debe comprender un medio para la sanción de los responsables y proporcionar las bases para reparar de forma digna a las víctimas o sus familiares. El deber de investigar comprende la obligación de informar sobre los resultados de aquellas prácticas asumidas con seriedad, en este sentido, es necesario socializar la información para transparentar el proceso. Es, en esencia, considerada una obligación de medio o comportamiento porque es parte de un amplio principio de justicia.

Corresponde a las víctimas el derecho de exigir la verdad de los hechos. Este derecho consiste en saber y no prescribe hasta establecer quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se lo ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas. Comprende, a su vez, el derecho al duelo que se materialice la entrega de los cuerpos desaparecidos como derecho a la muerte digna.

⁸³ Corte IDH, Caso Manfredo Velásquez Rodríguez contra Honduras... párrafo. 177.

Según Juan Méndez, el Derecho a la Verdad es inseparable del Derecho de Justicia, de contenido más general. Implica, esencialmente, por parte del Estado obligaciones cuádruples: *i*) la obligación de investigar y dar a conocer los hechos que puedan establecer fehacientemente (verdad); *ii*) obligación de procesar y de castigar a los responsables (justicia); *iii*) obligación de reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y, *iv*) obligación de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepan han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático).⁸⁴

Naturaleza del Derecho a la Verdad, es un derecho que intrínsecamente, protege a las víctimas de graves violaciones de los Derechos Humanos y fundamentales. Contiene una exigencia implícita de saber los hechos y circunstancias que rodearon a esas violaciones. En conjunto, el Derecho a la Verdad debe proporcionar información, reparación y sanción. Constituye un derecho justiciable, no sólo a nivel internacional, sino que también a nivel nacional. Es una garantía estatal que debe ser proporcionada por las autoridades que conforman la estructura total de los gobiernos por comprender naturalmente un deber de medio para llegar a la justicia.

2.- Capítulo II

Principios de Legalidad, *Non bis in ídem* y Cosa Juzgada.

⁸⁴ Juan Méndez, “Derecho a la Verdad Frente a Graves Violaciones de los Derechos Humanos”, en Seminario Internacional. “Retos de la Judicialización en el Proceso de Verdad, Justicia, Reparación y reconciliación”, Lima, 1ra Ed. Programa Andino de Derechos Humanos julio del 2003, párrafo 50.

El Derecho a la Verdad es el derecho a favor de las víctimas de violaciones de Derechos Humanos y fundamentales e involucra el deber de que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad *supra*. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: *i*) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; *ii*) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; *iii*) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.”⁸⁵ De lo cual se deduce que es un principio complementario del sistema de justicia. Sin embargo, el complicado reconocimiento del Derecho a la Verdad, en relación con los sistemas penales nacionales, es parte de la lógica del Derecho Penal, lo cual protege generalmente al imputado. En consecuencia, el sistema actúa y neutraliza el ejercicio de los derechos de las víctimas, ya que los códigos penales y procedimiento penal, al referirse a las víctimas, restringen su participación, la cual depende de la querrela y la acusación particular para tener acceso a la información del caso y a la indemnización de daños y perjuicios que es la parte civil de los procesos penales.

El siguiente análisis resaltaré las protecciones legales otorgadas a los imputados de los delitos. Lo cual vuelve al derecho penal actual en un sistema garantista básicamente del imputado, el mismo que necesita ser revisado y re conceptualizado.

Los fundamentos de los principios de legalidad, *non bis in ídem* y cosa juzgada son indispensables para el funcionamiento del sistema judicial en la formación de la seguridad jurídica. Con este estudio se intentará identificar los principios señalados en el contexto de los Estados modernos en relación con el Derecho Penal en los periodos de dictaduras,

⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia Sentencia 454-2006.

autoritarismos y transiciones a la democracia en América Latina, en donde la producción de: “[...] normas que están en el vértice del ordenamiento se limitan de hecho al conferir al poder soberano la potestad de legislar: en esos ordenamientos sería válida, por ejemplo aun siendo injusta, una ley que confiere al soberano poder arbitrario sobre la vida y la muerte, del mismo modo que fueron válidas aun siendo manifiestamente injustas”⁸⁶ las leyes que sustentaban la defensa del Estado, tales como las obediencia debida, punto final y amnistías a los militares presuntos responsables de las violaciones a los Derechos Humanos y fundamentales, no solo son injustas sino también inválidas por contravenir a derechos constitucionales relativos a los Derechos Humanos los cuales informan el Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho. Estos hechos provocaron el surgimiento del Derecho a la Verdad, a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En relación con el Derecho Penal, Luis Jiménez de Asúa define a éste como “[...] un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”⁸⁷

La finalidad de la disciplina Derecho Penal es el estudio de la antijuridicidad como característica general del delito. Sin embargo, este estudio no sólo se enfoca en la pena, sino que se relaciona con otros medios que tienen por fin prevenir los delitos. Así el Derecho Penal es por una parte de naturaleza sancionadora, ya que es de carácter punitivo

⁸⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, editorial Trotta 6ta ed., 2004 p. 358.

⁸⁷ Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General Concepto de Derecho Penal, Madrid, editorial Ariel, 2000, p.18

sancionador y, por otra parte, es garantista. Según Liszt, es el Estado quien ha de tener límites muy precisos y claros en su intervención sobre el ciudadano, lo cual indica que el contenido de la conducta en el Derecho Penal debe estar detallado y especificado con claridad y el ciudadano ha de tener la posibilidad de conocer específicamente el contenido de los actos como el fundamento de ellos.

El principio de legalidad fue proclamado por primera vez en la Carta Magna inglesa de Juan Sin Tierra, de 1215,⁸⁸ (*Magna Charta Libertatum*) y en la Constitución Criminal Carolina germánica de 1532. Las cuales no poseían el sentido moderno del principio de legalidad.⁸⁹ Tal como expresa Santiago Mir Puig, “[...] sólo a partir de la ideología liberal impulsada por la Ilustración y consagrada fundamentalmente por la Revolución, se concibe como una limitación al poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano.”⁹⁰ El principio de legalidad de la represión se vincula a la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al poder del Estado.

Este principio adquirió categoría de garantía limitadora de la ley penal en el derecho constitucional norteamericano (1776) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa (1789) en el artículo 8, cuyo tenor dice

⁸⁸ Carta Magna del Rey Juan Sin Tierra, Cláusula 39 de la “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”, en: http://www.geocities.com/eqhd/cartamagna.htm#_Introducción_1

⁸⁹ Juan Alex Cubas, *Principio de Legalidad en el Derecho Penal*, Universidad de Sipan, en: http://www.uss.edu.pe/Facultades/derecho/documentos/produccionjuridica/2007-II/principio_legalidad_en_el_derecho_penal.pdf

⁹⁰ Juan Alex Cubas, *Principio de Legalidad en el Derecho Penal*,... http://www.uss.edu.pe/Facultades/derecho/documentos/produccionjuridica/2007II/principio_legalidad_en_el_derecho_penal.pdf

“[...] nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito legalmente aplicada.”⁹¹

La necesaria aplicación del principio de legalidad en materia penal viene claramente puesta de relieve por Cesare Beccaria (1738-1794) de la siguiente forma: “[...] sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede con justicia, infringir penas contra otro miembro de la sociedad.”⁹²

El Derecho Penal moderno se desarrolló, en gran medida, con el enunciado realizado por Paul Johan Anselm Ritter von Feurevach en 1801, quien expresa la siguiente formula “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”,⁹³ lo cual significa que el más alto principio del Derecho Penal se formula así: “Toda pena jurídica en el Estado, es la consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad de la conservación del derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible.”⁹⁴ El estudio detallado del principio de legalidad en materia penal se expresa de la siguiente forma: i) <<*nulla poena sine lege*>>, la existencia de una pena supone la existencia de una ley penal anterior; esta tarea corresponde al legislador; ii) <<*nulla poena sine crimine*>>, lo cual significa que la

⁹¹ El Principio de Legalidad se hace explícito también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11° inciso 2); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 15° inciso 1); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9°) y en la Convención sobre los Derecho del Niño (artículo 40° inciso 2). Las normas internacionales que se refieren a Derechos Humanos, en la Constitución ecuatoriana poseen jerarquía constitucional según los (artículos 11.3 424, 425, 426, 427 y 428) los cuales reconocen la prevalencia de los tratados y convenios internacionales sobre las demás normas jerárquicamente inferiores a la constitución y actos de decisión de los poderes públicos.

⁹² Cesare Beccaria, *De Los Delitos y de las Penas*, traducción de J. A. de las Casas, Bogotá, Editorial Temis S.A., 3ª ed., 2000, p. 12.

⁹³ Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General, Madrid,... p. 67.

⁹⁴ Paul Johan Anselm Ritter von Feurevach, citado por Luis Jimenez de Asua, *Principios del Derecho Penal la Ley y el Delito*, Buenos Aires, editorial Sudamericana 3ª ed, Reimpresión 1958, p. 97.

existencia de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada pues la pena amenazada debe estar ligada a la ley, que es el acto jurídicamente necesario; *iii*) <<*nulla poena sine legali*>> a su vez, la pena que sanciona un mal debe estar ligada a la ley.⁹⁵

El principio de legalidad se configura necesariamente por un orden formal basado en un cuerpo legislativo.⁹⁶ La tipicidad es la respuesta del Derecho Público del sistema positivo que tiene como fin la protección de los derechos individuales en el marco del Derecho Penal. Éste se vincula esencialmente con el principio de soberanía estatal que supone el ejercicio regular de tales facultades de punición de los individuos que adoptan conductas antijurídicas y típicas.

La ley posee una vigencia temporal, el Derecho Penal ostenta un efecto *ex nunc*, rige para lo venidero, no tiene efecto retroactivo, a esta norma general se prevé una excepción, de rango constitucional⁹⁷ y en el Código Penal del Ecuador. En relación con la temporalidad del principio de legalidad se expresa:

Constitución Política Art. 76.5. “En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.

Código Penal Art. 2. “[...] deja de ser punible un acto si una ley posterior a la de su ejecución lo suprime del número de infracciones; y, si ha mediado sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.”⁹⁸

⁹⁵ Luis Jiménez de Asua, *Principios del Derecho Penal: La Ley y el Delito*, Buenos Aires, editorial Sudamericana, 1958, 3ª ed. Reimpresión, p. 97.

⁹⁶ Corte Suprema de Argentina, Magistrados Ponentes, Raúl Zaffaroni, Highton de Nolasco Arancibia Clavel, Enrique Lautaro, sentencia “homicidio calificado y asociación ilícita”, N° 259-.24/08/2004.

⁹⁷ Constitución Política ecuatoriana de 1998 art. 24.2 “En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado.”

⁹⁸ Código Penal Ecuatoriano, Quito, editorial Corporación de Estudios Año 2008, Art. 2.

El fundamento recogido tanto en la Constitución como en el Código Penal determina la opción de aplicar la ley con efecto retroactivo en materia penal, siempre y cuando una ley posterior a la existente reduzca o elimine la sanción de una conducta determinada o, a su vez, cuando exista conflicto de normas se deberá aplicar la menos rigurosa. Es así que se favorece al infractor en las siguientes circunstancias: *i)* cuando se elimine efectos de sanción punitiva de una norma, es decir, una ley posterior determina que una conducta no debe ser sancionada con una pena; *ii)* cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; si la ley posterior favorece al imputado incluso al culpable de un delito, aun en esta condición, podrá ser invocada ya que disminuye la sanción o la elimina; y, *iii)* en caso de duda, se aplicará la norma que contenga menor sanción. Si un hecho se describe en más de una norma punitiva se aplicará la menos rigurosa.

Este principio se aplicó en procesos de dictaduras, autoritarismos y transición a la democracia en América Latina a través de leyes de punto final, obediencia debida e indultos *ut supra*, que en esencia perdonaban las violaciones a los Derechos Humanos y fundamentales, debido a que no se restringió formal ni materialmente a este principio general, en ese contexto se consideraron válidas las leyes referidas.⁹⁹ En tal virtud, se argumentó que no se puede ni se debe irrespetar el principio de legalidad en el trato penal a las personas que estén perdonadas en las referidas leyes, por lo tanto la retroactividad de la

⁹⁹ Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú..., párrafo, 20

ley fue aplicable incluso en casos ya sancionados.¹⁰⁰ Esto limitó la posibilidad de que las víctimas de esos delitos obtuvieran justicia dentro de los países de América Latina.

Estas leyes se suscriben dentro de la categoría de <<vigencia>> que es un concepto diferente de la <<validez>> como de la <<eficacia>>.¹⁰¹ Es decir, que las leyes que perdonaban las violaciones masivas de los Derechos Humanos fueron vigentes sin que necesariamente fueran válidas y eficaces, características que las volvían anulables o inconstitucionales. Sin embargo, la leyes permanecieron vigentes debido a un control débil de constitucionalidad, ya que se defendió la teoría de la validez de las normas lo cual se fundó en el legalismo estricto.¹⁰²

Es así que prevaleció el principio de legalidad sobre el principio de constitucionalidad, lo cual es parte de la teoría clásica del derecho, que según Gustavo Zagrebelsky, ubica al “principio de legalidad [...] como la hegemonía de la burguesía que se expresa en las cámaras de representantes y el retroceso del ejecutivo y de los jueces, que por ser poderes autónomos pasan a estar subordinados a la ley.”¹⁰³ La ley sirve para establecer límites y poner orden, jurídicamente, la ley lo puede todo. En el Estado, la legalidad es el concepto del positivismo.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Ley 23.492 de “Punto Final”, BO 29 de diciembre de 1986, en <http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/justicia.html>

¹⁰¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*,... p. 360

¹⁰² Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*,... p. 360 “Según kelsen las normas son válidas hasta que sean inválidas del modo determinado por el propio ordenamiento jurídico. Para Hart, la validez de la norma interpreta los límites legales ya que su existencia responde a la vigencia impuesta por la función legislativa, de manera que si una norma no se ajusta a ello no existe, cuando en realidad una norma no es nula sino anulable y por consiguiente vigente hasta que sea anulada. Y Bobbio, aunque distingue entre validez formal y validez material, admite que dos normas incompatibles pueden ser ambas válidas, lo cual implica que las normas deben ser declaradas incompatibles en relación con una norma jerárquicamente superior”

¹⁰³ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*, Traducción de Marina Gascón, Madrid, editorial Trotta, 1 ed., 1995, 2 ed., 1997, p. 30.

¹⁰⁴ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*... p. 30.

Según lo señalado por el profesor Zaffaroni, “[...] el realismo jurídico- penal marginal”, que parte de la *deslegitimación* del sistema penal vigente, sobre todo en los países subdesarrollados (que pertenecen a lo que él llama <<margen>>), la causa fundamental de la deslegitimación de tales sistemas se dan por el hecho de que ellos irremisiblemente provocan más violencia que la que previenen, principalmente a través de los abusos represivos, prisiones preventivas que se convierten en penas, y la falta de garantías tanto para el imputado como para la víctima.

En el contexto de las dictaduras de las décadas de los 70s y 80s en América Latina y los autoritarismos de los 80s y 90s *ut supra*, mediante procesos legislativos y decretos ley, crearon normas que perdonaban a los responsables de las violaciones masivas y sistemáticas de los Derechos Humanos e impidieron que se realice investigaciones de los casos. Por su parte, en el sistema jurídico ningún juez pudo, con justicia, presumir a su voluntad una sanción penal contra un individuo que se encontraba protegido por las referidas leyes. En consecuencia, la Corte IDH y organismos internacionales de protección de los Derechos Humanos (Comisión IDH, Corte IDH, Comisiones de Verdad <<*ut supra*>>) consideraron que las referidas leyes y sus efectos en los procesos judiciales constituyen un límite al acceso a la justicia de las víctimas o sus familiares de obtener la información sobre la verdad de los hechos y que se sancionará a los responsables de tales violaciones como parte del derecho a obtener justicia.

Estos organismos como parte de la lucha contra la impunidad desarrollaron el emergente Derecho a la Verdad que en esencia es el derecho de las víctimas *ut supra*, que busca obtener la verdad de los hechos. Sin embargo, sobre este derecho de las víctimas prevaleció el principio *in dubio pro reo* o lo más favorable al imputado o investigado.

Principio, que de forma general, otorga beneficios a los reos, ya sea que nazcan de una ley o interpretación de la misma, en materia penal será siempre el imputado el beneficiario, ya que su condición exige la aplicación del principio *pro homine*.¹⁰⁵

Efectivamente, la situación jurídica de la inocencia prevista en el debido proceso es considerar al ser humano inocente. Esta noción es un presupuesto subjetivo general del derecho al debido proceso, antes y durante el proceso todo ser humano debe ser considerado inocente hasta que no se compruebe su culpabilidad.¹⁰⁶ Su objetivo, por un lado, es investigar la responsabilidad del encausado para definir su culpabilidad o inocencia y, por otro lado, de existir culpabilidad, sancionarlo en un tiempo razonable.

El desenlace del principio *in dubio pro reo* y el Derecho a la Verdad es el de poner fin a la incertidumbre del investigado a igual que de la víctima o de sus familiares. Este hecho se relaciona con los principios de igualdad y temporalidad que permiten adecuadamente establecer, por un lado, la igualdad de derechos y, por otro lado, un plazo razonable para establecer la responsabilidad de un hecho para que no se persiga permanentemente a una persona bajo la premisa de presumir la responsabilidad de un hecho ilícito. Así como la obligación investigar e informar a la víctima sobre la resolución efectiva de un proceso judicial.

En este sentido, los pilares del Derecho Penal deberían ser el principio *in dubio pro reo*, el cual se encuentra íntimamente ligado al principio de legalidad y el Derecho a la

¹⁰⁵ Iván Granja Molina, “Análisis de la Resolución de Inconstitucionalidad de la Detención en Firme por parte del Tribunal Constitucional”, en Revista Foro No. 8 “Derecho Penal”, Quito, Corporación editorial Nacional, 2007, p. 136.

¹⁰⁶ Jorge, Zabala Vaquerizo, “Tratado de Derecho Penal”, Guayaquil Edina 2004. p.204. citado por: Iván Granja Molina, en: “Análisis de la Resolución de Inconstitucionalidad de la Detención en Firme por parte del Tribunal Constitucional”, Revista Foro No. 8 “Derecho Penal”, Corporación editorial Nacional, Septiembre del 2007.p. 136

Verdad que tiene por finalidad de llegar a la igualdad procesal entre víctima y el investigado. De esta forma, el Estado debe generar un equilibrio entre los derechos de los imputados y las víctimas, además de cumplir con sus responsabilidades tales como el deber de realizar una investigación responsable para que el principio de legalidad y sus vinculaciones con los principios de temporalidad, igualdad e *in dubio pro reo* sean satisfechas de forma adecuada, a fin de que en lo posterior, no exista la posibilidad de buscar y que se revisen los procesos, como consecuencia del incumplimiento de ese deber que es el de investigar seria y responsablemente los hechos.

En la actualidad, el principio de legalidad en el sistema constitucional establece una fórmula adecuada de subordinación en relación a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución, sujeción que se reconoce en todas las instancias (Ejecutiva, Legislativa y Judicial), lo cual constituye el reconocimiento emanado por el derecho constitucional.¹⁰⁷

2.1. El principio *Non bis in ídem*.

Históricamente es útil identificar que en Roma se desarrolló el principio conocido como *non bis in ídem* (un mismo delito no funda varias acciones), bajo la denominación *bis de eadem res ne sit actio* que significa “no haya por segunda vez acción acerca de un mismo asunto”, el mismo que deriva del principio de cosa juzgada.¹⁰⁸

En Estados Unidos, en la quinta enmienda se utiliza una terminología particular para reconocer el *no bis in ídem* a nivel constitucional:

¹⁰⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia...* Madrid 1997, p. 30.

¹⁰⁸ Raúl Cárdenas, “*El Principio Non Bis In Idem (Nadie Puede Ser Juzgado, Castigado o Perseguido Dos veces Por el Mismo Hecho)*”, México, editorial Porrúa, 2005, p. 3.

“[...] tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compeliere a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.”¹⁰⁹

En la época de la Revolución Francesa, los tratadistas, Montesquieu y Voltaire incorporaron este principio en el Código Penal Instructivo de 1808, lo cual implicó un cambio radical en el proceso penal, su concepción impedía una persecución penal posterior sobre la base de la misma imputación.

Es así que el *non bis in ídem*, es un derecho fundamental, impide un doble juzgamiento o *investigación* por un mismo hecho. Los tribunales de justicia no pueden ignorar resoluciones anteriores que afecten la esfera jurídica de un inculpado.¹¹⁰ En la relación con este principio y su contenido, se identificará ¿qué regula? y a ¿quién protege?

2.1.1. ¿Qué regula y a quién protege?

El *non bis in ídem*, como principio general,¹¹¹ evita que exista una doble sanción cuando existe las siguientes circunstancias: identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos, finalidad y alcances de la sanción.¹¹² Ha sido empleada para evitar que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no procede ningún

¹⁰⁹ Constitución de los Estados Unidos de Norte América, declarada por Bill of Rights, Virginia, 1791, “Quinta Enmienda” (cursivas fuera del texto), en: http://usinfo.state.gov/esp/home/topics/us_society_values/fundamental_documents/constitution.html

¹¹⁰ Raúl Cárdenas, *El Principio Non Bis In Idem (Nadie Puede Ser Juzgado, Castigado o Perseguido Dos veces Por el Mismo Hecho...* p. 1.

¹¹¹ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, editorial Temis S.A., II Ed., 2002., p. 130

¹¹² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1189-20005

recurso, sea presentada nuevamente ante otro juez, es decir, no se debe resolver dos veces el mismo asunto.¹¹³

Respecto de la acción, es una norma de jerarquía constitucional que es de aplicación directa e inmediatamente no requiere de la normatividad jurídica secundaria para su exigibilidad, siendo su ámbito de acción en razón de la materia, aplicable a todo tipo de resoluciones judiciales o administrativas que hubieren pasado en autoridad de cosa juzgada.¹¹⁴ Para la aplicación del *non bis in idem* se deberá demostrar lo siguiente: i) debe existir identidad objetiva y subjetiva respecto de procesos y/o sanción, es decir que una nueva causa sobre un hecho ya resuelto quebranta el *non bis in ídem* por la aplicación de una doble sanción; y ii) que la identidad del sujeto sea determinada en el proceso ya sancionado con sentencia o resolución con efecto de cosa juzgada.

En este sentido el principio *non bis in ídem* constituye, por un lado, un límite al poder porque comprende la prohibición de sancionar dos veces por la misma causa; y, es una garantía para las personas que se encuentren en una situación de doble sanción al invocar la protección del *non bis in ídem* para poner fin definitivo al o los procesos respecto del investigado.

2.1.2 Alcance del *Non bis in ídem*

¹¹³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia ST 652 -1996.

¹¹⁴ Temistocles García Ponce, “*El Non bis in ídem*”, Publicación de la Revista Judicial virtual del Diario la Hora, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction/contributions/spanish_prosecutors_es.pdf

El hecho y fundamento del *non bis in ídem* se considera integrado al principio de legalidad penal, el mismo que en la Nueva Constitución Política del Ecuador, se reconoce en el artículo 76.7.i el cual dice:

“Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”.¹¹⁵

Conforme las resoluciones del Tribunal Constitucional Ecuatoriano (Sentencias 536-98-RA, 534-2003-RA, 0315-06-RA), se han ido aclarando el alcance del *non bis in ídem*. “Este principio implica la improcedencia de aplicar ***dos sanciones*** por una misma infracción o de ***iniciar un proceso por segunda vez*** por el mismo hecho.”¹¹⁶ El desarrollo de las sentencias implica un avance interpretativo que abarca incluso la prohibición de iniciar un proceso por la misma causa, ya que el texto constitucional hace referencia a la prohibición de sancionar por segunda vez, en un sentido finalista. El avance que proyecta, como se señala, se refiere a la prohibición de iniciar un proceso por segunda vez, específicamente, el inicio de una causa que responde a hechos ya sancionados implica la prohibición de investigación en contra de la persona ya sancionada, en tanto, no cabe denuncia para el inicio de un proceso penal ya que al encontrarse en la fase de instrucción fiscal lleva a argumentar de que existen dos procesos penales por los mismos hechos, contra el mismo sujeto.

El Principio *non bis in ídem*, consagrado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el artículo 20, de modo general, establece: “nadie puede ser juzgado por aquellos delitos por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la misma Corte u

¹¹⁵ Constitución de 1998 artículo 24.16. “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa.”

¹¹⁶ Tribunal Constitucional Ecuatoriano, sentencia Nro. 534-2003-RA. (Negritas y cursivas son mías).

otro Tribunal.”¹¹⁷ El referido cuerpo normativo permite un nuevo proceso en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del mismo artículo, que establece las excepciones del principio *non bis in ídem*, es decir, describe las circunstancias por las cuales es posible volver a juzgar a una persona siempre y cuando en el proceso anterior que realizó otro tribunal concurren las siguientes circunstancias: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o, b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el Derecho Internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia. Esta situación que la Corte identifica, es realmente excepcional ya que se presume que las instituciones judiciales actúan con independencia e imparcialidad y aplica las garantías básicas del debido proceso.

Estas excepciones operan cuando un Estado busca sustraer al acusado de su responsabilidad penal o no instruye el proceso en forma independiente e imparcial o cuando por las circunstancias del caso el enjuiciamiento que se hizo demuestra ser incompatible con la intención de someter al inculcado a la acción de la justicia. A su vez, se aclara que si una persona ya fue juzgada bajo las reglas del debido proceso no volverá a serlo por segunda vez, sólo por excepción habrá lugar a un nuevo juicio cuando se den las circunstancias señaladas anteriormente.

2.1.3. *Non bis in ídem* y Cosa juzgada.

¹¹⁷ Tribunal Constitucional de Ecuador, sentencia Nro. 005-2000-CI. “Ecuador suscribió el Estatuto de Roma el 07 de octubre de 1998 y ratificó el 01 de julio del 2002”

La cosa juzgada, para efectos de la exigibilidad del *non bis in ídem*, justifica los siguientes hechos jurídicos: i) en la sentencia que existe cosa juzgada se reconoce que un hecho fue investigado y resuelto; ii) el fallo en el cual se haya formado la cosa juzgada, resuelve la situación de una persona determinada, esto constituye el segundo presupuesto para que la garantía del *non bis in ídem* pueda ser invocada; y; iii) la cosa juzgada adecuadamente suspende el inicio de un nuevo proceso sobre el mismo hecho.

En consecuencia y conforme lo referido por *Manzini*, la regla del *non bis in ídem* representa uno de los efectos inherentes a la fuerza preclusiva de la autoridad de cosa juzgada.¹¹⁸ Que en esencia forma dos efectos jurídicos: el primero, respecto de la persona perjudicada, una garantía para la exigibilidad del principio del *non bis in ídem*; y segundo, la imposibilidad de violentar la cosa juzgada.

2.2 La Cosa juzgada.

Los vocablos “cosa juzgada”, provienen del latín *res iudicata*. Lo que significa que: lo que ha sido juzgado o resuelto.¹¹⁹ Al respecto, Couture dice: “La cosa juzgada es el fin del proceso”.¹²⁰ De esta manera, este autor afirma que entre el proceso y la cosa juzgada existe la misma relación que entre el medio y el fin, en consecuencia, sin proceso, no hay cosa juzgada. Para Davis Echeandía, la cosa juzgada es una institución de derecho y de orden público, afirma que el juez no influye en la formación de la cosa juzgada ni en sus

¹¹⁸ Raúl Cárdenas, *El Principio Non Bis In Idem (Nadie Puede Ser Juzgado, Castigado o Perseguido Dos veces Por el Mismo Hecho...* p. 74

¹¹⁹ Azula Camacho, *Teoría General del Proceso: en Manual de Derecho Procesal*, Tomo 1, Bogotá, editorial Temis S.A. 8ª ed., 2002, p. 357.

¹²⁰ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, editorial Depalma, 3ª ed., 1964, p. 411.

efectos.¹²¹ Estas consideraciones se deben a que el Estado, mediante regulación legal, crea e impone la cosa juzgada.

Las sentencias y decisiones definitivas con carácter de cosa juzgada tienen un mandato singular y concreto que es imperativo y obligatorio, no por emanar de la voluntad del juez, sino por la voluntad de la ley. A la cosa juzgada se le agrega además una característica de inmutabilidad y la definibilidad, que son propios de sus efectos.¹²² Por estas razones, cuando a las sentencias se les otorga el valor de cosa juzgada se prohíbe revisar su decisión, ni pronunciarse en lo posterior sobre su sentido ya sea en el mismo o en otro proceso, así sea en el mismo sentido.

2.2.1. Naturaleza de la Cosa Juzgada.

Sobre la naturaleza, Couture dice: “[...] la cosa juzgada es un instituto de razón natural, impuesto por la esencia misma del derecho y sin el cual sería ilusorio; sin él la incertidumbre reinaría en las relaciones sociales, el caos y el desorden constituirían lo habitual en los fenómenos jurídicos.”¹²³ A lo largo de la historia, varias teorías se han discutido sobre la naturaleza de la cosa juzgada para determinar su entender, brevemente identificaremos estas concepciones, las cuales pueden agruparse en cuatro:

- a) Teorías de la presunción y ficción de la verdad. Suponen que la sentencia posee verdad,¹²⁴ debido a que la cosa juzgada no es sino la consecuencia lógica de la

¹²¹ Hernando Davis Echeandía, *Teoría General del Proceso*, Compendio del Derecho Procesal, Tomo I, Bogotá, editorial Biblioteca jurídica Dike, 12a. ed., 1987, p. 495.

¹²² Hernando Davis Echeandía, *Teoría General del Proceso*, ... p. 494

¹²³ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*,... p. 405.

¹²⁴ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*... p. 408.

certeza en las relaciones jurídicas y a su vez emana del llamado contrato judicial.¹²⁵

Estas teorías fueron reconocidas por el Código Napoleónico, que reconoció la inmutabilidad a la sentencia volviendo a decisión, definitiva.¹²⁶ Savigni, por su parte, en la teoría de la ficción de la verdad, dice: que es mejor aceptar que toda sentencia, justa o injusta, contiene la verdad como una simple ficción y no como una presunción. Las teorías citadas fueron negadas por las doctrinas modernas porque asumen que las sentencias recogen la realidad de los hechos cuando podría no ser así, ya que puede existir error procesal o deficiencia de prueba y mala fe al pronunciar la sentencia.

b) La teoría contractualista, se originó en el derecho romano, considera que los contratos existentes entre las partes, producen efectos de cosa juzgada.¹²⁷ El derecho procesal moderno rechaza esta teoría porque no cabe el supuesto de que los contratos posean la imperatividad e inmutabilidad de la cosa juzgada, ya que este hecho jurídico impediría que los contratos sean revisados por los jueces.

c) Las teorías modernas, conforme los estudios de Davis Echeandía, cuentan con representantes de las escuelas italiana y alemana, consideran dos tendencias: una material y otra procesal.

c.1) *La Teoría materialista* considera a las sentencias, como hechos jurídicos material y no procesal. Resalta los efectos jurídicos de las sentencias como productos de negocios jurídicos, lo cual otorgaría derechos subjetivos y no se limitaría a declarar el derecho objetivo. Esta doctrina desconoce el carácter

¹²⁵ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil...* p. 408. “su primer expositor fue (Pothier)”

¹²⁶ Hernando Davis Echeandía, *Teoría General del Proceso...* p. 490.

¹²⁷ Azula Camacho, *Teoría General del Proceso: Manual de Derecho Procesal...* p. 358.

declarativo de las sentencias y afirma que la cosa juzgada se concentra en la fuerza de ejecución que complementa a las sentencias, las cuales, materialmente, generan derechos subjetivos que deben ser reparados. Esta teoría es defendida por Pangenstecher, Wach, Kohler y otros.¹²⁸

c.2) *La Teoría procesalista* afirma que la cosa juzgada se limita al campo procesal, específicamente hace referencia a sus efectos procesales. Es así que reconoce, en la cosa juzgada, la certeza contenida en las sentencias con carácter obligatorio e indiscutible, que impide una nueva sentencia diferente y niega, por lo tanto sus efectos. Fue creada por Hellwing y luego sostenida por Stein, Goldschmidt y Rosenberg.¹²⁹ Se puede afirmar que son indispensables para la cosa juzgada las atribuciones que le otorga la teoría procesal, ya que sin la obligatoriedad, el cumplimiento del fallo se dificultaría y sin la certeza, el fallo se revisaría una y otra vez condenando al proceso a no culminar jamás.

d) *La doctrina italiana moderna.* Esta doctrina es presentada principalmente por Chiovenda, Rendin y Calamandrei, quienes consideran que la cosa juzgada es un efecto de la sentencia (no de la voluntad del juez); en cambio, Carnelutti, Rocco y Liebman¹³⁰ la consideran más técnicamente como un efecto que surge de la voluntad de la ley. De esta forma, la cosa juzgada se divide en material y formal. La primera, conocida como cosa juzgada sustancial, implica la absoluta inmutabilidad de la sentencia en firme, no ya dentro de un proceso determinado, sino ante cualquier otro proceso y en relación con

¹²⁸ Hernando Davis Echeandía, *Teoría General del Proceso...* p. 490.

¹²⁹ Hernando Davis Echeandía *Teoría General del Proceso...* p. 490.

¹³⁰ Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal*, ed, t. II num. 78; Redenti: *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires 1957, t. I, num 15; Calamandrei, *Sistemas*, Buenos Aires, 1994. p. 157, 154; Rocco, *Tratado*, Torino, 1966, t. II. Cap. VII, p. 308-354, Leibman, *Eficiencia y Autoridad de la Sentencia*. Citado por Hernando Davis Echeandía, *Teoría General del Proceso...* p. 492.

cualquier motivo o fundamento, pues a ella se accede por el agotamiento de todas las posibilidades procesales y supone, por tanto, que la actividad jurisdiccional del Estado se desplegó íntegramente en relación con la materia debatida. Mientras que la segunda, no permite volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado dentro del mismo proceso, los mismos hechos y fundamentos que motivaron tal resolución.¹³¹

2.2.2. Configuración y efectos de aplicación del principio de la cosa juzgada.

Una vez reconocida la existencia de la cosa juzgada de la misma manera que se identifica su naturaleza que emana de la ley, la cual confirma su validez, es indispensable a su vez establecer cuál es su funcionamiento en el derecho. En relación con las teorías señaladas en el tema anterior, podemos observar que a través del tiempo se ha ido perfeccionando el concepto y la definición de la cosa juzgada, identificándola como una institución jurídica que por un lado, produce un efecto procesal material que va más allá de las consecuencias de reconocimiento de hecho; y, por otro, que la cosa juzgada se deriva de las sentencia y providencias definitivas que ponen fin a un proceso. La cosa juzgada tiene una doble función, la de exigir el cumplimiento subjetivo del derecho y la de no volver a sancionar por el mismo hecho (*non bis in ídem*). Los efectos de la cosa juzgada son

¹³¹ Corte Constitucional Colombiana, sentencia, C-543-92.

consecuencia de de la necesidad de su inmutabilidad y definitividad, en este sentido Rocco dice: “eso no puede significar que no sean efectos jurídicos emanados de la ley”.¹³²

Para que se declare la cosa juzgada, es necesario que existan providencias que ponen fin a un proceso. Es decir, que las cundo definitivamente “se determine de los derechos y obligaciones [...], que asegurarán el derecho al debido proceso”¹³³ ya que “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso [...]”¹³⁴ necesarias para que se forme la cosa juzgada. Cabe especificar que en cada proceso existen circunstancias particulares que se resuelven, tales como: un derecho que se encuentra en contradicción o si existe un incumplimiento civil, así como definir si un bien jurídico se vulneró o no, o si existe un culpable a quien se le debe otorgar una sanción. El proceso que concluya con una sentencia o con una providencia que posea efectos de cosa juzgada constituye una decisión definitiva.

Los efectos de la cosa juzgada son relativos en todas las legislaciones, ya que señalan, a través de la ley, limitaciones expresas para casos específicos. Sin embargo, en materia penal, la absolución de la condena tiene siempre efectos *erga omnes*. El efecto procesal y sustancial de la cosa juzgada es aplicable simultáneamente a su inmutabilidad y definibilidad, ya que operan de manera análoga, la una es consecuencia de la otra.

¹³² Rocco, Tratado, Torina, 1966, t. II. Cap., VII, p. 308-354, citado por Hernando Davis Echeandía, *Teoría General del Proceso...* p. 492

¹³³ Nueva Constitución Política del Ecuador. Art. 76

¹³⁴ Nueva Constitución... Art. 169

La inmutabilidad, primero impone a los jueces, tanto a quienes dictaron la sentencia definitiva o a las providencias con similar efecto, como a los demás, la prohibición de revisar el fondo de las pretensiones que han sido materia de la sentencia.¹³⁵ La cosa juzgada expresa la suspensión definitiva del proceso, se impone la obligación de abstenerse de revisar el proceso a los jueces que conocieron la causa como a los de mayor jerarquía. Igualmente, en materia penal si se inicia una investigación sobre hechos ya resueltos por sentencia con fuerza de cosa juzgada, se debe ordenar la cesación de la investigación respecto del procesado.

La definibilidad, declara la certeza contenida en la sentencia, hace que sea indiscutible el fallo en nuevos procesos, por eso les otorga a las partes el mismo derecho y les impone igual obligación, que emanan como un efecto procesal intrínseco a lo dispuesto por el juez. En materia penal, la sentencia no puede ser más que obligatoria o absolutoria.

Fundamento y razón jurídica de la cosa juzgada según Davis Echeandía, en su obra *Teoría General del Proceso*, señala que el fundamento y razón jurídica de la cosa juzgada se relaciona con la inmutabilidad y su definibilidad, ya que es aplicable tanto a los jueces como a las partes, ésta en la potestad jurisdiccional del Estado, de la que emana el poder suficiente de imponer, en la forma como el legislador lo desee a través de la ley, los efectos y eficacia de la sentencia definitiva y de otras providencias a las cuales se otorgue los mismo efectos de cosa juzgada. Así como es deber del Estado que las partes sometidas a un proceso tienen derecho a obtener una sentencia, de la misma manera les impone la prohibición de pretender otro proceso para obtener una nueva sentencia de fondo cuando existe cosa juzgada sobre la pretensión.

¹³⁵ Hernando Davis Echeandía, *Teoría General del Proceso...* p. 496.

Un límite a la cosa juzgada en materia penal consiste en identificar el objeto de la sanción para que no se pueda formular una nueva imputación penal en razón de los mismos hechos. De ocurrir la circunstancia señalada sobre el mismo imputado o sindicado, habrá cosa juzgada.

2.2.3. Razón de ser de la cosa juzgada.

La existencia de la cosa juzgada se debe a que los procesos judiciales no pueden durar eternamente y, por lo tanto, es necesario que lleguen a un punto en el cual deben concluir.¹³⁶ Es decir, que los procesos no pueden ir más allá. En algunos, casos existe un final por agotamiento y otros por obtención del objeto investigado expresado en una resolución. En este sentido, la cosa juzgada se relaciona, a su vez, con el principio de temporalidad y celeridad de los procesos, ya que exige del cumplimiento de un debido proceso para llegar al final mediante una resolución, lo cual comprueba que el proceso no continúa más en la fase investigativa.

Cuando mediante sentencia o providencias se pone fin a un proceso se debe formar la cosa juzgada, sin embargo no todas las sentencias y providencias hacen tránsito de cosa juzgada. En este sentido, se debe tomar en cuenta, a su vez, que las resoluciones pueden ser revisada por un órgano superior siempre y cuando se interpongan recursos verticales dentro de los plazos determinados por la ley, tales recursos son: el de apelación y recurso de nulidad así como los recursos horizontales como el de ampliación y aclaración. Las

¹³⁶ Francesco Carnelutti, *Las Miserias del Proceso Penal*, Santa Fe de Bogota, editorial Temis S.A., segunda reimpresión, 1997, p. 78.

consecuencias que producen estos recursos exclusivamente suspenden los efectos de cosa juzgada. Igualmente, deben cumplir en un plazo razonable, ya que la cosa juzgada se encuentra suspendida y este hecho no se puede extender por un tiempo prolongado, en tanto la cosa juzgada no puede surtir efectos materiales, por razones de fondo, es decir que aun derecho debe ser discutido por un tribunal de mayor especialidad, mediante la apelación de las sentencias, así como por razones procesales, en el caso de la nulidad, que aún son materia discutible y por lo tanto revisable por el órgano superior.

Estas circunstancias se relacionan con la razón de ser de la cosa juzgada, ya que ésta se forma en este caso por agotar los recursos que buscan una resolución en la cual no existan errores. Así por ejemplo, la naturaleza del recurso de casación revisa el fallo impugnado para verificar si se ha violado o no alguna Ley. En virtud de su naturaleza, no realiza nuevas apreciaciones de la prueba.¹³⁷ Es decir, que de no existir error en la norma que se aplicó, en este caso se producirá cosa juzgada. Igualmente, el recurso extraordinario de revisión procede una vez que existe sentencia ejecutoriada, el cual tiene por objeto revisar los errores cometidos por el juzgador en cuanto a los errores, siempre y cuando sea que la posterior resolución beneficie al reo.

2.2.4. En qué casos se reconoce excepciones a los efectos de la cosa juzgada.

El tema central es identificar, en qué casos la cosa juzgada particularmente reconoce excepciones a sus efectos, para lo cual es indispensable señalar límites temporales y la

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia Ecuador Sala Penal, *Recurso de Casación*, <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Gacetajudicial5.3.html>

retroactividad de las sentencias. Estos son aspectos que se relacionan con la posibilidad de volver a discutir la sentencia, lo cual abarca un problema inherente a la naturaleza y principalmente a la eficacia de la cosa juzgada.¹³⁸

2.2.4.1. Límites de la cosa juzgada.

Los límites temporales de las sentencias se relacionan con la cosa juzgada. Poseen, según Juan Carlos Hitters, un concepto que establece el límite de temporalidad de las sentencias, ya que la “cosa juzgada” depende del tiempo en el cual existe la posibilidad que un fallo pueda ser alterado, lo cual hace necesario revisar la cronología de la cosa juzgada.

La cosa juzgada está sujeta a dos límites:

- a) *Límite objetivo*: Consiste en que la cosa juzgada se extiende sólo a los hechos objeto de la acusación y posterior juicio, no así a la calificación jurídica que se hace del hecho sino al *factum*, colocado como objeto de investigación.¹³⁹ Este se compone de dos elementos: *i*) la identidad de la cosa u objeto (pretensión material del proceso), la cual tiene por efecto impedir que se vuelva a juzgar por la misma causa; y *ii*) identificar la causa *petendi* (en lo civil, comercial, laboral y contencioso-administrativo) o de la causa *imputandi* (materia penal), la cual impide que se abra un nuevo proceso.¹⁴⁰

¹³⁸ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil...* p. 414.

¹³⁹ Augusto Ibáñez Guzmán, *Cosa Juzgada y el Non Bis In Ídem en el Sistema Pena*, en, *El Sistema Penal En el Estatuto de Roma*, Bogotá, editorial Universidad Externado de Colombia, 1. ed., 2003, p. 426.

¹⁴⁰ Hernando Davis Echeandía, *Teoría General del Proceso...* p. 499

b) *Limite subjetivo*: La sentencia no produce efectos sino entre las partes. En materia penal existen circunstancias con particularidades, que por lo general relacionan a las partes procesadas e imputadas, es decir sujetos pasivos del proceso. En esta materia, hay que distinguir entre el efecto puramente penal de la cosa juzgada y el efecto civil referente a los daños morales y materiales causados por el delito.¹⁴¹ El primero se refiere al sujeto físico que debe ser o es juzgado; en cambio, el segundo es el efecto que se vincula a los perjuicios, multas o sanciones económicas de otra clase. La sanción previa de ésta no suspende la sanción penal, es decir, que las sentencias sobre daños y perjuicios causados por un delito no impiden que un juez pueda sancionar al imputado de un delito.

La cosa juzgada y sus particularidades, en materia penal, prevé el principio *in dubio pro reo*, expresado como un beneficio al culpable. Como ya indicamos, es una guía de aplicación de las normas para emitir una sanción. A su vez, este principio se relaciona con los límites de temporalidad de la cosa juzgada en esta materia, ya que, en virtud de este principio, se podría suspender en cualquier tiempo los efectos de la sentencia, como es el caso de la creación de una ley posterior que suspenda la sanción de una conducta. En este caso, la sentencia podría ser revisada para que, con efectos retroactivos, se beneficie a los sancionados por esa conducta.

El recurso extraordinario de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas y su objeto, por lo general, es subsanar los errores cometidos por el juzgador. Esto se consagra en los artículos 359 y 360 del Código Procesal Penal Ecuatoriano. Estas normas prevén las siguientes circunstancias para activar este recurso: i) cuando la sanción se funda en un

¹⁴¹ Hernando Davis Echeandía, *Teoría General del Proceso...* p. 506

hecho que no responde a la realidad; *ii*) cuando la sentencia se haya dictado en virtud de documentos y testigos falsos; *iii*) si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que, por ser contradictorias revelen que una de ellas está errada; *iv*), cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se le condenó; *v*), cuando se haya promulgado una ley posterior más benigna; y *vi*) cuando no se hubiere comprobado, conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia.

En el mismo sentido se manifiesta, la tendencia de proteger al reo de una causa que haya sido sentenciado siendo inocente. De igual manera, se indica que el recurso de revisión para su procedencia debe ser preciso, exacto, capaz de dar la certeza que existe motivación suficiente para establecer las causales de su procedencia.¹⁴² La ley exige que el recurrente exhiba prueba fehaciente y sin lugar a dudas para que sea factible desvirtuar la "autoridad de la cosa juzgada", por eso la simple enunciación de hechos no constituyen suficientes elementos de juicio para la finalidad perseguida, ya que el sistema judicial debe, como fin último, generar seguridad jurídica.

2.2.4.2. Retroactividad de las sentencias.

En principio, toda resolución es para el futuro, de allí que tenga vigencia a través de su nacimiento. El tiempo intrínsecamente considerado, dice Guaps, es irreversible.¹⁴³ Sin

¹⁴² Sentencia Corte Suprema de Justicia Ecuador, Recurso de Revisión Juicio penal de tránsito seguido a Juan Paucar Abedeano.

¹⁴³ Guaps, citado por Juan Carlos Hitters, *Revisión de la Cosa Juzgada*, 3.La Palta, Editorial Librería Platense, 2ª ed. 2001, p. 142-143

embargo, resulta posible que situaciones anteriores consideradas por el fallo a partir de cierto momento, tomen un enfoque distinto del que hasta entonces se sostenía; o bien es factible que respetando las estimaciones anteriores se les consideren alteradas en lo posterior. En estos casos se habla de retroactividad de las sentencias.

2.2.4.3. Ultractividad de las sentencias.

El presente tema trata acerca de la modificación del fallo en el tiempo, ésta circunstancia suele darse en dos casos durante la vida futura del pronunciamiento, los cuales son: *i*), el cumplimiento de una condición,¹⁴⁴ la cual depende del suceso de un evento futuro; y, *ii*), el cumplimiento de un plazo, en este caso se suspenden los efectos al cumplimiento de un plazo determinado, por ejemplo pagar hasta determinada fecha. Estos efectos de las sentencias, se relacionan con la temporalidad de la cosa juzgada.

2.3. Cosa Juzgada y Seguridad jurídica.

La cosa juzgada tradicionalmente ha poseído efectos de carácter inmutable, intangible, definitivo, indiscutible y obligatorio de los fallos cuando se han dado los trámites y se han cumplido las condiciones y requisitos previstos por la ley, como el debido proceso. El fin primordial de este principio radica en impedir que la decisión en firme sea objeto de nueva revisión o debate, o de instancias adicionales a las ya cumplidas, o que se

¹⁴⁴ Juan Carlos Hitters, *Revisión de la Cosa Juzgada*, 3.La Palta, Editorial Librería Platense, 2ª ed. 2001, p. 143-144

reabra el caso judicial dilucidado mediante el fallo que reviste ese carácter, con total independencia de su sentido y alcances, dotando de estabilidad y certeza las relaciones jurídicas y dejando espacio libre para que nuevos asuntos pasen a ser ventilados en los estrados judiciales.¹⁴⁵

La cosa juzgada confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto. Se funda en el principio de la seguridad jurídica, que según las sentencias No.- 835-2003 TC y 00118-98 TC, del Tribunal Constitucional ecuatoriano, dice: “La Carta Política Ecuatoriana (de 1998), en el numeral 26 del Art. 23. La *seguridad jurídica es el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de Derecho; implica la convivencia jurídicamente ordenada, la certeza sobre el derecho escrito y vigente, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica. Es la confiabilidad en el orden jurídico, la que garantiza <<...la sujeción de todos los poderes del Estado a la ley y aplicación uniforme de la misma, la constancia, precisión y previsibilidad del derecho como protección de la confianza...>>. Las Constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones como: el principio de la legalidad: no hay pena sin ley; la publicidad de las normas; la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; la responsabilidad de la arbitrariedad de los poderes públicos; la fuerza de cosa juzgada de las sentencias judiciales: las resoluciones que emanen de ellas sean posibles de cumplir y no algo imposible; el debido proceso, la igualdad ante la ley, que equivale a tratar de la misma manera hechos iguales”.*¹⁴⁶

¹⁴⁵ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-543-1992.

¹⁴⁶ Tribunal Constitucional del Ecuador, sentencias No. 835-2003 TC y 00118-98 TC.

En el Estado de Derecho es indispensable la sujeción del orden y la seguridad jurídica a la ley, por lo tanto, es necesario que el Estado actúe dentro de los parámetros de la ley, este principio se considera como un límite al poder. Es de gran importancia para el sistema jurídico resaltar los logros conseguidos por el Estado de Derecho y señalados en los principio de legalidad, *non bis in ídem* y cosa juzgada.

2.4. *Non bis in ídem* y Cosa juzgada en el Estado Constitucional.

En el Estado Constitucional, los principios anteriormente mencionados son revisados sin llegar a ser restringidos, reconociendo su desarrollo e importancia para el funcionamiento del mismo. La revisión de estos principios busca generar una dialéctica en latitudes espaciales más amplias entre los principios constitucionales y los principios de legalidad, *non bis in ídem* y cosa juzgada. El objetivo es que las normas actúen adecuadamente en relación y uniformidad a los valores y principios constitucionales, las cuales son guías interpretativas para la aplicación de la ley positiva buscando la formación de la seguridad jurídica que tiene como fin último la justicia.

“La Resolución No. 148-29-CP de 13 de Julio de 1992, con la que el *Tribunal Constitucional* no está de acuerdo con lo antes resuelto, pero que tiene plena validez, porque fue aprobada por órgano competente y tiene el valor de *Cosa Juzgada* y que por tanto el Tribunal no puede, sobre esa misma materia emitir pronunciamiento, nótese que respetando la validez de dicha resolución”. A fin de que se forme la seguridad jurídica y se confié en la justicia ecuatoriana”.

El derecho de nuestro tiempo posee un cambio genético de la ley con la fórmula del constitucionalismo el cual afecta la posición de la ley, estableciendo una relación de subordinación a un estrato más alto de Derecho Constitucional.

El Derecho Penal forma parte del Derecho Constitucional y esta relación ha generado un vínculo fuerte recogido en las jurisprudencias del Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de Justicia de Argentina, los cuales son ejemplos de un precedente que vincula los Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Derecho Penal en sus decisiones. En este sentido, se aclara que el Derecho Penal no se somete únicamente a la ley expresada en un acto normativo, sino, de forma permanente a los principios constitucionales los cuales se fortalecen en el sistema internacional para generar derechos que tiendan a la igualdad, en el presente caso específico a la igualdad procesal entre imputado y víctima. En el caso del primero, hemos revisado un conjunto de principios que se relacionan con normas que finalmente deben otorgar beneficios a los reos de un proceso; en el caso de las víctimas, la presente tesis, que recoge los desarrollos del Derecho Internacional, propone un derecho para las víctimas como es el Derecho a la Verdad que en el tercer capítulo se demostrará, su indispensable incorporación a los sistemas jurídicos nacionales.

3.- Capítulo III:

El Derecho a la Verdad y su Problemático Reconocimiento.

En el presente se identificarán las formas en que los principios de legalidad, cosa juzgada y *non bis in ídem* se relacionan con el emergente Derecho a la Verdad. En este

sentido, se describirán las complicaciones y los obstáculos que el emergente Derecho a la Verdad ha superado, tanto en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, así como los límites que son impuestos por los diferentes sistemas de justicia penal internos. Finalmente, se proyectarán las diversas soluciones que se han presentado en los diferentes países de la región latinoamericana.

El Derecho a la Verdad surge de un amplio margen de impunidad y crisis en el sistema de justicia penal en América Latina *ut supra*, consecuencia de las violaciones a los Derechos Humanos y fundamentales. Este nuevo derecho plantea: i) que se revisen las sentencias en firme dictadas por encima de la verdad material, ii) la posibilidad de investigar hechos de forma seria y responsable; y, iii) evitar la impunidad y la desprotección de las víctimas.

El Derecho a la Verdad, como derecho de las víctimas, obliga el replanteamiento de la visión clásica del derecho procesal penal, el mismo que en esencia posee principios tradicionales a favor del imputado. En este sentido, se considerará su inevitable contacto con los principios de legalidad, *non bis in ídem* y cosa juzgada, que en el sistema de justicia son garantías procesales indispensables para la formación de la seguridad jurídica. La cosa juzgada y el *non bis in ídem*, son principios que, en su conjunto, garantizan que las decisiones en firme pasadas por autoridad de cosa juzgada no sean abiertas salvo la excepción del recurso de revisión que se plantea a favor del imputado. El Derecho a la Verdad busca ampliar la significación tradicional del derecho penal, en relación con las víctimas, el cual basa su desarrollo principalmente en la validez de la norma penal y en el principio *in dubio pro reo*. El propósito del Derecho a la Verdad es generar la igualdad

procesal proporcional entre las partes sometidas a un litigio penal,¹⁴⁷ a fin de que rija por el principio *pro homine*, el cual tiene dos variantes: *i*) preferencia interpretativa, según la cual el juez ha de elegir la interpretación que más optimice un derecho fundamental; y *ii*) la elección de normas para la aplicación de un caso concreto, buscará cristalizar los más altos principios y valores de la vida democrática y republicana reconocidos en un sistema jurídico. En consecuencia, deberá elegir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa.¹⁴⁸

La Corte IDH, mediante *opinión juris* y jurisprudencia *ut supra*, ha desarrollado el emergente Derecho a la Verdad y de forma contundente ha cuestionado las resoluciones de los órganos de justicia nacionales de diferentes países, específicamente en los delitos de desaparición forzada, tortura y detenciones sin proceso, ya que constituyen violaciones a los Derechos Humanos. La crítica de la Corte IDH afecta a los procesos judiciales, en los cuales las investigaciones no habían generado resultados eficaces a las sentencias y decisiones definitivas que ponían fin a los procesos (sin responsables de los delitos, ni información a las víctimas sobre la transparencia de los procesos), así como de las leyes de amnistía que obstaculizaron la realización de la justicia. Estos procesos se ven afectadas, ya que la Corte IDH ha ordenado que: *i*) se realicen procesos serios de investigación, en este sentido se revisen los procesos judiciales, a fin de proporcionar la verdad de los hechos

¹⁴⁷ Ramiro Ávila Santamaría, “¿Pueden los Juzgadores Penales Inaplicar el Código Penal? (reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales)”, en Revista de Derecho Foro, No. 8 UASB-Ecuador /CEN. Quito, 2007. P 57

¹⁴⁸ Miguel Carbonell, *La Interpretación de los Derechos Fundamentales, Ius et Praxis*, 2004, vol.10, no.1, p. 409-417, disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100012&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012.

“la preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos”.

a las víctimas; *ii*) se sancione a los responsables; y, *iii*) se declaren inconstitucionales las leyes de amnistía.

Desde luego, el Derecho a la Verdad, en los casos en los cuales ya se ha producido la impunidad, quiebra la seguridad jurídica en tanto que mengua la cosa juzgada, que tiene su máxima expresión en el valor justicia, cuya finalidad es generar confianza en el sistema de justicia. A diferencia de su reconocimiento y permanencia en el ordenamiento jurídico, en este sentido, busca la armonía y la complementariedad con la seguridad jurídica. A partir del Estado, se plantea que los principios de la cosa juzgada (*res iudicata, lo dicho por el juez se tendrá por verdad*), legalidad y *non bis in ídem* deben ser fortificados, lo cual implica plantear su función y utilidad. Una de las alternativas que se plantea en América Latina es el constitucionalismo, que implica que en el sistema de justicia, por un lado, mantenga la tradición y respeto de la legalidad; y por otro, que los principios de legalidad, cosa juzgada y *non bis in ídem*, se adecúen a los principios constitucionales, los cuales deben “guardar la integridad y supremacía de la Constitución”¹⁴⁹ a fin de llegar a la seguridad jurídica a través de la realización efectiva de la justicia.

En relación con las leyes de amnistía, punto final y obediencia debida, creadas para perdonar a los autores de crímenes de “lesa humanidad”,¹⁵⁰ estas influyeron directamente en decisiones judiciales que disponían el archivo, las prescripciones y los sobreseimientos definitivos de las referidas causas. Estas decisiones, al hacer, tránsito de cosa juzgada, activan los principios de seguridad jurídica e inmutabilidad de las decisiones. Éstos, al

¹⁴⁹ Eduardo Cifuentes Muñoz, “*Jurisdicción Constitucional en Colombia*” En: Artículos de Doctrina, revista-praxis@utalca.cl

¹⁵⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 7 “Exterminio masivo de personas, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales.

colocarse en contacto con la garantía negativa de la imposibilidad de ser juzgado varias veces por el mismo hecho (*non bis in ídem*), se confrontan con la proyección del Derecho a la Verdad. La cosa juzgada, sus excepciones, la protección a la víctima y la proyección del Derecho a la Verdad fueron argumentos del todo atendibles, en el marco internacional y en el ámbito interno.

3.1. Obstáculos judiciales y el deber de investigar de los Estados.

La Corte IDH, de manera reiterada se ha pronunciado que no son admisibles las prescripciones, las amnistía “o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de Derechos Humanos”.¹⁵¹ Además, ha establecido que: “de acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los Derechos Humanos”.¹⁵²

La CIDH, para la admisibilidad de los casos en los cuales existe una posible violación a los Derechos Humanos, según el artículo 46.1 y 2 de la Convención, establece lo siguiente: Para que la petición o comunicación presentada conforme los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión se requerirá:

¹⁵¹ Diego García Sayán, *Corte Interamericana y Tribunales Internos*, en: Corte Interamericana un Cuarto de Siglo, San José de San José de Costa Rica (1979-2004) ed., 1, 2005, p. 356.

¹⁵² Corte IDH, Caso Bulacio contra Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo, 117.

1) Que se haya interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme los principios del derecho internacional generalmente reconocidos;¹⁵³

2) Circunstancias en las cuales el requisito anterior no se aplica cuando: *i*) no exista o no contempla en la legislación interna del Estado parte el debido proceso para la protección legal del derecho o derechos que se alegan han sido violados; *ii*) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y, *iii*) que haya retardo injustificadamente la decisión de los mencionados recursos.¹⁵⁴

Uno de los fundamentos esenciales de las referidas normas es respeto del principio de igualdad soberanía nacional, así consagrado por la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2.1). El cual en interpretación de la Corte Constitucional de Colombia expresa, que “la <<soberanía>> en las relaciones internacionales, significa <<independencia>>, y que como tal, consiste en la facultad de ejercer, dentro de un determinado territorio y sobre sus habitantes, las <<funciones de un Estado>>.”¹⁵⁵

La regla del agotamiento previo de los recursos se basa en el principio de que el Estado debe estar en las condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno. El efecto de esta norma es asignar la competencia a la CIDH a fin de que se logre una solución a los conflictos ocasionados en relación con las violaciones de los Derechos Humanos. De no ocurrir tal circunstancia, la CIDH presentará el caso ante la Corte IDH, la cual posee un carácter esencialmente subsidiario.¹⁵⁶ Este hecho

¹⁵³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, Del 10 de Agosto de 1990, párrafo, 14.

¹⁵⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90... párrafos, 14, 15 16 y 17.

¹⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia sentencia, C1189-2000, en <http://www.constitucional.gov.co/corte/>

¹⁵⁶ Opinión consultiva No. 39/96 Argentina, caso No. 11.673, 15 de octubre de 1996.

implica un conflicto jurídico interno ya que en el Estado se asume que el caso ya ha sido sancionado mediante resolución definitiva, y por lo tanto la obligación negativa de no volver a investigar ni a sancionar esos casos (*non bis in ídem*), ya que este hecho sacrificaría los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, que sobre todas las decisiones judiciales definitivas operan y al ser reabiertas las causas ya sancionadas definitivamente se causaría una absoluta incertidumbre que desdibujaría los mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos a nivel interno.¹⁵⁷

3.1.1. Obstáculos jurídicos internos en Argentina, Honduras, Bolivia, Chile y Perú.

3.1.1.1 Argentina.- Entre 1976 y 1983, etapa conocida como “Guerra Sucia”, fueron presentados ante los tribunales argentinos numerosos recursos de Habeas Corpus y demandas de privación ilegítima de libertad, con el fin de obtener información sobre el destino y paradero de miles de personas desaparecidas por la dictadura militar y de las detenciones sin proceso de personas confinadas en el Centro de Detención Clandestina Escuela Superior de Mecánica de la Armada (E.S.M.A). Ante la respuesta negativa de los órganos de justicia de Argentina muchos familiares de las víctimas acudieron a la CIDH y se abrieron 171 casos, a este número se sumaron 4.153 denuncias recibidas durante la visita de observación “*in loco*”.¹⁵⁸ Sobre los recursos de Habeas Corpus, la CIDH recomendó: a) que el Estado proporcione información sobre el paradero de las víctimas; b) que disponga

¹⁵⁷ Corte Constitucional Colombia, sentencia T-359-07.

¹⁵⁸ Organización de Estados Americanos (O.E.A) Cuadragésimo Periodo de Sesiones, Informe anual 1979 a 1980, en <http://www.cidh.org/annualrep/79.80sp/cap.2a.htm>

una investigación completa e imparcial para determinar la autoría de los hechos denunciados; y, c) que de acuerdo con las leyes argentinas, sancione a los responsables de dichos hechos.¹⁵⁹ Además la CIDH, consideró que tales hechos constituyen gravísimas violaciones al derecho a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (Art. 1), y al derecho de protección contra la detención arbitraria (Art. 25) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.¹⁶⁰

El Estado, en nota del 9 de enero de 1978, respondió a la CIDH y dijo: “se inició gestiones para determinar el paradero de las víctimas pues las autoridades nacionales no registran denuncias anteriores a las presentadas por la CIDH”.¹⁶¹ Las víctimas consideran que la información del Estado no corresponde a la verdad de los hechos ya que habían presentado numerosos recursos de Habeas Corpus y demandas sobre la privación ilegítima de libertad de los que fueron negados, con anterioridad al informe de la CIDH.¹⁶²

En la legislación interna, se iniciaron actuaciones judiciales en los cuales se procesó a 17 oficiales de la Armada por desaparición forzada, en el caso del centro clandestino de detención Escuela Superior de Mecánica de la Armada (E.S.M.A). Sin embargo, con la promulgación de las siguientes leyes, los agentes de Estado fueron absueltos:

¹⁵⁹ Casos contra Argentina que se relacionan con las recomendaciones: 3358/80, 2088A/78, 2127/80, 2155/80, 2209/78, 2666/78, 2484/78. En: <http://www.cidh.org/annualrep/79.80sp/cap.3.htm>

¹⁶⁰ Resolución N° 21/78 Caso 2209 Argentina 18 de noviembre de 1978, en: <http://www.cidh.org/annualrep/79.80sp/Argentina2155.htm>

¹⁶¹ Resolución N° 21/78 Argentina... <http://www.cidh.org/annualrep/79.80sp/Argentina2155.htm>

¹⁶² Resolución N° 21/78 Argentina... <http://www.cidh.org/annualrep/79.80sp/Argentina2155.htm>

“[...] En comunicado del 24 de mayo de 1978, se impugnó la respuesta del Gobierno argentino así: Permítanme decirles que no salgo del asombro después de leer la respuesta del Gobierno argentino sobre el caso que la falsedad de su respuesta.

- 1) Punto Final,¹⁶³ Artículo 1º.- Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049.¹⁶⁴
- 2) Obediencia Debida,¹⁶⁵ Artículo 3º.- La presente ley se aplicará de oficio. Dentro de los cinco (5) días de su entrada en vigencia, en todas las causas pendientes, cualquiera sea su estado procesal, el tribunal ante el que se encontraren radicadas sin más trámite, dejará sin efecto la citación a prestar declaración indagatoria, según correspondiere. La decisión producirá los efectos, con alcance de cosa juzgada.

La mayoría de los agentes absueltos, *prima facie*, habían estado involucrados en la desaparición y posterior ejecución extrajudicial de las mencionadas víctimas. Finalmente, los indultos dejaron en libertad a quienes todavía estaban procesados por no poder ser beneficiarios de las leyes. Los familiares de las víctimas continúan en la más grande incertidumbre acerca del destino final de las víctimas.¹⁶⁶

3.1.1.2. Honduras.- La Corte IDH, creada en 1978, emitió su primera sentencia el 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. En la relación de los hechos, se expone que los familiares del desaparecido presentaron tres recursos de Habeas Corpus: el primero, fue declarado desierto, el segundo y el tercero fueron negados ya que

¹⁶³ Ley 23.492 de “Punto Final”. BO 29 de diciembre de 1986 En: <http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/justicia.html>

¹⁶⁴ Art. 10. 1) Terrorismo, 2) los contemplados en los incisos 2, 3, 4b, 5, del artículo 108 del Código de Justicia Militar.

¹⁶⁵ Ley 23.521 de “Obediencia Debida”. Sancionada el 4 de junio de 1987, en: <http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/justicia.html>

¹⁶⁶ Memorial en Derecho **Amicus Curiae**, presentado por varias organizaciones no gubernamentales ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Argentina)... p 3.

no se podía interponer más recursos de exhibición personal que versan sobre la misma materia, los mismos hechos y los mismos fundamentos jurídicos, porque lo que fue decidido constituye cosa juzgada.¹⁶⁷ Las denuncias presentadas por la desaparición de Manfredo Velásquez, fueron negadas por falta de prueba, razón por la cual el Juez dictó sobreseimiento definitivo.¹⁶⁸ La Corte IDH consideró que el Estado posee el control y los medios necesarios para aclarar los hechos ocurridos dentro de su territorio, facultad que le corresponde a la función judicial y, que a diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de Derechos Humanos, no puede descansar sobre la imposibilidad del actor, al no aportar pruebas que no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado.¹⁶⁹

3.1.1.3. Bolivia.- El Caso Oaza Trujillo contra Bolivia, en relación a los recursos judiciales internos, el juez de primera instancia abrió la acusación y recibió la declaración de la señora Oaza, en compañía de su abogado, posteriormente programó una audiencia, en la misma que escuchó a la madre de la víctima. Finalmente, los acusados interpusieron la prescripción de la acción penal, el juez decretó la extinción de la acción penal por causa de prescripción. La decisión fue apelada y el Tribunal Superior la confirmó. Los familiares de la víctima interpusieron un recurso de amparo constitucional que no fue admitido, y se presentó una apelación ante el Tribunal Constitucional ante la complejidad jurídica en razón de la decisión definitiva de la Corte de Justicia. A solicitud de los representantes de la víctima y sus familiares y la CIDH, en el sentido de <<que el Tribunal, dicte una

¹⁶⁷ Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras... párrafo. 75

¹⁶⁸ Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras... párrafo. 75

¹⁶⁹ Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras... párrafo. 135.

sentencia por la que anule las decisiones jurídicas recaídas» y se elimine «el escollo legal que presenta la prescripción de la acción penal en el derecho interno», Bolivia declaró que «no tiene ninguna objeción para que sean juzgados los culpables de este delito pero que debía existir algún tipo de solución jurídica ya que el sistema interno de justicia no prevé una solución para tal circunstancia». El Estado dijo que esperaría la sentencia de la Corte IDH a fin de que se pueda enmendar o modificar las decisiones de los tribunales internos. En este sentido, a nivel interno no se conocía cuál es esa posible solución jurídica, en razón del respeto de las decisiones de los tribunales internos y de sus disposiciones como es la de prescripción, pasada por autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, el Estado presentaba una predisposición ante la solución jurídica que pudiera emitir la Corte IDH, en este sentido, recomendó se abra la causa en virtud del derecho de la víctima a conocer la verdad y el deber del Estado de realizar un investigación seria y responsable.¹⁷⁰

3.1.1.4. Chile.- Caso de desaparición del señor Almonacid Arellano contra Chile.¹⁷¹

En la legislación chilena inició el proceso el 03 de octubre de 1973, en el primer juzgado de Rancagua, el 07 de noviembre de 1973 fue sobreseído. La Corte de apelaciones revocó tal sobreseimiento el 07 de diciembre de 1973. Desde la fecha en adelante el caso fue sobreseído una y otra vez por el juzgado del crimen, hasta que el 04 de septiembre de 1974 confirmó el sobreseimiento temporal de la causa. El 14 de enero de 1997, el segundo Juzgado Militar dictó sobreseimiento total y definitivo por encontrarse extinguida la responsabilidad penal de los imputados, en virtud de la ley de amnistía No. 2191 la misma

¹⁷⁰ Corte IDH, sentencia, Caso Orazo Trujillo contra Bolivia... párrafo. 93.

¹⁷¹ Corte IDH, sentencia, Caso Almonacid Arellano contra Chile... párrafo. 82.

que en su artículo 1 dice: “se extingue la responsabilidad penal de las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos ocurridos entre 1973 y 1978”.¹⁷² Finalmente, el 9 de abril de 1998, la señora Gómez Olivares, a través de su representante, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia de la Corte Marcial. En relación a este recurso, la Corte Suprema resolvió, declarándolo “no ha lugar por extemporáneo”¹⁷³. El 11 de noviembre de 1998 se ordenó el archivo del expediente¹⁷⁴.

3.1.1.5. Perú.- El Caso Barrios Altos inició la investigación formal en el juzgado 16 Penal de Lima el 16 de abril de 1995, pese a que el juez de la instrucción intentó tomar declaraciones a los presuntos integrantes del “Grupo Colina”,¹⁷⁵ el Alto Mando Militar se lo impidió. El Consejo Supremo de Justicia Militar dictó una resolución que dispuso que los acusados y el Comandante General del Ejército y el Jefe del Comando Conjunto, estuvieran impedidos de realizar declaraciones en otro órgano judicial, dado a que se procesa otra causa paralela ante la justicia militar. Sin embargo, antes de que la Corte Suprema de Justicia pudiera resolver el asunto, el Congreso peruano sancionó una ley de amnistía No. 26.429, que exoneraba de la responsabilidad a los militares, policías y también civiles que hubieran cometido violaciones a los Derechos Humanos o hayan participado en esas violaciones, entre 1980 y 1995.¹⁷⁶ En consecuencia, se suspendieron las

¹⁷² Decreto Ley No. 2.191 “amnistía” País Chile, citado por la Corte IDH, Caso Almonacid Arellano contra Chile.

¹⁷³ Corte Suprema de Chile, resolución de 16 de abril de 1998, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, folio 2019), citado por la Corte IDH, caso Almonacid Arellano contra Chile.

¹⁷⁴ Resolución de la Corte Suprema, se ordeno de archivo de 11 de noviembre de 1998, (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, Anexo 1, folio 2039).

¹⁷⁵ Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú... párrafo 2 “Grupo Colina llevaba su propio programa antisubversivo y aniquiló a un grupo de persona en una casa del Barrios Altos”

¹⁷⁶ Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú... párrafo 2.f

investigaciones judiciales y las condenas impuestas a los miembros de seguridad del Estado, fueron dejadas sin efecto inmediatamente. En consecuencia, se liberaron a ocho personas recluidas por el caso conocido como la “Cantuta”, algunos de los cuales estaban procesados en el caso Barrios Altos.¹⁷⁷

La ley fue reprochada ya que no se adecuaba a la constitución, sin embargo la Corte Superior de Justicia, insistía en afirmar que la ley poseía un estatuto de constitucionalidad. Incluso si los jueces y fiscales no obedecen a la ley podían ser procesados por prevaricato.¹⁷⁸

El Congreso por su parte, había declarado que la amnistía no era “revisable” en sede judicial y que era de obligatoria aplicación.¹⁷⁹ El 14 de julio de 1995 la Corte Superior de Lima resolvió el archivo definitivo del proceso en el caso Barrios Altos. En la referida sentencia el juez argumentó que la ley de amnistía no era análoga con la ley fundamental de la república ni con los tratados internacionales de Derechos Humanos. Así como también afirmó que los jueces no podían decidir no aplicar leyes adoptadas por el Congreso porque ello implicaría ir en contra de los principios de democracia representativa y mayoritaria y la separación de poderes.¹⁸⁰

Las referidas resoluciones definitivas, pronunciadas por los órganos de justicia correspondientes, traen graves y complejos problemas para resolver, ya que las resoluciones poseen características como: i) que las decisiones de última instancia expresadas en las disposiciones de archivo, sobreseimiento definitivo y prescripción, poseen carácter de cosa

¹⁷⁷ Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú... párrafo 2.

¹⁷⁸ Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú... párrafo 2.n

¹⁷⁹ Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú... párrafo 2.m

¹⁸⁰ Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú... párrafo 2.n

juzgada y por lo tanto no pueden volver a ser revisadas, ni investigar los mismos hechos (*non bis in ídem*); *ii*) que el Estado de Derecho es respetuoso de la cosa juzgada y prohíbe el doble procesamiento y constituye una garantía personal; y, *iii*) que la seguridad jurídica se funda en la estabilidad del sistema judicial y, por lo tanto el respeto a que las decisiones judiciales definitivas no sean revisadas. En este sentido los jueces penales no consideraron la posibilidad de reabrir causas ya sancionadas, negando masivamente las peticiones de las víctimas.

¿Es posible reabrir causas penales ya sancionadas definitivamente? Desde la teoría liberal del derecho, esta posibilidad es definitivamente limitada. En estos casos se prevé el recurso extraordinario de revisión, el cual permite revisar decisiones judiciales definitivas, siempre y cuando sea impulsado por el imputado y no por la víctima. Asimismo, la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal a favor del reo “si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.”¹⁸¹ Al dictarse las leyes de amnistía se determinó que los delitos cometidos en un periodo determinado no pueden ser sancionados, evidentemente se favorece al imputado e incluso a los culpables de esos delitos, ya que la amnistía expresamente elimina la pena. En este sentido, fue complicado reabrir causas dentro de los Estados. El efecto directo de esta circunstancia, había originado la impunidad, que generalmente iba en menoscabo de los derechos de las víctimas. En este contexto, según el profesor Eugenio Raúl Zafaroni, estas circunstancias causarían la crisis del sistema penal en América Latina. De esta manera dice: que más razonable sería optar por un principio de

¹⁸¹ Código Penal Ecuatoriano, Quito, editorial Corporación de Estudios Año 2008, Art. 2.

reacción penal mínima que trate de minimizar la violencia generada por el mismo sistema penal, lo cual implica la revisión del sistema legal actual.¹⁸²

3.2. Problemática del Reconocimiento del Derecho a la Verdad

Después de transcurridos los procesos de dictaduras y autoritarismos en la región latinoamericana, en los casos de detenciones sin proceso, desapariciones y torturas, múltiples víctimas y sus familiares no lograron esclarecer sus casos ante los tribunales de justicia nacionales. Los Estados, en los procesos de transición a la democracia, lejos de activar todos los medios a su alcance para investigar los hechos que causaron graves violaciones a los Derechos Humanos y fundamentales e informar a las víctimas o sus familiares sobre el paradero y las razones de las violaciones, han puesto obstáculos jurídicos y legales, tales como: *i*) negar numerosas demandas de Habeas Corpus y demandas por privación ilegítima de libertad, así como las disposiciones de archivo de los procesos judiciales; y, *ii*) el respeto de las leyes de amnistía, instrumentos que han dificultado una investigación clara de los hechos.

Es así que el reconocimiento del Derecho a la Verdad incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: *i*) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; *ii*) el derecho de las

¹⁸² Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni, “en busca de las penas perdidas”, en: <http://www.stafforini.com/nino/zaffaroni4.htm>

víctimas a un recurso judicial efectivo; *iii*) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.¹⁸³ En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha marcado una viva interacción entre sus decisiones y el derecho interno de los países de la región. Cabe destacar algunos asuntos cruciales abordados y resueltos por la Corte IDH y su impacto en los procesos jurídicos nacionales que han buscado superar obstáculos jurídicos en la región.¹⁸⁴

3.3. ¿Cuáles son las Posibles Soluciones?

Uno de los primeros países de la región en proponer soluciones al problema de graves violaciones a los Derechos Humanos fue Argentina, que en la transición a la democracia reconoció las recomendaciones de la CIDH y consideró que es necesario investigar seriamente los hechos y posteriormente sancionar a los responsables. En 1983, se creó la Comisión Nacional de Desaparición de Personas (CONADEP), organismo que documentó las desapariciones y subsiguientemente remitió el informe a la Corte Suprema de Justicia, éste formó parte del proceso como prueba laxa, ya que se permitió se actúe prueba plena y contradictoria, dentro de las más comunes: *a*) que los procesos ya habían sido sancionados; *b*) que no se les podía juzgar dos veces por la mismas causa; *c*) que las

¹⁸³ Corte Constitucional Colombiana, sentencia No. C-454-06.

¹⁸⁴ Diego García Sayán, *Corte Interamericana y Tribunales Internos*, en: Corte Interamericana.... p. 356. Cita: *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones*, párrafo. 106; *Caso "Barrios Altos"*, párrafo, 41.

causas se encontraban prescritas; y d) que las leyes de punto final y obediencia debida les protegía.¹⁸⁵

La solución del conflicto jurídico fue responsabilidad de la Exma. Corte Suprema de Justicia, la cual generaría una línea jurisprudencial en relación con los derechos de las víctimas. En una de las primeras resoluciones, caso ESMA, se consideró de gran apoyo el *Memorial en Derecho Amicus Curiae* presentado por varias organizaciones no gubernamentales ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Argentina), en soporte a la demanda introducida por el Sr. Emilio Mignone, cuya hija fue desaparecida durante la dictadura militar que padeció ese país, fue fundamental en el desarrollo de la creación del Derecho a la Verdad a favor de las víctimas, necesario para la efectiva realización de la justicia. Igualmente, en el juicio de las juntas se resolvió 700 casos, en el cual se fundamentó su resolución en que no podía existir prescripción ya que los delitos en contra de los Derechos Humanos según la jurisprudencia de la Corte IDH no prescriben. En relación al “Derecho a la Verdad, en este caso, no significa otra cosa que la obligación por parte del Estado de proporcionar todos los mecanismos que estén a su disposición para determinar el destino final de los desaparecidos entre 1976 y 1983.”¹⁸⁶ La Cámara afirmó que le correspondía ejercer su poder jurisdiccional para cumplir con esa finalidad, y que las leyes 23.492 y 23.521, y el 1002/89, que beneficiaron a los miembros de las fuerzas armadas, si bien cercenaron las posibilidades de juzgamiento, no implicaron

¹⁸⁵ Entrevista realizada a, María José Guembe, Sub Coordinadora del Programa Verdad y Justicia, Seguridad y Derechos Humanos en el Gobierno argentino. En el marco de la Conferencia Internacional de las Comisiones de la Verdad y el Fortalecimiento de la Democracia en Ecuador, Quito 10 de Septiembre del 2008.

¹⁸⁶ Corte Suprema de Argentina, caso Aguiar de Lapacó Carmen s/recurso extraordinario”, S., 1085.LXXXI. Fallos: 321:2031. 13 de agosto de 1998, en <http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/justicia.html>

la culminación del proceso.¹⁸⁷ En tal virtud, no es posible alegar doble juzgamiento ni cosa juzgada.

Un límite para el reconocimiento de los derechos de las víctimas fueron las leyes de amnistía, según Carlos Santiago Nino, éstas eran antidemocráticas y contrarias a los Derechos Fundamentales, en este sentido recomendó diseñar políticas de juzgamiento de las violaciones de Derechos Humanos cometidas por la dictadura.¹⁸⁸ Su teoría fue decisiva para justificar la anulación de las leyes de punto final y obediencia, en la conjunción de estas ideas, se encuentra la clave de los Derechos Humanos. Así, el Congreso Argentino, mediante Ley No. 24.952, sancionada el 25 de marzo de 1998 y Promulgada el 17 de abril de 1998, derogó las Leyes 23.492 y 23.521, Punto Final y Obediencia Debida. En relación a esta circunstancia, el Estado consideró que no sólo se violan derechos por acción, sino también por omisión, como la falta de provisión de recursos suficientes para llevar adelante una vida digna a través de derechos otorgados a las víctimas. Su teoría fue decisiva, también, para justificar la anulación de la ley de autoamnistía aprobada por los militares.¹⁸⁹

Los procesos de Colombia, Perú y otros países de la región, proyectan soluciones en dos niveles: 1) las originadas y desarrolladas por la jurisprudencia de la Corte IDH; y, 2) las soluciones planteadas desde la justicia constitucional.

1. La Corte IDH, a través de su jurisprudencia, consideró que las leyes de amnistía eran incompatibles con la Convención Americana y desarrolló el Derecho a la Verdad como derecho de las víctimas.

¹⁸⁷ Corte Suprema de Argentina, Lapacó ... en <http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/justicia.html>

¹⁸⁸ Roberto Gargarella y Marcelo Alegre. “Carlos Nino y la Filosofía de la Democracia”. En <http://www.stafforini.com/nino/gargarella.htm>

¹⁸⁹ Roberto Gargarella y Marcelo Alegre... <http://www.stafforini.com/nino/gargarella.htm>

1.1. Incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH consideró que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, prescripción y todas las acciones excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las graves violaciones a los Derechos Humanos tales como tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los Derechos Humanos. Además, consideró que se habían vulnerado expresamente las obligaciones contenidas en los artículos 1.1. y 2, de la Convención Americana, los Estados parte tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz. Igualmente, los Estados parte de la Convención que adopten leyes de autoamnistía, incurren en las violaciones de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1. y 2 de la Convención.¹⁹⁰ Ya que las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de la víctima y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la convención. Este tipo de leyes impiden la identificación de los individuos responsables de violaciones de Derechos Humanos y obstaculizan la investigación, el acceso a la justicia e impiden a las víctimas o sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Por lo tanto, son consideradas obstáculos para la realización de la justicia y la seguridad jurídica.¹⁹¹

Respecto de la desaparición forzada de personas, la Corte IDH estableció que “el deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre

¹⁹⁰ Corte IDH. Caso Barrios Altos... párrafos. 41, 42, 43 y 44

¹⁹¹ Corte IDH. Caso Barrios Altos... párrafo. 41

sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esa naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con todos los medios a su alcance.”¹⁹² Finalmente, afirmó que el deber de investigar, constituye un medio o comportamiento del orden jurídico interno y al no permitir aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de las violaciones a los Derechos Humanos, se estaba evitando cumplir esta obligación.¹⁹³

1.2 Sobre el Derecho a la Verdad consideró, que es un derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención, relacionados con las garantías judiciales y la protección judicial.¹⁹⁴

En consecuencia, el Estado debe tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos vulnerados de las víctimas a que se haga justicia, es decir, el derecho a que no haya impunidad. El Derecho a la Verdad surge como el conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad.¹⁹⁵ El desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH incorporó en este derecho las siguientes

¹⁹² Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez... párrafo 181.

¹⁹³ El tema del Derecho a la verdad está sistemáticamente, *ut supra* Cap. I.

¹⁹⁴ Corte IDH. Caso Barrios Altos... párrafos. 48 y 49.

¹⁹⁵ Capítulo I, *ut supra*, el Derecho a la Verdad, se apoya en el “Conjunto de Principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad, desarrollado por de la Comisión de Derechos Humanos y la Corte IDH desde finales de los 80s.

garantías: *i*) el derecho inalienable a la verdad; *ii*) el deber de recordar; y, *iii*) el derecho de las víctimas a saber.

El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado; y, el tercero determina que, independientemente de las acciones de las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima.

El Derecho a la Verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”¹⁹⁶, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo,¹⁹⁷

2. En Colombia y Perú se reconoció el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH a través de la justicia constitucional, que mediante las sentencias de control difuso y concreto introdujeron soluciones al conflicto jurídico que causaba impunidad. Por un lado, el control abstracto,¹⁹⁸ propicio la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de

¹⁹⁶ Capítulo I, *ut supra*, El Derechos la Verdad es un derecho colectivo, trata re recuperar la memoria histórica y forma parte de la lucha contra la impunidad.

¹⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C- 293 de 1995 y C- 228 de 20002.

¹⁹⁸ *Corte Constitucional Colombia*, control concreto. Incompatibilidad de las leyes de Amnistía e Indulto, Salvaguarda del Derecho a la Verdad, a la justicia y a la reparación de víctimas, sentencia No. C-695/02; Derecho a la Verdad y la Justicia en Proceso de Amnistía e Indulto-Derechos de Víctimas (A.V. C-695/02).

amnistía e indultos que impedían el juzgamiento de los responsables de las violaciones de los Derechos Fundamentales y Humanos; y, por otro lado, se reconoció el Derecho a la Verdad en el control difuso de constitucionalidad, el cual ha posibilitado la revisión de providencias judiciales definitivas que hubieren vulnerado Derechos Fundamentales, principalmente el debido proceso, recurso judicial efectivo, los cuales se interrelacionaron con el Derecho a la Verdad, para proteger a las víctimas.¹⁹⁹ De esta manera el sistema de justicia constitucional, en esos países, libró una gran batalla con todos los poderes del

***Tribunal constitucional del Perú.** La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen. La afirmación de que la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, sentencia No. 00005-2007-AI; La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción. La demanda de inconstitucionalidad promovida contra las leyes aludidas, sentencias No. 00679-2005-AA y No. 0013-1996-I.

¹⁹⁹ **Corte Constitucional de Colombia,** sentencias relacionadas **1.** Derecho a la Verdad de las Víctimas de Delitos (S. C-871/03); **2.** Derecho a la Verdad, en Delito de Desaparición Forzada-Implica El Derecho A Conocer El Destino Final De La Persona Desaparecida (S. C-370/06); **3.** Derecho a la Verdad en Ley de Justicia y Paz-Acceso Público a Los Registros de Casos Ejecutoriados (S. C-575/06); **4.** Derecho a la Verdad en Ley de Justicia y Paz-Desconocimiento en Norma que No Establece la Pérdida de Beneficios por no Confesión de Todos los Delitos (S. C-370/06); **5.** Derecho a la Verdad en ley de Justicia y Paz-Suministro de Información a Familiares de Víctima (S. C-575/06); **6.** Derecho a la Verdad, en Servicio De Salud-Contenido (S. T-277/00); **7.** Derecho a la Verdad y la Justicia de Víctimas de Delitos-Relevancia (S. C-004/03); **8.** Derecho A la Verdad-Alcance (S. C-370/06, C-454/06, C-1033/06); **9.** Derecho a la Verdad-Carácter Subjetivo (S. C-872/03); **10.** Derecho a la Verdad-Contenido Mínimo (S. C-370/06); **11.** Derecho a la Verdad-Dimensión Colectiva (S. C-370/06, C-454/06); **12.** Derecho A la Verdad-Dimensión Individual (S. C-454/06); **13.** Derecho a la Verdad-Doble Connotación (S. C-872/03); **14.** Derecho a la Verdad-Esclarecimiento de las Circunstancias del Desplazamiento (S. T-327/01, T-882/05, T-1076/05); **15.** Derecho a la Verdad-Garantías que Aseguren su Ejercicio (S. C-872/03); **16.** Derecho a la Verdad-Ocultamiento De Información (S. T-752/98, T-277/00); **17.** Derecho a ser Juzgado en Plazo Razonable y Derecho a la Verdad-Ponderación (S. T-171/06); **18.** Derechos de las Víctimas de Delitos-Comprende el Derecho a la Verdad, Justicia y Reparación (S. T-453/05, S.V. C-370/06); **19.** Derechos de Víctimas y Perjudicados por hecho punible en proceso penal-Derecho a la Verdad, Justicia y Reparación Económica (S. C-228/02, T-622/02); y, **20.** Detención Preventiva-Fines Vinculados con el Derecho A la Verdad y la Justicia (S. C-805/02).

***Tribunal Constitucional de Perú,** tutela el Derecho a la Verdad: **1.** La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos. El Derecho a la Verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable (S.2488-02-HC); **2.** Derecho a la Verdad como un nuevo derecho fundamental –no mencionado expresamente (S. 09-2004-HD); **3.** Así, el Derecho a la Verdad, plenamente protegido, (S. 1417-2005-AA); **4.** Sobre el paradero del detenido-desaparecido, se tutela el Derecho a la Verdad se relaciona con los artículos 3 y 44 de la Constitución Política del Perú, que se deriva directamente del principio de dignidad humana y se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se cometieron las violaciones de los derechos humanos –como es el caso de las desapariciones forzadas; **5.** En el mismo sentido (S.059-05-HC, 00679-05-HC, 03938-2007, 04053-07-HC).

Estado, y en especial con la Corte Suprema de Justicia, al admitir acciones constitucionales en contra de las decisiones judiciales.²⁰⁰

3.4. El Derecho a la Verdad Frente a la Cosa Juzgada y el *Non Bis In Ídem*.

El Derecho a la Verdad por un lado implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió con la verdad de los hechos. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima.²⁰¹ Por otro lado, es el derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

La Cosa juzgada *res iudicata*,²⁰² es un principio que constituye un derecho,²⁰³ la decisión, una vez ejecutoriada, es preclusiva e irrevocable, ubica a una persona en una situación jurídica definida por la sentencia o las resoluciones que tenga la misma fuerza vinculante, a la cual no existe forma de poner medio o gravamen de impugnación alguno. El efecto es que en el futuro no se someta a una misma situación por la misma conducta, aunque se le dé una situación jurídica distinta.

²⁰⁰ Claudia Escobar García, *Constitucionalismo Más Allá de la Corte Constitucional*, ed., Ramiro Ávila Santamaría, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ecuador, 2008, p. 229.

²⁰¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T- 443 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; C- 293 de 1995, MP, Carlos Gaviria Díaz.

²⁰² Capítulo II, *ut supra*.

²⁰³ Augusto J. Ibáñez Guzmán, *Cosa Juzgada y el Non Bis In Ídem en el Sistema Penal...* p. 426

Irreformable y preclusiva, pues, la sentencia, salvo lo establecido en el marco de la ley, no puede ser reformada por el mismo juez que la produjo, entonces la cosa juzgada, desde la visión tradicional, prescribe la siguiente excepción:

“La acción extraordinaria de revisión, que es la reconstitución de la presunción de inocencia, en tal virtud a favor del reo”²⁰⁴

El principio de cosa juzgada justifica la seguridad jurídica al contemplar el alcance del principio *res iudicata pro veritate habetur* (la cosa juzgada se tiene por verdad). Es decir, sus características son irreformables y preclusivas, con la excepción de la acción de revisión. Ahora bien, la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma, establece la posibilidad de reabrir la causa en los términos del artículo 84 que dice “[...] la revisión de fallo condenatorio o de la pena”.²⁰⁵ Tradicionalmente la cosa juzgada posee límites subjetivos y objetivos. El límite objetivo *ut supra*, se extiende a los hechos objeto de la acusación y posterior juicio, no así a la clasificación jurídica que se hace del hecho, sino a la consecuencia jurídica de dichos hechos colocados como objeto de investigación. De la misma manera, constituye un límite negativo que impide que los hechos sean llevados a un nuevo juicio. El límite subjetivo es parte del supuesto de la percepción de una persona

²⁰⁴ Augusto J. Ibáñez Guzmán, *Cosa Juzgada y el Non Bis In Ídem en el Sistema Penal...* p. 429

²⁰⁵ Estatuto de Roma, se podrá reabrir la causa según el art. 84 mediante recurso de revisión: a) Se hubieren descubierto nuevas pruebas que: i) No se hallaban disponibles a la época del juicio por motivos que no cabría imputar total o parcialmente a la parte que formula la solicitud; y ii) Son suficientemente importantes como para que, de haberse valorado en el juicio, probablemente hubieran dado lugar a otro veredicto; b) Se acabare de descubrir que un elemento de prueba decisivo, apreciado en el juicio y del cual depende la condena, era falso o habría sido objeto de adulteración o falsificación; c) Uno o varios de los jueces que intervinieron en la sentencia condenatoria o en la confirmación de los cargos han incurrido, en esa causa, en una falta o un incumplimiento de sus funciones de gravedad suficiente para justificar su separación del cargo de conformidad con el artículo 46. 2. La Sala de Apelaciones rechazará la solicitud si la considera infundada. Si determina que la solicitud es atendible, podrá, según corresponda: a) Convocar nuevamente a la Sala de Primera Instancia original; b) Constituir una nueva Sala de Primera Instancia; o c) Mantener su competencia respecto del asunto, para, tras oír a las partes en la manera establecida en las Reglas de Procedimiento y Prueba, determinar si ha de revisarse la sentencia.

imputada, acusada y sentenciada, es en donde se agota el deber de *res iudicata* frente a dicho sujeto. En el sistema internacional se entienden estos principios en el mismo sentido de extensión. Sin embargo, se analizará las circunstancias que obligan a revisar la cosa juzgada tradicional y que no toda decisión definitiva puede cerrar la posibilidad de la efectiva realización de la justicia.

Con relación a la cosa juzgada y el *non bis in ídem* los instrumentos internacionales ordenan:

Artículo. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“Nadie podrá ser sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

Artículo. 8, numeral 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, Costa Rica.

“El incumplimiento absuelto por la sentencia firme no podrán ser sometidos a nuevo juicio por los mismos hechos”

Artículo 20 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional Artículo 20 Cosa juzgada.

“[...] 3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal: *a*) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o *b*) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.”

El Estatuto de Roma abre la posibilidad de revisar las causas ya sancionadas definitivamente, siempre y cuando exista impunidad en los crímenes de lesa humanidad o el proceso judicial no respete las garantías judiciales. Lo cual implica que la cosa juzgada y la acción negativa de no volver a sancionar dos veces por la misma causa (*non bis in ídem*),

sean revisadas con la finalidad de que impere la justicia. Estas disposiciones son la expresión de la incompatibilidad de las leyes de autoamnistía con el Estatuto de Roma.

Problema jurídico, en los casos que exista resolución definitiva mediante auto de sobreseimiento definitivo, disposición de archivo y prescripción. Mientras se pueda demostrar que se han vulnerado derechos fundamentales y no se ha solucionado el conflicto jurídico, por un lado, no se habría configurado la cosa juzgada ya que mal se podría asegurar la justicia y garantizar un orden justo, si la resolución se fundamenta en el concepto de justicia sobre la base de la incertidumbre. La efectividad de los derechos consagrados en la Constitución tiene su mejor prenda en la culminación de las controversias sobre la base de una verdad discernida previa la garantía de los derechos procesales. Por el contrario, resulta vulnerada cuando esa verdad, varias veces debatida, no se establece con certidumbre. La idea de justicia y de interés general se vincula exclusivamente, por la mayoría, "con la necesaria certidumbre de las decisiones judiciales".²⁰⁶ La prescripción, en relación con los delitos de lesa humanidad, es un derecho renunciable, aún si existe plena declaratoria judicial, no es un elemento de la prescripción sino un mero reconocimiento, en este sentido el Artículo 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional dice: "los delitos de lesa humanidad no prescriben", aquellos determinados en el artículo 7 del Estatuto, la desaparición forzada de personas, la tortura, la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional.²⁰⁷ La imprescriptibilidad vuelca las cosas sobre el interés de la cosa juzgada y por supuesto en el límite negativo del *non bis in idem*, pues la

²⁰⁶ Corte Constitucional Colombia, "*Cosa Juzgada Constitucional*", sentencia C543-1992,

²⁰⁷ Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, artículo 7

cosa juzgada no se considerará, por el sólo hecho del juzgamiento o por el no juzgamiento frente a la evidencia del término de prescripción; y, en cuanto al *non bis in ídem*, el límite de la prohibición al doble juzgamiento o la doble imputación no existe, por considerarse la “seriedad” del juzgamiento previo.²⁰⁸

El Derecho a la Verdad, en relación con las resoluciones definitivas, estas últimas, cuando se colocan en contacto a la cosa juzgada y la garantía negativa del *non bis in ídem*, se confrontan con la proyección del Derecho a la Verdad. Éste, a su vez, se relaciona con el acceso a la justicia, el cual tiene sus propios componentes naturales como el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal²⁰⁹ y busca que se materialice el derecho de las víctimas en el proceso, lo cual implica que se haga justicia²¹⁰.

El Derecho Procesal Penal tiene un carácter primordial como un estudio de una justa e imparcial administración de justicia, posee un contenido técnico jurídico donde se determina las reglas para poder llegar a la verdad discutida.²¹¹ Es decir, si la cosa juzgada y el *non bis in ídem* deben adecuarse a la formación de la justicia y garantizar efectivamente la petición de imputado y la víctima.

3.5. Positivización del Derecho a la Verdad en el Ecuador y su relación con el Código de Procedimiento Penal.

²⁰⁸ Augusto J. Ibáñez Guzmán, *Cosa Juzgada y el Non Bis In Ídem en el Sistema Penal*. En: El sistema Penal En el Estatuto de Roma...p. 457

²⁰⁹ Corte Constitucional Colombia, sentencia C- 412 de 1993, MP., Eduardo Cifuentes Muñoz.

²¹⁰ Corte Constitucional Colombia, sentencia C- 275 de 1994, MP., Alejandro Martínez Caballero.

²¹¹ Galileo Galilei Mendoza Calderón, *El Derecho Procesal Penal*, en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/30283/catid/3532>.

El Ecuador ha sido sancionado por la Corte IDH en los casos: Tibi, Suarez Rosero, entre otros; y ante la CIDH, en el caso Restrepo. En estos casos se ha mencionado, de forma reiterada, el deber del Estado de otorgar derechos a las víctimas. La Nueva Constitución ecuatoriana incorpora el derecho de las víctimas a conocer la verdad y que se haga justicia en su artículo 78, el cual dice:

“Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación y garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”²¹²

Los derechos de las víctimas reconocidos en la Constitución permiten su desarrollo en el Código de Procedimiento Penal, que según el artículo 68 define a la víctima como ofendido en los siguientes términos: “al directamente afectado por el delito y a falta de éste a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.”²¹³ Estos, según el artículo 69, tienen los siguientes derechos: *i*) a ser informado por el Ministerio Público del Estado de la indagación preprocesal y de la instrucción; *ii*) a ser informado del

²¹² Constitución del Ecuador, es interesante el contenido del Artículo. 80. “Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. *Ninguno de estos será susceptible de amnistía.* El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó” (cursivas mías)

²¹³ Código de Procedimiento Penal art. 68 numerales.- **2.** A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen; **3.** A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses; **4.** A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; y, **5.** A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

Art. 69 **1.** A intervenir en el proceso penal como acusador particular; **2.** A ser informado por el Ministerio Público del estado de la indagación preprocesal y de la instrucción; **3.** A ser informado del resultado final del proceso, en su domicilio si fuere conocido, aún cuando no haya intervenido en él.

resultado final del proceso, en su domicilio si fuere conocido, aún cuando no haya intervenido en él; a que se proteja su persona y su intimidad, y a exigir que la policía, el Fiscal, el Juez y el Tribunal adopten para ello los arbitrios necesarios, sin menoscabo de los derechos del imputado; *iii*) a reclamar la indemnización civil una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria; y *iv*) en los artículos 360 y 361 del Código de Procedimiento Penal, se establecen los requisitos para acceder al recurso de revisión, el cual, en esencia, se debe interponer a favor del reo.

Para la fase de indagación e investigación, se garantiza el derecho a ser informado sobre la investigación pre-procesal y procesal, la norma no hace referencia a la comunicación sobre los derechos de las víctimas, sobre sus prerrogativas y potestades, es decir que las víctimas tengan por ejemplo el derecho a un abogado si no pudieran pagar uno. Igualmente, describe la circunstancia de la indemnización, la que establece el requisito de la acusación particular.²¹⁴ De esta forma, se considera que la indemnización no responde a la reparación completa de la violación del derecho, los artículos referidos no derivan de los Derechos a la Verdad y a la Justicia. Igualmente, debería constar expresamente el derecho de las víctimas en el recurso de revisión, para que puedan acceder en igualdad de condiciones al recurso para la realización de la justicia.

La Constitución reconoce los derechos de las víctimas, así como el desarrollo del derecho establecido en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, el artículo 11.3, permite incluso ubicar a las normas de Derechos Humanos a nivel de la constitución, a fin de tornarles exigibles. En este sentido, se debe tomar en cuenta la definición, alcance y contenido del Derecho a la Verdad, como una norma que garantiza los derechos de las

²¹⁴ Código de Procedimiento Penal, Art. 52.

víctimas al ser incorporados normativamente, como en el Código de Procedimiento Penal. La omisión de este deber estatal implicaría un incumplimiento del deber constitucional del legislador en relación con el artículo 78 y 198 de la Constitución. Esta obligación debe ajustar la configuración de los derechos de participación e intervención de las víctimas en el proceso penal a los principios de acceso a la justicia (Arts.76.6.c, 77.3), de todos los actores que participan en el conflicto penal, así como a la concepción integral de los derechos de las víctimas derivada del artículo 84, el cual establece la obligación de la Asamblea Legislativa de adecuar formal y materialmente las leyes y tratados internacionales a los derechos previstos en la constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Por lo todo ello, puede afirmarse que los artículos 94 y 427 de la Nueva Constitución ecuatoriana, proporcionan la facultad a la Corte Constitucional de revisar, mediante la acción extraordinaria de protección, sentencias y providencias definitivas, en las cuales se demuestre se hayan violado derechos establecidos en la constitución, lo cual se relaciona con el artículo 169, que dice que el sistema de justicia es un medio para la realización de la justicia, haciendo efectivas las garantías judiciales. Igualmente, el artículo 82 establece que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la constitución y de la existencia de las normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. La finalidad de estas normas debería estar dirigida a generar certidumbre judicial y social en el nuevo sistema del Estado Social y Constitucional, que según el artículo 1, define al Ecuador. De esta forma es que la constitución debe ser considerada como un punto de partida, es así que los valores, principios y normas expresadas por el constituyente en representación del pueblo, deberán

ser desarrollados recogiendo prerrogativas como es el Derecho a la Verdad desarrollado por el Sistema Interamericano de Justicia, la Constitución y en el derecho comparado.

Conclusiones

El debate sobre la cuestión de la verdad dentro del marco de los modelos de Estados, fue considerar a la verdad como un valor moral, al mismo tiempo que no debía ser considerado como un derecho. En este sentido, el debate de la verdad ha permanecido en la discusión histórica, política y filosófica. Del análisis se identifica que la clave del debate sobre la verdad es el control del poder, que tiene por finalidad ejercer el despotismo sobre el pueblo, a través de prácticas que por ejemplo en el modelo del estado Absoluto se ejercen directamente por mandato del Monarca. El avance institucional que se reconoce en los procesos revolucionarios que propiciaron el institucionalismo reconocido en la constitución como un contrato social, se reconoce como un avance, al tiempo que se identifican tensiones, ya que para Condorcet el proceso que no tenía por objeto el reconocimiento de la igualdad de los derechos y del reconocimiento de la verdad como un derecho a favor del pueblo, identifica que el desarrollo de ese modelo es insuficiente.

Igualmente, dentro de la proyección del debate de verdad y moralidad dentro de los Estados Constitucionales, existe una tensión entre el nacionalismo y el desarrollo de la democracia. Es así que del Sistema Interamericano de Derechos Humanos surge el Derecho a la Verdad como un Derecho Humano. Según Dworkin, el constitucionalismo es compatible con una amplia protección de Derechos Humanos, reconocidos a través de los principios constitucionales y de ser insuficiente se inserta adecuadamente el bloque de

constitucionalidad que funciona como un dispositivo para informar de los Derechos Humanos y su desarrollo al ordenamiento interno.

El surgimiento del Derecho a la Verdad forma parte de la lucha contra la impunidad, provocada por el ejercicio del poder despótico frente al pueblo, así como la del papel de la justicia consecuente con el fuerte, que es quien ejerce el poder y des-protectora del débil, es decir el pueblo. Así, las dictaduras y autoritarismos de América Latina, mantuvieron características provenientes de praxis aplicadas desde la Monarquía y de los ejemplos más deplorables del mundo como el caso del exterminio por razones de raza en Alemania, lógica que llevo a considerar que era necesaria la defensa de la nación, frente a una amenaza injustificada de sus propios ciudadanos. En este contexto, y con la antes referida carga ideológica, la violación masiva de los Derechos Humanos y fundamentales por parte de los gobiernos de la época. La incertidumbre en la que se encontraban subsumidas las víctimas y la intolerante actitud de los gobiernos hizo que el conflicto fuera llevado a instancias internacionales.

La lucha contra la impunidad implicaba la dificultad de los estados de reconocer las recomendaciones emitidas, principalmente por la CIDH, que no fueron cumplidas por los gobiernos de la época, con lo cual se llevo las causas a la Corte IDH, la cual en numerosas sentencias contra los estados desarrollo progresivamente el Derecho a la Verdad.

El problemático reconocimiento del Derecho a la Verdad, al interior de los Estados, encuentra límites en los principios de legalidad, *non bis in ídem* y cosa juzgada: el primero hace referencia a la prevalencia de las leyes de amnistía, punto final e indultos, que impedían realizar las investigaciones de los casos y perdonaban a los responsables de las violaciones a los Derechos Humanos y fundamentales; El segundo, a la garantía personal

que fue invocada por las personas a las cuales se les reabría los procesos para realizar una investigación seria y responsable; y el tercero, constituye una garantía que es parte de la seguridad jurídica y se forma con las resoluciones definitivas que ponen fin a un proceso. Con estos elementos, evidentemente, el Derecho a la Verdad encontraba límites que son parte de la tradición jurídica positiva y liberal.

No obstante, el Derecho a la Verdad es reconocido como tal en el contexto del Estado Social de Derecho o Estado Constitucional, ya que el desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional permite una viva interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional de los Derechos Humanos y Humanitario.

Las soluciones se desarrollaron según dos dimensiones: por un lado, las presentadas por los organismos internacionales, así la CIDH, a través de varios instrumentos internacionales, recomendó a los Estados se investigue seriamente los casos de violación de los Derechos Humanos y fundamentales. Posteriormente, la Corte IDH, en las sentencias emitidas en contra de los estados, desarrolló y recomendó que se incorpore el Derecho a la Verdad como una solución necesaria para evitar la impunidad y se les otorgue un derecho a las víctimas; y por otro lado, las soluciones internas surgidas por la justicia constitucional, en algunos países de la región posibilitaron la revisión de los procesos judiciales en los cuales se haya vulnerado derechos fundamentales; en este sentido, la jurisprudencia, principalmente de Argentina, Colombia y Perú, citó en detalle las sentencias de la Corte IDH e incorporó el Derecho a la Verdad como un derecho constitucional implícito.

Dentro del marco Constitucional, cabe mencionar que la positivización del Derecho a la Verdad, ocurrido en primer lugar por los jueces a través de la jurisprudencia, pone de relieve la afirmación de Dworkin, en relación de la amplia protección de los Derechos

Humanos que se asocia al constitucionalismo y que la idea de protección de derechos es la que guía e informa al constitucionalismo; así como este hecho advierte los peligros de expresiones de una débil democracia y la fortaleza de la función judicial, lo cual es un riesgo.

Finalmente, cabe indicar que el Derecho a la Verdad es un complemento a la idea de llegar a la justicia, que es el todo. El desarrollo del Derecho a la Verdad identifica su relación y complemento, siempre ligado a los principios de legalidad que en relación con la cosa juzgada, tienen por deber evitar el caos y asegurara las relaciones judiciales para generar seguridad jurídica. Ahora bien, se analiza la posibilidad que estos principios no entren en conflicto mediante la impunidad, sino más bien que como un deber institucional se genere seguridad jurídica y justicia. Evidentemente del Derecho a la Verdad en el Ecuador esta reconocido en su artículo 78 y pero aún no es compatible con el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano. Esta desventaja impone al asambleísta a la obligación de desarrollar los derechos de las víctimas involucra el deber de desarrollar normas para que no exista impunidad. Este deber constituye una obligación del Estado para que el Derecho a la Verdad no sea ilusorio e inaplicable, ya que este hecho respondería a la omisión del deber constitucional de desarrollar los principios establecidos en la constitución.

Bibliografía

1. Libros

Abramovich Víctor, Clase de “*Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos 1*”, Sesión 4, Quito 29 de febrero del 2008.

Abregu, Martin, “*La Tutela Judicial del Derecho a la Verdad en la Argentina*”, en *Revista 24 IIDH*, julio-diciembre 1996.

Amnistía Internacional, *Informe Sobre La Desaparición De Personas Por Motivos Políticos*, <http://www.amnesty.org/es>

Amnistía Internacional, Comisiones de la Verdad <http://www.amnesty.org/es/international-justice/issues/truth-commissions>.

- Amicus Curiae, “*Memorial en Derecho presentado por varias organizaciones no gubernamentales ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (Argentina)*”, en apoyo a la demanda introducida por el Sr. Emilio Mignone, cuya hija fue desaparecida durante la dictadura militar que padeció ese país. Publicado en 21 *Revista IIDH* enero-junio 1995
- Alcántara Sáenz Manuel, López Nieto Arturo y Del Campo María Ester, *Procesos de la Transición a la Democracia: Estudios Comparativos*, San José de Costa Rica IIDH-CAPEL, 1 ed., 1992.
- Alexi, Rober, *Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho*, edit., Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo (s), Madrid, editorial Trotta S.A., 2003.
- Ávila, Santamaría Ramiro, “*¿Pueden los Juzgadores Penales Inaplicar el Código Penal?*” (Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales), en *Revista de Derecho Foro*, No. 8 UASB-Ecuador /CEN. Quito, 2007.
- Azula, Camacho Jaime, *Teoría General del Proceso: en Manual de Derecho Procesal*, Tomo 1, Bogotá, editorial Temis S.A. 8ª ed., 2002.
- Beccaria, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, traducción de J. A. de las Casas, Bogotá, editorial Temis S.A., 3ª ed., 2000.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Bogotá, editorial Temis S.A., 2 ed., 2002.
- Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal Español*, Parte General Concepto de Derecho Penal, Madrid, editorial Ariel, 2000.
- Carta Magna del Rey Juan Sin Tierra, en:
http://www.geocities.com/eqhd/cartamagna.htm#_Introducción_1
- Carbonell, Miguel, *La Interpretación de los Derechos Fundamentales, Ius et Praxis*, 2004, vol.10, no.1, p. 409-417,
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000100012&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012.
- Carnelutti, Francesco, *Las Miserias del Proceso Penal*, Santa Fe de Bogotá, editorial Temis S.A., 2ª reimpresión, 1997.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo “*Jurisdicción Constitucional en Colombia*”, artículos de doctrina, revista-praxis@utalca.cl
- Comanducci, Paolo, *Formas de (Neo) Constitucionalismos: Un Análisis Metateórico*, edit., Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo (s), Madrid, editorial Trotta, 2003.

Comisión de la Verdad de Argentina CONADEP, en:
www.cverdad.org.pe/apublicas/seminario/nprensa02.php - 23k

Comisión Andina de Juristas, red de información jurídica “*Comisión de la Verdad*”,
Estudios Comparados <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/cverdad/XXICV.htm>

Constitución de los Estados Unidos de Norte América, Bill of Rights, Virginia,
1791, http://usinfo.state.gov/esp/home/topics/us_society_values/fundamental_documents/constitution.html

Constitución Política de la República del Ecuador, Publicada en Registro Oficial
No.- 1 del 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador, Publicada en Registro Oficial No.- 449 de 20
octubre del 2008.

Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, editorial
Depalma, 3ª ed., 1964.

Cubas, Juan Alex, *Principio de Legalidad en el Derecho Penal*, Universidad de
Sipan, http://www.uss.edu.pe/Facultades/derecho/documentos/produccionjuridica/2007II/principio_legalidad_en_el_derecho_penal.pdf

Cuya, Esteban *Las Comisiones de la Verdad en América Latina*,
<http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html#que>

Dávalos, María, *Estados de Excepción ¿Mal necesario o herramienta de mal utilizada?*,
Edc., Ramiro Ávila, Neoconstitucionalismo (s), Quito, Ministerio de Justicia y
derechos Humanos, 2008.

Decreto Ley No., 2.191 “Amnistía” País Chile, en sentencia Almanacid Arellano Contra
Chile.

Declaración de los Derechos Humanos, Edición especial por el 60º Aniversario de las
Naciones Unidas (1948 2008).

Doctrina de Seguridad Nacional, en:
http://es.wikipedia.org/wiki/Doctrina_de_la_Seguridad_Nacional

Dictadura Chile, en:
<http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2005/12/03/hoy/mundo/419751.html>

Díaz, Callejas Apolinar, “*El Estado de Sitio Ante la Constituyente Colombiana*”, Revista
Nueva Sociedad Nro.112 Marzo- Abril 1991, p. 66-72,
www.buscilibros.cl/libro.php?libro=591582-29k

- Echeandía, Davis Hernando, *Teoría General del Proceso*, en Compendio del Derecho Procesal, Tomo I, Colombia, editorial Biblioteca Jurídica Dike, 12ª ed., 1987
- Escobar García, Claudia, *Constitucionalismo Más Allá de la Corte Constitucional*, ed., Ramiro Ávila Santamaría, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional.
- Ferrajoli, Luigi, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, edición de Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo (s), Madrid, editorial Trota S.A., 2003.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, editorial Trota, 6ta ed., 2004.
- Foucault, Michel *Vigilar y Castigar Nacimiento de la Prisión*, España, 22ª, editorial Siglo XX, edición, 1994,
- García Ponce, Temistocles, “*El Non bis in ídem*”, Publicación de la Revista Judicial virtual del Diario la Hora, en:
http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction/contributions/spanish_prosecutors_es.pdf
- Gargarella Roberto y Alegre Marcelo, *Carlos Nino y la Filosofía de la Democracia*, <http://www.stafforini.com/nino/gargarella.htm>
- Galeano, Eduardo “*Las Venas Abiertas de América Latina*”, Montevideo, editorial Tercer Mundo, 1945.
- García Sayán, Diego, *Corte Interamericana y Tribunales Internos*, Corte Interamericana un Cuarto de Siglo, (1979-2004), San José de Costa Rica, ed. 1ª 2005.
- Granja Molina, Iván “*Análisis de la Resolución de Inconstitucionalidad de la Detención en Firme por parte del Tribunal Constitucional*”, en Revista Foro No. 8 “Derecho Penal”, Quito, Corporación editorial Nacional, 2007.
- Guembe, María José, “*Sub Coordinadora del Programa Verdad y Justicia*”, Seguridad y Derechos Humanos en el Gobierno argentino. Entrevista realizada en el marco de la Conferencia Internacional de las Comisiones de la Verdad y el Fortalecimiento de la Democracia en Ecuador. Quito 10 de Septiembre del 2008.
- Habermas, Jurgen *Mas allá del Estado Nacional*, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

- Habermas Jürgen, Dworkin Ronald y otros. “*La Política y el Derecho, ¿Se Opone la Democracia y el Constitucionalismo?*”. Revista # 4, Estudios Sobre el Estado y la Sociedad, Octubre de 1998.
- Heidegger, Martín, *La Doctrina de Platón Acerca de la Verdad*, Universidad de Chile, la Facultad de Filosofía y Humanidades y Departamento de Filosofía, Julio de 2000, en: http://www.cybertesis.cl/tesis/uchile/2000/abalo_f/sources/abalo_f.pdf
- Hitters, Juan Carlos *Revisión de la Cosa Juzgada*, 3.La Palta, Editorial Librería Platense, 2ª ed. 2001,
- Ibañes, Guzmán Augusto, *Cosa Juzgada y el Non Bis In Ídem en el Sistema Penal*, en El Sistema Penal En el Estatuto de Roma, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1 ed., 2003.
- Ibañes, Guzman Augusto, *La Cosa Juzgada y el Non bis In Ídem En El Sistema Penal del Estatuto de Roma*, en, La Corte Penal Internacional una Visión Iberoamericana, Comp., José A Guevara Tarcisio a Dal Maso, México, editorial Porrúa, 1 ed., 2005
- Jiménez de Azúa, Luis, *Principios del Derecho Penal: La Ley y el Delito*, Buenos Aires, editorial Sudamericana, 3ª ed. Reimpresión, 1958.
- Kant, Emmanuel Estado de Derecho,
http://es.wikipedia.org/wiki/Estado_de_Derecho1995.
- Kelsen, Hans *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, editorial Universitaria de, 4ª ed., octubre de 1965.
- Ley 23.492 de “Punto Final”. BO 29 de diciembre de 1986,
<http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/justicia.html>
- Ley 23.521 de “Obediencia Debida”. Sancionada el 4 de junio de 1987,
<http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/justicia.html>
- Medina Quiroga, Cecilia, “Obligación de los Estados Bajo la Convención Americana de los Derechos Humanos”, en, La Corte Interamericana de los Derechos Humanos Cuarto de Siglo, Costa Rica, ed. 1, Vol I, CIDH, 2005.
- Mendoza, Galileo Galilei “El Derecho Procesal Penal”,
<http://blog.pucp.edu.pe/item/30283/catid/3532>.
- Méndez, Juan, *Derecho a la Verdad Frente a Graves Violaciones de los Derechos Humanos*, en la Ampliación de Tratados Sobre Derechos Humanos Por Los Tribunales Locales, (Comp.) Martín Abregú y Christian Courtis, Buenos Aires, edición Conmemorativa del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1998.

- _____ “*Derecho a la Verdad Frente a Graves Violaciones de los Derechos Humanos*”, en Seminario Internacional. “*Retos de la Judicialización en el Proceso de Verdad, Justicia, Reparación y reconciliación*”. Programa Andino de Derechos Humanos, Lima, 1a ed., julio del 2003.
- Moyano Bonilla, César, “Soberanía y Derechos Humanos” en, La Corte Interamericana de los Derechos Humanos Cuarto de Siglo, Costa Rica, ed. 1, Vol. II CIDH, 2005.
- Mitología romana, Veritas en: <http://en.wikipedia.org/wiki/Veritas>
- Ministerio de Educación de la Nación Subsecretaría de Coordinación Administrativa Producción: Coordinación General de Informática y Telecomunicaciones “*La Dictadura Militar en Argentina*”, en <http://www.me.gov.ar/efeme/24demarzo/dictadura.html>
- Nino, Carlos y Zaffaroni, Eugenio, *En busca de las penas perdidas*, <http://www.stafforini.com/nino/zaffaroni4.htm>
- Padilla Ballesteros, Elías *La memoria y El Olvido*, Estudio de las Comisiones de la Verdad en América Latina, <http://www.nuncamas.org/investig/lamemolv/memolv03.htm>
- Peces Barba, Gregorio, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Capítulo X, Condorcet, La lucha por la Igualdad de los Derechos, en Fernández García, Tomo II siglo VIII, vol., II, Dykinson, Madrid, 2001.
- Pedraza, Sierra Wilfredo, Coordinador de Investigaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, “*Entrevista realizada en el marco de la Conferencia Internacional de las Comisiones de la Verdad y el Fortalecimiento de la Democracia en Ecuador*”, Quito 10 de Septiembre del 2008.
- Raúl Cárdenas, *El Principio Non Bis In Idem, Nadie Puede Ser Juzgado, Castigado o Perseguido Dos veces Por el Mismo Hecho*, México, editorial Porrúa, 2005.
- Storini, Claudia Clase de “*Derechos Civiles y Políticos*”, Sesión 1, Universidad Andina Simón Bolívar Quito-Ecuador, 24 de marzo del 2008.
- Uprimny, Rodrigo, *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo Proceso Penal* <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/2008/documents/RodrigoUprimny-BloquedeConstitucionalidad.pdf?rd=1>
- Verdú, Pablo Lucas, *Curso de Derecho Político*, Volúmen II, 2da, Reimpresión, Tecnos S.A., 1986, pág. 418. Citado por Susana Castañeda Otsu, Derecho constitucional, <http://www.sopecj.org/lectucon1.pdf>

Zabala, Jorge, *Tratado de Derecho Penal*, Guayaquil, Edina, 2004, citado por: Iván Granja Molina, en: “*Análisis de la Resolución de Inconstitucionalidad de la Detención en Firme por parte del Tribunal Constitucional*”. Revista Foro No. 8 “Derecho Penal”, Corporación Editorial Nacional Septiembre del 2007.

Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, Justicia*, Traducción de Marina Gascón, Madrid, editorial Trotta, 1 ed., 1995, 2 ed., 1997.

1. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, contra Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, <http://www.cidh.org/>

Corte IDH, Caso Godínez Cruz contra Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989.

Corte IDH, Caso Barrios Altos contra Perú, sentencia 14 de marzo del 2001.

Corte IDH, Caso la Cantuta contra Perú, sentencia, 29 de noviembre del 2006,

Corte IDH, Caso Orazza contra Bolivia, sentencia, 27 de febrero del 2002.

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia de 26 septiembre del 2006.

Corte IDH: Caso de las Masacrea de la Rochela contra Colombia, sentencia de 11 de mayo del 2007.

Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango contra Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006.

Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán contra Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Corte IDH, Caso Mirna Mack contra Guatemala, sentencia, 25 de noviembre de 2003

Corte IDH, Caso Daniel Tibi, contra Ecuador, sentencia 07 de septiembre de 2004.

Corte IDH, Opinión Consultiva No. OC-11/90, del 10 de Agosto de 1990.

Corte IDH, Opinión Consultiva No. 39/96 Argentina, caso No. 11.673, 15 de octubre de 1996.

Corte Suprema de Justicia Argentina, Aguiar de Lapacó Carmen contra Suarez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, (causa 450). s/recurso extraordinario”, S, 1085.LXXXI. Fallos: 321:2031. 13 de agosto de 1998, <http://www1.umn.edu/humanrts/research/argentina/justicia.html>

- Corte Suprema de Argentina, magistrados ponentes, Zaffaroni Raúl, Highton de Nolasco Arancibia Clavel y Enrique Lautaro, sentencia N° 259-.24/08/2004, “homicidio calificado y asociación ilícita”.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C1189-2000,
<http://www.constitucional.gov.co/corte/>
- Corte Constitucional Colombia, control concreto, salvaguarda del Derecho a la Verdad, a la justicia y a la reparación de víctimas, sentencia No. C-695/02; Derecho a la Verdad y la Justicia en Proceso de Amnistía e Indulto-Derechos de Víctimas sentencia, C-695/02.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia, Derecho a la Verdad de las Víctimas de Delitos C-871/03.
- Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad, en Delito de Desaparición Forzada-Implica el derecho a conocer el destino final de la persona desaparecida sentencia C-370/06.
- Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad en Ley de Justicia y Paz-Acceso Público a Los Registros de Casos Ejecutoriados, sentencia C-575/06.
- Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad en Ley de Justicia y Paz-desconocimiento en norma que no establece la pérdida de beneficios por no confesión de todos los delitos, sentencia C-370/06.
- Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad en ley de Justicia y Paz-Suministro de Información a Familiares de Víctima, SENTENCIA C-575/06.
- Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad, en servicio de salud-contenido, sentencia T-277/00.
- Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad y la justicia de víctimas de delitos-relevancia, sentencia C-004/03.
- Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad-Alcance, sentencias C-370/06, C-454/06 y C-1033/06.
- Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad-Carácter Subjetivo sentencia C-872/03.
- Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad-Contenido mínimo sentencia, C-370/06.

Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad-Dimensión Colectiva sentencias, C-370/06 y C-454/06.

Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad-Dimensión individual sentencia, C-454/06; Derecho a la Verdad-Doble connotación sentencia, C-872/03; el Derecho a la Verdad esclarecimiento de las circunstancias del Desplazamiento sentencias, T-327/01, T-882/05, T-1076/05.

Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad garantías que aseguren su ejercicio sentencia, C-872/03.

Corte Constitucional de Colombia, Derecho a la Verdad ocultamiento de información sentencia, T-752/98 y T-277/00.

Corte Constitucional de Colombia, derecho a ser juzgado en plazo razonable y Derecho a la Verdad, ponderación, sentencia, T-171/06.

Corte Constitucional de Colombia, derechos de las víctimas de delitos, comprende el Derecho a la Verdad, Justicia y Reparación, sentencias T-453/05 y C-370/06.

Corte Constitucional de Colombia, derecho de las víctimas y perjudicado por hecho punible en proceso penal, Derecho a la Verdad, Justicia y Reparación Económica sentencias, C-228/02 y T-622/02.

Corte Constitucional de Colombia, Detención Preventiva-Fines Vinculados con el Derecho a la Verdad y la Justicia, sentencia, C-805/02.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia, T-227 de 2003, M.P Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia, 454-2006.

Corte Constitucional Colombia, sentencia, C-225/95, Derecho Internacional Humanitario – Naturaleza Imperativa *Ius Cogens*.

Corte Constitucional Colombia, sentencia, C- 412 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombia, sentencia, C- 275 de 1994, MP, Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, sentencias T- 443 de 1994, ´

Constitucional de Colombia, C- 293 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz,

Corte Constitucional de Colombia, *ius cogens*, sentencia, C-1189-20005, Carlos Gaviria Díaz,

Corte Constitucional de Colombia, sentencia, ST 652 -1996.

Corte Constitucional Colombiana, sentencia, C-543 1992.

Corte Constitucional Colombiana, sentencia, No. C-454-2006.

Corte Constitucional Colombia, sentencia T-359-07.

Corte Constitucional Colombia, *Cosa Juzgada Constitucional*, sentencia, C543-1992,

Corte Constitucional Colombia, sentencia C-543-1992.

Corte Suprema de Justicia de Chile, resolución de archivo, de 11 de noviembre de 1998, Caso del Señor Almonacid Arellano.

Corte Suprema de Justicia Ecuador, Sentencia “Recurso de Revisión, juicio penal de tránsito seguido a Juan Paucar Abedeano,
<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Gacetajudicial5.3.html>

Tribunal Constitucional Ecuatoriano, sentencias No. 835-2003 TC” y 00118-98 TC, y Caso No. 399-91.

Tribunal Constitucional Ecuatoriano, sentencia de Amparo Constitucional Nro. 534-2003-RA, y 005-2000-CI.

Tribunal Constitucional del Perú, La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo Sentencia de inconstitucionalidad de una ley, S. 00005-2007-AI;

Tribunal Constitucional de Perú, La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción, sentencias, 00679-2005-AA y 0013-1996-I.

Tribunal Constitucional de Perú, tutela el Derecho a la Verdad: La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos S.2488-02-HC.

Tribunal Constitucional de Perú, Derecho a la Verdad como un nuevo derecho fundamental no mencionado expresamente S. 09-2004-HD

Tribunal Constitucional de Perú, El Derecho a la Verdad es plenamente protegido, S. 1417-2005-AA.

Tribunal Constitucional de Perú, Sobre el paradero del detenido-desaparecido, se tutela el Derecho a la Verdad –como es el caso de las desapariciones forzadas S.059-05-HC, en el mismo sentido sentencias 00679-05-HC, 03938-2007 y 04053-07-HC).

2. Instrumentos Internacionales.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 De Noviembre de 1969, <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Casos contra Argentina 3358/80, 2088A/78, 2127/80, 2155/80, 2209/78, 2666/78, 2484/78, <http://www.cidh.org/annualrep/79.80sp/cap.3.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Visita *In Loco*, (AG.doc.110 1/79) <http://www.cidh.org/countryrep/Argentina80sp/introduccion.htm>

CIDH, Informe de junio del 2000 Perú, <http://www.cidh.org/countryrep/peru2000sp/introduccion.htm>

CIDH, resolución N° 21/78 Caso 2209 Argentina 18 de noviembre de 1978, <http://www.cidh.org/annualrep/79.80sp/Argentina2155.htm>

Organización de Estados Americanos Cuadragésimo Periodo de Sesiones, Informe anual 1979 a 1980, en <http://www.cidh.org/annualrep/79.80sp/cap.2a.htm>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Proyecto de Carta de los Derechos Humanos Emergentes, “*Los Derechos Humanos en un Mundo Globalizado*”, Instituto de Derechos Humanos de Catalunya, en www.institutidhc