

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

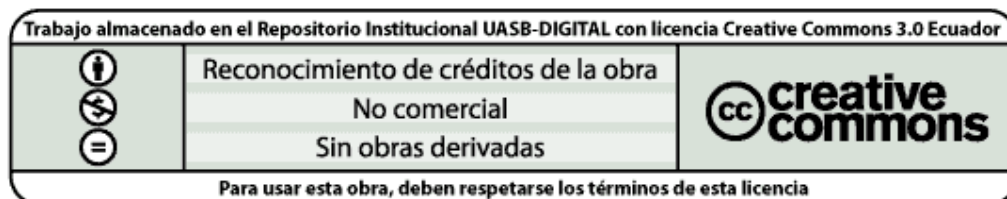
AREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

**“LA VERDAD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL EN
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO”**

DR. CARLOS POVEDA MORENO

2014



CLAUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Carlos Poveda Moreno, autor de la tesis titulada “La verdad como derechos constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Procesal, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamo de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

En esta fecha entrego a la Secretaria General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Latacunga, 8 de septiembre de 2014

Dr. Carlos Hernan Poveda Moreno

C.C. 0501553093.

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

AREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

**“LA VERDAD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL EN
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO”**

DR. CARLOS POVEDA MORENO

TUTOR: DR. CHRISTIAN MASAPANTA

LATACUNGA - 2014

Resumen

Las sociedades desde sus inicios se han preocupado por entender y comprender determinados fenómenos sean estos físicos, sociales o biológicos, con lo cual interviene el raciocinio del ser humano que se preocupa por dar un significado a todas estas manifestaciones.

La preocupación se genera en admitir un acto o un hecho como algo valedero que sea aceptado por todos los congéneres, para que tenga una categoría de admisibilidad y si bien se discuta su presencia, ésta sea al menos considerada por una mayoría.

Así empieza la existencia de la verdad que tiene significados variados dependiendo de su origen semántico, pero que todos ellos empiezan por desentrañar la esencia de un objeto o de una exteriorización, pero a la vez son condiciones de convivencia social y hasta una forma de alcanzar la libertad.

Claro está, que el ideal filosófico es precisamente que exista una correspondencia entre la concepción humana y el objeto que se analiza; pero este esfuerzo no es fácil, al contrario, dependerá inclusive del criterio subjetivo de cada individuo.

Surge con preeminencia ante las situaciones difíciles en el campo jurídico, la imperiosa necesidad de ser avalada a través de una resolución que se plasma al final de una investigación; estatus que se configura en un decisión que declara oficialmente un hecho.

Por este motivo, la verdad procesal es materia de un análisis, pero a la vez la forma en la que se arriba debe tener despliegues importantes para generar igualdad y equidad de los sujetos procesales para acceder a través de la prueba y mantener una condición de lealtad y transparencia.

Este esfuerzo investigativo, devela la misteriosa verdad, aterriza en una condición jurídica y se asienta en la realidad diaria de la prueba, para encontrar en este escenario la paz y conciliación social.

Agradecimiento

A mi querida Universidad Andina “Simón Bolívar” que me instruyó, y fue mi primera Escuela Judicial, para luego otorgarme la oportunidad de ejercer la docencia y visitar varias ciudades del Ecuador impartiendo y aprendiendo conocimientos con alumnos, con amigos.

A Ramiro Ávila Santamaría con quien nos conocimos inicialmente en nuestros escritos y luego nos fundimos en un abrazo. Su informalidad debería ser el ejemplo de la justicia, más aún cuando ahora nos hemos reencontrado en otra esfera, la interculturalidad.

A Christian Masapanta quien tomó el relevo de Ramiro Ávila en esta recta final que espero concluir de forma exitosa.

A Eva Paredes, mi ayudante, amiga y excelente mujer, que con su predisposición me ayudó a facilitar esta tarea que parecía no cumplirse.

A la Función Judicial del Ecuador, Institución a la cual sin que sea parte, la llevo en mi corazón, hablo aún como juez y hasta pienso como tal.

Gracias.

Dedicatoria

*Buscando el derecho a la verdad, me confundí y fui a parar en la obscuridad;
Luego retome el sendero, me costó, dolió, lloré, me equivoque y perdí tiempo,
Al fin...me enrumbe.*

A mis amores: Mafer, Tamy, Chavelita, Nicolás y Ariel.

*A Verito por tu dureza y dulzura, porque me diste el ejemplo de ejercitar el derecho
que tanto investigué.*

*A Saúl Cañar Pauta y su familia, condenado al olvido por la historia ecuatoriana y
por sus coidearios, a él y su familia como homenaje inmaterial, por ser un ejemplo de la
coherencia ideológica y del pragmatismo vivencial.*

Carlos.

Tabla de contenidos e índice

Introducción	09
1 Capítulo primero. La verdad y sus manifestaciones procesales	12
1.1. La verdad como expresión filosófica.....	12
1.1.1. Las ciencias sociales y las ciencias humanas.....	17
1.2. Manifestación jurídica de la verdad.....	18
1.3. ¿La verdad se construye o se descubre?.....	24
1.4. La teoría consensualista de Habermas en relación con el poder de verificación y las garantías procesales de Ferrajoli. Compatibilización filosófica – jurídica – procesal.....	30
1.5. La obtención de la verdad como producción mediática y su influencia en las decisiones Jurisdiccionales.....	35
2. Capítulo segundo. Evolución jurisprudencial internacional del derecho a la verdad	44
2.1. Aportes de Comisiones de la Verdad y Reconciliación, Tribunales Internacionales y Evolución jurisprudencial de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	44
2.1.1. Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica.....	45
2.1.2. Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.....	48
2.2. Elementos del Derecho a la Verdad desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	50
2.2.1. Utilización de recursos judiciales efectivos.....	50
2.2.2. Inversión de carga probatoria.....	51
2.2.3. Acceso a la justicia material y no formal.....	52
2.2.4. El Derecho a la Verdad es un Derecho Colectivo.....	54
2.2.5. Búsqueda de la Verdad de manera oficiosa.....	56
2.2.6. Conexidad con el Derecho de Información.....	57
2.2.7. Derecho a la Verdad y Garantías Judiciales en el Estado de Derecho.....	58

2.2.8. Inadmisibilidad de actos emanados del Poder Legislativo y Ejecutivo que impidan el acceso al Derecho a la Verdad.....	59
2.2.9. El Derecho a la Verdad como deber jurídico y democrático de las instituciones del Estado, pero también de terceros.....	60
2.2.10. A partir del Derecho a la Verdad se consagra la definición de la impunidad.....	60
2.3. Resolución en sede nacional.....	60
2.3.1. Caso Saúl Cañar Pauta.- Ensayo jurisdiccional del Derecho a la Verdad...61	

3. Capítulo tercero: el papel de las cargas dinámicas probatorias para la obtención de la verdad.....

3.1. La carga dinámica probatoria.....	67
3.1.1. Carga de la Prueba.....	68
3.1.2. La Carga de la Prueba en materia penal.....	72
3.2. Antecedentes de las cargas dinámicas probatorias.....	74
3.3. Cargas Dinámicas Probatorias y el Estado de Inocencia.....	83
3.4. Aplicación de los principios probatorios básicos en conjunción con las cargas dinámicas probatorias.....	90
3.5. Construcción del Derecho a la Verdad desde la aplicación de las cargas dinámicas probatorias.....	93

4. Conclusión.....97

5. Recomendación.....99

6. Bibliografía.....101

7. Anexos.....107

Introducción

El derecho a la verdad como categoría jurídica empieza a surgir y eclosionar en los Tribunales Internacionales, los mismos que empezaron a juzgar crímenes horribles y graves en contra de la humanidad; Nuremberg y Tokyo, se convierten en los primeros ensayos de jurisdicción universal a través de conductas que son consideradas delictivas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional.

La irrupción de la guerra fría, que pone en debate temas como el de seguridad nacional y la proliferación del comunismo en sociedades latinoamericanas, que impidan el resurgimiento de la revolución cubana, posibilita que en el Cono Sur se ensaye dictaduras militares amparadas por el imperialismo norteamericano, donde la conculcación de derechos individuales, la imposición de la fuerza por encima de la razón, la desaparición de personas contrarias o críticas con el sistema; y, las ejecuciones extrajudiciales fueron el germen para imponer un solo criterio: el fortalecimiento del capitalismo a costa de cualquier bien, incluso superior como es la vida.

Este esfuerzo investigativo empieza en el curso dictado por el Instituto Catalán de Derechos Humanos en Barcelona, en mayo 2005, donde nos convocamos jueces de Argentina, Perú, Ecuador, Bolivia, el Salvador, Brasil y capacitadores de Portugal, España, Francia e Italia; conclave que sirvió para conformar la primera Federación de Jueces para la Democracia de Latinoamérica y el Caribe.

En esas jornadas intensas tuvimos la oportunidad de analizar el caso Bulacio Vs. Argentina, pero por la coyuntura política nos enfrentamos académicamente en la discusión de la muerte de uno de los militares argentinos como Suárez Mason, que esa época a pesar de su arresto domiciliario salió de su encierro en compañía de un diplomático ecuatoriano.

En esa época empezaban en la hermana república de Argentina, a dar resultados las investigaciones del paradero de niños víctimas de la dictadura, que habían sido vendidos o transferidos a personas que no eran sus padres biológicos, inclusive muchos de ellos residían en Europa sin conocer sus orígenes de filiación.

Al respecto me pregunté internamente *¿Acaso la muerte de un persona debe extinguir la posibilidad de conocer la verdad de los hechos?*.

Esta inquietud fue transmitida al auditorio y lastimosamente fue unánime el criterio, de que es un principio procesal, que el transcurso del tiempo borra todo. Es decir el derecho a conocer los hechos como sucedieron debía tener cualidades y antecedentes jurisdiccionales, encontrando en los sistemas supranacionales de justicia la respuesta, especialmente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que había resuelto casos controversiales seguidos en contra Argentina, Guatemala, Nicaragua, Chile, etc.

Posteriormente la formación de las Comisiones de la Verdad, me permitieron entender que estas organizaciones tenían como misión fundamental este tipo de investigaciones sin esforzarse en dictaminar en ausencia de una determinada actividad jurisdiccional, sino que la indagación era menos formal y más aperturada.

Esta inspiración inicial de formación en este apasionante debate, me permitió aplicar con todo el bagaje ya analizado y transitado, en una de mis últimas resoluciones en calidad de Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, sobre la desaparición y muerte del dirigente sindical que conocí a través de un expediente y lo llegué a admirar por haber sido un ser humano coherente, aquel que la historia formal y burócrata lo olvidó; el denominado caso de Saúl Cañar Pauta, esta decisión contiene básicamente una descripción de lo que ahora se transforma en mis tesis.

Aproximadamente pase tres años, descifrando la manera de descender desde el planteamiento del Derecho a la Verdad que se encontraba incorporado en la jurisprudencia interamericana, hasta plasmar en la Constituyente de Montecristi como derecho constitucional -el tiempo se adelantó a mi propuesta inicial.

Pero faltaba la última reivindicación, la forma de configurar y diseñar este alcance a uno más ordinario y frecuente, como es la utilización en el juicio penal cotidiano. La última parada fue casual, haberme encontrado de forma circunstancial un caso de negligencia médica y ver aborto como una historia clínica no se quería entregar al paciente; ahí en una búsqueda comparada pude percatarme de las denominadas cargas dinámicas probatorias, utilizadas en Argentina en similares casos y que tenían larga data podía convertirse en la solución de un final que espero mucho tiempo.

La posición favorecida por tener en poder las pruebas, inclusive por el manejo por circunstancias económicas, podía convertirse para el juez en una forma de alcanzar una realidad objetiva e histórica dentro de un sistema procesal. Destaco la importancia de la actividad del juez en su desenvolvimiento oficioso y la aplicación de ciertos principios, para que no contradiga con el discurso garantista que tenemos en la actualidad.

Finalmente, ensayo posibles reformas constitucionales y legales que podría permitir arribar a un mejor destino; aunque como queda demostrado sin tener el desarrollo secundario se ha permitido en el caso Cañar arribar a esta finalidad, únicamente aplicando el bloque de constitucionalidad y sacando provecho del denominado Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Capítulo primero

La verdad y sus manifestaciones procesales

1.1.- La verdad como expresión filosófica

Este término ha sido utilizado en todos los campos incluidos en el religioso, donde Jesucristo explicaba a sus discípulos que es “*el camino, la verdad y la vida nadie va al padre sino por mí. Si me conocen a mí, también conocerán al padre. Pero ya lo conocen y lo han visto*”¹. En culturas más antiguas se utilizaba como ejemplificación de poder, básicamente en comunidades primitivas.

Todos queremos saber la verdad, y aquellos que no logran se encuentran en espacios inferiores por los cuales no son dignos de amparo y protección. Es indiscutible que este conocimiento no es absoluto ni en su apreciación, ni en su origen ni tampoco en su aceptación.

Algo de lo cual aseveramos es el contenido extremadamente filosófico de este símbolo, lo que permite describir sus variadas características que unidas por un consenso en algo podrían satisfacer su real significado.

La palabra verdad tiene dos acepciones, una hebrea y otra griega, la primera proviene de *emeth* (aman) que significa “sostener algo firmemente para que no se caiga”, el principal sinónimo es *emunah* que significa “fidelidad”, “afianzamiento”, sitio donde puede uno apoyar.

¹ San Juan.- Capítulo 14, versículo 6.- Biblia Latinoamericana. Ediciones Paulinas Verbo Divino. LXXXI Edición. Nuevo testamento. Madrid, 1989, p.177.

La segunda, proviene de la palabra *alêtheia* que indica “des – velamiento, des – cubrimiento o des – ocultamiento del ser”. Es decir, nos remite algo que nos aparece entre nosotros. Por lo tanto, la palabra hebrea refiere a lo dinámico y lo griego a lo permanente.

En Grecia la verdad fue sinónimo de realidad pero que se oculta por la sombra de la apariencia, pero también es una condición del objeto que lo ubica en extremos de verdadero o falso. El filósofo griego Aristóteles creador del *Silogismo Práctico*, sugiere las primeras explicaciones de las nociones de verdad, manifestando que a partir de la acción confluye la facticidad del ser humano, pero olvida el deseo que también es la motivación de la conducta. En todo caso nos ubica en dos premisas y una conclusión, pero no en el carácter de mayor o menor, sino en sus condiciones de universales y predicados.²

Mantiene la convicción de que toda persona humana al ser virtuoso y desarrollar buenos hábitos, dice y aplica la verdad, mientras que la persona que no desarrolla estas características se encuentra ausente de este criterio. Esta afirmación es lo más rescatable dentro de esta teoría, por cuanto si bien no analiza la intención proveniente de un deseo, encasilla la acción como buena o mala, verdadera o falsa, de acuerdo al aspecto racional y moral, es decir deliberativo.

Es de gran utilidad esta concepción al punto que Habermas en su análisis de *facticidad y validez*³, nos enseña a transpolar hacia la teoría comunicativa, que despierta el consenso de la sociedad desde una perspectiva de lenguaje y discurso.

Diversas corrientes del pensamiento se han preocupado por descifrar este concepto, desde los escolásticos, racionalistas y empiristas, hasta llegar al establecimiento de la *Teoría de la Correspondencia*, donde se destacan figuras como Santo Tomás de Aquino a través de sus más destacadas obras como son “*Summa Theologiae* y la *Expositio*”.

² Manuel Oriol Salgado, La estructura del silogismo práctico de Aristóteles, en *Revista de Filosofía*. Vol. 29 Num.1. 2004. p. 53-75.

³ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho del Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Colección estructuras y procesos. Serie Filosofía. Segunda Edición. Trotta. Valladolid, 2000, p. 295.

Los dos textos consagran el análisis de la *verdad práctica* en distinción con la *especulativa* o la *teorética*. En una inicial aproximación podría entenderse a la primera como la conformidad del intelecto con el “*apetito recto*” –acción prudente-, a diferencia con la especulativa que se entiende la conformidad con la realidad. Esta particularidad la usamos generalmente en la valoración probatoria para arribar a una certeza.

El *apetito recto* es el test respectivo para conocer si el entendimiento es verdadero o falso, que a la vez remite a la coherencia entre la acción teórica que se reduce en lo cognoscitivo y la *praxis*, es decir lo práctico el cumplimiento y ejecución de una acción. Aristóteles denominaba como *verdad práctica*.

El entendimiento y la voluntad son dos insumos que generan aceptación. Después de un proceso intelectual de raciocinio, esta explicación es básica en el concepto de la Ley, en tanto y cuanto se torne imperativa y coaccionante por una autoridad que mantiene poder.

El método interpretativo conocido como *subsunción* se aplica con frecuencia en las decisiones judiciales, en virtud de la utilización de premisas, una mayor, que sería considerada como *el factum* es decir, una verdad especulativa y práctica; la otra, la deóntica considerada a la Ley que trae principios y normas, y finalmente una conclusión que debería ser la correspondencia entre el intelecto y el objeto, que sería arribar a una verdad.

La teoría de la correlación también tiene una esfera de carácter semántico para designar o descifrar algo, básicamente en la relación con una realidad. Las principales teorías pragmáticas de la verdad si bien participan de la correspondencia, tienen que estar dispuestas ante la prueba de la experiencia, o su beneplácito con otras creencias.

Dentro de esta corriente Habermas en lo fundamental sostiene que la pretensión de validez se encuentra en el planteamiento, ya que para que algo se pretenda ser bueno o

malo, o en su defecto verdadero o falso, se recurre a dos vías: a) la imposición por la fuerza; b) que la fuerza de la argumentación sea el factor decisivo de convencimiento, es decir el convencimiento tiene la coacción motivada.

Es muy crítico a las teorías de la correspondencia por encontrarse inmersas en aspectos lingüísticos, donde solamente se valora de forma semántica una cualidad verdadera, mientras que las pretensiones de validez obedece a una lógica del discurso teórico – examen de condiciones pragmáticas- alcanzando un consenso racional mediante la argumentación.⁴

La **teoría de la coherencia** sostiene que la verdad es aceptada por su consistencia con todas las demás proposiciones del saber que han sido anteriormente admitido. Una crítica a esa teoría es la de considerar que la coherencia es solo un criterio de aceptabilidad.

La verdad de las ciencias exactas se sirve del *método axiomático* que significa aceptar sin prueba ciertas proposiciones como axiomas o postulados.

Una situación interesante nace a partir del teorema de Gödel, que establece que las proposiciones formuladas en la matemática no pueden ser demostradas en calidad de verdaderas o falsas, sino en criterios de validez o coherencia.

La gravedad por ejemplo es utilizada en la prueba en accidentes de tránsito, trayectorias de una ojiva, dirección de caída de las manchas de sangre, etc.

La verdad de las ciencias biológicas encuentran su fundamento se encuentra en las leyes biológicas y de las ciencias humanas, explicables no como correspondencia sino a través del pragmatismo, por cuanto el principio y fin de un ser viviente, se representa no por una ecuación numérica sino por aspectos funcionales tal vez inadvertidos, pero que reflejan una realidad que casi siempre resulta inagotable, así tenemos la descripción del ADN que tampoco es una aseveración consumada porque siempre habrá más que descubrir

⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez...*, Op. Cit. p. 298.

y que estará acorde a cambios o mutaciones que por ahora son desconocidas por las ciencias.

Aunque este tipo de manifestaciones y de conformidad con los descubrimientos realizados en el campo experimental de la física cuántica, podemos establecer que no existe certeza sino siempre probabilidad, a decir de esta rama científica la denominada conciencia, que se explica por la dinámica de los electrones que se ha demostrado que su manifestación es diferente y que al momento de ser medible los actos de la naturaleza por la materia que los compone actúan de distinta manera.

Bajo estas explicaciones la realidad no es la misma que se aprecia de un ser humano a otro, ya que nosotros simplemente seríamos un medio de difusión de la información existente; es decir las reglas vendrían dadas por un ordenador central que guía nuestras acciones. Inclusive esta teoría acabaría dando la razón de un Ser superior, de ahí la frase de Albert Einstein: “Dios no juega a los dados”.

La posibilidad de que nuestra materia es conformada por electrones y que no solo somos cuerpo sino energía, presupone que podríamos estar el mismo tiempo en dos lugares diferentes, lo que permitiría vivir simultáneamente en dos situaciones fácticas, de ahí que después de la muerte hay otra vida, parece ser no una ficción sino un hecho que podría ser irrefutable.

Bajo estos conceptos entenderíamos en una primera aproximación que sería inútil encontrar una verdad única, sino que todo es probabilidad y contingencia, con repercusión en las manifestaciones jurídicas y que el estándar de certeza solamente es una utopía que encarrila a una situación sin fundamento científico alguno. La denominada *conciencia* en la física cuántica es la información que reposa en nuestra materia que viene dada por disposiciones superiores y generales que tienen una misión específica.

1.1.1.- Las ciencias sociales y las ciencias humanas

Las ciencias sociales fincan su análisis en el hombre/mujer en relación con su entorno, en virtud de que el planteamiento holístico o de integralidad permite extender su explicación por ejemplo en la relación del ser humano con la naturaleza, y el respeto hacia ésta, como suceden con los asentamientos de los pueblos indígenas y la defensa de los recursos naturales para su aprovechamiento.

Anteriormente ya habíamos manifestado que las leyes de la naturaleza es explicable numéricamente, por lo tanto los problemas hipotéticos no tienen cabida en su explicación, mientras que la relación social siempre se interpretará a través de propuestas que no necesariamente van a tener una forma de concepción, alcanzada mediante la coherencia teórica.

Aquí lo importante no es la verdad sino entender lo que ocurre⁵. Por lo tanto, la verdad formal o generalmente aceptada, en sentido estricto es una acepción consensuada, se alcanza a través de la correspondencia⁶.

Tampoco cabe duda en una total diferenciación de las ciencias sociales y naturales, ya que autores como Kuhn realiza su concepción en similitudes de unas con otras, por cuanto el nivel de verdad dependerá de la forma cómo concibe el investigador o científico, al momento de apreciar los fenómenos, esto es, a través de la experiencia, la misma que tienen de por sí inclinaciones no necesariamente neutrales en su captación, sino que dependerá de la formación del individuo, sus prejuicios o sus afectos hacia una

⁵ En materia jurisdiccional, la aplicación de los informes antropológicos y sociológicos son más recurrentes para tomar decisiones, inclusive en niveles supranacionales de justicia tienen una preponderancia única, como por ejemplo cuando son sometidos a su conocimiento litigios donde se encuentran involucradas comunidades indígenas.

⁶ En sociedades donde el discurso securitista es un plan político partidista para captar adhesiones, la utilización de datos sociales que pertenecen a las ciencias del ser para injerir en reformas penales y procesales que aumenten la dureza del Estado frente a delincuencia generalmente común y de bagatela, es decir, modifican y manejan a su antojo la ciencias del deber ser, no como una característica técnica sino demagógica que lo único que persiguen es apoyo en las urnas o asentar los niveles de oposición.

determinada convicción.⁷ Esto permite apreciar por ejemplo que las sociedades orientales tienen valores distintos a los occidentales, de ahí que la influencia de la religión es intensa inclusive en el Derecho así como la solución de sus problemas, situación que no son similares a nuestras sociedades, como bien lo describe Boaventura de Sousa Santos en su libro *“Las epistemologías del Sur”*

1.2.- Manifestación jurídica de la verdad

La teoría del conocimiento debería ser una de las ramas científicas que cualquier profesional del Derecho tendría que estudiarla para lograr un mejor entendimiento sobre la manera de trasladar una verdad objetiva o material a una procesal, a veces resultante de la finalidad de cualquier enjuiciamiento independientemente de la materia.

No en vano se manifiesta que el juez (a) tiene para sí una actividad heurística, por cuanto parte de una información histórica para formar un criterio vinculante entre las partes procesales, recreando los hechos en uno solo contundente y con efectos jurídicos que a veces implican medidas restrictivas de derechos fundamentales; dicha afectación obedece a un principio de proporcionalidad, es decir, cuando por medios probatorios no es suficiente alcanzar un objetivo de prueba, sino que se requiere de actos que violenten derechos en respeto a la dignidad humana y con el control jurisdiccional, como por ejemplo: el allanamiento, la interceptación de llamadas telefónicas, la obtención de fluidos corporales, etc., para alcanzar el conocimiento de una determinada acción humana con implicaciones jurídicas.

⁷*La verdad en las matemáticas y en las Ciencias Empíricas (Naturales y Sociales)* www.oposinet.com/filosofia/temas/oposiciones_filosofia_T8.php.htm (consulta martes 13/08/2013).

Cuando aseveramos que la verdad de los hechos es ineludible en cualquier procedimiento, estamos tomando parte en una de las finalidades de los sistemas procesales; pero también hay que denotar que existe otra razón para construir este mundo fáctico, que es lograr la pacificación social⁸ a través de un diálogo moderado y razonable, por lo tanto los enjuiciamientos se los utiliza como una actividad metódica, más que probar a cualquier costo, es decir la solución del conflicto y no la finalización de un enjuiciamiento.

Esta apreciación en el plano personal lo hemos adquirido desde una perspectiva intercultural, donde los conflictos indígenas tienen una directriz universal para que se apliquen o en el lugar que se origine, independiente inclusive del continente donde se resuelva; así, como principio general y universal del Derecho Indígena es recobrar la paz⁹ y tranquilidad de la comunidad afectada.

Claro está que no en todos los casos podría de por medio superarse el conflicto a través de conocimiento de una verdad, sino que a veces inclusive en el aspecto biológico otra es rehuendo la misma. Como cuando nuestro cerebro rechaza los episodios violentos a través de las diferentes amnesias que crean un cerco para no sentir el sufrimiento.

En lo jurídico hay situaciones tan dañinas que es mejor ponderar el enjuiciamiento para efectos de revictimización, con el ejercicio de la justicia, siendo éste a veces relegado para preservar la salud mental y física de la víctima; uno de los instrumentos que ha analizado este tipo de categorías es el denominado “*Protocolo de Estambul*”.¹⁰

⁸ “Para ello, lo primero será advertir que el proceso sólo es el medio pacífico de debate y que la función primordial de los jueces es procurar y asegurar la paz social”. Adolfo Alvarado Velloso, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*. XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad libre de Colombia, Bogotá, 2005, p. 643.

⁹ “Es importante destacar y me parece oportuno revitalizar el dinamismo de lo que significa un procedimiento o enjuiciamiento que debe tenerse en cuenta no como un fin en sí mismo, sino como un método que sirve para pacificar las controversias suscitadas, sobre todo cuando el objetivo final del Estado además de reforzar la convivencia en diversidad, debe precautelar que este tipo de relaciones especiales se realicen en un contexto pacífico”. Carlos Espinosa y Danilo Caicedo.- *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad, en Carlos Poveda. *Reflexiones básicas e ideas iniciales sobre el proyecto de ley de coordinación y cooperación entre el sistema jurídico ordinario e indígena*. Quito.- Primera Edición. Ecuador. Diciembre 2009, p.486.

¹⁰ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. New York 2001.

En esta última década hemos observado un compromiso judicial invaluable en la pacificación pero con verdad, actitud que por ejemplo fue asumida por la Corte Suprema de Justicia de Argentina¹¹ cuando declaran nulas las leyes de “*obediencia debida*” y “*punto final*”, decisión que fundamentándose en explicaciones sociales y filosóficas determina que dicha creación legislativa beneficiaba a criminales de delitos de lesa humanidad.

Inclusive en culturas indígenas como los Moiwana en Suriname¹² son conscientes que es un imperativo la justicia como medio de subsistencia de sus integrantes, es decir, si bien se consolida a través del proceso en representación de un método, éste más allá de configurar a través del medio probatorio una razón de impartir justicia, ésta se transforma en el alcance de obtener un equilibrio social.

En la actualidad los denominados “operadores de justicia” tienden a realizar de manera tecnócrata el cumplimiento de expedir resoluciones, las mismas que se cuantifican sin analizar sus resultados en pos de la solución de conflictos, al igual que ocurre en materia penal con los fiscales, cuyos dictámenes acusatorios representan un puntaje en la calificación, independientemente que hayan colaborado en el sentido imparcial

¹¹ Corte Suprema de Justicia de Argentina.- Resolución que declaró inconstitucional las leyes 23.492 y 23.521, donde el Procurador General de la Nación doctor Nicolás Eduardo Becerra manifiesta textualmente: “Este mandato, otorgado por el poder constituyente emerge directamente del pueblo soberano y, por ello, no es una simple potestad jurídica, sino un verdadero poder público que erige al Ministerio Público en un órgano constitucional esencial de la República de Argentina...Nadie puede hoy negar que sin orden institucional es imposible la **convivencia justa y pacífica**, y sin ambas es inconcebible lograr el fin del Estado [...] De este modo, que la Constitución Nacional le haya dado esta misión al Ministerio Público obedece a la lógica del Estado de Derecho. El pueblo soberano ha puesto la custodia de la legalidad, la custodia del Derecho en manos de un órgano público independiente y autónomo, a fin de que pueda requerir a los jueces la efectividad de dicha tutela. La libertad solo es posible cuando se vive en paz; sin paz no hay libertad. Y ésta debe ser la preocupación fundamental del Derecho y del Estado [...] El Ministerio Público, en el marco de su tarea de velar por la vigencia del orden público constitucional y los intereses generales de la sociedad debe actuar en “defensa del orden jurídico en su integralidad” y denunciar, por tanto, los actos y las normas que se opongan a la Constitución”.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos.- Sentencia de fecha 15 de Junio de 2008.- Versión de **Andre Ajintoena, antigua residente de Moiwana y presidente de la Asociación Moiwana.**- “En la cultura N’djuka es “esencial” buscar justicia cuando alguien muere de manera injusta. Esta obligación “de enderezar las cosas”, si no se cumple, provocará que los vivos y los muertos sufran”.

investigativo. Debemos acotar que desde el *deber ser* tendría que enfocarse la manifestación jurídica de la verdad.

El sistema de administración de justicia se ha contagiado de un ejercicio excesivamente formal, lo que ha traído consigo el desprestigio y la ilegitimidad de su función.

Si el sistema procesal es un reflejo del sistema político, está por demás descifrar el verdadero papel que hemos tenido en materia penal con casi las dos terceras partes de una Ley procesal reformada y con instituciones que no duran más de seis meses, aportes devorados por la vorágine partidista que observa resultados mediáticos que influyan en la democracia plebiscitaria que atravesamos.

No existe un verdadero consenso para definir la finalidad de un proceso – a pesar de estar consagrado en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador- en cuanto se refiere a la utilización de la verdad para arribar a una decisión justa, siempre tratando de reproducir el hecho, el objeto, la materia en un frío expediente denominado juicio; pero hemos denotado también que en los últimos años se viene reiteradamente exponiendo al menos tres elementos que configuran esta finalidad: ***Justicia, derecho a la verdad y reparación a la víctima*** –ésta dos como expresión de Derechos Humanos- y ***Democracia***.

Para otros será indiferente esta búsqueda incesante y tal vez se conformarán simplemente con la actuación del Estado en el servicio que presta a los usuarios de la justicia, esto lo satisfará y verán cumplido su papel, independientemente que el proceso haya servido para saber lo que ocurrió.

Uno de esos exponentes es Jairo Parra Quijano, tratadista colombiano que representa la vanguardia procesalista latinoamericana y que encarna la corriente civilista

que no vislumbra su interés por arribar a una verdad, es más se sienten derrotados frente a esta probabilidad.

Al efecto el jurisconsulto antes enunciado refiere varias corrientes que sitúan en dos extremos, el primero que es irrelevante este objetivo y el otro, que se inserta en la formalización de esta búsqueda.

La esfera de la retórica permite el “*hábil despliegue de argumentos para convencer a las partes (y a un auditoria más general) de que el tribunal ha obrado correctamente*”¹³.

La esfera *narrativista* señala que no tiene mayor diferencia que la narración de una novela, donde este esfuerzo debe ser verdadero y no ficticio.

Mientras que la otra posición sugiere que es imposible conseguir la verdad, por cuanto existe una *imposibilidad teórica*, por cuanto la valoración de los elementos probatorios se destaca en un acto subjetivo, que irradia en situaciones de conocimiento y de percibir una realidad de forma individual.

Mientras que en la explicación práctica se encuadran aquellos que consideran que la labor del juez no tiene un acercamiento a la posición de un científico o historiador, pero además que el tiempo es limitado por cuanto existen fases preclusorias que impiden realizar este cometido, así como la carga procesal, aunque en esta explicación contradice con la posición *heurística* que considera al juzgador como un verdadero historiador aunque su presencia no haya sido directa, sino que lo reconstruye en virtud de las pruebas aportadas.

Otra de la corriente de una actividad procedimental es la que debe servir como sostiene Alvarado Velloso, que el objetivo fundamental es la solución de un conflicto, más que la búsqueda de la verdad.¹⁴

¹³ Jairo Parra Quijano, *Manual de Derecho Probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado*. Décima Sexta Edición. Ampliada y Actualizada. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá - Colombia. 2008.

Prosigue Parra Quijano parafraseando con Winfreid Hassemer, al señalar sobre una categorización denominada la “*verdad formalizada*”, que establece reglas para esta construcción las mismas que son: a) “*Derecho de las personas que sirve de medio de prueba*”; b) Vista del juez que debe ser muy aguda cuando tenga solo información de una de las partes; c) La calidad de caso verdadero para formar un aspecto de indagación.

Sin embargo, el mismo autor muestra sus diferencias con el jurista alemán sobre todo cuando intenta justificar con extremado radicalismo, que la verdad forense no puede ser la jurídica o procesal.¹⁵

Ahora es el tiempo mediático judicial, ya no es el tiempo de justicia, sino que la resolución final debe ser congruente con la denominada “opinión pública” que ahora se encuentra institucionalizada de lado del poder, independiente que sea oficial o de oposición.

El que está con el poder dice la verdad, quien no lo está, miente. Por tanto, el deseo de Parra Quijano es ingenuo y dista mucho de ser un objetivo loable que difícilmente se cumple.

Finalmente el autor comentado expone su criterio y manifiesta: “se puede conseguir la verdad, para sobre ella construir la sentencia; existen controles para saber cuándo ha existido omisión probatoria”.¹⁶

En el área penal y de Derechos Humanos, donde tal vez por el interés público en juego y su compromiso con el alumbramiento de conocer los acontecimientos sucedidos,

¹⁴ Adolfo Alvarado Velloso, “*La imparcialidad Judicial en el Sistema Inquisitivo de Juzgamiento*”. En: XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Universidad Libre. Bogotá, Primera Edición. Agosto de 2005, p. 649.

¹⁵ “Ideológicamente puede conducir a que los funcionarios consideren que por tratarse de otra verdad distinta a la material, con algunas pruebas pueden hacer imputaciones y condenar, lo que convierte al proceso penal en un arma muy peligrosa que se puede prestar para que rinda servicios a intereses subalternos como los políticos”. Jürgen Habermas.- *Facticidad y Validez. Sobre el derecho del Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Op. Cit.*, p. 298.

¹⁶ Jürgen Habermas.- *Facticidad y Validez. Sobre el derecho del Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Op. Cit.*, p. 169.

investigan e intentan por arribar a lo que realmente sucedió, aquello que comúnmente decimos “investigar hasta las últimas consecuencias”.

Karl – Heinz Gössel manifiesta textualmente:

Y aun, hoy por hoy, tengo por exacto lo que, por mi parte, escribí en 1993, en el libro Homenaje para mi colega polaco Mariam Cieslak: “El poder aunque se desarrolle necesita de la nobleza de su sumisión al fin de la justicia”, y sólo puedo considerar correcta una resolución judicial cuando la misma constata los hechos sometidos a su conocimiento conforme al criterio de la verdad”. – La cursiva, negrilla y subrayado corresponde al autor de esta tesis.¹⁷

De este criterio se endilga que la Justicia es un verdadero Poder sobre todo en un modelo de Estado denominado como de “*Justicia y Derechos*” cuyo contrapeso precisamente radica en la división de poderes, pero sobre todo en el control jurisdiccional de los actos públicos, tanto por situaciones de indagación, como de respeto y reivindicación de Derechos. Lo contrario es utilizar a la justicia para que el Poder político lo utilice para fines de persecución y apropiarse de un solo pensamiento que sea sacramentado a través de sentencias, y éstas sirvan de verdad al Gobernante.

No está por demás afirmar que esta frase nos ha guiado y ha reforzado por realizar este trabajo, aunque para muchos compañeros y jurisconsultos no es pertinente quedarse en estos retos, por cuanto inclusive hoy en día radica el principio dispositivo uno de los fundamentos más importantes en los procesos, lo que impide que la verdad histórica se muestre claramente en la correspondencia realidad - proceso.

1.3.- ¿La verdad se construye o se descubre?

¹⁷Karl Heinz – Gössel.- *El Proceso Penal ante el Estado de Derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Edición, traducción española y presentación por el profesor Dr. Miguel Polaino Navarrete (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla – España). Grijley., Lima, 2004.

En contexto contrario con lo aseverado, lo ocurrido con Gilbert Dufour y relatado espléndidamente en el libro *Sospechas en Ecuador infernal injusticia*¹⁸, trae consigo el ejemplo más palpable de lo que el abuso policial significa en las investigaciones preliminares y de donde las conjeturas, y la exigencia mediática obliga a privar de libertad a una persona inocente a quien inculparon argumentando que asesinó a su mujer para hacer efectivo una póliza de seguro de vida.

Su muerte obedeció a un robo frustrado, donde la empleada doméstica fue la autora principal de este hecho conjuntamente con otros sujetos.

En este sentido los investigadores y actores del sistema norteamericano – el sistema procesal penal ecuatoriano intenta reflejarse en éste- no se ha preocupado por encontrar la verdad a través de los enjuiciamientos, al respecto William Pizzi profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colorado (EEUU) y antiguo Fiscal Federal, afirma textualmente lo siguiente:

Aunque no pienso que en realidad sea grande el número de acusados que eviten ser condenados por delitos graves a causa de la inadmisión de materiales probatorios, nos engañaríamos si pensásemos que el precio que pagamos por la regla de exclusión es irrelevante. La devaluación de la importancia de la verdad en nuestro sistema procesal comienza por la regla de exclusión. Un sistema de enjuiciamiento criminal en el que se inadmiten pruebas que contienen información fiable, obtenidas por agentes de Policía que actuaron de buena fe pero mediante actos que sólo a posteriori se declararon irrazonables, independientemente de lo irrelevante que puede haber sido la irregularidad cometida o lo grave que puede haber sido la irregularidad cometida o lo grave que puede haber sido el delito o delitos cometidos, abandonando en consecuencia la pretensión de determinar de forma precisa la culpabilidad del acusado, tiene su orden de prioridades seriamente

¹⁸ Gilbert Dufour.- *Sospechas en Ecuador infernal injusticia*. Edición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Traducción María Amelia Espinosa Cordero. Septiembre de 2009.

alterado. Los costos que una regla tan rígida supone para la honestidad y la integridad del sistema son enormes.¹⁹

La actitud mediática, la investigación discrecional policial, la falta de aplicación del principio de trascendencia objetiva por parte de los fiscales, la actitud tecnócrata de jueces (as), la indiferencia de algunos servidores y servidores judiciales; coadyuva para que en un proceso, exclusivamente se ventile la “verdad” oficial aquella que intentan demostrarnos los que tienen poder, por encima de aquella que se relaciona con un contexto histórico, material y objetivo.

La historia ha sido prodigiosa de continuas falsedades que nos han enseñado desde pequeños, creando héroes, que jamás lo fueron y condenándoles al anonimato de quienes si deberían tener esa calidad. O en su defecto, haciendo aparecer como filántropos a aquellos que fueron tiranos.

La película “*El Crimen Perfecto*”²⁰, con la participación del actor Anthony Hopkins, quien encarna el papel de un empresario aeronáutico que acaba con la vida de sus cónyuge al descubrir que le era infiel con un oficial investigador de la policía.

A los inicios del drama y frente a un delito flagrante, parece que todo llevaría a una condena por parte de la Fiscalía – Ryan Gosting (Willy Beachum)-, por cuanto desde el inicio contaban con pruebas contundentes de su participación, así como la autoincriminación que realizó el procesado una vez consumado el homicidio.

Lo único que faltaba para completar la investigación formal, era el arma de fuego que utilizó el presunto culpable, pero que el Fiscal daba por descontado su hallazgo; al fin

¹⁹ William T Pizzi.- *Juicios y Mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense.* Título original *Trials without Truth. Why our sistem of criminal trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuid it.* Traducción y notas a la edición española de Carlos Fidalgo Gallardo. Tecnos. Madrid. 2004, p. 73.

²⁰ Película dirigida por Gregory Hoblit. 2007. Columbia Pictures.

y al cabo, este funcionario se jactaba de haber tenido un promedio de efectividad de un ochenta por ciento.

En la audiencia de formulación de cargos, el acusado decide no contar con el asesoramiento de un abogado de confianza y le emplaza al fiscal para que acepte llegar directamente a la realización del juicio, ante lo cual el fiscal confiado en su experiencia y “contando” con las pruebas incriminatorias acepta sin desagrado; la única condición era que el Fiscal que conoció la causa debía comparecer a esta vista.

Después de una tortuosa investigación y frente a la celebración de la audiencia final el Fiscal se percató que el arma de fuego no existía en la escena del crimen, por lo que el policía investigador que fue parte de la infidelidad le insinúa elaborar el hallazgo del arma, ante lo cual en un esfuerzo ético y conmovedor el fiscal rechaza.

La víctima no falleció al instante del acto homicida sino que sobrevivió algunos días después del atentado.

Una vez que se examina el acervo probatorio de la acusación el funcionario se percató que: la autoincriminación del acusado fue obligada por cuanto el oficial investigador fue amante de la víctima, que el arma de fuego no existía en la escena del crimen, que la versión del oficial investigador no gozaba del principio de imparcialidad; y, que la investigación fue dirigida a perjudicar al acusado.

Ante estas anormalidades probatorias, la jueza del caso en la audiencia definitiva no tiene más remedio que absolverlo y dejarlo en libertad. La trama de la versión de la película deja una lección importante, en primer lugar, el supuesto asesino planificó cada uno de los detalles para generar beneficios a su favor; y, segundo, porque el acusado conocía exactamente el sistema garantista norteamericano y sobre todo el estado de inocencia, del cual la fiscalía tenía la carga probatoria.

Pero si bien el hecho se desarrolla básicamente por la infidelidad de su compañera, la que genera posteriormente su homicidio y de esto el culpable es su cónyuge; el relato nos trae que esa verdad en el expediente procesal no pudo ser trasladada y simplemente no existió fundamento para condenar, así de simple, no hubo hecho en la realidad jurisdiccional.

Al fin y al cabo la verdad en algunas ocasiones se trasluce, aunque demore años y hasta siglos.²¹ La verdad en las ciencias sociales, es decir en el campo del Derecho resume la aplicación del principio de coherencia y argumentación, por las cuales debe convencer al receptor que esa categoría existe y es fundamentada.

Una de las sentencias más polémicas que expidió la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador a través una de las Salas de lo Penal, fue la absolución a través del recurso de Casación a un oficial de la Policía Nacional acusado de atentado al pudor por haberle llevado a su víctima a un motel; situación que fue descubierta por la madre de la mujer, motivo por el cual denunció a las autoridades de justicia. Sin embargo, después de un tortuoso trámite se sostuvo por parte de los jueces que el acto que lleve un hombre a una mujer a un motel no significa principio de ejecución de un delito sexual.²²

Años más tarde el mismo uniformado se involucró en una causa de la misma naturaleza.

¿Cuál fue la precedencia mental de esos jueces de la época?, ¿Fue producto de formación jurídica o imperó una manifestación machista?. En definitiva lo obvio es que la manera de ver el sujeto a ese mundo es muy subjetiva pero no acorde a los estándares racionales.

²¹ .-El día martes 16 de Febrero de 2009 en el Telediario de televisión española pude observar que a los treinta años aproximadamente fueron condecorados un grupo de militares que tuvieron la valentía de sublevarse internamente a la dictadura del general Franco, para lo cual conformaron una organización militar demócrata en servicio activo, pero en la clandestinidad. En aquellos momentos se los catalogó como traidores y fueron separados de sus cargos, además fueron encarcelados y posteriormente amnistiados.

²² Sentencia No. 111-2007 del 3 de julio de 2007 expedida por la Tercera Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Caso Gomezjurado.

Otros fenómenos acaban inclusive de supeditarse a las leyes de naturaleza y físicas, donde la voluntad humana simplemente se reduce a estas características que podrían considerarse inmutables, ya que como se ha aseverado a través de la física cuántica sería relativa; esta verdad siendo física y matemática se enlaza con la social.

Este aporte nos dota de elementos comprobados y comprobables que sirven para arribar un tipo de verdad formal. Ejemplo: la adecuación física de la velocidad en la realización de un accidente de tránsito, donde resulta la muerte de una persona.

Últimamente el aporte de la química, biología, antropología forense, etc., permite explorar con exactitud las causas desencadenantes de un hecho. La utilización del ADN ha sido un factor determinante para explicar determinados acontecimientos, pero que tampoco es categórico porque en algún momento podría ser enervado por otros mecanismos más desarrollados.

Obviamente, todos estos elementos pueden ser percibidos sensorialmente lo cual es una actitud probatoria; pero en la práctica hay sucesos que son imposibles de ser probados. Uno que últimamente nos intriga en el campo antropológico son los sueños, aspecto que bíblicamente ha experimentado y explicado hechos trascendentales para la historia mundial.

¿Cómo probamos los hechos que son producto de un sueño? – como sostiene el antropólogo Fernando García Serrano-. Sin embargo los católicos creemos en el sueño que tuvo bíblicamente José esposo de la Virgen María. En lo científico tenemos los aportes de Sigmund Freud en torno a la realización de los deseos y la vía para llegar al inconsciente del ser humano.

Por ahora, solo queda en pregunta sin respuesta, sin dejar de considerarlo en virtud de la fortaleza que estos fenómenos generan una sociedad.

Si la verdad se descubriera nos tendríamos que indefectiblemente someternos a realidades incontrastables que nos obligarían a emitir resoluciones injustas, sin determinar otros elementos que la causa y el efecto, la acción y la reacción lógica.

En las ciencias naturales, físicas y matemáticas no se descubre solamente se rigen y están ahí guiando nuestras actividades. Mientras que cuando se construye la verdad, la actuación de jueces, fiscales, testigos aporta sus conocimientos y los contrasta con la actitud de valorar y juzgar y así determinar un hecho.

El aporte debe ser leal y fiel e inclusive como se dijo anteriormente la ponderación e interpretación judicial le otorga un margen nunca antes visto para establecer no solo una verdad objetiva, sino justa que en algunos casos podría lograr la pacificación social.

El aporte de lo que conocemos desde nuestros conocimientos permitirá edificar un suceso con extrema prudencia, pero reafirmado en la certeza y en la justicia. Con todo esto, podemos concluir que inclusive con la aplicación del principio dispositivo, la verdad se construye y no se descubre²³. Por cuanto dentro del enjuiciamiento son los sujetos procesales que aportan sus diversos elementos que pueden ser totalmente dispares con una realidad objetiva.

1.4.- La teoría consensualista de Habermas en relación con el poder de verificación y las garantías procesales de Ferrajoli. Compatibilización filosófica – jurídica – procesal

²³ “Con esto se cierra el círculo. Entiendo que quien impugne las anteriores conclusiones se expone a renunciar a una *verificabilidad substancial de las imágenes de la verdad*, posibilitando con ello que “mitos, fábulas, falsedades y mentiras” que el mundo conoce como tales “lleguen a ser la base de la verdad histórica”, configurando de hecho – para concluir con palabras de Thomas Mann, cuyas reflexiones invocamos como punto de partida – una “contradictoria clase de poesía, la poesía del poder, pues todo lo que puede llegar a ser verdadero de lo falso es, en último extremo, poder”. Y así entraríamos en unas tinieblas más profundas que las de la ya tenebrosa Edad Media: los falsificadores de la edad media tuvieron conocimiento de las falsedades y también de la verdad. Quien sólo reconozca la existencia de una exactitud *procesal* y *niegue* la existencia de una verdad independiente del sujeto, pierde conciencia sobre la verdad y falsedad, y con ello representa la razón por la que nosotros, también en el proceso penal, *tenemos* que buscar la verdad a pesar de que jamás podamos alcanzarla plenamente”.

La motivación de este ejercicio discursivo parte de un ánimo personal por encontrar contrapuntos, pero también semejanzas en posturas que a veces pueden estar alejadas de sus contenidos, pero que originan acercamientos direccionados en un solo interés, el tratamiento de la verdad, sus dificultades, pero a la vez su compromiso por la sociedad y su realización.

Habermas en su teoría comunicativa universal, expone cuatro requisitos para obtener un acuerdo o lo que se define el *consenso*: “a) Expresarse comprensiblemente, b) Expresar su contenido proposicional verdadero; c) ser sinceros en lo que se dice; y, d) Practicar un acuerdo recíproco a base de normas y valores considerados como válido”²⁴.

La utilización de un *sistema lingüístico ideal*, donde receptor y emisor puedan compartir las mismas *pretensiones de validez*, convoca a lograr una verdad verdadera.

En el primer requisito, quien habla debe compartir un saber y quien escucha debe predisponerse a aprender, esta posición dual logra un entendimiento.

El segundo requisito, está revestido por exteriorizar las propias intenciones de modo verdadero.

El tercer requisito, es más subjetivo y exige que se exponga un criterio sincero, el mismo que se relaciona con el anterior cuando debe expresar francamente lo que intenta comunicar.

Finalmente, en el cuarto requisito además de buscar la expresión justa a través de normas y valores, debe concentrarse en establecer un consenso.

Inicialmente podríamos pensar que esta postura filosófica es demasiado idealista y hasta utópica, pero en el desarrollo de sus análisis encontramos al menos un interés

²⁴ Habermas y la teoría de la acción comunicativa. www.unavarra.es/purescop/pdfs/tesis/alustiz/02B-Capítulo_Cuarto.pdf (Consulta de 13/08/2013).

universalista comprensivo, donde todos los individuos manejen un mismo discurso frente a los problemas de la vida.

Esta ambición no dista mucho de la predisposición de Luigi Ferrajoli²⁵, cuando afirma la necesidad de tener instrumentos e instituciones internacionales que den respuesta a los problemas más complejos de las sociedades contemporáneas. Así, por ejemplo, la creación de un orden jurisdiccional universal, de una fuerza pública internacional o en su defecto de una mega Constitución.

Es decir, los problemas y soluciones que los dos estudiosos plantean, es un verdadero orden universal, para lo cual como es obvio además de tener una postura argumentativa general, deben ingresar a generar determinados consensos que deben ser observados por todos los individuos y por ende en todas las sociedades.

La posición que acabamos por determinar no se la observa inalcanzable, por el gran desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyo ámbito de aplicación ha cambiado en estas décadas, ya que inicialmente podemos afirmar que su función era eminentemente competencialista y estadual, por la necesidad de contar con su auxilio en el reconocimiento de Estados y fomentar su soberanía interna y externa.

Sin embargo, los diversos convenios y tratados internacionales han logrado consensuar determinados principios, normas y valores que todas las sociedades a nivel universal en la actualidad mantienen o se esfuerzan por lograrlo.

Un ejemplo característico de estas iniciativas es la defensa del derecho a la vida, que la mayor parte de naciones del mundo lo tiene y que inclusive en poblaciones originarias se defiende en calidad de *mínimos jurídicos*, o también el debido proceso.

²⁵ Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo* comp. Editorial Trotta, S.A. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Madrid, 2003, p.27.

Este metalenguaje ha permitido desarrollar un sinnúmero de derechos que son ínsitos al ser humano, del cual a pesar de las diferencias naturales y de origen, han calado profundamente en la especie humana para proteger su conservación y defensa.

Como hemos observado, la práctica comunicativa²⁶ unida al deseo de mantener una paz universal, requiere de los elementos consensuales y de la argumentación como fenómeno de persuasión; combinados Habermas y Ferrajoli tenemos el claro ejemplo de lograr la defensa de una sociedad respetando las normas y valores previamente acordados²⁷.

¿Cómo conocer que una proposición es verdadera?, Habermas, sostiene que el plus de veracidad se otorga en virtud del pronunciamiento de la mayoría, es decir que una vez que se consensua entre muchos individuos a través de los predicados que coinciden con un mismo objeto, éste enunciado alcanza el estatus de verdad.

Por lo tanto la mayoría además de decir logra impregnar los criterios de validez. Al respecto existen ocasiones que esta fase no es contundente como quiere demostrar el filósofo alemán, y solamente podemos agregar el ejemplo bíblico de la condena de Jesucristo y la absolución de Barrabás, el primero hijo de Dios y el segundo un contumaz agitador.

²⁶“El fin de una comunicación es la provocación de un estar de acuerdo que termina en la comunión intersubjetiva de la comprensión recíproca, del saber participado y de la confianza recíproca”. Sergio Belardinelli.- *La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Navarra – España. 2007, p.116.

²⁷ A la inversa, la verdad perseguida por el modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una verdad formal o procesal, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfiladas como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí mismas por el respeto a los procedimientos y garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo que cualquier hipotética “verdad sustancial”: en el cuádruple sentido de que se circunscribe a las tesis acusatorias formuladas conforme a las leyes, de que debe estar corroborada por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas, de que es siempre una verdad solamente probable y opinable y de que en la duda, o a falta de acusación o de pruebas ritualmente formadas, prevalece la presunción no culpabilidad, o sea, de la falsedad formal o procesal de las hipótesis acusatorias. Éste, por lo demás, es el valor y, a la vez, el precio del “formalismo”: que en el derecho y en el proceso penal preside normativamente la indagación judicial, protegiendo, cuando no es inútil ni vacuo, la libertad de los ciudadanos precisamente contra la introducción de verdades sustanciales tan arbitrarias como incontrolables”. Luigi Ferrajoli.- *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trotta. Quinta Edición. Madrid, 2001, p. 45.

Al respecto el Jorge Zavala Baquerizo sostiene:

Pero el pueblo, según se dice instigado por los sacerdotes, rechaza la propuesta de Pilato y pide que no suelte a Jesús, sino a Barrabás, al revolucionario acusado de homicidio y de rebeldía. ¿Prefirió el pueblo espontáneamente a un posible líder revolucionario que había demostrado su valentía frente a los romanos que a un pacífico predicador que se hacía llamar el Mesías y que no se había mostrado como un verdadero judío al someterse pacíficamente al Emperador?. Mucho nos tememos que esa elección entre Jesús y Barrabás no fue motivada sólo por la instigación de los saduceos, a quienes tampoco les brindaba confianza alguna Barrabás por sus antecedentes revolucionarios sino por el ambiente de lucha que rodeaba a toda Palestina debido al humillante dominio de los romanos. Tanto es así que pese a que Pilato insistía en liberar a Jesús, el pueblo gritaba que se liberase a Barrabás y que se crucificase a Jesús. Y luego de vencer su resistencia interna, Pilato accedió al pedido del pueblo y Barrabás vio, con toda sorpresa, abiertas las puertas de su prisión, en tanto que conocía que, en lugar de él, iría al patíbulo un galileo llamado Jesús.²⁸

De esta lectura podemos inferir que la decisión de la mayoría como se diría *vox populi vox Dei*, tampoco está sujeta a criterios espontáneos y sinceros, sino que relativizan su posición de conformidad al poder fáctico u otros que infieren en la decisión.

Una de las posibilidades que deja entreabierto la postura Habermesiana es no considerar los poderes económicos en las opciones mayoritarias, que logran controlar a un Estado, de ahí que inclusive los medios de comunicación social juegan un papel preponderante para formar corrientes de opinión que favorezcan o perjudiquen una decisión.

La verdad no debe competir con la decisión mayoritaria, y por lo tanto en materia jurídica no debe considerar estas tendencias que pueden equivocarse dependiendo las

²⁸ Jorge Zavala.- *La pena. (Parte especial (2): Los procesos de Atenas, Jerusalén y Nüremberg*. Tomo III. 1988. Editorial E.Q. S.A. Guayaquil, p. 227.

influencias externas o internas que se practiquen, labor que corresponde al juzgador bajo el principio de independencia e imparcialidad.

1.5.- La obtención de la verdad como producción mediática y su influencia en las decisiones jurisdiccionales.

Al inicio de esta investigación no se impregnó la posibilidad de análisis de la influencia mediática en la administración de justicia y en las decisiones jurisdiccionales; sin embargo en los actuales momentos a nivel mundial los medios impresos, audio visuales y las plataformas sociales, han generado un poder de decisión y de influencia.

Hemos podido vislumbrar en los acontecimientos que el Ecuador atravesó el 30 de Septiembre del 2010, la judicialización de estos casos y la permeabilidad a la independencia judicial para lograr decisiones que confirmen una verdad oficial sobre hechos.

Parece que se ha descubierto un factor que estaba latente que si bien generaba los denominados “juicios paralelos”, pero que ahora inclusive con la criminalización de conductas periodísticas se utilizan la plataforma del fenómeno conocido como *judicialización de la política*.²⁹.

El fenómeno sería intrascendente cuando el juicio tenga igualdad de condiciones y equidad de derechos, pero lastimosamente dentro de la prueba respectiva se utilizan recortes de prensa, prueba videográfica, programas televisivos, testimonios de periodistas, etc., que son vitales para la sentencia, sobre todo cuando son experiencias iniciales en

²⁹ . Son conflictos ideológicos o de interés partidista que ubican sus enfrentamientos en el escenario de jueces, quienes son las autoridades que confirman una posición de ganancia o pérdida, dentro de un enfrentamiento del cual sale triunfador o perdedor; pero sobre todo donde el vencedor es quien tiene la verdad avalada de un matiz judicial.

juzgar a través de noticias y elementos audiovisuales que se originan en cadenas televisivas oficiales o contrarias.

Por este motivo es importante tomar en cuenta las profundas reflexiones del ex juez francés Antoine Garapon en su libro titulado *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*³⁰, donde desde hace quince años se pronuncia sobre estos factores en Europa, que para el Ecuador es novedoso, pero de uso actual:

Nadie dice que los medios no sean el mejor antídoto contra la ocultación de caos. Pero este recurso tiende a convertirse en preventivo: Informes relativos a casos delicados llegan a las redacciones antes incluso de que la sala haya tenido conocimiento de ellos, es decir antes de que cualquier intervención sea materialmente posible. Divulgar una información demasiado temprano no sólo dificulta la tarea de la justicia sino que sobre todo la falsea. La información prematura actúa sobre el comportamiento de las personas puestas en cuestión, o sea los jueces. Las consecuencias pueden ser dramáticas...El respeto de la presunción de inocencia es tanto más esencial cuanto que la mirada acaba modificando el comportamiento de aquel que la mira. Los medios, al intervenir activamente en la investigación, influyen en la decisión. No se ha dicho que los jueces profesionales sean menos sensibles a la presión mediática que los jurados.

Uno de los primeros contactos que tuve en calidad de juez penal fue a pocas horas de haberme investido en dicha condición; el encuentro no fue muy grato, ya que había liberado a ciudadanos acusados de robos de automóviles, en virtud de la naciente Constitución Política del Ecuador de 1998, al amparo de las reglas del debido proceso, contenidas en el artículo 24.

La cúpula policial había salido en rueda de prensa a denunciar por cuanto el esfuerzo que realizó para dicha captura había sido en vano por mi actitud; realmente este

³⁰ Antoine Garapon.- *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*. Ediciones Flor del Viento. Primera Edición. 1.997. Impreso en España. p.79.

desencuentro fue muy duro, ya que se hablaba de inexperiencia, así como de la responsabilidad de la inseguridad.

Lo que no dijeron estos uniformados, fue que en la banda supuestamente criminal se encontraba un policía que se desempeñaba como mecánico de la institución, quien receptaba pedido de accesorios y los obtenía de los automotores que estaban en las dependencias policiales en calidad de evidencias físicas.

Este drama obligó a no mirar los reportajes televisivos, ni leer noticias impresas y peor escuchar radioemisoras por mucho tiempo. Posteriormente, se percató que la mejor manera de enfrentar estos ataques desinformados era la de compartir con los periodistas y comunicadores procesos de capacitación penal y coberturas, a través de convenios interinstitucionales.

A pesar de varios ciclos educativos esperaba que respondan a una realidad procesal, más que a una noticia de hechos; sin embargo al final del reportaje siempre prevalecía el criterio de la especulación y deformación de hechos. Pero sirvió para conocernos mejor y hasta para defender algunas de las actuaciones, pero también para percibir transparencia.

La realidad de la judicialización de casos se resuelve a través de recurrir a una instancia adicional, que es la mediática, la misma que logra enderezar la voluntad de jueces, o en su defecto la de amenazar.

En unos casos parecería ser lo más idóneo frente a una actitud judicial indolente e interesada, utilizando como un contra poder, pero es instantáneo y efímero, porque lo que interesa es marketing y ventas, nada más. En casos específicos esto funciona; inclusive la disposición contenida en el artículo 255 inciso final del Código de Procedimiento Penal, impedía que los jueces se pronuncien sobre hechos llegados a su conocimiento después de haber conocido y resuelto dichas cuestiones, lo que imposibilitaba que estos funcionarios puedan replicar las acusaciones realizadas en su contra.

Lastimosamente la cultura jurídica en el Ecuador afecta a las personas y jueces, más no a las resoluciones. Este desequilibrio impide que los ciudadanos conozcamos sobre la realidad procesal y la consecuencia de su verdad objetiva o material.

El escarnio más a una sanción de una supuesta “opinión pública” es más grave que una investigación administrativa, la primera condena dentro de un conglomerado, la segunda es casi personal e imperceptible. Por eso, el temor obedece más a los medios, que al Consejo de la Judicatura, el honor se vulnera y se recuerda muchos años, no se extingue fácilmente en una determinada sociedad, condena los pocos segundos o minutos dedicados en audiovisuales.

Recordemos lo que ocurrió con un seguidor del club deportivo el Nacional cuando se le condenó al señor Barberán través de los *mass media*, y luego se descubrió que fue una acción irresponsable de la Policía Judicial de Pichincha.

Recientemente se descubrió que muchas de las resoluciones de la Fiscalía General del Estado, se conocía antes de que llegue a las judicaturas, lo que motivaba desde ya una presión para aquellos jueces y juezas que debían conocer sobre dichas investigaciones. El marketing del ex Fiscal fue impresionante, esto se pudo corroborar en el caso denominado “La Cocha dos”.

Actualmente la cartera de Interior y la Policía Nacional ha recurrido a este tipo de espectáculos mediáticos para “denunciar” a los jueces, para exhibir sus resultados; es la forma de considerarse víctimas y adherirse a una sociedad que clama seguridad ciudadana; incluso los logros de los “más buscados” tiene una cobertura que contrarresta la negligencia de no tener una verdadera política criminal, o a veces sirve para esconder escándalos graves, como la existencia de seguimientos de inteligencia desde secretarías de Estado.

Las reformas legales se originan en una agenda mediática, que en un primer instante se solidariza con las víctimas, luego con los condenados y luego realiza coberturas cuya intención es generar oposición, sin percatarse que presionan a una actividad de parche y nada más.

Esto ocurrió en la implantación de la denominada *detención en firme* y posterior en la declaratoria de inconstitucionalidad; en un primer tiempo las coberturas en contra de que “peligrosos criminales” obtengan su libertad por la caducidad de la prisión preventiva; un segundo tiempo, el análisis de la situación penitenciaria con presos crucificados y auto mutilados; y un tercer tiempo nuevamente con la inseguridad ciudadana.

Es necesario recurrir a determinar limitaciones³¹, no a la libertad de expresión sino a la influencia de los poderes comunicativos en las decisiones jurisdiccionales y establecer la verdad a través de una actividad sin presiones.

En Francia, se empieza destruyendo la reputación de los sospechosos encarcelándoles, y a continuación se hace la investigación. Todo se desarrolla llevando el juez de instrucción y los medios a los sospechosos a la picota. Todo es público, en las peores condiciones posibles, ya que es la prensa la que finalmente dice quién es culpable y quien es inocente [...] El político se defiende, no en el terreno del derecho, sino apresurándose a hacerse la víctima, denunciando el encarnizamiento de los jueces y la complicidad de la prensa. Las querellas contra los magistrados presentados por los políticos se multiplican y dan la sensación de un cuerpo a cuerpo en el que nada puede arbitrar, ya que una de las partes no es otro que el mismo mediador”. (A, Garapon, p.62-63).

³¹ . En calidad de Asambleísta presente un proyecto de redacción a la Ley de Medios en el sentido de que debía precautelarse la imparcialidad de las decisiones judiciales, al no permitir que se generen en esta la denominada “opinión pública”, compatibilizando el artículo 10 numeral 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al instante en que explicaba la pertinencia de esta limitación, todos los representantes de los medios sin excepción sin llegar a atacarme lograron convencer a las audiencias que había generado una ley mordaza, argumentando que ya no podía denunciar los hechos de corrupción. No entendieron que lo que se atacaba era la opinión es decir el criterio subjetivo, más no la noticia y que inclusive lo que impedía era utilizar los medios para condenar antes de un juicio justo. Recuerdo que Teodoro Bustamante, alerno de César Montufar en una entrevista pedía que me quemaran en una hoguera. La justificación fue proteger a los jueces, pero lamentablemente nunca existió un pronunciamiento de ellos.

En los sucesos del denominado 30 - S las indagaciones previas se iniciaron con la denuncia presentada por el Ministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, a la que se anexaron videos editados realizados por canales de televisión pública, así como recortes de prensa de toda tendencia; inclusive se anexaron programas de “investigación”³².

Con estos “indicios probatorios” se iniciaba investigaciones sumarísimas que demoraban en la fase de indagación previa seis horas o menos, se aprehendía a los sospechosos utilizando la figura de la detención provisional para fines investigativos.

Una vez privados de libertad, se receptaba la versión del investigado e inmediatamente se convocaba a la audiencia de formulación de cargos que solicitaba un fiscal y un juez de turno; quienes llevaban a cabo la diligencia referida y posteriormente en base a los supuestos indicios de conocimiento público se aperturaba la etapa de instrucción fiscal y se ordenaba la prisión preventiva.

Es decir, el papel de los medios de comunicación social, las notas periodísticas, los reportajes, los videos de cobertura, los programas televisivos de investigación sirvieron no solo para dar inicio a una investigación oficial, sino que se utilizaron para llevar adelante un juicio y posteriormente para sancionarlos; no sin antes tener como sustento para obtener medidas cautelares de carácter personal, las mismas que ahora ya se han convertido en sentencias condenatorias y absolutorias, y otros como medio para lograr indultos.

El fenómeno que decimos sobre la judicialización de la política ha encontrado una poderosa arma investigativa y probatoria, que radica básicamente en la “información” pública de los *mass media*, sin reparar en lo absoluto que las coberturas no se realizan con propósitos probatorios, sino que al contrario solamente son actos de trascendencia noticiosa, cuyo fin primordial es dar a conocer un determinado hecho a una determinada audiencia.

³² Uno de ellos fue el denominado “buscando verdades” que se transmite en un canal “público”.

La percepción sensorial que ejecutan los periodistas o comunicadores, deben ser plasmadas en cualquier forma externa de noticia, la que lleva un nivel subjetivo de apreciación; inclusive en las tomas audiovisuales denotan un carga personal, ya que puede representar una forma personal de observar los hechos.

En el plano de programas de investigación, puede direccionarse en virtud de enfocar un determinado fin, a veces no tan plausible para enfocar los fenómenos sociales, sobre todo cuando detrás como poder fáctico puede coexistir una determinada inclinación de favorecer o perjudicar a determinada persona. Lo aclaro, tanto en el sentido de estar con un régimen, como permanecer en contra.

Por lo tanto, el juez al aceptar estos indicios, luego presunciones y posteriormente pruebas otorga un valor probatorio, que tiene como fin el aseguramiento de la verdad de los acontecimientos que se vislumbrara en una sentencia, la misma que reforzará una posición del litigante dando o no una razón en condición de pretensión.

La verdad aquella que tiene que ver con las ciencias sociales, que es donde se ubica el Derecho, no se asimila a una espacio reflexivo o de relación del objeto con el raciocinio, sino que tiene que ver más con una posición, donde pesa en sumo grado la argumentación, el lenguaje y la convicción de la persuasión, la misma que tiene un aliado incondicional que es la imagen o el reportaje, que resultan más convincentes que los testigos o las pruebas científico técnicas.

Lo que resulta peligroso es la fuente, el origen, el poder del consejo editorial, la línea sesgada, la propiedad del medio de comunicación, o en su defecto, quién administra estos medios.

Bajo estos presupuestos, ahora no es importante esforzarse a probar algo dentro de un juicio, sino solamente manipular una determinada información e introducirle como prueba.

Además estos medios, dejan de ser intermediarios para convertirse en parte de ellos, cuando se la “opinión pública” cree más a quien detenta un poder determinado, sea este proveniente de un régimen gubernamental o de administración, dejando de lado las razones jurídicas que obligan a respetar líneas consagradas de un juicio justo. No valdrá absolutamente nada el desarrollo de un enjuiciamiento, porque deberá ser avalado o denigrado en los escenarios de comunicación.

Todo quedará sujeto al aplauso o escarnio público, del cual el juez deberá estar acoplado en esta tendencia, caso contrario también será presa fácil de la avalancha crítica. Esto motiva a fallar a favor del poder, de aquel que tenga mayor audiencia y del que se ufane en tener una verdad.

Al respecto es menester parafrasear con Germán Suárez Castillo en publicación de la Universidad de la Sabana, en diciembre de 2008:

La doctrina coincide con esta posición, pues la tratadista española Ana Azurmendi (2005) estimó que “... la clave de la información veraz es la diligencia profesional, proporcionada y razonable, del periodista, algo que no resulta asimilable a una concordancia entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados”. La verdad informativa, según la experta, está referida a la reconstrucción de la realidad a través del relato periodístico, a partir de la adecuación hecha por el profesional de la información, quien en principio maneja una valoración de los acontecimientos ajena a la perspectiva jurídica. Así, la veracidad de las publicaciones periodísticas es diferente de la veracidad procesal que el funcionario judicial tiene que establecer en la actuación, lo cual hace que el material periodístico no pueda determinar la plena certeza requerida para la adopción de una decisión de este carácter.³³

Debe reconocerse que lamentablemente nuestro sistema procesal penal no cuenta con reglas de procedimiento probatorio, que sirvan para solicitar, evacuar y desarrollar

³³ Germán Suárez Castillo. *El valor probatorio de las publicaciones periodísticas*. Palabra clave. Vol. 11. Número 2. Diciembre –sin mes-. Universidad de la Sabana. 2008, p. 159.

pruebas videográficas, ni siquiera la Corte Nacional ha desarrollado de forma categórica este análisis y peor aún la Corte Constitucional del Ecuador. Al menos, en lo que respecta a pruebas obtenidas por los medios de comunicación social, al cubrir una determinada información.

Además de los denominados juicios paralelos, ahora existe la influencia de la prueba con la ayuda de los medios de comunicación social, pero también se desarrolla la persuasión judicial, vulnerando la independencia interna e imparcialidad, con los mensajes subliminales que someten al juez y lo encadenan a una determinada “opinión pública”, por lo tanto no solo la agenda legislativa y reformas legales se discuten en el escenario comunicacional, sino ahora las decisiones jurisdiccionales deben tener la aceptación de éstas, caso contrario será una víctima más del desprestigio y las reacciones de los órganos de control administrativo, que reaccionan frente a las supuestas denuncias formuladas a través de estos grupos de poder.

En fin, la “verdad” depende del medio que se origina la noticia y ésta será vinculante para una decisión judicial, en un espacio donde hay jueces débiles, fiscalías sometidas y un enfrentamiento de poder a través de imágenes, editoriales y noticias.

La independencia judicial es un valor subjetivo pero debe ser avalado por el Estado, es decir es una actitud personal del funcionario o funcionaria, para que se inmune de cualquier tipo de injerencia indebida y resuelva de conformidad con la Constitución y la Ley, pero además, debe eliminar cualquier control que sea utilizado para menoscabar su prerrogativa constitucional a pretexto inclusive de sanciones de carácter disciplinario, tal es el caso de la exacerbada utilización del denominado error inexcusable.

Capítulo segundo

Evolución jurisprudencial internacional del derecho a la verdad

Debemos tener en cuenta que el derecho a la verdad es contemporáneo y tiene como su pilar el desarrollo en varias resoluciones de la Corte IDH, donde ha ligado una serie de disposiciones de la Convención Americana, básicamente en los artículos 8 y 25, los mismos que en la esfera comparativa debemos relacionarlos a disposiciones constitucionales y luego legales de carácter secundaria.

Sin embargo, en el campo eminentemente procesal ya lo tenemos anteriormente pero sin el debido sustento de los modelos de Estado que se han ensayado teóricamente en el Ecuador a partir de 1998.

De ahí, que analizar la verdad a través de las sentencias de estos organismos supranacionales es vital pero a la vez pedagógico para entender de lo que se trata, sus alcances, limitaciones, proyecciones procesales, finalidades; y, aplicaciones.

2.1.- Aportes de Comisiones de la Verdad y Reconciliación, Tribunales Internacionales y Evolución jurisprudencial de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos

La verdad como derecho en sus fases jurídicas y sociológicas ha tenido una discusión que hasta la presente fecha aún se mantienen, más todavía cuando esta búsqueda incesante tiene una connotación jurídica desde estratos de carácter internacional hasta sedes nacionales, teniendo como directriz el acceso a una justa reparación, que no se lo contempla únicamente en el esquema indemnizatorio o satisfactorio, sino en conocer los

hechos de forma histórica y real. Al menos en la Constitución de la República del Ecuador (CRE) ya consta en el artículo 78.³⁴

Dentro de este camino los aportes han surgido de Tribunales de carácter internacional o supranacional, pero también de Comisiones creadas en gobiernos de transición para rescatar una memoria histórica y la verdad de sucesos que han conmovido a una determinada sociedad, lo que se ha denominado como *democracias en transición*. Que más allá de instaurar gobiernos legítimos después de éstas épocas difíciles, es la facilitar una verdadera reconciliación nacional sin olvidar el pasado, pero sin dejar de sancionar a responsables de graves violaciones del derecho internacional de derechos humanos.

De ahí, que el aporte al menos de un Tribunal como el de la ex Yugoslavia y la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica, son ejemplos clásicos para aportar en este debate.

2.1.1.- Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica

Es necesario recordar que Sudáfrica fue una colonia británica a partir de 1900 y que recién pasa a ser República independiente a partir de 1960.

Durante esa época la mayor parte de la población que es negra:

No tenía derecho al voto, no tenía derecho a entrar a un supermercado a comprar cualquier cosa, no podía nadar en el mismo mar en el que nadaba la gente blanca; la población

³⁴ “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, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”.

negra era considerada de segundo nivel y el partido nacional del gobierno implantó la política del apartheid, política que fue instaurada y aplicada por muchos años³⁵

Estas desigualdades raciales generaron diversas protestas, hasta convertirse en movimientos de liberación nacional.

Entre los años de 1960 a 1994 se generaron enfrentamientos nacionalistas entre estos grupos de liberación y las fuerzas locales, encuentros que generaron diversas violaciones de derechos humanos; después de haber realizado reformas constitucionales se dio paso a una etapa de unidad nacional, para lo cual los grupos que representaban a los diversos sectores, logró crear en 1995 la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

Esta entidad estuvo conformada por diecisiete miembros de alta calidad moral y profesional, pero apartados de toda tendencia política o representativa de bandos en investigación.

Se conformaron diversos grupos de trabajo: de violación o rehabilitación, de amnistía; y el de investigación.

Esta organización fue realizada en tres fases: audiencia de las personas, análisis de responsabilidad y posterior a esto, la sentencia.

Uno de los aspectos más interesantes que se dilucidó fue el conocer los hechos históricos, motivo por el cual era imprescindible generar escenarios predispuestos para orientar hacia los antecedentes históricos, fue por esto, que se estableció amnistía, para lograr que los presuntos perpetradores puedan declarar sobre los acontecimientos investigados, pero además el enfoque de esta Comisión era estrictamente a favor de las víctimas.

³⁵ Martín Coetzee.- *Sudáfrica. Seminario Internacional Verdad y Justicia en procesos de paz o transición a la Democracia.* Seminario internacional realizado en Santa Fé de Bogotá del 1 al 3 de Septiembre de 1.99. Publicación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Segunda Edición actualizada. Bogotá-Colombia. 2003. pp.200.

Comparecieron a rendir declaraciones y testimonios no solo las víctimas que inicialmente lo hicieron, sino inclusive se realizaron allanamientos y citaciones, para luego escuchar a los victimarios. También testimoniaron los medios de comunicación social por su silencio en esos periodos, pero además por propaganda falsa y datos no ciertos, e inclusive sectores religiosos; es decir la información fue contextual y general en un análisis de todos los involucrados en esa sociedad.

Algunos de los presuntos perpetradores exponían los hechos a cambio de las amnistías, mientras que otros, independientemente de estos factores decían la verdad, lo que generó mayor tranquilidad a las víctimas y sus familiares.

Las comparecencias fueron públicas y televisadas, de esta manera se propició la transparencia en las investigaciones, pero además las víctimas podían hacer las preguntas a los involucrados. Esta oportunidad debería pensarse en la legislación ecuatoriana, ya que a pretexto de la defensa técnica, solo es el abogado quien realiza estos actos procesales. Así como el procesado³⁶ tiene dicha oportunidad debería también considerarse a las víctimas.

Una vez que se analizó la propuesta de reparación la mayor parte de víctimas solicitaban la judicialización de sus casos, conmemoraciones simbólicas, servicios de salud, educación y otros, dentro de los que se contemplaba las indemnizaciones respectivas.

El Comité jamás concedió amnistías generales, pero a la vez fue la primera organización que protegió a los testigos y víctimas. En nuestro país ahora tenemos esa enorme responsabilidad a cargo de la Fiscalía General del Estado.

Finalmente, puede decir que la TRC – Comisión de la Verdad y Reconciliación- tuvo éxito en lo que tenía que hacer, tratar de establecer la verdad, aunque esta fuera la punta de un iceberg, por lo menos puso en movimiento un proceso a través del cual se pudo establecer la

³⁶ Artículo 14 del Código de Procedimiento Penal.

verdad y restaurar la dignidad a las víctimas. La gente venía y decía por primera vez que en su vida podía sentir que se le estaba considerando como un ser humano.³⁷

Este criterio aporta un elemento valioso en nuestro análisis, y que además de ser la verdad un derecho colectivo y autónomo, es un mecanismo que trae consigo la restauración de la dignidad humana, por cuanto la víctima y sus familiares, son considerados como un ente activo en la investigación de los hechos; no se los cosifica, sino se los considera.

Esta experiencia siempre será una referencia en procesos de transición y es la que más en cuenta se ha tomado, inclusive en la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Ecuador, aunque no haya tenido la repercusión que inicialmente se esperó; fueron algunos factores los que contribuyeron para no estar a la altura de las expectativas que generó esta iniciativa, creo que más por un fuerte incidencia política de amedrentamiento a los enemigos del oficialismo, que por un compromiso con las víctimas.

2.1.2.- Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia

Fue iniciativa del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas en calidad de Tribunal Ad Hoc, es decir que se creó con la misión específica de juzgamiento para actos cometidos en esta región, fue creado en 1993.

La idea básica es impedir la impunidad de graves violaciones de derechos humanos, como en los crímenes de lesa humanidad, genocidio, etc. En Yugoslavia por enfrentamientos de carácter étnico, racial y religioso, se originó la división y origen de cinco países dentro de uno; con desenlaces fatales que iban hasta el exterminio y limpieza étnica.

³⁷ Martín Coetzee.- *Sudáfrica. Seminario Internacional Verdad y Justicia en procesos de paz o transición a la Democracia*. Obra citada. pp.208.

A criterio de algunos expertos fue la peor después de la segunda guerra mundial, por cuanto de forma indiscriminada se dirigió inclusive a niños, mujeres y hasta la creación de campos de concentración, pasando por ataques a poblaciones civiles indefensas.

En este Tribunal, al contrario de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Sudáfrica no se le dio el mandato de expedir amnistías, ya que se consideraba como una forma de evasión de responsabilidades graves.

Inclusive se estableció comisiones de pacificación pero en ninguno de ellos podía intervenir representantes de gobiernos, así se les haya reconocido como República independiente, y tampoco podía ejercer cargos públicos los presuntos perpetradores.

No se crearon comisiones de la Verdad y Reconciliación. Han existido casos judicializados, en investigación y hasta juzgados. En otros casos la muertes de los principales involucrados han impedido seguir con el juzgamiento; aunque siempre se evitó que sean mandos medios quienes sean llevados al tribunal y se dio la lección de que figuras importantes como Slobodan Milosevic (Presidente de Serbia que murió en el 2006 dentro del arresto en la Corte Penal Internacional, CPI) fueran procesados.

Por ejemplo, el proceso de exhumaciones realizado por los investigadores ha sido muy importante para muchas víctimas, y la revelación de la verdad a través de los juicios ha sido una forma de reparación para los más involucrados en el proceso como son los testigos.³⁸

Uno de los aportes más importantes en esta experiencia ha sido el establecimiento de la responsabilidad individual, pero lo negativo ha sido que por mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, ha sido selectivo, investigado unos casos y otros no.

De lo contrario en la experiencia sudafricana fue la de impedir que las víctimas no puedan participar en los interrogatorios. Fue un aporte inclusive para la creación y

³⁸ Martín Coetzee, *Sudáfrica. Seminario Internacional Verdad y Justicia en procesos de paz o transición a la Democracia. Op. Cit.*, p. 195.

consolidación de la CPI, aprobada en el año de 1998 y puesta en vigencia a partir del 1 de julio de 2002.

2.2.- Elementos del Derecho de la Verdad desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Para una mejor comprensión del desarrollo de este derecho, voy a sistematizar los principales elementos que la jurisprudencia de la Corte IDH ha desarrollado para establecer como una verdadera institución jurídica aplicable también en el nivel nacional.

2.2.1.- Utilización de recursos judiciales efectivos

Actualmente se puede hablar de garantías procesales constitucionales que permiten la efectividad de derechos fundamentales en beneficio del ser humano, a través de procedimientos sometidos a consideración de autoridades jurisdiccionales.

Así tenemos que el hábeas corpus garantiza la indemnidad del derecho a la vida³⁹, para que el órgano judicial competente pueda investigar de forma sumarísima el paradero de una persona o la integridad física de ésta, además de conocer el lugar de su detención, aprehensión o estadía en condiciones que pueden ser vulnerables para su dignidad humana.

Actualmente en nuestra Constitución tenemos esta garantía, así como en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, donde inclusive se le dota de facultades ex officio a los jueces (as) para que investiguen estos casos denunciados.⁴⁰

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Sentencia de fondo 3 de noviembre de 1.997.

⁴⁰ Artículo 4 numeral 5 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

2.2.2.- Inversión de carga probatoria

La práctica sistemática de violación de Derechos Humanos por parte del Estado y sus instituciones públicas como la policía y los militares, situaciones tan graves en las cuales han desaparecido personas después de haberlas detenido, o en su defecto al momento de solicitar pruebas que mantienen en esos niveles, simplemente han señalado que no tienen o en otros ha mantenido silencio.

Bajo estos antecedentes se ha imposibilitado en varias ocasiones la judicialización de los crímenes graves por no existir el denominado *cuerpo del delito* o lo que técnicamente podemos llamar la *existencia material de la infracción*; situación que impedía llegar a una condena y conocer los acontecimientos suscitados en esos percances.

De ahí, que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no solo en su legislación, sino también en su jurisprudencia ha invertido la carga probatoria, logrando emplazar al Estado a probar que una persona está viva.

La obligación que tiene el Estado para investigar los hechos mientras se mantenga la incertidumbre de la persona desaparecida, aunque no existan sanciones⁴¹. Es decir, lo de fondo es el interés superior de la víctima por encima inclusive de un criterio de impunidad; se relaciona con lo que dispone el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴².

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Nicaragua. Sentencia de fondo de 29 de Julio de 1.998.parr. 164. Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de fondo de 23 de Noviembre de 2.009. parr. 46,47,48,49.

⁴² Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 46⁴³ de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé precisamente la comparecencia del servidor público que con su omisión o acción, propició la desaparición de una persona, para que comparezca a la audiencia dentro de la acción de Hábeas Corpus, denotando precisamente en el aspecto práctico la inversión de carga probatoria.

La justa expectativa del Estado se otorga en virtud de encontrar los restos de una persona desaparecida.

Ninguna posición radical en el camino de acceso a la verdad, reparación y justicia es óptima en los Estados, ya que se podría argumentar que solo la utilización del Derecho Constitucional es la más accesible, o inclusive sostener que la Penal es idónea, creo que la constitucionalización de cualquier materia puede ser la más aproximada; es decir que cuando se resuelva cualquier conflicto sometido a una decisión jurisdiccional tiene que ser acoplada los principios y reglas de la Ley Suprema y no solo la vigencia de la legislación secundaria. Así los derechos empatarán con la realidad procesal y darán una respuesta de solución de conflictos.

2.2.3.- Acceso a la justicia material y no formal

Para acceder a la verdad a través de la actuación de la justicia no solo es importante tener garantías procesales estipuladas e inclusive accederlas, sino que es vital que éstas funcionen para proteger los derechos de las víctimas de abuso de poder y acoplarlas al compromiso de los funcionarios públicos.

⁴³ Artículo 46 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional “Cuando se desconozca el lugar de la privación de libertad y existan indicios sobre la intervención de alguna servidora o servidor público, o cualquier otro agente del Estado o de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia, la jueza o juez deberá convocar a audiencia al máximo representante de la Policía Nacional y a la ministra o ministro competente. Después de escucharlos, se adoptarán las medidas necesarias para ubicar a la persona y a los responsables de la desaparición.”

No es suficiente justificar por parte del Estado que se han cumplido con derechos establecidos en la Constitución, sino que éstos han sido eficaces.

Al respecto la Corte IDH ha señalado:

112.- Esta Corte ha señalado reiteradamente que la obligación de investigar debe cumplirse con “seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”. La investigación que el Estado lleva a cabo en cumplimiento de esta obligación “debe tener un sentido y ser asumida por el mismo 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”[...]114.- Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que además debe asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima y sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables.⁴⁴

El caso *Baldeón García Vs. Perú*, trae consigo una visión intercultural de acceso a la justicia donde los individuos a veces no tienen el mismo tratamiento ante la Ley y los Tribunales de Justicia, al efecto en su párrafo 202 señala textualmente:

La presencia de condiciones de desigualdad real obliga adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condición es de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos.- Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de fondo de 18 de Septiembre de 2003.

Este criterio también lo encontramos analizado en la sentencia *Moiwana Vs. Suriname*, de fecha 15 de Junio de 2.005, realizado desde una perspectiva intercultural con base a criterios antropológicos culturales, pero en virtud de la pacificación de un pueblo. Es decir, el derecho a la verdad no solo se convierte en una forma de reparación sino en un medio de equilibrio y reencuentro social.

2.2.4.- El Derecho a la Verdad es un derecho colectivo

El interés por conocer los hechos en su dimensión real no solo es preocupación de los familiares de la víctima o de ésta, sino que le corresponde a toda la sociedad y es una obligación del Estado.

Por este motivo sale de la esfera persona o de interés particular para convertirse en una necesidad social, inclusive para pacificar a Estados en transición. Inclusive en el campo procesal se entiende que la judicialización de casos en particular debe tener como prioridad la socialización del proceso para efectivizar la transparencia y el acceso de justicia a todas las personas.

Debe considerarse a la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad, es decir es grave y atañe a toda la civilización, de ahí que este tipo de actos sean imprescriptibles y de carácter continuado, por cuanto siguen vigentes mientras no aparezcan los restos de la víctima.

El entorno de sufrimiento o amenazas no solo se verifica en el entorno de la víctima, sino de sus familiares y hasta en el ámbito de las personas que asumen la defensa de dichos intereses.

Pero además se incorpora como una forma de justicia y reparación material, como lo consagra el artículo 78 de la CRE.

Resulta ser una *obligación de investigar los hechos que generaron violaciones del presente caso, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables*⁴⁵, pero además es una forma preventiva de evitar violaciones similares a futuro. En el voto razonado y concurrente del ex juez de la Corte IDH, Cançado Trindade, dentro del caso Blanco Romero Vs. Venezuela, desarrolla este aspecto de la siguiente manera:

En la presente sentencia, la Corte ha valorado positivamente el reconocimiento de la responsabilidad internacional efectuado por el Estado (párr.63), al mismo tiempo en que también ha advertido para la importancia del derecho a la verdad, en sus dimensiones tanto individual (como medio de reparación para la víctima y sus familiares) como social (que atañe a todo el tejido social). La dimensión individual ha sido señalada por la Corte[...] [sic] a partir de la sentencia sobre reparaciones en el memorable caso Bámaca Velásquez versus Guatemala (del 22.02.2002) –célebre caso de tanta densidad cultural, - la Corte pasó a señalar también la dimensión social (a la par de la individual) del derecho a la verdad, al ponderar que: “La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro[...] [sic] El derecho a la verdad se vincula al deber ineludible del Estado de realizar una investigación seria y efectiva de los hechos que generaron las violaciones de los derechos humanos e identificar, juzgar y sancionar a los responsables, como señala la Corte en la presente sentencia en el caso Blanco Romero y Otros; sólo así, - agrega la Corte,- se logra garantizar la no repetición crónica de dichas violaciones y la “total indefensión de las víctimas y de sus familiares.

También debe considerarse que las Comisiones de la Verdad son también mecanismos de reparación⁴⁶, pero cuya labor debe encuadrarse en el objetivo de la

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos.- Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Sentencia de fondo de 28 de noviembre de 2.005.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 6 de abril de 2.006.

judicialización y sanción, caso contrario es un mecanismo de revictimización, como actualmente está ocurriendo en el Ecuador.

2.2.5.- Búsqueda de la verdad de manera oficiosa

Se trata de un deber jurídico y no como una “gestión de particulares que corresponde a la iniciativa de la víctima o sus familiares [...] sin que efectivamente la autoridad pública busque efectivamente la verdad”.⁴⁷

La posición del Estado frente a estos actos y al Derecho a la Verdad coincide en un planteamiento contextual, es decir, que todas sus dependencias tienen para sí esta obligación, independientemente de su ubicación o intervención en estos conflictos.

Se considera que las víctimas y sus familiares deben tener acceso a la justicia, sin dilaciones, sin obstáculos y dentro de un plazo razonable, para identificar, juzgar y sancionar a través de los organismos jurisdiccionales respectivos. Nuevamente hacemos relación del principio de acceso a la justicia. Nos parece que este actuar debe estar acompañado adicionalmente de los principios de independencia e imparcialidad de los servidores (as) de la administración de justicia⁴⁸, caso contrario solamente miraremos un lado de las pretensiones.

Es importante señalar que de una garantía judicial de llevar adelante las investigaciones se desprende como mecanismo de reparación el acceso a la verdad, pero material no formal, acogiendo el criterio procesal de aportes *ex officio*, es decir el aporte probatorio de autoridad pública, sin que impere el principio dispositivo.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baldeón García. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 6 de abril de 2.006. Párrafo 167.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos.- Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de fondo expedida el 6 de abril de 2.006, párrafo 95: “Para que la investigación de una muerte sea efectiva es necesario que las personas responsables de aquella sean independientes, de jure y de facto, de los involucrados en los hechos. Lo anterior requiere no solo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real”.

Inclusive se analiza la imposibilidad de que la cusa prescriba⁴⁹ en sede judicial interna, cuando de por medio el sistema interamericano haya actuado, disponiendo el esclarecimiento del caso.

En general prevalece el derecho a la verdad recubierto de protecciones recogidas del *ius cogens*, para arribar a una de las formas de intento de reparar el dolor humano, de ahí que esta garantía fundamental es a la vez una forma de reparación aunque no necesariamente para mitigar el dolor de las víctimas.

2.2.6.- Conexidad con el derecho de acceso de información⁵⁰

Llama la atención, que este derecho se lo vincula al acceso de información que en el caso ecuatoriano estaría ligado al artículo 18 numeral 2 de la CRE⁵¹. Por lo tanto en el planteamiento teórico de este trabajo investigativo, este derecho colige también de las características del derecho a la información, libertad de expresión y pensamiento que coincidentalmente también tienen estas características de individual y colectivo. En materia constitucional conocemos como conexidad de Derechos.

Se puede utilizar otras garantías procesales constitucionales para realizar en contexto la defensa de las víctimas, como es la utilización del hábeas data, acceso de información, amparo de libertad, etc.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos.- Caso Goiburú y otros Vs. Nicaragua. Sentencia de Fondo de 22 de Septiembre de 2.006. Párrafo 116: “En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (supra 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción 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. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana”.

⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos.- Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de fondo de 25 de noviembre de 2.000.

⁵¹ Constitución de la República del Ecuador.- Artículo 18 numeral 2: “Todas las personas en forma individual o colectiva, tienen derecho a [...] Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.

En los casos de violaciones graves al Derecho Internacional de Derechos Humanos la información veraz de las acciones u omisiones son de vital importancia, tanto para el juzgamiento a los perpetradores, así como para la localización de personas y las circunstancias de la violación de sus Derechos.

La Comisión de la Verdad del Ecuador recurrió muchas ocasiones a este tipo de garantías procesales constitucionales, con el objetivo de acceder a la información que se retenía en las dependencias policiales y militares, de esta manera se accedió a demostrar cárceles clandestinas o a verificar la sistematicidad de afectaciones a la dignidad humana.

2.2.7.- Derecho a la verdad y garantías judiciales en el Estado de Derecho

Así lo denomina en la sentencia de fondo del caso *Barrios Altos Vs. Perú*⁵², al respecto textualmente señaló:

La Comisión alegó, que 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 y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental. Asimismo, señaló que este derecho se enraíza en el artículo 13.1. de la Convención, en cuanto reconoce el derecho a buscar y recibir información. Agregó que, en virtud de este artículo, sobre el Estado recae una obligación positiva de garantizar información esencial para preservar los derechos de las víctimas, asegurar la transparencia de la gestión estatal y la protección de los derechos humanos

El derecho a la verdad se encuentra subsumido en los artículos 8 y 25 de la Convención, esto es, dentro de las garantías judiciales y protección. Es decir es parte de las garantías del debido proceso, este criterio guarda coherencia con el acceso a la justicia y

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo del 14 de marzo de 2001.

reparaciones. En nuestro ordenamiento forma parte de un derecho exclusivo de las víctimas restringiéndole a la sociedad democrática este principio, además sustrayéndole de 76 y 77 constitucionales que establecen las normas del debido proceso.

2.2.8.- Inadmisibilidad de actos emanados del Poder Legislativo y Ejecutivo que impidan el acceso al Derecho a la Verdad

No se puede alegar la existencia de amnistías, prescripciones, o leyes similares que impidan conocer lo acontecido. En el caso Barrios Altos se intentó imponer estos criterios, pero la jueza Antonia Saquicuray declaró nulo por cuanto el sistema interamericano de Derechos Humanos había desarrollado este impedimento.

En Argentina sucedió algo similar con las leyes conocidas como *punto final* y *obediencia debida*. Algo contradictorio está ocurriendo en España donde los crímenes del franquismo no pueden ser investigados por leyes de amnistía, e inclusive el juez Baltasar Garzón que desconoció estos actos, fue enjuiciado por prevaricato y absuelto por el Tribunal Supremo español.⁵³

En el campo procesal penal surge una interrogante que debemos confrontarlo y es lo concerniente a las figuras de responsabilidad asumidas y los procesos abreviados y/o suspensiones de procedimiento, o los juicios directos actualmente incorporados en el COIP Código Orgánico Integral Penal, que podrían ser trabas para acceder a la verdad.

La simplificación de los enjuiciamientos y la tendencia de agilizar la justicia puede generar en el obstáculo de acceder a la verdad, por cuanto los pasos probatorios son disminuidos y se condena con mínimos estándares de culpabilidad, teniendo como

⁵³ www.elmundo.com/movil/notiicia. Consulta realizada el 10/11/2013. Las 12H38.

finalidad sentencias condenatorias que no tienen relación con la culpabilidad de los procesados sino con un interés de securitismo y descargar la enorme congestión procesal, sin que sus resultados de ninguna manera se traduzcan en una efectividad procesal.

2.2.9.- El Derecho a la Verdad como deber jurídico y democrático de las Instituciones del Estado, pero también de terceros

Nace de la realidad que ocurre en sociedades democráticas donde ha proliferado grupos insurgentes al margen de la ley, conocidos como “irregulares” pero que dominan extensiones de territorio con actos gubernamentales propios paraestatales⁵⁴.

Al efecto, el voto razonado y concurrente del juez Cañado Trindade relleva este aspecto y permite aseverar que el Derecho a la Verdad no solo deber ser satisfecho por las autoridades públicas, sino también por terceros, quienes deben ser también responsables frente a Cortes Internacionales de Justicia, como efectivamente ahora lo está investigando la CPI con el Estado colombiano.

2.2.10.- A partir del Derecho a la Verdad se consagra la definición de “impunidad”

Es muy interesante este caso por cuanto se ensaya la definición de impunidad, que sería la consecuencia de la negativa de este derecho. La Corte lo cataloga de la siguiente manera:

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Masacre del Pueblo Bello Vs. Colombia”. Sentencia de fondo de 31 de enero de 2006.

La falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana. El estado está obligado a combatir esta situación 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.⁵⁵

Por primera ocasión se define la palabra impunidad en un contexto jurídico de Derechos Humanos que sirve como estándar para su análisis en los casos nacionales.

Uno de los principales problemas de los Estados modernos es que la falta de conocimiento y resolución en casos graves genera además de ilegitimidad de la Función Judicial, la ausencia de una política de justicia, porque es el fin mismo. No necesariamente el resultado se consideraría su realización con la sentencia condenatoria, sino inclusive con resoluciones de carácter absolutorias, lo que conlleva en general a conocer los hechos a través de los juicios realizados.

Pero es aun cuando conociendo y plasmando los elementos factuales al juicio, esto conlleva a decisiones fraudulentas que son los motivos de la justicia formal y no material, implicando que el caso esta juzgado, en detrimento de los derechos de las víctimas.

2.3.- Resolución en sede nacional

2.3.1.- Caso Saúl Cañar Pauta. Ensayo en jurisdicción nacional del Derecho a la Verdad

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Servellón García y otros Vs. Honduras”. Sentencia de fondo: 21 de Septiembre de 2.006.

En el desempeño de la judicatura como Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, avoque conocimiento sobre la desaparición y muerte del dirigente sindical Saúl Filormo Cañar Pauta, en diciembre de 1998.

El cadáver se lo encontró en la ribera de uno de los ríos de la ciudad de Latacunga, depositado en un saco de yute, maniatado, con evidencias de tortura y tratos crueles, producto de lo cual ocasiono la muerte de Cañar. Una vez que se le practicó la autopsia se estableció que la posible causa de la muerte se debía a una estrangulación manual.

Las investigaciones se realizaron con miembros de la Policía Judicial de Quito y en los inicios logre la colaboración de expertos en criminalística. Dentro de los informes se solicitó el examen de muestras como ropas, el saco de yute, fluidos, etc., sin embargo las conclusiones de los peritos expertos fue el de no poder realizar nada por cuanto las evidencias se encontraban dañadas.

Estas conclusiones no fueron aceptadas por cuanto se aseveraba que el formol que había permitido que este tipo de muestras no sirvan para realizar análisis científicos; cuando en realidad al ser un líquido conservante, el efecto es contrario.

Además de estas incongruentes acciones cuando se sometió a una labor de investigación policial, con personal especializado en secuestros, las conclusiones siempre se dirigían a sostener al menos tres hipótesis: 1) que se trataba de un acto de venganza proveniente desde la ciudad de Quito por cuanto Saúl Cañar era conocido por sus luchas sindicales; 2) que provenía desde Colombia, por cuanto se trata de una acción paramilitar, recuérdese que en la misma época asesinaron al diputado del MPD (Movimiento Popular Democrático) Jaime Hurtado Gonzales; y, 3) que tenía más coherencia, que se trata de una desquite con integrantes de una cooperativa de vivienda en el cantón La Mana, provincia de Cotopaxi.

Ninguna de ellas fue esclarecida y cuando una de ellas se encaminaba, terminaba por perderse las conclusiones a las que se arriba en las pesquisas. No existió colaboración de la Fiscalía, entidad que si bien su papel antes de la vigencia del sistema acusatorio era la de simple burócrata, nunca se esforzó por colaborar con peticiones y con despliegue de las funciones que conservaba.

Finalmente, no existió protección de testigos, al contrario uno de ellos que debía ser clave en el esclarecimiento también fue victimado días antes de que rindiera su testimonio. Hubo una apatía inclusive de sus compañeros sindicalistas y hasta de defensores de Derechos Humanos, uno de ellos, que no revelo su identidad me pidió de forma reservada en mi despacho que no investigara más por cuanto se trataba de un asunto muy delicado y que en su versión no informaba completamente ya que temía por su vida.

Recuerdo que dos de sus coidearios Mesías Tatamuez y Fausto Dután – dirigentes sindicalistas- cuando le entrevistaron en el diario “El Comercio” textualmente identificaron a los presuntos perpetradores, sin embargo cuando declararon en el juzgado a mi cargo se retractaron y aseveraron que no había pronunciado dichas frases.⁵⁶

La investigación se realizó oficiosamente y sin el apoyo de las entidades especializadas, inclusive sin que la conviviente pueda tener acceso a un abogado de confianza, se dictó un primer sobreseimiento provisional donde señale que la administración de justicia ecuatoriana era deficiente. Posteriormente se emitió el sobreseimiento definitivo, endilgando una responsabilidad estadual, la formación de una comisión para que investigue este caso independientemente del archivo, la consideración de la resolución como título indemnizatorio para que acudan los familiares a los Tribunales Contencioso Administrativos; y, la posibilidad de que accionan a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

⁵⁶ Auto de sobreseimiento definitivo dictado el 22 de enero de 2007. Juzgado Segundo de lo Penal de Cotopaxi.

El fundamento de la resolución fue en el sentido de acceso a la verdad y el análisis de algunas resoluciones de la Corte IDH, pero sobre todo que a pesar del archivo definitivo de manera formal, se logre la consolidación de acceso a los hechos ocurridos. La parte trascendental fue la posibilidad de que un juez pueda responsabilizar al Estado sin necesidad de intervención de instituciones supranacionales.

Una vez que la Sala respectiva de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi resolvió ratificar la decisión de archivo definitivo dentro de la causa, la sentencia permitía ejercer el derecho a la indemnización a favor de la cónyuge de Saúl Cañar, acto que no se ha verificado sino que se acudió como se demuestra ante la Corte IDH.

El acceso a la justicia reparadora se verifica a través de la responsabilidad objetiva que se realiza en contra de quienes administraron justicia, que permitió llegar a una resolución de forma obligatoria que generó impunidad, por la falta de recursos a favor de la víctima y el esfuerzo que se realizó para acceder a una verdad histórica.

La iniciativa del juzgado nacional permite reforzar el criterio de que los delitos graves del Derecho Internacional de Derechos Humanos deben ser tramitados en sede nacional, así como la aplicación del bloque de constitucionalidad que obliga a revisar las resoluciones locales en compatibilización con las decisiones de organismos supranacionales como es el caso de las emitidas por la Corte IDH.

En fin la intención de responsabilizar al Estado genera una iniciativa que impide el desgaste de recursos y la lentitud del sistema interamericano, pero a la vez la concienciación de los actores de la justicia ecuatoriana para realizar una investigación, seria, imparcial y técnica de acuerdo a los estándares internacionales y expectativas de la víctimas, no sólo una pesquisa formal que coadyuva a dejar incólume la responsabilidad de los autores, cómplices y encubridores.

Desconozco si se trasluce en el primer caso, lo que importa fue demostrar que el Juez de instancia o tribunal de ese mismo nivel, donde pasan muchos casos que afectan los derechos humanos, pueden ser tratados de forma técnica y seria, y no esperar de los resultados de organismos jurisdiccionales supranacionales.

Siempre en calidad de juez hubo el esfuerzo necesario para esclarecer el caso a pesar que a la época facultaba la investigación en calidad de instructor, pero los auxiliares como la Policía Nacional y Judicial, así como la Fiscalía no tuvieron el mismo comportamiento de protección y técnico, inclusive uno de los testigos del caso fue también asesinado en el cantón La Maná. Esta resolución fue confirmada por la Sala de lo Penal de la ex H. Corte Superior de Justicia de Latacunga.⁵⁷

Posteriormente y una vez que la CIDH el 4 de enero de 2011 presentó informe de admisibilidad de la demanda presentada.⁵⁸ En este documento se insertan las aseveraciones expuestas en el auto interlocutorio y se reconoce que la autoridad interna – Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, admitió la responsabilidad del Estado. Para mejor criterio se transcribe el respectivo informe.⁵⁹

En definitiva queda consagrado el derecho a la verdad que puede realizarse desde instancias jurisdiccionales de primer nivel, propiciarles y promoverlas, siguiendo precisamente los lineamientos jurisprudenciales del sistema interamericano. Nótese que dicha resolución jurisdiccional se la realizó con la Constitución Política del Ecuador de 1998, cuando ni siquiera se encontraba en categoría constitucional el derecho a la verdad que ahora se dispone en el artículo 78 de la actual Constitución.

⁵⁷ Ver ANEXO 1.

⁵⁸ Demanda presentada por la Hna. Elsie Monge en su calidad de Directora de la CEDHU. Informe de admisibilidad número AD-295-03 ES de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁵⁹ Ver ANEXO 2.

El valor agregado de esta resolución se otorga en virtud de adoptar resoluciones de la Corte IDH y viabilizar los derechos de las víctimas, que no necesariamente son los ofendidos directamente sino sus familias y las organizaciones que apoyan su causa.

Capítulo tercero

El papel de las cargas dinámicas probatorias para la obtención de la verdad

Una vez que hemos identificado la problemática de la obtención de la verdad en un proceso jurisdiccional, nos preguntamos ¿cómo podemos garantizar el derecho constitucional creado?, a esta interrogante donde se transversaliza el principio dispositivo consagrado constitucionalmente, así como la actuación ex officio de los jueces y juezas dentro de los límites de aportes de los sujetos procesales, podemos irrogar un elemento constitutivo para tener un mecanismo e instrumento procesal que puede añadirse a los servidores judiciales para cumplir con este mandato.

Lo que significa que el sujeto procesal que tenga el dominio de un medio probatorio que representa un aporte en la investigación realizada, al amparo de lo que representa el principio de lealtad procesal, debería aportar voluntariamente para su esclarecimiento sin que esto perjudique a su posición de justiciable.

Si no aparece dicha espontaneidad deberá ser el juez quien emplace el mecanismo probatorio, y si a pesar de éste mandato procesal, el sujeto se rehúsa a colaborar, deberíamos implementar los principios de inversión probatoria dilucidada por los procesalistas alemanes.

3.1.- La carga dinámica probatoria.

Previo a analizar el significado de las cargas dinámicas probatorias, debemos empezar ensayando lo que significa la carga de la prueba, su función y los roles de los sujetos procesales; además de establecer también la trascendencia del estado de inocencia.

3.1.1.- Carga de la Prueba

La pretensión antes de iniciar un determinado enjuiciamiento debe concebir los elementos que tiene el sujeto procesal para probar un determinado hecho, aquel que será imprescindible para obtener la tutela del juez y su convencimiento. No en vano se manifiesta en el aforismo ordinario que *el que prueba gana*, pero tampoco queda relegado a un criterio individualista, donde el principio dispositivo que en nuestro ordenamiento se consagra como principio constitucional, debe vincular a una posición exclusiva de verdad, razón por la cual sostenemos coincidiendo con Parra Quijano, que esta categoría no se descubre sino que se construye.

El que está dispuesto a preparar una demanda debe tener presente las pruebas en las cuales debe basar su contenido y despliegue procesal, para confirmar su hipótesis, en materia penal se ubica dentro de lo que denominamos como *teoría del caso*.

Al fin, la sentencia avalará esa posición y obtendrá una verdad que coincida con la pertinencia de quien ostenta la calidad de actor o propulsor de una acción. En ocasiones no será suficiente estos objetivos, sino que podría acontecer una inacción a pesar de tener una propuesta procesal, los efectos de esta omisión será tal vez, el rechazo de la pretensión y la imposibilidad de sostener y alcanzar una verdad.

En otras, será el pretendido quien obtenga la tutela judicial y su convencimiento logrando ser más convincente con el que inicialmente tenía la razón; esto lo ubicamos técnicamente como *inversión de carga probatoria*, pero además sin ubicarse en este contexto puede solamente ejercitar una posición más activa y defenderse exponiendo su verdad, la misma que alcanzará un nivel de única después del trámite respectivo.

También ocurrirá que ninguno de los litigantes obtenga el respaldo de la prueba, ante lo cual el juez puede asumir una estándar de no ver claro los hechos y evitar que se siga

juzgándose un hecho determinado, ante lo cual por el principio de *economía procesal* interrumpirá su oficio y predestinará su resolución a otros espacios temporales.

En el campo penal ahora existen mecanismos que interrumpen la investigación cuando los actos son de bagatela o tienen obstáculos legales para conllevar a una sentencia; fenómenos para los cuales se utilizan el *principio de oportunidad* e impide que el despliegue económico y de dedicación pública tengan un final poco alentador, o teniendo repercuta en poco significativa la resolución final. La posición de la víctima debe mirarse como propuesta vinculante para el desempeño de un ejercicio investigador y sentenciador.

Los principios constitucionales insertados en nuestro ordenamiento interno expresados en los artículos 168 y 169, pueden de por sí desarrollar un sistema procesal aplicable a cualquier procedimiento independiente de la materia que se trate.

En la realidad ecuatoriana muchos desarrollamos nuestro ejercicio profesional – juez o abogado- desde los espacios constitucionales, inclusive sin que se haya compatibilizado con los códigos procesales, por cuanto a veces éstos son insuficientes o contradictorios.

Uno de los elementos que debe garantizar el desenlace procesal debe tener como pauta la *solidaridad* de quienes intervienen en el proceso, es decir de todos los sujetos procesales que deben coadyuvar para arribar a una decisión justa, ya que ésta tiende a ser legitimada cuando más se acerque a una verdad material u objetiva; aunque las limitantes siempre estará en el horizonte del respeto de la dignidad humana como fuente primigenia del denominado juicio justo.

A veces las decisiones no satisfacen los requerimientos sociales, pero es menester respetarlas cuando de por medio ha existido un juez imparcial, independiente y un juicio con equidad e igualdad de derechos.

El *principio de socialización del proceso* que es abordado magistralmente por el jurista peruano Juan Monroy Gálvez, compadece una realidad lacerante en nuestras sociedades que inicialmente desarrollaba el sistema procesal privatístico donde el interés individual en la acción era lo inminente, claro está, con la acogida del liberalismo que propugna las ideas post revolucionarias francesas donde despierta la igualdad ante la ley; sin embargo esta máxima permite desentrañar una inequidad total.

Al efecto el acceso a la justicia aunque parta de un criterio de gratuidad en la realidad ésta no se cumpla, por cuanto los costos son altos lo que impide ejercer tal paradigma de los constitucionalismos modernos.

La desigualdad tiene que ser superada con la intervención del Estado y del juez, originando acciones afirmativas no solo en el proceso, sino en el procedimiento y hasta en la decisión; así tenemos el *in dubio pro operario*, *favor rei*, *interés superior del niño*, *sacrificio de solemnidades*, *interés de la justicia*; etc.

La solidaridad en la carga de la prueba sumada a esto como escenario básico el principio de socialización en el marco de un sistema publicístico, impide la desigualdad de armas y obliga al juez a la pruebas ex officio como ocurre en el tratamiento probatorio del sistema Interamericano de Derechos Humanos –como ya se dejó anotado en el caso *Bulacio Vs. Argentina*-, claro está dentro de la referencia de la prueba aportada por las partes, para no distorsionar el principio dispositivo.

Tal vez en este principio más que en ningún otro, aparezca en toda su importancia y trascendencia la concesión de facultades al juez para que agudice su criterio reflexivo y conecte el derecho con la realidad. Por lo demás, es imposible describir una casuística que delimite con precisión los márgenes del uso correcto del principio de socialización del proceso. Sin embargo, una vez más, habrá que recordar que el destino del derecho depende más de lo que ocurra en las cortes y juzgados, que de lo que el legislador (jurista) produzca en su escritorio [...] parafrasea finalmente

con Cappelletti referente al apartado segundo del artículo tercero del Código Federal Suizo que prescribe El juez no puede ir más allá de las conclusiones de las partes, ni puede fundar su juicio sobre hechos diversos de lo que han sido alegados en su instancia. Sin embargo, debe llamar la atención de las partes sobre las lagunas de sus conclusiones e invitarlas a especificar de manera completa los hechos y las pruebas necesarias para hacer que resulte la verdad. A este fin, el juez puede, en cualquier estado de la causa, convocar e interrogar a las partes personalmente⁶⁰

En la actividad de la prueba el accionar de los sujetos no se desarrolla en igualdad de condiciones, ya que unos tienen mayor acceso a los hechos y sus medios, con lo cual puede generar inaccesso a la otra parte e inclusive sacrificar el interés de la justicia. En estos presupuestos la carga de la prueba o denominado *onus probandi* debe invertirse para promover no solo equidad sino lealtad procesal⁶¹.

En general a criterio de Jairo Parra Quijano la carga de la prueba es:

Una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos⁶²

La actuación de los sujetos procesales no solamente se limitan o circunscriben a presentar un libelo que contiene las pretensiones, sino que obliga a quien accede a la

⁶⁰ Juan Monroy Galvez.- *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Estudio de Belaunde & Monroy. Abogados. Editorial Temis. Primera Edición. 1996, Bogotá, p. 102.

⁶¹ Sentencia de tutela de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Expediente 6.206, de fecha 4 de mayo de 1999. Magistrado Ponente Dr. José Fernando Ramírez Gómez: “Para ello es conveniente recordar que los procedimientos, ya judiciales, ora administrativos, sólo se justifican en la medida en que constituyan un instrumento idóneo para la búsqueda de la verdad, porque ésta corresponde a un principio de justicia que legitima las instituciones y purifica la democracia. **La crisis de la justicia, entendida como órgano del Estado, dimana del fracaso en la averiguación de la verdad, al aparejar inequidades, impunidad, ineficacia y desorden**”. La cursiva y negrilla corresponde al autor de este trabajo.

⁶² Jairo Parra Quijano.- *Manual de derecho probatorio*. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y el derecho comparado. Décima Sexta Edición. Librería Ediciones del profesional Ltda., Bogotá, 2.008, p. 249.

justicia a probar lo que asevera, sin perjuicio de que opere la inversión de estas responsabilidades cuando se tenga mejor acceso a la prueba que se quiera demostrar.

Estos aportes deberán ser valorados por las denominadas reglas de la sana crítica, como son la experiencia, lógica y conocimiento, que deben ser expuestas por el juez o juez, tribunales en función del imperativo principio de motivación.

3.1.2.- La Carga de la Prueba en materia penal

En materia penal la carga de la prueba tiene un sentido diferente, aunque como habíamos manifestado anteriormente los principios constitucionales son idénticos en todas las materias, la diferencia fundamental se encuentra en los fines de la persecución investigativa, por cuanto el monopolio de la acción penal pública oficial se relega por mandato constitucional⁶³ al ejercicio de la Fiscalía General del Estado y otros que tienden a representar a la sociedad en la persecución penal. Pero además debe incorporarse el *principio de trascendencia objetiva* que se traduce en la posibilidad de que el agente investigador ubique los elementos de cargo y descargo como premisa de equidad de derechos, sin embargo en la práctica es una de las premisas más violentadas y descartadas, motivo por el cual a pesar de aquel estado inicial, siempre le corresponde a la defensa probar y mantener el estatus inicial.

La mayoría de autores, instrumentos internacionales e internos, sostienen como una verdadera presunción, sin embargo realizare el enfoque de conformidad con lo que dispone el artículo 4 del Código de Procedimiento Penal, le otorga el carácter de estado más de una ceración lógica indiciaria.

⁶³ Constitución de la República del Ecuador.- Artículo 195.

Los clásicos italianos y franceses engendraron la preocupación del tratamiento de los procesados y encarcelados, considerando estas medidas como penas anticipadas; de ahí la preocupación del tratamiento del presunto delincuente que debería tener mínimas garantías. Posteriormente se recogió esta preocupación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789⁶⁴.

En definitiva, lo que se demuestra dentro de un enjuiciamiento que debe garantizar la normativa conocida como *debido proceso*⁶⁵ es la culpabilidad concreta de un hecho determinado, en un grado de certeza; solo así estará enervado el estado de inocencia, caso contraria esta no claudicara. Además la categoría de la resolución debe estar firme y en autoridad de cosa juzgada.

Al menos esa es la connotación en un sistema acusatorio que es el sistema procesal que advierten todos los estados democráticos contemporáneos, inclusive la CPI (Corte Penal Internacional) ha adoptado esta tendencia por ser la más propicia para el esclarecimiento de la verdad y la proscripción a la impunidad.

Claro está que en la actualidad el modelo garantista así como el sistema antes referido también ha entrado en crisis, por lecturas de seguridad ciudadana que podríamos decir no tienen mucha razón pero que dejan absortos la argumentación que este discurso ha servido solo para los delincuentes, desprotegiendo a los ciudadanos. Comparto la reflexión de Pizzi, cuando asevera que este sistema ha tornado a los jueces en autoridades pasivas.

Prefiero mejor parafrasear con el Fiscal federal de Estados Unidos y catedrático universitario, quien sostiene:

⁶⁴ “Debiéndose presumir inocente a todo hombre mientras no se haya declarado culpable, si su arresto es declarado indispensable, deberá ser severamente reprimido por la ley con todo rigor, fuera del necesario para asegurarse de su persona”

⁶⁵ Artículo 76 y 77 de la Constitución de la República del Ecuador.

Durante demasiado tiempo, el establishment jurídico se ha engañado a sí mismo, al pensar que el sistema procesal sería más justo y respetado cuantos más procedimientos se introdujesen en él y cuantos más derechos se reconocieran a los acusados. En lugar de eso, nunca ha sido menor el respeto hacia nuestro sistema procesal. ¿Qué ha fallado? [...] lo que sucede cuando un sistema procesal es demasiado caro y sin embargo poco fiable para ser utilizado con regularidad [...] al final, un sistema procesal que diese mayor importancia a la verdad, y que fuese más simple y menos caro, serviría mejor a casi todos los que intervienen en el sistema, incluyendo la inmensa mayoría de los acusados⁶⁶

Pensar que en el año 2001 cuando los jueces penales debíamos asumir el sistema acusatorio fuimos entrenados por jueces de Texas, que nos indicaban la pasividad confundida con imparcialidad que debíamos tener frente a los casos, de esta tara hasta ahora encuentro servidores judiciales que hacen caso irrestricto a esta formación.

Si revisamos los manuales de litigación oral que se ha adoptado responde a un modelo chileno, que no digo que este mal, pero el enfoque de ese país tiende a asimilarse al norteamericano y no al alemán, que fue la inspiración de Maier para el modelo iberoamericano.

Finalmente hay autores como Parra Quijano quien manifiesta que la carga de la prueba solamente es competencia en materia civil, situación que no se compadece con la realidad ecuatoriana, por cuanto tenemos un principio que es el *dispositivo* y el otro que la Fiscalía General del Estado tiene para sí la acusación fiscal, lo que equivale a demostrar su teoría del caso, lo que obliga a llevar adelante su pretensión. Por ser una posición no imparcial carente de objetividad, es indispensable en los estrados ecuatorianos también generar prueba para seguir defendiendo el estado de inocencia, aunque el garantismo diga lo contrario.

⁶⁶ William Pizi.- *Juicios y mentiras*. Obra citada. Pp.178.

Además tenemos en el catálogo penal figuras como el enriquecimiento ilícito o lavado de activos, que invierten la carga probatoria y le corresponde al procesado probar que sus bienes patrimoniales los ha adquirido con actos lícitos y de buena fe.

3.2.- Antecedentes de las cargas dinámicas probatorias

Para este análisis me basaré en el trabajo investigativo del profesor y magistrado argentino Abraham Luis Vargas, en su ensayo titulado “*Cargas dinámicas probatorias. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*”⁶⁷.

El autor sostiene de manera fundamentada que este esfuerzo procesal se origina en Argentina y que luego inclusive es tomado en cuenta en Italia y adoptado posteriormente en otros países latinoamericanos.

Sostiene que *Jorge W. Peyrano* y *Julio O. Chiappini* presentan la formulación de “*cargas probatorias dinámicas*” en los años de 1992 y 1993 dentro de Congresos de derecho Procesal Argentino en Junín dentro de las *V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático*.

Después de las discusiones respectivas, en 1992 se acoge una de varias conclusiones que establece textualmente:

La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y deber ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probando, según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, vgr., en cabeza de quien este en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas

⁶⁷ Trabajo que se encuentra disponible en la web: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas. 2010. (Consulta realizada el 11 de Noviembre de 2010). Pp.10.

para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.⁶⁸

Al año siguiente es decir en 1993 en Santiago del Estero (Argentina) dentro del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, se concluye:

Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre el mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio⁶⁹.

Las preocupaciones iniciales que se realizan en esta investigación fue la de analizar la verdad como fundamento de cualquier sistema procesal, pero con énfasis en el penal ya que como hemos manifestado siendo coherentes con el sistema interamericano esta inactividad conduce a una sensación de indiferencia e impunidad.

Estoy de acuerdo que a veces es imposible arribar a tan loable deseo estructural, por lo que existen figuras procesales como el sobreseimiento y hasta sentencias absolutorias, atravesando también archivos provisionales o definitivos, cuando de la investigación no se alcanzan tal estatus.

Debemos ser conscientes que cuando damos inicio a un enjuiciamiento todos conocemos reglas claras y básicamente en el sistema acusatorio, las reglas de obtención de la verdad deben tener un plus probatorio que ponga a funcionar un sistema de garantías previo a expedir una resolución que contenga una certeza.

⁶⁸ Trabajo que se encuentra disponible en la web: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas, 2010, *Op. It.*, p.11-12.

⁶⁹ Trabajo que se encuentra disponible en la web: www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas, 2010, p.11-12.

En dicho escenario es importante tomar en cuenta la utilización de diversos medios probatorios que servirán para asegurar una prueba y alcanzar el convencimiento del juzgador para alcanzar un fin propuesto.

Sin embargo, esta tarea no es fácil por cuanto si bien hay un hecho este debe transportarse a un expediente que es el campo de juego donde deben observarse determinadas reglas que llevarán consigo un afianzamiento o alejamiento de una realidad objetiva, material o histórica.

Pero, recordemos que si bien existió un *factum* este a veces resulta difícil de acreditar con los medios probatorios, bien porque no se lo tiene en poder de quien pretende algo, por su valor económico en la obtención y evacuación, o simplemente porque no ha sido develado por quien lo mantiene.

A veces, la tarea más sencilla y la que ocurre generalmente en nuestro medio es dejarse llevar por una inactividad y hasta por culpar a los sujetos procesales de estas omisiones, cuantas sentencias no hemos leído señalando de forma tan arbitraria que las partes no han colaborado, dejando a salvo la actuación de jueces y fiscales, que se conforman por tener una justicia formal, sin alcanzar la material.

En su defecto, también después de tener la posibilidad de conocer un hecho relevante procesalmente, éste no puede adscribirse al expediente respectivo porque simplemente no tenemos reglas de procedimiento probatorio adecuadas, que tienen a proteger un estado de inocencia por encima de la realización de la justicia; ante lo cual nos quedamos con los brazos cruzados y esperamos la condescendencia del juez, quien a su vez también se lava las manos hasta otra instancia y después de recorrer el camino tortuoso de las judicaturas, terminan por arribar a una resolución que para nada se compadece con los sujetos y peor aún con la realidad.

Cuando me desempeñaba como juez⁷⁰ avoqué conocimiento de tres muertes violentas, dos menores de diez años y su abuela materna, que fueron encontrados en uno de los basureros de la localidad de San Rafael en la ciudad de Latacunga, con signos de estrangulamiento y asfixia.

Se pudo determinar que los dos menores eran hijos del acusado y que había perpetrado este crimen por cuanto fueron producto de una relación extramatrimonial, la que se desconocía en su entorno familiar donde tenía también dos hijos.

Al margen de la presión de la abuela materna que exigía más dinero para cubrir las necesidades de los menores, el autor de este hecho intentaba con este acto criminal “acabar” con las preocupaciones diarias que acarrearaba esta dura realidad.

Sin embargo cuando la Fiscal intentó probar la relación filial, este se negó, a lo cual me pidió autorización para la obtención de fluido corporal, petición que fue autorizada pero que también se negó.

Esta prueba era trascendental por cuanto la pena a imponerse hubiera sido mayor por la relación paterno - filial, caso contrario como evidentemente ocurrió solamente se le condenó por victimar a tres personas desconocidas.

La única prueba que podía aportar con esta relación de parentesco, al no existir reconocimiento de los menores por lo tanto inexistente las partidas de nacimiento, era la del examen de sangre. No se pudo probar este hecho y la justicia como fue lógico condenó por asesinar a tres personas, escondiéndose una realidad objetiva.

El Código de Procedimiento Penal no tiene aplicación del *principio de proporcionalidad* y *el de necesidad de la prueba*, en desmedro del estado de inocencia y el resultado fue catastrófico; aunque la tragedia para el señor Heredia fue dura; recientemente su hija mayor del matrimonio formal se suicidó. Hasta hora que no soy juez me ha

⁷⁰ Caso Jhonny Heredia Cepeda. Juzgado Segundo de lo Penal de Cotopaxi. Causa número 182-2006.

golpeado tanto este hecho, que resulta como aseguró el Juez Cañado, la vida en si puede convertirse en desasosiego.

En crímenes graves la actuación cómoda ha sido la generalidad, sobre todo cuando el Estado es el investigado a través de sus servidores en especial militares y policiales, o en su defecto cuando la prueba está en manos del poder sea económico o social.

Esto ocurrió en el caso ya analizado de Saúl Filormo Cañar Pauta, que la prueba tenía conocimiento la Policía, pero la evadió y ocultó para impedir que la investigación judicial llegue a feliz término.

Actualmente algo similar ocurrió con los juicios penales en contra de agentes del ex Grupo Apoyo Operacional (GAO) de la Policía Nacional, donde la prueba ni siquiera se invirtió cuando la desaparición de una persona en manos de servidores estatales, debe comprobarse desde ese estamento, lo único que le obligaba a cerciorarse es que fue visto o estaba al interior de una sede policial o militar el desaparecido.

En juicios donde se investiga presunta negligencia médica, la obtención de la historia clínica como prueba fundamental es tan difícil que podríamos decir imposible de lograrlo, porque nuestra legislación aún no ha definido el poder de esta, si pertenece al paciente o al centro médico público o privado.

Solamente recordemos lo que aconteció con el caso de Corte IDH en el caso Albán Cornejo Vs. Ecuador⁷¹ cuando no se facilitó información respecto a los datos de los doctores y enfermeras⁷² que participaron en la atención médica de la paciente, logrando

⁷¹ Sentencia de fondo de 22 de noviembre de 2007.

⁷² 27. “Se presentó, mediante affidavit, la declaración testimonial y el dictamen pericial de las siguientes personas: a) Bismarck Albán Sánchez: padre de Laura Albán, propuesto por la Comisión y los representantes, declaró sobre el sufrimiento y la carga emocional y económica que tuvo que sobrellevar su familia después de la muerte de su hija. Asimismo, declaró sobre su frustración y decepción con respecto a la justicia de su país por la falta de respuesta debida y eficiente del Estado, ya que éste nunca brindó la colaboración necesaria para investigar la muerte de su hija y sancionar a los responsables. Por otro lado, manifestó que “existió mucho encubrimiento [por parte del Hospital Metropolitano] desde el inicio, [ya que] nunca [les] facilitaron rápido los nombres de los doctores ni de las enfermeras”.

que el tiempo se prolongue de forma inadecuada sin tener respuesta de quien poseía dichos datos.

Creo que hubiera sido distinto si se aplicaban reglas del *onus probandi* emplazando al hospital Metropolitano partir de una presunción de servicio deficiente, para que este a su vez se esfuerce por presentar prueba que demuestren lo contrario o las que tiendan a transparentar información veraz.

Las principales características de las cargas dinámicas probatorias son:

- a. Son parte de reglas generales como pueden ser la inversión de carga probatoria, *favor rei*, *favor libertatis*, *onus probandi*, es decir, tienen un carácter específico;
- b. Tiene un carácter excepcional y deberá ser utilizado con la incursión del principio de proporcionalidad y de forma subsidiaria;
- c. Desplaza la actividad y obligatoriedad probatoria a otros sujetos procesales, aquel que tenga en poder dicho medio o este en mejores condiciones tanto materiales, físicas o de acceso. Igualmente se cambia la posición y se invierte;
- d. En nuestro país ni siquiera tiene una categoría doctrinaria o jurisprudencial, peor legal; únicamente se esboza como garantías constitucionales probatorias de acción afirmativa en temas sensibles como laboral o de la niñez y adolescencia, y en los delitos ambientales; y,
- e. Pueden aplicar se oficio. Es racional esta disposición ya que el juez debe controlar la actividad probatoria y conducir su aplicación.

Al respecto es importante transcribir un aporte jurisprudencial elaborado por el Juez argentino Kiper, en el voto que emitió como parte de la Sala de la H. Cámara Nacional Civil:

Ambas partes, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, quien está en mejores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, quien este en mejores condiciones de producir la prueba, quien quiera innovar en la situación de su adversario, quien esté en mejores condiciones de probar, quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, quien afirme hechos anormales, etc.

La tendencia de procesalistas de reconocida trayectoria como Jeremías Betham, Francesco Carnelutti, David Lascano, Eduardo Couture, Michelli, Peyrano, Augusto Morello, Eduardo Oteiza, Ricardo Lorenzetti, etc., quienes advirtieron sobre la necesidad de transformar el esfuerzo probatorio en algo dinámico y desplazar a otros actores, bajo las condiciones y caracteres anteriormente argumentados. Estos autores coligen en la necesidad de:

- La prueba debe ser aportada por quien tenga *menos inconvenientes*, lo que significa menor gasto y mayor acceso;
- El interés probatorio es bilateral, ya que una vez que se traba la litis, resulta exigente para cada uno de ellos. La actividad del Juez se despliega en el sentido de aplicar una *regla de experiencia* y descifrar quién de los sujetos procesales está en mejores condiciones de probar, el uno justificando su acción y el otro la excepción planteada;
- Los jueces deben apreciar las deficiencias de la prueba aportada, inclusive este es el origen de las providencias para mejor proveer o la actuación ex officio;

- El tratamiento de la prueba se ha desarrollado en un ámbito de considerarlo como un *dogma*, es decir algo inmutable e indiscutible, cuando en realidad se refieren a hechos que cambian y se transforman, además de ser administrados y ejecutados por personas físicas sujeta a transformación;
- Las máximas de Peyrano se describen en el siguiente texto: “*mayor facilidad probatoria y disponibilidad de los medios probatorios*”.
- Como se dejó anotado anteriormente y que coincide el jurista Augusto Morello, al sostener la solidaridad⁷³ de la prueba que nos habla Parra Quijano y del principio de socialización del proceso que argumenta Monroy Gálvez; procurando siempre una resolución justa que es aquella que se vierte de una verdad objetiva y material; al respecto el primero de los autores menciona textualmente:

El proceso moderno no ve con buenos ojos las actitudes individualistas que se cobijan egoístamente en el “interés” suyo, el de cada litigante. La visión solidarista exige –sin declinar obviamente de la cabal defensa de cada posición – la cooperación imprescindible para arribar a la verdad de lo sucedido. ¿Por qué negarse a ello? ¿O el juez sigue siendo un convidado de piedra, espectador de la buena voluntad de los otros, que debe pasar por el “no te metas” de quien podía – y debía- ayudar a estar claro? ¿No es razonable acaso que quien sabe mejor lo acontecido y le es más cómodo ponerlo en evidencia, asuma la prueba de ello?⁷⁴

- Se advertirá erradamente que el litigio es una lucha adversarial como se ha justificado al sistema acusatorio, cuando en realidad debe ser una posición equitativa que respete los principios de lealtad consagrados en el Código

⁷³ No se puede entender de otra forma de organización social cuando nuestra carta constitucional aboga por aplicar la solidaridad en toda su estructura y en el sistema procesal, defendemos una posición privatística que elogia un postulado individualista y eminentemente liberal.

⁷⁴ Trabajo que se encuentra disponible en la web: [www.acaderc.org.ar /doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas). 2010. Obra citada. pp.28.

Orgánico de la Función Judicial⁷⁵, lastimosamente no ha existido el menor esfuerzo para que se implemente este rasgo fundamental que termina afectando la credibilidad de la administración de justicia ecuatoriana. No creo que sea una posición ingenua, sino que el oportunismo y la egolatría se encuentran insertados hasta la medula del sistema procesal en general;

- Eduardo Oteiza se detiene al examinar la colaboración de las partes en el acervo probatorio y la aplicación del principio dispositivo, en el sentido de que si bien el aporte de las partes es indispensable, es el juez quien deben precautelar la igualdad entre estas, sobre todo en casos que tengan función pública. Yo añado aún más, cuando los dos principios pueden ser complementarios – dispositivo y de colaboración- el aporte dispositivo ayuda al acervo y quien aclara, amplía o pide cuentas es el juez; pero al valorar logra el equilibrio entre los sujetos procesales. De ahí que la lealtad procesal también incide en la calidad de la justicia.

3.3.- Cargas Dinámicas Probatorias y el Estado de Inocencia

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece mínimos de respeto hacia la dignidad humana, después de una conflagración mundial, donde los vencedores y sus aliados se percataron que debía fortalecer una organización mundial que defiende y respeta los derechos de todos los seres humanos. Bajo esta cosmovisión se creó

⁷⁵ Art. 26.- PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL.- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley. Art. 27.- PRINCIPIO DE LA VERDAD PROCESAL.- Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución.

un modelo único ejemplificando un individuo homogéneo y con las mismas necesidades, como se sostiene en la actualidad un estilo etnocéntrico y eurocéntrico, respectivamente.

Los albores de la denominada civilización y la construcción de garantías para el respeto al ciudadano/a no han eclosionado en un solo momento por eso la característica de historicidad. Al igual, que fueron dedicados de inicio solo a un colectivo y luego iban naciendo otros grupos de protección y que tampoco participaron en la creación de esta primera Declaración Universal.

Así por ejemplo los pueblos indígenas recién en el año 2007 consolidan su primera declaración específica, ya que solo se los protegía en convenios de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) y cuya competencia fue realizada a favor de los trabajadores migrantes que en su mayor parte en los inicios del siglo XIX fueron de estas poblaciones tribales.

Así tenemos que la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano en Francia 1789, fue criticado dos años más tarde por Olympe de Gouges en 1791 originándose la Declaración de los Derechos de la Mujer y ciudadana; es decir la mujer tuvo su catálogo de prerrogativas por la desventaja histórica de la mujer. La mujer obtuvo su propio catálogo de prerrogativas por haber sido históricamente relegada.

Las primeras proclamas de mínimos derechos para juicios, lo consagran de manera positiva en 1215 a través de la denominada *Carta Magna*, que es un instrumento histórico que dentro de sus consideraciones iniciales establece las garantías a favor de los denominados *hombres libres*, sin que aquellos que no se encontraban en esta categoría gozarán de estas iniciativas. En dicho texto se establece las primeras bases del conocido debido proceso –esencia del garantismo-.

Con esta explicación la construcción del Estado de Inocencia y de las reglas básicas para asumir los juicios en cualquier materia es una materia cuya construcción no aparece

de improviso o por razones políticas circunstanciales, sino que va apoderándose de un discurso global, cuyo máximo es Luigi Ferrajoli, de la escuela de Turín y que conjuntamente con otros juristas van enlazando la Filosofía, el Derecho y la Justicia.

La misma preocupación de la verdad en el sistema procesal es del autor, ya que percibe que ésta es una probabilidad y de contingencia, objetivo que es realizable a través de una normativa básica para el sujeto más débil que es el imputado frente al Estado.

Lastimosamente en el discurso garantista no se enfoca en el víctima, al efecto su fundamento resulta aún incipiente, por cuanto la victimología aparece como ente discursivo en 1950 y luego se trata de convenciones recién en el año de 1970.

Es decir la preocupación por este sector es contemporáneo y de menos data que el imputado a través de la criminología. Más aún la criminología crítica o conflictual que analiza los procesos de victimización por parte del Estado y sus instituciones, así como de otro tipo de agentes vislumbra un primer documento conocido como la *“Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”*. *Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.*

Como se verifica cuando se crea este primer documento internacional por efectos de historicidad y especificidad de los Derechos Humanos, cuando el procesado llevaba en estudio seis siglos antes y la preocupación científica a partir del siglo XVIII, así como la escuela del garantismo a través de Ferrajoli en 1989 edita el libro *“Derecho y Razón”*, cuando la víctima recién contemplaba mínimos de promoción a nivel internacional, y en el Ecuador recién en el 2008 incorpora varios derechos en su artículo 78; y de recién incorporación en el COIP (Código Orgánico Integral Penal) a partir del 10 de agosto del año 2014 varios de sus derechos y la normativa pertinente en referencia a la reparación integral.

No se trata en este trabajo de supeditar o establecer una competencia impertinente entre procesado y víctima, sino de que se verifique la bilateralidad de los derechos, a través de una garantía mutua como es “*el acceso a la justicia en igualdad de armas*”, sin que esto signifique restarle titularidad a la Fiscalía General del estado como encarnación de la sociedad y las víctimas, sino que adquiera valor propio sin que se cosifique su presencia en los juicios penales, tratando de una acción eminentemente utilitarista.

Tampoco se tiene como objetivo solamente imponer un criterio sancionatorio con respecto a los procesados para generar la inversión de cargas probatorias, sino que el acceso a la verdad probabilística o de contingencia, podrá también ratificar la inocencia de las personas y evitar chivos expiatorios.

Al efecto Luigi Ferrajoli en la entrevista concedida a docentes de la Universidad nacional de Córdoba, sostiene:

*“[...] Pregunta: ¿Cómo garantizar a la víctima una posición de equilibrio frente al acusado que no tenga garantismo penal?. Respuesta: Yo creo que las víctimas del delito están interesadas en las garantías tanto como el imputado, en cuanto a las garantías procesales penales no son solo de libertad e inmunidad al arbitrio; también son garantías de verdad. Garantías en otras palabras el acierto de la verdad y no la simple condena de un eventual chivo expiatorio que puede ser también inocente, sino apuntar el acierto de responsabilidad de delinciente, de la manera más concreta, de la manera más segura, en tanto que puedan estar seguro, cierto en materia de unidad penal [...]”.*⁷⁶

El enfoque central de este trabajo se basa estrictamente en los delitos graves en contra del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir en aquellos donde el abuso de poder y la injerencia del estado en la carga de la prueba se encuentra en

⁷⁶ Universidad Nacional de Córdoba. “*El pensamiento de Luigi Ferrajoli*”. [Http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar](http://aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar) . Domingo 07/09/2014.

desventaja, proposición que logra equilibrar no al procesado en sí sino al Poder con la víctima, en este caso con el más débil de la relación.

La aplicación de las cargas dinámicas no produce demasiada confrontación en el proceso civil, ya que el interés privado se refuerza con la actuación judicial a través de actos probatorios que tienen a mejorar la resolución. Igualmente, la figura del *indubio pro libertatis* no se verifica en este esquema, ya que si no existe justificada la pretensión únicamente se rechazara la misma sin ninguna repercusión.

Como se dejó anotado en líneas anteriores en el campo penal, el estado de inocencia juega un papel preponderante no solo en el actividad probatoria, sino que además rige la para imposición de una resolución pertinente.

En la prueba por ejemplo, cuando se trata de la obtención de evidencias que puedan afectar garantías fundamentales, la directriz será pedir intervención jurisdiccional y afectarlo lo menos posible, cuando en esencia sea la única prueba y no se tenga otro camino para obtenerla.

Si partimos del criterio básico de que la formulación de la cargas dinámicas probatorias emplazan al que tenga mejor oportunidad de prueba, o quien posea dichas incriminaciones, sostendríamos que este conjunto siempre va a estar a disposición del procesado en un juicio; es decir el mismo investigado conoce ¿cómo lo hizo?, ¿dónde lo realizó?, ¿qué instrumentos utilizó? y tiene para sí el conocimiento perfecto de su voluntad.

Elementos que se dirigen a justificar criterios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; con lo que se establece una sanción.

Si aplicamos de forma indiscriminada las cargas dinámicas probatorias, estaremos atentando contra el garantismo y sus desenlaces, así como vulneraríamos el estado de inocencia, convirtiendo esta premisa procesal en actos flagrantes de inconstitucionalidad; es decir destruiríamos el sistema procesal penal.

Por este motivo algunos autores señalan que es inaplicable en el campo penal. Sin embargo la jurisprudencia Interamericana a pesar de que las pruebas son valoradas de forma más flexible, así como el objetivo es la atribuir una responsabilidad estatal, en los casos de violaciones al Derecho Internacional de Derechos Humanos, muchas de las ocasiones ha invertido el *onus probandi* dejando para el ente investigado que prueba lo contrario, cuando este tiene la prueba en sus esferas.

Pero también en legislaciones secundarias se ha tratado de equiparar el criterio de desigualdad en el alcance y dominio probatorio; un ejemplo lo tenemos en el juramento deferido donde la palabra de obrero es la verdad, mientras el patrono no pruebe lo contrario.

En nuestra legislación inclusive tenemos en los procesos de propiedad intelectual, donde el demandado tiene que probar lo contrario de lo que asevera una entidad administrativa como es el IEPI (Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual).

Es decir el postulado de la inocencia en ocasiones no es un dogma irrefutable, sino que también se pondera por criterios superiores, entre los que se encuentran el bien público y como se ha insistido el imperio de justicia, por encima de actuaciones formales.

Qué sería de la investigación penal si estuviera prohibido la figuras del: allanamiento, la interceptación de llamadas telefónicas, el agente encubierto, la entrega vigilada, el reconocimiento e identificación, las medidas cautelares personales y reales, el seguimiento, cacheo, etc., que si bien atentan contra la dignidad humana y su condición de dignidad humana en la investigación, se los utiliza diariamente para perseguir al delito y acabar con sociedades altamente criminalizadas y violentas.

Estas figuras investigativas a pesar de que en nuestra legislación no se encuentran reguladas, se los ha venido utilizando dando resultados efectivos en ocasiones, en otras se las ha utilizado de forma arbitraria y abiertamente discrecional.

De ahí que la persecución penal con el respeto a los Derechos Humanos, es compatible si se trabaja en equipo y con objetivos símiles y democráticos.

La intervención jurisdiccional con los principios de *proporcionalidad*, *temporalidad*, *revisión y reglamentada*, permite realizar análisis probatoria como pruebas firmes que tienden a colaborar con el Fiscal y aportar al juez elementos decisivos para alcanzar el fin de una sociedad, que se traduce en ir de la mano con la justicia y a su vez con una verdad objetiva.

En el campo práctico el sistema procesal penal ecuatoriano está demostrando un cuadro bastante deficiente, por cuanto existen procesos penales que no se concluyen⁷⁷ y la efectividad procesal es mínima, tal vez igual al que en los ochenta fueron la premisa para el cambio de sistema.

En definitiva la aplicación en el campo penal y sus fines, no distrae en el atentado que observarían al estado de inocencia, ya que se lo ha venido aplicando de forma difusa. No es hora de rasgarnos las vestiduras en entablar un ataque a esta posibilidad, cuando uno de los males de la insatisfacción jurídica ecuatoriana es la de no arribar a resultados y utilizar el garantismo como discurso económico⁷⁸ que favorece a clases sociales más favorecidas, dejándolos sin el amparo de esta tendencia a los que verdaderamente lo requiere, es decir, a los pobres⁷⁹.

⁷⁷ Diario "El Comercio".- Resultados de la evaluación procesal penal realizada por la Universidad de Talca – Chile, sección A, pagina 6, domingo 21 de Agosto de 2011.

⁷⁸ Para el otorgamiento de medidas sustitutivas o alternativas a la privación de la libertad, los jueces se han empeñado en un discurso retorico y uniforme exigir el denominado ***arraigo social y económico que asegure la inmediación del procesado con el juicio***. Me pregunto ¿Debe justificarse que son propietarios bienes inmuebles, cuentas bancarias, reconocimiento social y público? Y los que no tienen, ¿están impedidos de acceder a estas medidas alternativas? En el caso la Cocha donde están siendo investigados tres dirigentes de una comunidad indígena, el juez tercero de Garantías Penales de Cotopaxi exigió que previo a considerar tales alternativas se justifique el arraigo social y económico, ante lo cual presente un certificado que eran miembros de una comunidad indígena y uno de ellos docente de un establecimiento de educación básica, el juez rechazo y considero insuficiente esas justificaciones.

⁷⁹ La realidad carcelaria es la misma de los ochenta, los funcionarios de alto nivel tienen mejores condiciones para asumir una defensa integral y mejor pagada. Mientras que la Defensa Pública ahora está en la mira por contribuir a la inseguridad jurídica.

3.4.- Aplicación de los principios probatorios básicos en conjunción con las cargas dinámicas probatorias

Cuando señalamos los caracteres de esta tendencia procesal habíamos adelantado el criterio jurídico en el sentido que su aplicación debe considerarse de forma excepcional, es decir que no debe ser general sino que tiene que mirarse a través de la óptica de la proporcionalidad, necesidad de prueba y legalidad; es decir cuando sea la única manera de encontrar una verdad, pero que debe existir la intervención jurisdiccional.

La prueba que empeña por realizar no es deformada sino que rompe el sistema procesal tradicional del cual el *onus probandi* corresponde a quien afirma o niega el hecho y solamente por excepción, le corresponde probar a quien se defiende de algo. En materia penal es más sensible este aspecto, por cuanto debe correlacionarse con el respeto hacia el estado de inocencia y con la prohibición de cualquier prueba autoinculpatória.

Frente a estos aspectos es fundamental analizar los siguientes principios que deben aplicarse de manera conjunta para que el juez pueda autorizar inclusive de oficio la aplicación de las cargas dinámicas probatorias.

Principio de legalidad

Todo menoscabo de derechos o garantías constitucionales debe encontrarse previamente legislado en una Ley Orgánica, esto es que la formación legislativa es de mayor rigor para afectar derechos de una persona y conservar su dignidad humana. En este caso es importante que la Asamblea Nacional establezca a través de una reforma al Código de Procedimiento Penal en lo que respecta a las reglas de procedimiento probatorio, las mismas que están ausentes de este catálogo procesal.

Principio de mínima lesividad

La afectación al núcleo esencial del derecho fundamental debe tener el mínimo impacto en el ser humano, así por ejemplo si podemos probar con la fibra de un cabello el ADN de una persona, no requeriremos de la extracción de un fluido corporal.

Es decir, la dignidad humana y la intervención del Estado en esta esfera íntima debe ser considerada en pequeña parte que no atente contra el estatus de investigado o procesado. Creo que además debe evitarse cuando procesalmente la investigación a través del principio de oportunidad debidamente reglada puede concluir en una de las formas consagradas en el Código de Procedimiento Penal; claro está que pueden existir excepciones por cuanto el Código Penal tiene figuras delictivas que realmente no representan la gravedad de la infracción y la relación con la pena incorporada⁸⁰.

Es necesario según las reglas de víctimas producidas por Naciones Unidas escuchar a estos sujetos y advertir que es lo que le interesa, mas no como ocurre en los enjuiciamientos y reglas del Consejo Consultivo de Justicia Ecuatoriano que le dejo en manos del Fiscal cualquier decisión marginando a la víctima de ser escuchada y amparada.

Estos factores deben *ponderarse* al momento de utilizar este procedimiento probatorio, es decir que la carga dinámica probatoria debe emprenderse cuando la necesidad se encuentra en un interés superior de justicia y de causa pública, pero además debería ser aplicada en los delitos graves y donde los sujetos corresponden al Estado ecuatoriano.

Principio de proporcionalidad

Se configura ponderando las formas de obtención de prueba es decir cuando el delito sea de naturaleza grave o de interés público, pero también donde existan suficientes elementos de convicción que el investigado tiene presunciones de participación. Además

⁸⁰ El artículo 472 del Código Penal contempla penas de prisión que van hasta seis meses cuando dejan lesiones que pueden generar incapacidad total y que son producto de negligencia o imprudencia, existiendo una actividad dolosa. Ni siquiera se compara con lo que dispone la Ley Orgánica de Transporte Terrestre y Seguridad Vial. Esto ocurre con los casos de negligencia médica.

debe estar direccionado al objetivo o fin debidamente planteado, para lo cual la motivación y fundamentación es necesaria tanto en la petición como en la resolución.

Bajo este aspecto la *inversión de presunción inculpatoria* adquiere una connotada repercusión, puesto que, al no existir mecanismos de fuerza para obligar a una persona a que se someta a una prueba de esta naturaleza inculpatoria – como si existen legislaciones comparadas- la negativa de someterse tiende a configurar una prueba en contra, ya que se establecería tácitamente como prueba en contra.

Este accionar no es nuevo en la legislación ecuatoriana, ya que se utiliza en el reconocimiento de paternidad en el Código de la Niñez y Adolescencia, cuando el presunto padre se niega a someterse a un examen comparativo de ADN.

En la aplicación de las cargas dinámicas probatorias debe considerarse si la orden del juez es constreñir legalmente la presentación de prueba a un sujeto que se demuestra tiene la prueba fundamental, y este no lo presenta se considerara como un principio de culpabilidad, la que se sumará a otras para una valoración contextual.

El aporte de quien asevera la existencia del hecho, acto o documento en el otro sujeto procesal quedará reducido a probar que ese material informativo está en poder de quien está en mejores condiciones.

Principio de necesidad probatoria

El juez debe decidir la aplicación del desplazamiento de presentación de prueba cuando sea la única que demostraría un hecho determinado, tanto en el nivel material del delito como de autoría o participación del hecho acusado.

Debería también apoyarse para las pruebas inferenciales o indirectas, que estarán sujetas los estándares de relación y causalidad. Adicionalmente debe ser información útil para el esclarecimiento de la verdad.

3.5.- Construcción del Derecho a la Verdad desde la aplicación de las cargas dinámicas probatorias

El presente estudio ha analizado de forma inicial la verdad desde un contexto filosófico en el cual se advierten diferentes tipos de existencia de esta categoría, previa a la ubicación de aquella que pertenece al Derecho como ciencias sociales y la que se conduce en la relación – correspondencia, no sin antes valerse también de otras especificaciones como la de las ciencias físicas y naturales.

Es decir los fenómenos jurídicos ligan no solo un estilo de verdad sino otros que tienden a ser complementarios, previo a emitir una determinada resolución, por ejemplo en un accidente de tránsito donde existe una realidad jurídica pero que se vale de otras directrices como la gravedad, la velocidad, la condición del ambiente, la capacidad subjetiva del conductor; lo que podría haber ocasionado la negligencia o imprudencia en el accidente.

En la actualidad los fenómenos sociológicos y antropológicos también tiene componentes no necesariamente jurídicos, sino de otra explicación científica que son indispensables para una resolución justa.

Los sistemas procesales tienen como finalidad esclarecer un acto que a la vez será una verdad legalmente aceptada, a más de ser un *método de dialogo pacifico de solución de conflictos*. Esto es lo que genera la preocupación por entablar un criterio de certeza en dualidad con la realidad objetiva e histórica, aunque en muchas ocasiones esto no ocurra.

Ubicada la verdad en ese contexto como una necesidad racional de cada sociedad, corresponde evaluar cómo ha sido desarrollado en instituciones jurídicas que se han preocupado por este controvertido tema. Así tenemos la evolución de este concepto en el sistema Interamericano de Derechos Humanos como es la Corte respectiva, donde ya le

han dado determinadas características propias como son el carácter de: a) Colectivo b) Autónomo, c) Individual, d) Como forma de acceder a la justicia material, e) Como ejercicio de acceso de información, f) Como expresión de seguridad jurídica, g) Como una forma de reparación al conocer los hechos para la judicialización del caso, h) Como un requerimiento público, del cual todo la sociedad necesita ser salvaguardado, i) Como una obligación estatal más allá del aporte de los sujetos intervinientes; y, j) Como una forma democrática de transparencia.

También nos ha enseñado que la valoración de la prueba en estas instancias internacionales son más flexibles que las ordinarias en materia penal, como la genérica inversión de carga probatoria cuando dichos elementos se encuentran en entes del estado, de forma especial en delitos graves que afectan al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como son las ejecuciones extrajudiciales y la desapariciones forzadas.

En estas infracciones se deduce un esfuerzo del Estado para demostrar que lo que se le acusa no ocurrió de una manera predeterminada sino que hizo lo posible para evitar la vulneración de derechos de los particulares.

En el campo filosófico el ex Magistrado de la Corte IDH Antônio Cançado nos indica – Penal Castro Castro *Vs.* Perú- sobre la diversidad de tiempo tanto biológico y cronológico, del cual se imponen diferencias para las víctimas y sus familiares al no conocer sobre los sucesos que marcaron su vida, su tragedia.

Es decir la verdad es una necesidad social que inclusive parte de un criterio de civilizaciones ancestrales como la de Moiwana que no puede regresar a sus territorios, si la justicia no aparece y no logra enterrar a sus muertos.

Debe tener otra imagen que ser una formalidad que representa el sistema procesal, se convierte en una medio de supervivencia para cualquier sociedad; así también lo ratifico la Corte Suprema de Argentina, cuando declaró la nulidad de la leyes de obediencia debida

y punto final, que intentaron gobiernos democráticos enterrar una historia para pacificar, cuando en realidad jueces como Zaffaroni manifestaron que sin memoria no hay justicia, y sin esta no hay pacificación social.

Bajo estas inspiraciones se crearon tribunales Ad Hoc para judicializar actos execrables que demostraron después de la segunda guerra mundial que los oprobiosos desenfrenos del ser humano no se inmutaban ante arremetidas tribales, étnicas o luchas guerreras que intentan consolidar poder y territorio.

De ahí que las experiencias de Ruanda, Sudáfrica, ex Yugoslavia, Timor Oriental, Guatemala, Chile, Argentina y Ecuador, generaron como fuerza necesaria conocer una verdad para no repetirla y mantenerla vigente para que no se atrevan a recorrer lo atravesado pero que se regresa por esos senderos olvidando el dolor, la miseria y la tragedia.

Con este cúmulo de experiencias y como una aspiración que no ha sido difundida se incorpora en por primera vez en nuestra Constitución como prerrogativa de las víctimas, el derecho a la verdad y su reparación integral, pragmatizado en el artículo 78 de la CRE.

Al fin lo tenemos en nuestro ordenamiento interno, pero desde esa cúspide aun no descende para hacer efectivo este derecho que es importante para la legitimidad del sistema procesal especialmente penal en el Ecuador, de allí los artículos 26 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial contempla tanto la lealtad procesal y la verdad, pero no viabiliza de forma adecuada estos preceptos.

En estos campos debe existir un desarrollo adecuado de dos características que deben primar en cualquier juicio, cuando además el juzgador/a mantiene dentro de sus facultades coercitivas en la actualidad el nivel sancionador en contra de profesionales del derecho, en igual sentido se ha reglamentado esta facultad por parte del Consejo de la Judicatura, pero aún es cultura ecuatoriana recurrir a prácticas que generen solo el triunfo

del juicio a costa de todo, para lo cual se utilizan los mismos recursos procesales, hasta el amedrentamiento de quejas en contra de los servidores judiciales.

Si ya tenemos analizado este Derecho, es importante arribar con sus elementos en la jurisdicción ordinaria y dotarlo al juez, así como a los ciudadanos esa posibilidad para intentar arribar a un final más promisorio.

Por esto fue necesario recurrir a tendencias doctrinarias no nuevas pero tampoco inéditas, para acoplarlo a nuestros requerimientos probatorios, para lo cual lo más adaptables sin lugar a dudas las denominadas *cargas dinámicas probatorias* que permiten arrancar la prueba de quien está en mejores condiciones materiales, económicos o de acceso, en definitiva que se le conmine a aportar en un sistema cuyo principio post moderno es el de socialización del proceso como una exigencia solidaria contemporánea.

Lo discutible se encuentra en el afianzamiento y respeto hacia el estado de inocencia, pero esta se fortalece por la excepcionalidad de su utilización con referencia a principios que manejan la mínima intervención del Estado en la esfera privada. Este aporte logra añadir al ejercicio probatorio normal una adicional que puede ayudar a esclarecer casos graves y violentos, inclusive con la inversión del *onus probandi* a favor de quienes pueden hacerlo para coadyuvar con la justicia.

La tarea no es fácil ni imposible, simplemente hemos logrado configurar un Derecho que se originó en instancias internacionales y que se lo puede ejercitar en sede nacional con las mismos direccionamientos, es decir acoplar la abundante jurisprudencia internacional y comparada, para que los juicios ordinarios donde intervienen todos los días ciudadanos comunes pueden al menos tener la expectativa de que al fin del proceso, la resolución contendrá una hecho que sea acorde a la realidad material e histórica.

Conclusión

La construcción investigativa de este trabajo se desarrolla a partir de 2006 cuando no existía como disposición constitucional el Derecho a la Verdad, sin embargo en la CRE lo impregnó en el artículo 78 como derecho de las víctimas.⁸¹

Esta expectativa se consolidó antes que termine esta labor, a la cual me sumo totalmente pero había que desarrollar y descender en el campo cotidiano, vacío legal que espero se complemente con la realización fundamental de este derecho en sus distintas manifestaciones, pero que también debía ser compatibilizado con una figura procesal que permita acceder a este derecho y hacerlo viable y útil.

Por lo tanto, he utilizado una posición doctrinaria y jurisprudencial comparada denominada como *cargas dinámicas probatorias* que emplaza a los sujetos procesales en mejores condiciones de probar para que aporten ese material para alcanzar una verdad objetiva y material.

Pero esto no es suficiente porque debe existir un diálogo inocuo entre evitar la autoinculpación y la vigencia de esta institución procesal, objetivo que se logra con la aplicación de principios procesales garantizados en nuestro ordenamiento constitucional y procesal penal, como el de proporcionalidad, mínima lesividad, legalidad y necesidad de prueba.

De esta manera se ha construido un modelo que deberá ser debatido y ojala puesto en marcha, si bien no desde el espacio legislativo, al menos en resoluciones jurisdiccionales donde el juez marca un verdadero sentido a las resoluciones, de eso puedo dar fe a través de la decisión del caso comentado en esta tesis, como es el de Saúl Cañar Pauta, es decir si se puede lograr, solamente hay que innovar. Ahora que inclusive

⁸¹ Aunque debería estar consagrado en los artículos 168 o 169 de la Constitución de la República del Ecuador, que establecen las funciones y principios de los sistemas de Administración de Justicia.

hablamos del bloque de constitucionalidad donde las resoluciones de Corte IDH deben ser objeto de estudio y compatibilización en fallos nacionales.

Recomendación

En virtud del estudio realizado en esta tesis debe revalorizarse y desarrollar el derecho a la verdad en los aspectos probatorios, ya que mantener de forma explícita en el artículo 78 de la CRE no es suficiente, por cuanto lo deja sin una protección especial para las víctimas dentro de un proceso especialmente de carácter penal.

No pronunciarse sobre este aspecto y dejar en un criterio de igualdad de derechos a los otros sujetos, es generar inequidad, por las condiciones en las que se desenvuelven éstos; así como la utilización hipergarantista que termina por sobreproteger al proceso en detrimento de las víctimas, quienes son las más olvidadas.

En tal sentido no solamente debe consagrarse en la Constitución sino en el ordenamiento procesal para que se considere una acción de discriminación positiva que beneficie a disminuir las brechas de diferencia que existe en un enjuiciamiento.

Podría considerarse como una propuesta legislativa agregar al artículo 168 un numeral que diga como principio:

El Derecho a la Verdad de los hechos acontecidos, para lo cual el sistema de administración de justicia adoptara en sus actuaciones, mecanismos pertinentes para que los sujetos procesales en mejores condiciones aporten con prueba idónea y respetando los derechos fundamentales, de forma exclusiva y única en delitos graves del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

En el Código de Procedimiento Penal deberá agregarse al artículo 80 el siguiente:

Cargas dinámicas probatorias.- El juez de manera excepcional conminara a los sujetos procesales que estén en mejores condiciones de probar, demuestren los hechos litigiosos, respetando los derechos fundamentales de las personas y aplicando los principios de mínima lesividad, proporcionalidad, legalidad y necesidad de prueba. En caso de que el sujeto procesal se niegue a éste aporte, se considerará como presunción en su contra para el criterio de responsabilidad y existencia del delito, pero aplicado de forma exclusiva y única en delito graves del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Bibliografía

- Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, serie CLA. DE. MA. Filosofía del Derecho, Barcelona, 2004.
- Alvarado Velloso, Adolfo.- *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*. XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad libre de Colombia, Bogotá, 2005.
- Belardinelli, Sergio, *La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas. “El fin de una comunicación es la provocación de un estar de acuerdo que termina en la comunión intersubjetiva de la comprensión recíproca, del saber participado y de la confianza recíproca”*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. Navarra, 2007.
- Bernal Cuellar, Jaime – Montealegre Lynett, Eduardo, *El Proceso Penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Universidad Externado de Colombia, Quinta Edición, 2004.
- Biblia.- Evangelio según San Juan capítulo 14 versículo 6.
- Bradford, Burns, *La pobreza del progreso*. Editora siglo veintiuno, s.a. de c.v. Primera Edición en español 1990, Madrid.
- Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*. Varios autores. Luigi Ferrajoli. *Pasado y futuro del Estado de derecho*, Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, 2003.
- Coetzee, Martín, *Sudáfrica. Seminario Internacional Verdad y Justicia en procesos de paz o transición a la Democracia*, Seminario internacional realizado en Santa Fé de Bogotá del 1 al 3 de Septiembre de 1999. Publicación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Segunda Edición actualizada. Bogotá.

- De Lucas, Javier, *Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, No. 65, Primera Edición 2001, Colombia.
- Dufour, Gilbert, *Sospechas en Ecuador infernal injusticia*. Edición del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Traducción María Amelia Espinosa Cordero, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta. Quinta Edición. Madrid, 2001.
- Garapon, Antoine, *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*, Flor del Viento, Primera Edición, 1.997, España.
- Goldschmith, James.- *El proceso penal acusatorio*. Cuadernos judiciales del Consejo General del Poder Judicial de España. Barcelona, 1997.
- Habermas, Jüergen.- *Facticidad y Validez*. Sobre el derecho del Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Colección estructuras y procesos. Serie Filosofía. Segunda Edición. 2000. Valladolid – España.
- Haldeman, Joe, *Paz interminable*.- Ediciones B.S.A., primera Edición 2005, Barcelona.
- Heinz – Gössel.- Karl, *El Proceso Penal ante el Estado de Derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Edición, traducción española y presentación por el profesor Dr. Miguel Polaino Navarrete (Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla – España). Editora Jurídica Grijley, Lima. 2004.
- In Eser, Alb, en *Revista electrónica Jurisdictio*. Profesionales en red. 20/01/02.
- INREDH-CEPAM, *El Derecho a la reparación en el procesamiento penal*. Serie Investigación número 3. Inredh 2000. Quito, Ecuador.
- López Barja De Quiroga, Jacobo.- *Proceso Penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*. Cuadernos judiciales del Consejo General del Poder Judicial de España. Barcelona, 1997.

- López, Ernesto, *La responsabilidad objetiva en la Constitución política del Ecuador*.
Temas de Derecho Constitucional. Ediciones Legales. Quito. octubre de 2003.
- Monroy, Juan, *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Estudio de Belaunde & Monroy.
Abogados. Editorial Temis. Primera Edición. 1996. Santa Fe de Bogotá.
- Oriol, Manuel, *La estructura del Silogismo práctico de Aristóteles*. Revista de Filosofía.
Universidad Complutense de Madrid, 1998.
- Parra Quijano, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio. La prueba en los procedimientos:
civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y
en el derecho comparado*. Décima Sexta Edición. Ampliada y Actualizada. Librería
Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, 2008.
- Pizzi, William T., *Juicios y Mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal
estadounidense*. Título original *Trials without Truth. Why our sistem of criminal
trials has become an expensive failure and what we need to do to rebuild it*.
Traducción y notas a la edición española de Carlos Fidalgo Gallardo. Tecnos.
Madrid, 2004.
- Poveda, Carlos, *Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales*. Serie Justicia
y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad. Compiladores: Carlos
Espinoza Gallegos – Anda y Danilo Caicedo Tapia. Quito, Primera Edición.
Diciembre 2009.
- _____*Jurisdicción y Economía Globalizada*. Revista Jurídica de la Maestría en Derecho
Procesal Penal. Universidad Nacional del Chimborazo. Escuela de Derecho.
Editorial pedagógica Freire. Riobamba, 2004.
- Santamaria, Karlos, El diario Vaso 1965/04/04.- Caseta – Lanac.
- Suárez, Germán, *El valor probatorio de las publicaciones periodísticas*. Palabra – clave.
Vol. 11, numero 2. Diciembre sin número. Ciudad de la Sabana- Colombia. 2.008.

Villar Borda, Luis, *Derecho Humanos: Responsabilidad Y Multiculturalismo*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría jurídica y Filosófica del Derecho. No. 9 Primera Edición 1998. Colombia.

Young, Iris Mariom, *Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México* Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia. No. 65. Primera Edición 2001. Colombia.

Zavala, Jorge, *La pena. (Parte especial (2): Los procesos de Atenas, Jerusalén y Nüremberg*. Tomo III. 1988. Editorial E.Q. S.A. Guayaquil.

Instrumento internacional

Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.

Resoluciones de corte interamericana de derechos humanos

Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 6 de Abril de 2.006.

Caso Bámaca Velásquez –Guatemala. CIDH. Sentencia de 25 de febrero de 2000.

Caso Barrios Altos Vs. Perú. Sentencia de Fondo de 14 de Marzo de 2.001.

Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Sentencia de fondo de 28 de Noviembre de 2.005.

Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de fondo de 18 de Septiembre de 2.003.

Caso Castillo Páez Vs. Perú. Sentencia de fondo 3 de Noviembre de 1.997.

Caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de Junio de 2008.- Versión de Andre Ajintoena, antigua residente de Moiwana y presidente de la Asociación Moiwana.

Caso de la Masacre del Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de fondo de 31 de Enero de 2.006.

Caso Goiburú y otros Vs. Nicaragua. Sentencia de Fondo de 22 de Septiembre de 2.006.

Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de fondo de 31 de Julio de 2.006.

Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de Fondo de 21 de Septiembre de 2.006.

Caso Velásquez Rodríguez Vs. Nicaragua. Sentencia de Fondo de 29 de Julio de 1.998.

Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de fondo de 23 de Noviembre de 2009.

Legislación ecuatoriana

Constitución de la República del Ecuador

Ley de Propiedad Intelectual

Ley Orgánica de Transporte Terrestre y Seguridad Vial.

Código de Procedimiento Civil

Código de Procedimiento Penal

Código Orgánico de la Función Judicial

Código Penal

Resoluciones de cortes nacionales comparadas

Resolución de la Corte Suprema de Justicia de Argentina que declaró inconstitucional las leyes 23.492 y 23.521, donde el Procurador General de la Nación doctor Nicolás Eduardo Becerra.

Sentencia T-213 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia.

Sentencia de tutela de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Expediente 6.206, de fecha 4 de mayo de 199. Magistrado Ponente Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

Otros

García, Mauricio, Cátedra impartida en la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 15 – 17 de Marzo de 2006.

www.acaderc.org.ar/doctrina/articulosargas-probatorias-dinamicas

www.unavarra.es/purescoc/pdfs/tesis/alustiz/02B-Capítulo_cuarto.pdf

www.oposinet.com/filosofía/temas/oposiciones_filosofía_T8.php

Universidad Nacional de Córdoba. “*El pensamiento de Luigi Ferrajoli*”. *Http*/aulavirtual.derecho.proed.unc.edu.ar . Domingo 07/09/2014.

Película dirigida por Gregory Hoblit, 2007, Columbia Pictures.

Anexos

Anexo 1

“JUZGADO SEGUNDO DE LO PENAL DE COTOPAXI. Latacunga, 22 de enero de 2007. Las 08H00. VISTOS: En virtud del tiempo transcurrido, desde la época en la cual fue emitido el auto de sobreseimiento provisional del proceso, hasta la presente fecha y toda vez que por las connotaciones del acto delictivo que se ha investigado; previo a resolver, se considera lo siguiente: **PRIMERO:** Del auto resolutorio que antecede se puede establecer esquemáticamente los siguientes razonamientos: **1.1. CONSIDERACIONES FACTICAS DEL ILICITO.** Se considera estos aspectos: **1.1.a.** El día jueves 3 de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, en horas de la mañana en esta ciudad de Latacunga, en la avenida Rumiñahui, intersección con la calle Roosevelt, riberas del río Cutuchi, se encontró en el interior del cauce referido un saco de yute, donde se localizó un cadáver de un individuo de sexo masculino, maniatado y con señales de violencia en todo su cuerpo. Al momento de realizar la diligencia de levantamiento de cadáver y en horas posteriores a este acto, se desconocía su verdadera identificación, solamente se estableció por la autopsia realizada que presentaba múltiples heridas distribuidas en toda su integridad física⁸². Posteriormente y con la ayuda de familiares y amigos de la víctima, se pudo acceder a su verdadera identificación, la misma que correspondía a los nombres y apellidos de **SAUL FILORMO CAÑAR PAUTA**, el mismo que había desaparecido de la ciudad de Quito a partir del día 26 de noviembre de 1998; es decir, desde la época en la cual se tuvo noticias de él hasta la fecha de su aparición en esta ciudad transcurrieron más de ocho días, sin que se conozca su paradero; aún más, del informe médico se desprendió que el cuerpo presentaba síntomas de descomposición. Esta

⁸² Datos tomados de la autopsia realizada en la individualidad del señor Saúl Cañar Pauta:... “ **Examen externo.-** El cadáver se encuentra en el interior de una funda yute negra, en posición fetal, los miembros inferiores junto a la cabeza amarrados con cabo de Manila celeste hacia el borde de la funda de yute. **2.4.2.- Signos cadavéricos.-** (tres cruces) de cinco a ocho días aproximadamente. **Cabeza.-** “Intensa cianosis de cara y pabellones auriculares, protrusión (expuesta afuera) de lengua. Al momento en que se realizó cortes – medio idóneo que permite verificar si fueron lesiones vitales o post mortem- en la superficie de la cara encontrándose infiltrado por hematomas en toda su superficie – **es decir los golpes fueron realizados y practicados cuando el damnificado estuvo con vida.-** En tercio medio de cara existe la presencia de dos surcos equimóticos producidos por atadura con cuerda de nylon, de boca se extrae una prótesis dental superior y puente dental inferior. La equimosis descrita es producida por la dureza del cordel y la presión ejercida sobre esta parte del rostro. **Cuello.-** Existe la presencia de una cuerda de nylon color blanca que va desde la parte anterior del cuello (delante) hacia la parte posterior de la nuca (atrás), donde se observa la trayectoria de la misma que deja también un surco equimótico de un centímetro de ancho; herida que también es producida por la fuerte presión ejercida por el o (s) presunto (s) agresor (es) y que en sí es la principal causa de la muerte del señor Cañar. **Tórax.-** Excoriación –apergaminamiento que cubre toda la superficie del tórax anterior, aparentaba en sí la existencia de signos de violencia, dando una caracterización especial el apareamiento de flictenas – **acumulación de agua debajo de epidermis, que es producida por quemaduras sean éstas químicas o en su defecto como en apariencia por agentes eléctricos o aparecidas por descomposición- Abdomen.-** Excoriación de seis centímetros localizada en cara externa de glúteo izquierdo. **Órganos genitales y Ano.-** Existe relajación de esfínteres. **Miembros Superiores.-** Excoriaciones apergaminadas, distribuidas en hombro, antebrazo y mano derecha. Por lo general estas heridas se producen cuando existe rozamiento de epidermis con superficies planas. Iguales características presentan en el lado izquierdo. **Miembros Inferiores.-** Existe presencia de surcos, que son producidas por ataduras con la cuerda de nylon que facilitó su “envoltura”. De igual manera en el tercio medio e inferior cara externa de pierna derecha, post mortem por posible mordedura de roedores. en medicina legal se conoce como Antropofagia-. Es importante también destacar que se realizaron varios cortes en diferentes superficies del cadáver, encontrándose infiltraciones, lo que se asume que recibió golpes, los que fueron producidos cuando la víctima se encontraba con vida...se ha concluido que su deceso fue el mismo día de su desaparición...”

situación nos sirve para presumir que una vez que fue aprehendido ilegalmente en la ciudad de Quito, fue trasladado hacia otro sector, donde fue brutalmente torturado y luego vilmente asesinado, para posterior a esto dejarle ensacado en esta ciudad de Latacunga.

1.2. Una vez que se instruyó el auto cabeza de proceso, para establecer la individualidad de los presuntos responsables así como comprobar la existencia del delito, dicha actividad se desarrolló exclusivamente con la participación de la instancia judicial y fiscal, ya que familiares del señor Cañar Pauta no podían hacerse presentes en varias de las diligencias asignadas por cuanto su paupérrima situación económica impedía tener el acceso necesario a las instancias oficiales. Inclusive los actos probatorios realizados por iniciativa del infrascrito juzgador, en la mayor parte de ocasiones se las evacuaba con recursos propios de los funcionarios de esta judicatura; sin embargo debe recalarse que pese a existir comisiones gubernamentales para el esclarecimiento del presente caso, éstas se limitaron únicamente a efectuar una labor formal, por cuanto pedían informes para, a su vez, elaborar otros que permitan justificar su accionar. Esta apreciación inclusive puede involucrar las funciones de la Defensoría del Pueblo que, al igual que las anteriores, únicamente realizaban esta tarea. Se debe subrayar que su protagonismo duró el lapso de tiempo en el que se publicitó este caso, destacándose que jamás se interesaron en el desenlace final de las investigaciones.

1.3. En los inicios de este enjuiciamiento, y a petición judicial, la investigación de la Policía Técnica Judicial, no solo con sede en Cotopaxi sino Nacional, se centralizó en la elaboración de determinadas pesquisas que permitieron observar siempre el manejo de hipótesis, que nunca concluyeron absolutamente en nada concreto. Inclusive cuando se requirió diversas experticias, se señaló por parte de los responsables de los departamentos de criminalística que no existía ningún vestigio⁸³;12 es decir, la colaboración de otra institución del Estado nunca pudo concluir eficientemente su trabajo acorde a las exigencias de una verdadera prueba científica, sino que se atribuyó a la presencia de sustancias, que a criterio de los investigadores perjudicó el análisis, cuando en realidad son considerados como fluidos de conservación. En este contexto también debe considerarse que algunas medidas que se tomaban en el transcurso del desarrollo del enjuiciamiento no se podían cumplir, por cuanto a veces la ausencia de personal policial, la falta de sensibilidad o el desinterés generalizado orientaban a que la protección de testigos no sea cumplida a cabalidad. La seguridad para el cumplimiento de inspecciones o reconocimientos, o la inexperiencia para arribar a una conclusión meramente convincente que permitiera al juzgador realizar una investigación más contundente generaron que en principio se haya emitido una resolución de Sobreseimiento Provisional que tenga vicisitudes de impunidad.

SEGUNDO. CONSIDERACIONES PERSONALES DEL SEÑOR SAÚL FILORMO CAÑAR PAUTA. Las características que a continuación se detallan han sido obtenidas del expediente judicial: **2.1.** De las declaraciones que se han rendido durante la investigación realizada en esta judicatura se puede colegir, que la víctima de esta terrible agresión dedicó toda su juventud y adultez al servicio de las clases más desposeídas del Ecuador, llegando a convertirse no solo en un activista del sector izquierda, sino que combinaba su ideología en la práctica sindicalista, en donde, más allá de ocupar cargos de notable relevancia, se convirtió en asesor de pequeñas organizaciones laborales de carácter primario, es decir, aquellos trabajadores informales sean heladeros, tricicleteros, estibadores, etcétera. Estos grupos sociales excluidos observaban, en su honestidad, al compañero que podía servir a

⁸³ Datos tomados del auto de sobreseimiento provisional. 2.10. g.- “Como punto final y porque se considera necesaria la conclusión emitida por los técnicos de la Policía Judicial, se transcribe su parte final: “El *estado de las muestras no permitió realizar todos los análisis correspondientes en las manchas de sangre y restos orgánicos presentes en las prendas factores como: la antigüedad de la mancha, estado de putrefacción, presencia de agentes químicos externos (formol), interfieren en la aplicación de las técnicas analíticas*”.

través de su experiencia en la organización sindical con la creación jurídica de diversas asociaciones, desempeño por el cual, se conoce, no exigía retribución económica alguna, sino que, al contrario, evitaba ser remunerado, accionar que permitió valorar su sindéresis vivencial. Estas actitudes le sirvieron para enrolarse en trámites de tierras en el cantón La Maná, provincia de Cotopaxi, donde en la década de los ochenta tuvo un auge bastante importante a través de la formación de cooperativas de vivienda. En ese sector fue muy conocido por ser uno de los líderes que logró obtener terrenos para la gente desplazada de esa época, inclusive fue objeto de amenazas y agresiones que le llevaron a sufrir una grave lesión que le incapacitó durante mucho tiempo. Se tiene conocimiento que tuvo que viajar a Cuba para recuperarse. **2.2.** En el plano de dirigencia, fue una persona respetada y respetable, ya que siempre renunció a sus intereses personales para dedicarse completamente al servicio de sus congéneres. Esta situación arrastró a su familia a vivir en un ambiente de restricciones y humildad, repercutiendo como, en este caso, a la ausencia procesal como parte a su conviviente, la misma que ni siquiera tenía posibilidades económicas para asumir una real defensa de sus intereses. No es menos cierto, que por esta forma de ser también tuvo detractores en el movimiento sindical y partidista, ya que se lo consideraba como un personaje sumamente crítico al interior de estas organizaciones, produciendo desafectos por quienes sin ser verdaderos líderes lo miraban siempre como una amenaza, por cuanto el respaldo popular hizo que muchas personas a nivel nacional lo respetaran y lo ayudaran. Dentro de este enjuiciamiento, debe estimarse que, cuando se convocó a sus compañeros sindicalistas para que declararan sobre asertos realizados en los principales medios de comunicación social, éstos se retractaron de sus versiones públicas inculcando a los periódicos que habían tergiversado la realidad, cuando aseguraba que este hecho era un crimen de Estado y que conocían de donde venía esta vendetta. Incluso los líderes de organizaciones de Derechos Humanos no quisieron hablar del tema por presuntas retaliaciones, lo que demostraba un total desamparo estatal para arribar a una verdad histórica. **2.3.** En sociedades autodenominadas democráticas siempre tienden a gestarse Estados de excepción, sobre todo cuando existen actores sociales y políticos que desestabilizan el sistema imperante, sin requerir necesariamente contar con un aparato de fuerza pública, sino que, a través de los poderes económicos y estos a su vez de la “institucionalidad democrática”, logran acallar o apaciguar a estos personajes que cumplen la misión de concienciar a las bases, para que un conglomerado sea más crítico y reaccionario. Entonces, los niveles de violencia también responden a esos esquemas, si bien no se podría establecer autores individuales, estos actúan bajo el amparo de estas clases que siempre tienen el control del Estado en sus diferentes funciones, por lo que la omisión en sus actividades también es parte de la actitud violenta en contra de los particulares, sobre todo cuando una persona, un líder auténtico y verdadero, logra sublevarse ante el sistema predominante. De ahí, se determina que Saúl Cañar Pauta, a pesar de ser un hombre humilde, se tornó en un individuo peligroso para cualquier estrato de poder en el Ecuador y en un ser solidario para los sectores necesitados debido al don de su trabajo sincero y comprometido, por lo que su tratamiento debe enfocarse bajo estas particularidades que lo hacen diferente a cualquier otra víctima. **TERCERO: CONSIDERACIONES JURIDICAS:** Merecen los siguientes razonamientos: **3.1. DERECHO A LA VERDAD:** Este tema suscita gran interés en las dos últimas décadas por las varias actuaciones de las Comisiones de la Verdad, creadas en América Latina y África, cuya misión fundamental es llegar acceder a una verdad histórica y material que vaya más allá de la formal o procesal donde los intereses de las partes, muchas veces impiden tener una labor cognoscitiva ubicada en tiempo y espacio imparcial. Esto quiere decir que esta tarea supera a aquella que nos atrevemos a vislumbrar en un determinado proceso de enjuiciamiento, por cuanto estos niveles jurisdiccionales a veces impiden

acceder a una información veraz de una determinada situación. Debemos acotar que, en nuestro ordenamiento constitucional, no se establece como Derecho Fundamental; sin embargo se encuentra conexo en otros, tales como Seguridad Jurídica⁸⁴, Sistema procesal para la realización de la Justicia⁸⁵, y otros, donde tácitamente se incursiona este derecho. En el presente caso, a pesar de que se creó una Comisión para que investigue este execrable hecho, no se aportó en nada para establecer los niveles de responsabilidad. Por esta razón, simplemente se convirtió en un ente burocrático sin ningún tipo de finalidad, convirtiendo el desenlace de este asesinato en un verdadero vía crucis para la familia que, hasta ahora, ha sido privada de su derecho a saber lo que ocurrió con su pariente y quienes fueron los culpables de su ejecución. Este derecho no solo tiene por finalidad los objetivos arriba formulados, sino que es parte de la dignidad de los seres humanos y del honor de sus familiares. En otros países se han establecido reglamentaciones específicas para reparar los daños causados, en todo caso cree el juzgador que en este caso debió operar este criterio, pero lastimosamente, por las consideraciones iniciales, se privó no solo frente a los parientes de Saúl Cañar sino frente a la colectividad ecuatoriana, el pleno derecho de saber lo que verdaderamente ocurrió con ésta. Además de los aportes constitucionales que se han esbozado, también debemos señalar las varias resoluciones que ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entidad de la cual el Ecuador es parte integrante. Al efecto el artículo 1.1⁸⁶, 8⁸⁷ y 25⁸⁸ de la Convención Americana de Derechos Humanos describe claramente las exigencias estatales en las que el Estado debe respetar los valores fundamentales de una persona, en el esclarecimiento de un determinado acto. Es así, que también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus diversas resoluciones, ha ido encaminando un desarrollo notable sobre el tema del Derecho a la Verdad, como así lo tenemos: Caso Bámaca Velásquez – Guatemala. Sentencia del 25 – 11- 2000: “...De todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el 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 juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. En igual sentido en el caso Barrios Altos – Perú, a través de su sentencia de fecha del 14 de marzo de 2001, sostiene: “ En el presente caso, es incuestionable que se impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos en Barrios Altos...Pese a lo anterior, en las circunstancias del presente caso, 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

⁸⁴ Artículo 23 numeral 26 de la Constitución Política del Ecuador.

⁸⁵ Ibid. Art. 192.

⁸⁶ Artículo 1.1.- de la Convención Americana de Derechos Humanos.- “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁸⁷ Ibid. Se refiere a las garantías judiciales que deben observarse en cualquier trámite de enjuiciamiento.

⁸⁸ Ibid. Art. 25.- “1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2.- Los Estados partes se comprometen: a.- A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b.- A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y, c.- A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. De fecha 6 de diciembre de 2001, a través del caso Las Palmeras, también se menciona este derecho de la siguiente manera: “La Corte considera, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a investigar los hechos que produjeron las violaciones. Inclusive, en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de las víctimas a conocer integralmente lo sucedido”. Estos precedentes, sin lugar a dudas, establecen determinados parámetros diferenciales de este Derecho, así tenemos: a) Es un derecho de los familiares a conocer el destino de las víctimas, y en su caso como fin último recuperar para sí sus restos. No en vano se sostiene que el peor delito para la humanidad es la desaparición forzada, no conocer la verdadera situación de un ser querido, si se encuentra vivo o está muerto, y, a pesar de esto, si ocurre lo segundo arrebatar el dolor de sus familiares por un tiempo indeterminado. En el Ecuador esta realidad se vive diariamente; b) Conocer integralmente lo sucedido. Este fundamento permite dilucidar las diferenciaciones que se obtiene de un proceso que accede a este derecho, de lo que generalmente realizamos los operadores de justicia penal, cuando se aplica este conocimiento como una fase complementaria o subsidiaria, así tenemos: b.1. La acción penal se inicia de oficio o por impulso estatal, como efectivamente ocurre en este caso. En cambio, las acciones para la búsqueda de este derecho nace de sus familiares en una búsqueda de la verdad histórica; b.2. La acción penal tiene como finalidad probar la existencia material de un ilícito e identificar a los presuntos responsables, mientras que para el estudio realizado, es conocer integralmente lo sucedido, aún no existiendo la posibilidad de establecer niveles de culpabilidad. Bajo estas explicaciones jurídicas, aparece el Derecho a la Verdad, con categorías propias y esquemas que diferencian notablemente su aparición. Por lo tanto, sus características, además de las señaladas, pueden manifestarse a través de dos formas especiales de identificación, que es considerarle como un **Derecho Colectivo**⁸⁹, ya que es una imperiosa necesidad de la sociedad a conocer lo que ocurrió con una persona. Esto se encuentra ligado muy íntimamente al derecho de acceso a la información, de ahí que inclusive bajo este amparo podría sostenerse que se transformaría en un derecho difuso, ya que esta exigencia compete a todo individuo de una determinada sociedad. Además, es un **Derecho Autónomo**, que, independientemente de un juicio penal, los familiares de una víctima puedan acceder a buscar una verdad histórica que puede distorsionar de la verdad formal o procesal, como efectivamente ocurre en el presente caso; y, un **Derecho Subsidiario o Complementario**, en la actividad que realice la justicia ordinaria. En todo caso admitiendo como efectivamente se lo hace a prima facie, este derecho si bien no se encuentra definido en el catálogo constitucional ecuatoriano, para su vigencia extenderemos su aplicabilidad a lo que dispone el artículo 19 de la Carta Magna, que dice: **“Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento”**. Así tenemos que la relación o nexo jurídico se encuentra relacionado con los derechos fundamentales contenidos en los temas de seguridad jurídica, de acceso de información y la tutela judicial efectiva; por lo que, su vigencia es indiscutible, pero su exigencia en los tribunales de justicia y ante los órganos del estado, se

⁸⁹ Caso Bámaca Velásquez –Guatemala. CIDH. Sentencia de 25 de febrero de 2000 “Que el Derecho a la Verdad tiene un carácter colectivo, que conlleva el Derecho de la sociedad a tener acceso a la información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con un ser querido, lo que permite una forma de reparación.”

fundamenta en nexos anteriormente creados o su vez a través de la Comisiones de la Verdad. **3.2. DESAPARICION, MALOS TRATOS Y PENAS CRUELES.** Como se había establecido anteriormente, Saúl Cañar Pauta fue retenido ilegalmente en el sector de la Villaflora, a partir del 26 de noviembre de 1998 en la ciudad de Quito e interceptado por un vehículo. Desde aquella época no se tuvo noticia de su paradero hasta el hallazgo de su cadáver en río Cununyacu de esta ciudad de Latacunga, el día jueves 3 de diciembre de 1998. Durante este lapso sus amigos y familiares le dieron por desaparecido, pero advertían desde ya que este acto podía haberse suscitado en virtud de su activismo sindical, por las represalias que había mantenido anteriormente, así como por las amenazas que fue objeto en esa temporada.⁹⁰ Si esta aseveración lo compatibilizamos con los rasgos de crueldad de su asesinato, así como por los innumerables golpes, heridas y hematomas que según el protocolo de autopsia aseveran fueron realizados cuando Saúl Cañar se encontraba vivo, podemos asegurar que después de su raptó empezó una secuela de tortura y malos tratos, actos que conforme coincide Elizabeth Odio Benito⁹¹, en el prólogo del manual del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, donde manifiesta: “La tortura constituye la más grave de las violaciones a los derechos fundamentales de los seres humanos. Destruye su dignidad al degradar su cuerpo y causa heridas, muchas veces irreparables, en la mente y en el espíritu de las personas. Las nefastas consecuencias de esta atroz violación de los derechos humanos se extienden a la familia de las víctimas y a todo su entorno social. Los valores y principios sobre los que se asientan la democracia y toda forma de convivencia humana pierden significado y vigencia”. Por este motivo no está por demás confirmar que la dignidad humana de la víctima se mancilló hasta no considerarse ni siquiera como una individualidad, sino que se lo trató como una especie sin contemplación, ni derechos básicos de respeto. Por esta razón, no sólo se logró intimidarlo hasta la hora de su desaparición física, sino que la forma en la cual fue encontrado detallaba a las claras una especie de intimidación para similares acciones. Inclusive el mecanismo de muerte a través del estrangulamiento manual hace presumir la venganza con la que actuaron, y que no se trataba solamente de un victimario, sino una banda criminal, cuyo propósito inicial era el de acabar con su vida. La causa era, como dijimos anteriormente, que la víctima constituía un grave peligro para intereses muy poderosos, que lastimosamente no pudieron ser clarificados. A pesar de que evidentemente no podría encasillarse en el Protocolo arriba mencionado, por desconocer si fueron funcionarios públicos o actuaban a través de los victimarios, no podemos dejar de establecer que la figura que inicialmente se describe en este acápite, en lo formal, asimila dicha conceptualización, así lo dispone el artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁹²: “Todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando estos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona...”. Este precepto enunciado, en su contexto fáctico detallado, podría haber

⁹⁰ Ver auto de sobreseimiento provisional. Expediente judicial No. 440/98. Juzgado Segundo de lo Penal de Cotopaxi. Testimonio de Martha Eulalia Pazmiño Salazar. Fs. 225 a 226.

⁹¹ Vicepresidenta de la CPI, Ex Vicepresidenta de Costa Rica; y, Ex Presidenta – relatora del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas encargado de elaborar un Protocolo Facultativo a la Convención contra la tortura.

⁹² Adoptada, ratificada y adherida por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor el 26 de junio de 1987. Ratificada por la República del Ecuador el 30 de marzo de 1.988.

configurado su conducta en la imprescriptibilidad de las acciones, si no se hubiera iniciado el enjuiciamiento que hoy nos encontramos investigando, conforme lo dispone el artículo 23, numeral 2 inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador⁹³. **3.3. RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO ECUATORIANO.** En el auto de sobreseimiento provisional que antecede a éste, en su acápite c) se anticipó varios criterios con los cuales se dejó muy en claro que la deficiencia en la administración de justicia, entendiéndose como tal, no solo la intervención del infrascrito juzgador, sino de la Fiscalía, la Policía Nacional, la Defensoría del Pueblo y demás órganos oficiales, impidió arribar a esclarecer este magnicidio. Por esta razón, se disponía que los familiares de la víctima podían iniciar acciones contra el Estado ecuatoriano de conformidad con lo dispone el artículo 130 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, decisión que posteriormente no fue acogida por el ex Ministro Fiscal Distrital de Cotopaxi, y la entonces Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Latacunga, por considerar “que los derechos y garantías constitucionales y legales se presumen conocidos por todos...”⁹⁴. Los fundamentos expuestos en la resolución de sobreseimiento provisional que antecede, son ratificados por el juzgador sobre todo en lo que concierne a la responsabilidad extracontractual del Estado, pero, además, se consideran los siguientes: **A)** El artículo 20 inciso primero de nuestra Constitución dice textualmente: **“Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de los cargos...”**. Esta disposición es permitida, para este caso, únicamente en la ineficiencia del servicio público, cuyas connotaciones para la administración de justicia resultan novedosas y hasta veces sui generis. Por esta razón, en la cultura jurídica excepcionalmente se endilga errores al sector público, en primer lugar, porque nuestro cuerpo normativo no estipula una reglamentación adecuada, debido a que se ha burocratizado demasiado el reclamo del particular o porque, teniendo una sentencia favorable, es imposible su ejecución por falta de presupuesto. No debemos jamás de señalar que toda actividad pública que entrañe la prestación de un servicio o una labor del Estado, sea directamente o a través de terceras personas, será orientada a beneficiar una respuesta adecuada y ágil, caso contrario no podrá cumplir los fines que establece el artículo 3 de la Ley Suprema. Es decir, el ciudadano no puede soportar, bajo ningún concepto, una prestación que evada su respuesta o pretensión, ya que tampoco tiene obligación de tolerarla. Adicionalmente, se considera que el Estado ya no se encuentra en una esfera omnipotente para no pedir explicaciones de su deficiencia, sobre todo cuando el régimen jurídico de convivencia de conformidad a lo que establece el artículo 1 *Ibidem.*, prevé la vigencia de un Estado Social de Derecho en el cual los principios de la constitucionalidad y de la legalidad deben observarse irrestrictamente por la Administración, todo lo contrario a la prestación deficiente de los servicios públicos⁹⁵. **B)** En la resolución anterior y en ésta, se deja muy en claro que la ineficiencia del servicio se circunscribe básicamente: **b.1.** A una falta de cumplimiento de órdenes que provenían de esta judicatura, respecto de servicios de la Policía Nacional, en lo que concierne a una

⁹³ Artículo 23 numeral 2 inciso tercero de la Constitución Política del Ecuador: “Las acciones y penas por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia, serán imprescriptibles. Estos delitos no serán susceptibles de indulto o amnistía. En estos casos, la obediencia a órdenes superiores no eximirá de responsabilidad”.

⁹⁴ Resolución de la Primera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Latacunga, de fecha 25 de septiembre de 2002.

⁹⁵ López, Ernesto.- *La responsabilidad objetiva en la Constitución política del Ecuador*. Temas de Derecho Constitucional. Ediciones Legales. Quito. octubre de 2003.p.374.

actuación científica de la prueba material recolectada y sometida a su análisis, a las técnicas de investigación que inicialmente partieron de varias hipótesis que jamás fueron confirmadas, sino que según criterio del juzgador enmarañaron esta problemática, en la ausencia de protección de los testigos del cantón La Maná y Quito, que por miedo a retaliaciones personales no fueron capaces de rendir sus testimonios de forma clara y veraz. Igualmente la misma Policía no fue capaz de ingresar a los predios en los cuales se ordenó la realización de varias inspecciones judiciales y reconocimientos de evidencias; es decir, solo se remarcó en un cumplimiento formal investigativo, sin que, hasta la presente fecha y pese a múltiples ofrecimientos, se hubiere obtenido un informe final de esta entidad; **b.2.** En la época en la que se produjo este crimen se conformó una Comisión para el esclarecimiento de este caso y del diputado en ese entonces, doctor Jaime Hurtado. Sin embargo, solo se dieron unas primeras actuaciones para hacer conocer su conformación, y no se tuvo noticias de ésta, pese a que esta entidad fue apoyada por el Gobierno Nacional, jamás existió un pronunciamiento final y tampoco se llegó a coadyuvar en la investigación del caso Cañar. **b.3.** La actuación de la Defensoría del Pueblo simplemente se limitó a pedir contados informes para a su vez trasladar dichos datos a otras instancias. Sin embargo, los postulados de su actuación que se encuentran incorporados en la Constitución Política y su Ley Orgánica no fueron aplicados a nivel institucional, ya que se lo permitía para representar a los familiares de la víctima, o a su vez para encaminar demandas no solo en instancias nacionales sino internacionales, lo que permite demostrar su total indiferencia en el presente caso. **b.4.** La Función Judicial y el Ministerio Público, pese a sus actuaciones oficiosas, no fueron capaces de suministrar una investigación más determinante por falta incluso de recursos económicos y medios de movilización o de comunicación, sufragando de peculios propios de sus representantes para coadyuvar en poco lo que tuvimos como investigación, o en su defecto si se viabilizaba el camino de la reparación aseverar que son derechos y garantías consagrados en la Constitución. En general, se acepta una inadecuada administración de justicia, con la defectuosa prestación de servicios que generó en una resolución en la que no se arriba a las finalidades de la administración de justicia. Al efecto según señala Diez, “la falta del servicio público no está necesariamente ligada a la idea de falta de un agente determinado e identificado, para que aparezca la falta de un servicio público no es preciso que determinados funcionarios hayan conocido la culpa. Es suficiente patentizar un mal comportamiento general y anónimo del servicio al cual pueda imputarse el daño causado; establecer que el servicio es defectuoso, sea en su organización, sea en su funcionamiento y que el daño proviene de este defecto”⁹⁶. **C)** Con lo antes afirmado, no podemos entrar al campo de responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos, sino que, como acabamos de manifestar, engloba a todo un sistema de justicia, donde se encuentran involucrados determinados actores que de conformidad al artículo 118 de la Constitución Política del Ecuador. Decir “Representamos al Estado ecuatoriano”, es aceptar la responsabilidad extracontractual, y es ratificar a este ente en general, sin quedarse en el dolo o culpa personal, ya que será suficiente este accionar que dilucida la resolución que precede. Más todavía cuando la prestación de este servicio conlleva un ejercicio monopolístico que no tiene otra alternativa, por lo que el particular forzosamente tendrá que asumir la competencia de estos órganos de justicia ordinaria. Por esta razón, ocasionaría mayor daño si no se recibe una respuesta correcta frente a las expectativas puestas. Tampoco puede quedar en el olvido, porque sería agravar su esfera de impunidad que de por sí ya tiene esos visos, es decir, ignorar lo ocurrido y pasar por desapercibido un crimen de conmoción nacional e internacional. **D)** El artículo

⁹⁶ **INREDH – CEPAM.**- *El Derecho a la reparación en el procesamiento penal.* Serie Investigación número 3. Ediciones Comunicaciones Inredh e Imprenta Cotopaxi. septiembre del 2000. Quito – Ecuador.

24, numeral 17 dice textualmente: “Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones será sancionado con la ley”. Esta disposición permite, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos ya enumerados en el acápite ut supra tercero, así como en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precautelar una respuesta certera y expedita de los casos sometidos a la Administración de Justicia. Por esta razón, a más de ser considerado como un derecho fundamental, éste se encuentra inmerso en las garantías del debido proceso, que no se circunscribe únicamente a los directamente afectados, sino también a sus familiares o representantes. De esta manera, se torna viable la reclamación pertinente ante el Tribunal Contencioso Administrativo, únicamente para revisar la cuantía a ser indemnizada y los modos de dicha reparación –que podrían ser varios⁹⁷-- por parte del Estado Ecuatoriano, sin que pueda mediar ningún juicio de conocimiento, por cuanto esta resolución ha advertido desde la anterior, la responsabilidad extracontractual y hoy se la ratifica. Por lo anteriormente expuesto, una de las misiones de toda sociedad es la de convivir en paz, pero ésta no será posible si no precede de la justicia, la misma que se alcanza con memoria, sin dejar en el olvido a estas víctimas de crueldad y venganza, que reclaman nada más su presencia en un espacio al que sirvieron hasta entregar sus vidas, arrastrando con ella a su familia y a quienes creyeron en él. Con los precedentes expuestos y debidamente fundamentados, **RESUELVO: PRIMERO:** Al amparo de lo que dispone la normativa procesal de 1.983, dicto **AUTO DE SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO DEL PROCESO; SEGUNDO:** Al amparo de lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política del Ecuador, esta resolución servirá como **TITULO INDEMNIZATORIO**, para que los familiares del señor **SAÚL FILORMO CAÑAR PAUTA** presenten su demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Quito, para obtener del estado ecuatoriano la reparación respectiva en lo referente a su forma de indemnización y su cuantía, mas no al establecimiento del daño causado que ya se encuentra dilucidada en esta resolución final; **TERCERO:** De conformidad **al Derecho a la Verdad**, se dispone que el Gobierno ecuatoriano asuma la consecución del funcionamiento de la Comisión que se encargó inicialmente de investigar estos hechos, hasta conocer los desenlaces históricos de este caso, independientemente de este fallo jurisdiccional; **CUARTO:** Se deja a salvo el derecho de los familiares así como de los organismos de derechos Humanos para que puedan proseguir sus acciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington; y, **QUINTO:** Una vez ejecutoriada la presente resolución se publicará en el portal de información y/o página web de la Función Judicial del Ecuador conforme lo establece el artículo 7, literal p) de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. **SEXTO:** Se elevará en consulta obligatoria este auto resolutivo a la Sala de lo Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Latacunga. Archívese, notifíquese y cúmplase. **DR. CARLOS POVEDA MORENO. JUEZ SEGUNDO DE LO PENAL DE COTOPAXI.- Certifico. La Secretaria. Lcda. Gloria Guerrero P.”**

⁹⁷ Ibid. P. 124. “ a) Cesación de las violaciones existentes; b) verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad; c) el dictado de una sentencia declaratoria a favor de la víctima; d) Una disculpa incluido el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de la responsabilidad; e) el enjuiciamiento de las personas a quienes se les considere responsables de las violaciones; f) la celebración de conmemoraciones y homenajes a las víctimas; g) la inclusión de datos exactos sobre las violaciones a los derechos humanos en los planes de estudios y el material didáctico; h) la prevención de la repetición de las violaciones...”

Anexo II

INFORME No. 1/11

PETICIÓN 295-03 ADMISIBILIDAD

SAÚL FILORMO CAÑAR PAUTA - ECUADOR

4 de enero de 2011

I. Resumen

1. El 21 de abril de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión”) recibió una petición presentada por la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (en adelante “los peticionarios”) en la cual se alega la responsabilidad de la República del Ecuador (en adelante “el Estado”, “el Estado ecuatoriano” o “Ecuador”) por la falta de esclarecimiento judicial de los hechos que rodearon la desaparición y posterior muerte, el 26 de noviembre de 1998, de Saúl Filormo Cañar Pauta (en adelante “la presunta víctima”). Alegaron que el Estado no habría actuado con la debida diligencia para responder ante los hechos e investigar y sancionar a los responsables de la desaparición y muerte de la presunta víctima.

2. Los peticionarios alegaron que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, la libertad personal, las garantías judiciales y la protección judicial, establecidos en los artículos 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención” o la “Convención Americana”) en conexión con el artículo 1(1) del mismo Tratado. Por su parte, el Estado alegó que los reclamos de los peticionarios eran inadmisibles en vista de que se habría incumplido con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos, previsto en el artículo 46(1)(a) de la Convención Americana.

3. Tras analizar las posiciones de las partes y el cumplimiento con los requisitos previstos en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana, la Comisión decidió declarar admisibles los reclamos sobre la presunta violación de los artículos 4, 5, 7, 8 y 25 en concordancia con el 1(1) del mismo Tratado y en aplicación del principio iura novit curia los artículos 3 y 16 en concordancia con el 1(1) de la Convención Americana, el artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y los artículos 2 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, notificar a las partes y ordenar su publicación en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

II. Trámite ante la comisión

4. La CIDH registró la petición bajo el número P295-03 y tras efectuar un análisis preliminar, el 8 de diciembre de 2003 la CIDH procedió a transmitir copia de las partes pertinentes al Estado, con un plazo de dos meses para presentar información de conformidad con el artículo 30 del Reglamento. El Estado presentó sus observaciones el 18 de mayo de 2004, las cuales fueron transmitidas a los peticionarios para sus observaciones. La CIDH recibió las observaciones de los peticionarios el 9 de mayo de 2006, las cuales fueron trasladadas al Estado.

5. El 27 de marzo de 2007 la Comisión recibió un escrito de información adicional de los peticionarios, el cual fue transmitido al Estado para sus observaciones. El 28 de agosto de 2009 la Comisión, de conformidad con el artículo 30(5) del Reglamento, solicitó información actualizada al Estado. El 24 de septiembre de 2009 los peticionarios presentaron información actualizada, la cual fue transmitida al Estado para sus observaciones. El 9 de noviembre y 3 de diciembre de 2009 el Estado solicitó prórrogas, la cuales fueron concedidas por la Comisión. El 4 de enero de 2010 el Estado presentó su escrito de observaciones finales, las cuales fueron transmitidas a los peticionarios para su conocimiento.

III. Posiciones de las partes

A. Posición de los peticionarios

6. Los peticionarios señalan que Saúl Filormo Cañar Pauta era dirigente de la Cooperativa de Vivienda 14 de enero y de la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Clasistas Unitarias de Trabajadores (CEDOCUT), en cuya calidad apoyó y lideró a un grupo de personas que iban a ser desalojadas de la hacienda Salento, que previamente habían invadido, en el cantón de La Maná, provincia del Cotopaxi. Señalan además que la presunta víctima conformó el sindicato de trabajadores de la empresa tabacalera de la localidad, en cuya calidad encabezó los reclamos presentados por los habitantes de los recintos La Esperanza, La Soledad, Tres Coronas y El Zapotal contra la referida empresa tabacalera por el cierre de un camino público que les impedía el acceso a sus viviendas.

7. Alegan que el 26 noviembre de 1998 Saúl Filormo Cañar Pauta asistió a una reunión en el Ministerio de Bienestar Social en la ciudad de Quito tras lo cual, se dirigiría a la Cooperativa 14 de Enero donde nunca habría llegado. Señalan que en vista de lo anterior Mélida Bravo Ruilova, la conviviente de la presunta víctima, acudió a la policía donde le informaron que debía esperar 48 horas para poder denunciar la desaparición. Indican que pasado el lapso de 48 horas Saúl Filormo Cañar Pauta no había regresado a su vivienda por lo que el 30 de noviembre de 1998 su conviviente interpuso una denuncia por desaparición en la que indicó que la presunta víctima siempre tenía por costumbre y como medida de seguridad avisar a dónde se dirigía y con que personas se encontraba.

8. Los peticionarios indican que el 3 de diciembre de 1998 en la ciudad de Latacunga, provincia de Cotopaxi, a 100 kilómetros de Quito, un obrero del municipio encontró en el río un saco de yute con un cadáver en su interior con las manos y pies atados y señales de haber sido torturado. Señalan que a pesar de la difusión que tuvo en los medios de comunicación la noticia de la desaparición de Saúl Filormo Cañar Pauta, únicamente fue hasta el 7 de diciembre de 1998 que la Policía informó a la familia del hallazgo del cadáver. Alegan que el protocolo de necropsia indica que la presunta víctima murió por asfixia a causa de estrangulamiento y que el cadáver presenta múltiples lesiones producidas por golpes directos y contundentes.

9. Alegan que el Presidente de la CEDOCUT declaró ante los medios de comunicación que habría recibido una llamada telefónica de personas que se encontraban con la presunta víctima al momento de su desaparición, quienes indicaron que a las 13:30 horas del 26 de noviembre de 1998 la presunta víctima fue interceptada en el sector de Villaflores en la ciudad de Quito por ocho personas armadas no identificadas que se movilizaban en dos

vehículos jeeps azules marca Toyota. Los testigos, quienes no proporcionaron sus nombres por motivos de seguridad ya que habrían sido amenazados de muerte, informaron que uno de los sujetos no identificado dijo “mi coronel este es el hijo de p... que buscamos” y seguidamente procedieron a golpearlo y subirlo a la fuerza a uno de los vehículos.

10. Los peticionarios indican que el 9 de diciembre de 1998 el Juzgado Segundo de lo Penal del Cotopaxi ordenó que se levante auto cabeza de proceso y se instruya sumario contra los autores, cómplices y encubridores de la muerte de Saúl Filormo Cañar Pauta. Alegan que en el transcurso de las investigaciones la Policía emitió informes en los que planteó diversas hipótesis sobre la muerte de la presunta víctima y que en su último informe de 13 de abril de 1999 habría concluido que los responsables eran personas que viven en el cantón de La Maná, ya que la presunta víctima se habría ganado muchos enemigos por su trabajo contra la compañía tabacalera Corporación San Juan.

11. Señalan que el 19 de abril de 1999 el Ministro de Defensa remitió un informe al Defensor del Pueblo en el que indicó que, según información de pobladores de La Maná, en la zona operan grupos de sicarios que trabajan en la compañía tabacalera y que además en esa zona existe una asociación denominada Junta de Defensa del Campesinado de Pangua, la cual agrupa 1700 personas. Indican que el informe señaló también que los trabajadores de la compañía se niegan a colaborar en la investigación del presente caso por haber recibido amenazas por parte del administrador. Alegan además que en el marco de las investigaciones el Presidente de CEDOCUT habría proporcionado a la Policía la placa de uno de los vehículos que interceptó a Saúl Filormo Cañar Pauta, el cual se logró establecer pertenecía a un jeep azul marca Toyota de la compañía tabacalera y que además habría sido visto en dicha compañía en el desarrollo de una diligencia de investigación. Indican además que se creó una Comisión dirigida por un Diputado, la cual tuvo el apoyo del Gobierno Nacional, sin embargo solo se adelantaron una serie de actuaciones iniciales para dar a conocer su conformación y posteriormente no se tuvo conocimiento de su labor, ni emitió un pronunciamiento final.

12. Los peticionarios alegan que el 4 de abril de 2002 el Juzgado Segundo de lo Penal de Cotopaxi dictó auto de sobreseimiento provisional del proceso en vista de que si bien se pudo comprobar la existencia del delito, el Juzgado señaló que jamás se pudo sindicar a persona alguna porque mientras en las conclusiones policiales inicialmente se indica tendencias incriminatorias, luego concluían que simplemente eran hipótesis o en su defecto no se aseguraba absolutamente nada. O también si en los informes de indagación policial se concretaban datos que generaban pistas, cuando éstas se judicializaban existía silencio o retractaciones; lo que significa que el ente superior nacional pese a ejercer una actividad legítima, ésta fue en definitiva tremendamente ineficiente.

13. Indican que el auto de sobreseimiento subió en consulta obligatoria y el 25 de septiembre de 2002 la Primera Sala de la Corte Superior de Lacatunga confirmó la decisión de primera instancia y puntualizó que el juez de primera instancia desplegó un importante esfuerzo a fin de recabar la mayor cantidad de elementos probatorios a fin de esclarecer el caso y que no ha existido “seguimiento y profundidad” en las investigaciones de la Policía Judicial, “por cuya deficiencia ha sido imposible que el juzgador pueda encontrar elementos incriminatorias sobre alguna persona en particular”.

14. Los peticionarios alegan que transcurridos cinco años de que se dictó sobreseimiento provisional, el 22 de enero de 2007 el Juzgado Segundo de lo Penal de Cotopaxi dictó auto de sobreseimiento definitivo, el cual subió en consulta y el 13 de febrero de 2007 la Corte Superior de Justicia de Latacunga confirmó la decisión. Alegan que de conformidad con la legislación procesal ecuatoriana, ante dicha decisión no procede ningún recurso.

15. Los peticionarios destacan que la decisión del Juzgado Segundo de lo Penal de Cotopaxi señaló que “se acepta una inadecuada administración de justicia, con la defectuosa prestación de servicios que generó en una resolución en la que no se arriba a las finalidades de la administración de justicia [...] [m]ás todavía cuando la prestación de este servicio conlleva un ejercicio monopólico que no tiene otra alternativa, por lo que el particular forzosamente tendrá que asumir la competencia de éstos órganos de justicia ordinaria, por lo que ocasionaría mayor daño si no se recibe una respuesta correcta frente a las expectativas puestas”. Finalmente, el Juzgado concluyó en primer término que su resolución servirá como título indemnizatorio a fin de que los familiares de la presunta víctima presenten una demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo únicamente para obtener la reparación correspondiente, en vista de que el daño ya se encuentra establecido; en segundo término dispuso que el Estado asuma la consecución del funcionamiento de la Comisión que se conformó para el esclarecimiento de los hechos y finalmente dejó a salvo el derecho de los familiares de proseguir sus acciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

16. En suma, los peticionarios alegan que por los hechos del presente caso el Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida, la integridad personal, la libertad personal, las garantías judiciales y la protección judicial protegidos en los artículos 4, 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana en conexión con el artículo 1(1) del mismo Tratado.

17. En cuanto al cumplimiento con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos, previsto en el artículo 46(1) (a) de la Convención Americana, los peticionarios alegan que dichos recursos habrían sido agotados y que con el fallo definitivo dictado por la Corte Superior de Justicia de Latacunga el 13 de febrero de 2007, los hechos habrían quedado en la impunidad.

B. Posición del Estado

18. El Estado alega que el reclamo es inadmisibles ya que al momento que los peticionarios presentaron la petición ante la Comisión no se habían agotado los recursos previstos en la jurisdicción interna, según exige la Convención Americana. Concretamente, el Estado alega que el 4 de abril de 2002 el juez de primera instancia dictó auto de sobreseimiento provisional confirmado por la Corte Superior de Latacunga en vista de que no se pudo individualizar a los responsables de los delitos cometidos de conformidad con el artículo 242 del Código de Procedimiento Penal, vigente en la época.

19. Asimismo, el Estado sostiene que de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Penal de 1983 “el sobreseimiento provisional del proceso suspende la sustanciación del mismo durante cinco años [...]. Estos plazos se contarán desde la fecha de expedición del respectivo auto de sobreseimiento”. En este sentido, alega que la petición se presentó ante la Comisión cuando el proceso se encontraba suspendido provisionalmente por lo que no se habrían agotado los recursos de jurisdicción interna.

20. Finalmente, el Estado alega que de la revisión específica del proceso penal adelantado por la muerte de Saúl Filormo Cañar Pauta se demuestra que se practicaron todas las diligencias probatorias conforme a derecho y en observancia del debido proceso. En vista de los argumentos anteriores el Estado solicita que la Comisión declare la inadmisibilidad de la petición de referencia.

IV. Análisis sobre competencia y admisibilidad

A. Competencia

21. Los peticionarios se encuentran facultados, en principio, por el artículo 44 de la Convención Americana para presentar peticiones ante la Comisión. La petición señala como presunta víctima a una persona individual, a quien el Estado ecuatoriano se comprometió a respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana. En lo concerniente al Estado, la Comisión señala que Ecuador es un Estado parte en la Convención Americana desde 28 de diciembre de 1977, fecha en que depositó su instrumento de ratificación. Por lo tanto, la Comisión tiene competencia *ratione personae* para examinar la petición.

22. Asimismo, la Comisión tiene competencia *ratione loci* para conocer la petición, por cuanto en ella se alegan violaciones de derechos protegidos en la Convención Americana que habrían tenido lugar dentro del territorio de Ecuador, Estado Parte en dicho tratado.

23. La Comisión tiene competencia *ratione temporis* por cuanto la obligación de respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana ya se encontraba en vigor para el Estado en la fecha en que habrían ocurrido los hechos alegados en la petición. La Comisión observa que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas entró en vigencia para Ecuador el 27 de julio de 2006, por lo tanto la CIDH tiene competencia *ratione temporis* respecto de la obligación contemplada en su artículo I.b, en virtud de la naturaleza continuada de la falta de esclarecimiento del delito de desaparición forzada. Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura entró en vigencia para Ecuador el 9 de noviembre de 1999, es decir con posterioridad a los hechos materia del reclamo. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión tiene competencia *ratione temporis* para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en lo que se refiere a la obligación de investigar y sancionar los presuntos hechos de tortura y la presunta denegación de justicia por los hechos ocurridos con posterioridad a su ratificación.

24. Finalmente, la Comisión tiene competencia *ratione materiae*, porque en la petición se denuncian posibles violaciones a derechos humanos protegidos por la Convención Americana.

B. Requisitos de admisibilidad

1. Agotamiento de los recursos internos

25. El artículo 46(1) (a) de la Convención Americana exige el previo agotamiento de los recursos disponibles en la jurisdicción interna conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos, como requisito para la admisión de reclamos sobre la presunta violación de la Convención Americana.

26. Según el artículo 31 del Reglamento de la Comisión y lo establecido por la Corte Interamericana, toda vez que un Estado alega la falta de agotamiento de los recursos internos por parte del peticionario, tiene la carga de demostrar que los recursos que no han sido agotados resultan “adecuados” para subsanar la violación alegada, vale decir que la función de esos recursos dentro del sistema del derecho interno es idónea para proteger la situación jurídica infringida⁹⁸.

27. En el presente caso el Estado alega que la petición no satisface el requisito del previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, previsto en el artículo 46(1) (a) de la Convención Americana dado que los peticionarios presentaron el reclamo cuando el proceso penal se encontraba suspendido provisionalmente. Por su parte los peticionarios alegan que los recursos internos se encontrarían agotados pero que los mismos no habrían sido eficaces.

28. En vista de las alegaciones de las partes, corresponde en primer término, aclarar cuáles son los recursos internos que deben ser agotados en un caso como el presente. Los precedentes establecidos por la Comisión señalan que toda vez que se cometa un delito perseguible de oficio, el Estado tiene la obligación de promover e impulsar el proceso penal⁹⁹ y que, en esos casos, éste constituye la vía idónea para esclarecer los hechos, juzgar a los responsables y establecer las sanciones penales correspondientes, además de posibilitar otros modos de reparación de tipo pecuniario. La Comisión considera que los hechos expuestos por los peticionarios se traducen en la legislación interna en conductas delictivas perseguibles de oficio cuya investigación y juzgamiento debe ser impulsada por el Estado mismo. Cabe notar que en el presente caso consta que la pareja de la presunta víctima denunció la desaparición y se abrió una investigación por los hechos.

29. La Comisión nota que habiendo transcurrido más de nueve años de ocurridos los hechos materia del reclamo, la investigación penal habría sido sobreseída definitivamente el 22 de enero de 2007, decisión que fue confirmada el 13 de febrero de 2007, sin que se haya identificado a presuntos autores o establecido la responsabilidad penal de alguna persona. Al respecto, la Comisión observa que la efectividad de la investigación realizada por la Policía Judicial fue cuestionada y señalada como defectuosa por los propios tribunales internos.

30. La Comisión nota que si bien el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal de 1983, bajo el cual se tramitó la investigación penal, establecía que el auto de sobreseimiento definitivo era susceptible del recurso de apelación, la efectividad de dicho recurso habría dependido de que los familiares de las víctimas aportasen elementos probatorios que habrían permitido a la Fiscalía formular una nueva acusación¹⁰⁰. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado con relación a la obligación de investigar que la misma “debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico 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

98 Ver artículo 31(3) del Reglamento y Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 64.

99 CIDH, Informe No. 52/97, Caso 11.218, *Arges Sequeira Mangas*, Informe Anual de la CIDH 1997, párr. 96 y 97. Ver también Informe No. 55/97, Caso 11.137, *Abella y otros*, párr. 392.

100 CIDH, Informe No. 2/10, Petición 1011-03, *Fredy Marcelo Núñez Naranjo y otros*, párr. 31.

la autoridad pública busque efectivamente la verdad”¹⁰¹. En suma, la Comisión considera que el impulso de los procesos internos en casos como el presente, no debe depender de la iniciativa de los familiares de las presuntas víctimas.

31. En vista de lo anterior, la Comisión considera que la decisión de 13 de febrero de 2007 mediante la cual, la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cotopaxi confirmó el auto de sobreseimiento definitivo agotó los recursos de jurisdicción interna por lo que el reclamo de los peticionarios satisface el requisito establecido en el artículo 46(1) (a) de la Convención Americana.

2. Plazo de presentación de la petición

32. El artículo 46(1) (b) de la Convención Americana establece que para que una petición resulte admisible por la Comisión se requerirá que sea presentada dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que el presunto lesionado haya sido notificado de la decisión definitiva. En el presente caso, la petición fue recibida el 21 de abril de 2003 y la última decisión adoptada en el fuero interno fue dictada el 13 de febrero de 2007, por lo tanto la Comisión considera que debe darse por satisfecho el requisito de admisibilidad referente al plazo de presentación.

3. Duplicación de procedimientos y cosa juzgada internacional

33. No surge del expediente que la materia de la petición se encuentre pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, ni que reproduzca una petición ya examinada por éste u otro órgano internacional. Por lo tanto, corresponde dar por cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 46(1) (c) y 47(d) de la Convención.

4. Caracterización de los hechos alegados

34. En vista de los elementos de hecho y de derecho presentados por las partes y la naturaleza del asunto puesto bajo su conocimiento, la CIDH considera que las alegaciones de los peticionarios sobre el alcance de la presunta responsabilidad estatal respecto de la falta de esclarecimiento judicial de los hechos que rodearon la desaparición y posterior muerte, podrían caracterizar posibles violaciones a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial protegidos en el artículos 8 y 25 en concordancia con el artículo 1(1) de la Convención Americana. Asimismo.

35. En cuanto a los reclamos de los peticionarios relativos a la presunta violación de los derechos a la vida, la integridad personal y la libertad personal protegidos en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana, la Comisión observa que los alegatos planteados así como la presunta violación del deber de prevención y garantía del Estado respecto de dichos derechos requieren de un análisis de fondo bajo los estándares de la Convención Americana.

36. Asimismo, en aplicación del principio *iura novit curia*, corresponde a la Comisión establecer en la etapa de fondo la posible responsabilidad del Estado por la presunta violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y la libertad de asociación previstos en los artículos 3 y 16 de la Convención en conexión con el artículo

¹⁰¹ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 177.

1(1) del mismo Tratado, el artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y los artículos 2 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. La Comisión también considerará iura novit curia en la etapa de fondo, la presunta violación del artículo 5 de la Convención Americana en perjuicio de los familiares de la presunta víctima.

V. Conclusiones

37. La Comisión concluye que es competente para examinar los reclamos presentados por los peticionarios sobre la presunta violación de los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 16 y 25 en concordancia con el 1(1) de la Convención Americana, el artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y los artículos 2 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y que éstos son admisibles, conforme a los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana.

38. Con fundamento en los argumentos de hecho y de derecho antes expuestos y sin que ello signifique prejuzgar sobre el fondo del asunto,

La comisión interamericana de derechos humanos,

Decide:

1. Declarar admisible el presente reclamo con relación a los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 16 y 25 en concordancia con el 1(1) de la Convención, el artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y los artículos 2 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.
2. Notificar esta decisión al Estado ecuatoriano y al peticionario.
3. Continuar con el análisis del fondo de la cuestión.
4. Publicar esta decisión e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

Aprobado por la Comisión a los 4 días del mes de enero de 2011. ((Firmado): Felipe González, Presidente; Paulo Sérgio Pinheiro, Primer Vicepresidente; Dinah Shelton, Segunda Vicepresidenta; María Silvia Guillén, José de Jesús Orozco Henríquez, y Rodrigo Escobar Gil Miembros de la Comisión.