

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Procesal

La justiciabilidad del derecho a la verdad frente a la cosa juzgada fraudulenta en el caso “González y otros” de graves violaciones a los derechos humanos

Mariela Victoria Quintanilla Díaz

Tutor: Richard Villagómez Cabezas

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Mariela Victoria Quintanilla Díaz, autora de la tesis intitulada “La justiciabilidad del derecho al reconocimiento de la cosa juzgada fraudulenta 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 Especialista Superior en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. 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. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Febrero, de 2019

Mariela Victoria Quintanilla Díaz

Resumen

El caso “Gonzalez y otros” —antes conocido como Fybeca— ha sido sentenciado por la Corte Nacional de Justicia sobre la acusación fiscal en que se investigó los hechos reportados en el informe final de la Comisión de la Verdad creada por el Poder Ejecutivo del Estado para investigar, esclarecer e impedir la impunidad¹ de actos arbitrarios ocurridos en gobiernos autoritarios. Estos hechos fueron conocidos por tribunales policiales y sentenciados por los delitos tipificados: contra la seguridad del Estado, extralimitación de funciones legales² y homicidio inintencional,³ previstos en el Código Penal de la Policía Nacional actualmente derogado. Al final, este proceso penal policial derivó en sobreseimientos a favor de los agentes involucrados.

Uno de los argumentos que motivó la reapertura de este caso, fue que el dictamen fiscal y sobreseimientos, dictados en sede policial, no contemplaron los parámetros exigidos por la justicia supranacional para la investigación y judicialización de casos constitutivos de grave violación a los derechos humanos; por el contrario, se evidenció un apartamiento de los principios de imparcialidad, independencia, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, derecho a la verdad y no impunidad. En ésta investigación se destaca el reconocimiento progresivo de los derechos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha permitido relativizar el principio del *non bis in ídem* en aquellas resoluciones dotadas de la autoridad de cosa juzgada cuando se trata de la búsqueda de la verdad y no impunidad. Postulados que encuentran su soporte en el paradigma de nuestro estado constitucional de derechos en que el espectro de protección de los derechos humanos se diversifica en torno a las fuentes del derecho, asumiendo la jurisprudencia un rol importante cuando se trata de dar cobertura al *corpus iuris* de los derechos humanos.

Palabras clave: cosa juzgada, cosa juzgada fraudulenta, non bis in ídem, derecho a la verdad, Corte IDH, graves violaciones a los derechos humanos.

¹ Art.1.

² Ecuador, Código Penal de la Policía Nacional (derogado). Suplemento registro oficial 1202 de 20 agosto 1960 Art. 196

³ *Ibíd.* Art. 236.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar por otorgarme el espacio para realizar mis estudios de maestría y fomentar el aprendizaje constante del derecho procesal.

A mi tutor Dr. Richard Villagómez Cabezas, extraordinario profesional y ser humano, por su guía, responsabilidad y paciencia en este trabajo investigativo.

A mi amigo Luis Eduardo Obando Gómez, abogado y estudioso de los derechos humanos, por su ayuda constante y por inspirar este estudio.

A mis padres, pilar fundamental de mi vida, por ser los brazos a los que siempre vuelvo, por enseñarme a mirar el mundo con generosidad.

A mi hermano, con quien crecí compartiendo la misma luz y su nobleza es mi inspiración en el ejercicio de ésta profesión. Y en todo.

A mi Paúl, mi sonrisa diaria.

Tabla de contenido

Introducción	15
Capítulo primero: La cosa juzgada fraudulenta y el derecho a la verdad.....	17
1.1 La Cosa juzgada.....	17
1.1.1 Teorías de la cosa juzgada.	19
1.1.2 Seguridad jurídica	21
1.2 Excepciones a la cosa juzgada	24
1.3 Presupuestos de la declaración de cosa juzgada fraudulenta.....	25
1.4 Declaración de cosa juzgada fraudulenta y el principio non bis in ídem	29
1.5 Derecho a la verdad	35
1.5.1 El derecho a la verdad en el sistema interamericano de derechos humanos	36
1.5.2 Comisiones de la Verdad	38
1.5.3 El derecho a la verdad en el Ecuador.....	39
Capítulo segundo: La cosa juzgada fraudulenta en el sistema interamericano de derechos humanos.....	43
2.1 Reconocimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Ecuador.....	43
2.2 Contenido del derecho de la cosa juzgada fraudulenta en la Corte IDH.	45
2.3 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho en materia de cosa juzgada fraudulenta.....	48
2.4 Cosa juzgada fraudulenta en sistemas comparados	54
2.4.1 Argentina	54
2.4.2 Colombia	58
Capítulo tercero: Actividad judicial.....	61
3.1 Estándares de la administración de justicia ecuatoriana	61
3.2 Cosa Juzgada Fraudulenta en el caso González y otros.....	67

3.2.1	Hechos	68
3.2.2	Contexto previo	68
3.2.3	Hechos posteriores.....	69
3.2.4	Primera Investigación: Proceso Penal de la Segunda Corte Distrital de la Policía Nacional.....	70
3.2.5	Segunda investigación: Plagio.....	71
3.2.6	Tercera investigación: Grave violación a los derechos humanos adecuado al artículo 450 numerales 1, 4, 5 y 6 del Código Penal.....	72
3.2.7	Cosa juzgada: Consideraciones del Tribunal de Garantías Penales	75
3.2.8	Contexto actual	81
3.3	Vías de incorporación del contenido del derecho de la cosa juzgada fraudulenta en la administración de justicia ordinaria.	83
3.4	Recursos para efectivizar el derecho a la cosa juzgada fraudulenta en Ecuador	84
3.5	¿En necesaria la incorporación normativa de la institución de la cosa juzgada fraudulenta en el sistema jurídico ecuatoriano?.....	86
	Conclusiones.....	89
	Bibliografía	93

Abreviaturas

CIDH = Comisión Interamericana de Derechos Humanos

COGEP = Código Orgánico General De Procesos

COIP = Código Orgánico Integral Penal

Corte IDH = Corte Interamericana de Derechos Humanos

CRE = Constitución de la República del Ecuador

DID = Derecho Internacional Humanitario

ROS = Registro Oficial, Suplemento

Introducción

Las garantías básicas del debido proceso instituido en un Estado Constitucional de derechos y justicia social como el nuestro, incluyen el principio *non bis in ídem* que traduce la prohibición de ser juzgado dos veces por un delito cuando existe identidad de sujeto, objeto y causa, —norma conocida como de las tres identidades,—⁴ independientemente de si se trató de una sentencia condenatoria o que ratifique la inocencia, expresando la sensación de un estado de seguridad jurídica y la eficacia de un sistema judicial.

Para que esta prohibición sea válida, debe verificarse el presupuesto de haber pasado por la autoridad de cosa juzgada es decir que se trate de una resolución emitida por autoridad legalmente competente y legítima respecto de su potestad jurisdiccional reconocida en la ley y que, sobre el caso que se falló no quepan otros medios de impugnación.⁵ El artículo 8.4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁶ y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷ ratifican sustantivamente este principio, sin embargo, es imperioso analizar, la calidad y eficiencia de las resoluciones que decantan su condición de cosa juzgada al aparentemente estar prohibidas de exponer nuevamente sus hechos a ser investigados y juzgados.

En este contexto, resulta necesario conceptualizar mejor el principio de seguridad jurídica pues no solo se verifica cuando existen sentencias legalmente dictadas, sino cuando su contenido observó solemnemente las normas del debido proceso, el derecho de las partes y el derecho a la verdad, lo que permite estudiar la cosa juzgada fraudulenta a partir de la deconstrucción de la institución histórica de la cosa

⁴ Eduardo Couture, *Fundamentos del derechos procesal civil* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964), 414.

⁵ De manera que la preclusión definitiva de las cuestiones alegadas (o que se puedan alegar) se produce cuando en el proceso se haya obtenido una sentencia que no está sometida a ninguna impugnación- Ésta se llama sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (cosa juzgada en sentido formal). Giuseppe Chiovenda, *Instituciones del derecho Procesal Civil*, vol. 3, Trad. Por E. Gómez Orbaneja (México, Editorial jurídica universitaria, 2002) 218

⁶ Art. 8.4. El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. R.O. 80. 1984

⁷ Art. 14.7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país R.O. 101. 1969.

juzgada desde su concepción formal y material así como el valor infranqueable del *non bis in ídem* como expresión de seguridad jurídica y consecuencia de la cosa juzgada, frente a ello, el derecho a la verdad como una obligación inexorable del Estado.

El Ecuador, al haber reconocido la competencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al ser parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos asume la obligación de garantía de los derechos como una tarea entregada a todos los funcionarios públicos. En ese ámbito, es pertinente el análisis de la línea jurisprudencial de la cosa juzgada fraudulenta en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el estudio de su incorporación en sistemas jurídicos comparados así como el estudio de la actividad judicial ecuatoriana en torno a los estándares de administración de justicia en que se analiza el caso “González y otros” en el que se desplaza el *non bis in ídem* frente al contenido de la cosa juzgada fraudulenta.

Si bien, la Constitución de la República del Ecuador reconoce el principio de aplicación directa y cláusula abierta de los tratados y convenios internacionales,⁸ la administración de justicia ordinaria posee un raigambre legalista. En ese contexto, se hace necesario identificar las vías que permitan la incorporación de estándares internacionales: la pertinencia de un pronunciamiento de la Corte Constitucional, la regulación probable de un precedente vinculante por parte de la Corte Nacional de Justicia o la incorporación normativa de la institución de la cosa juzgada fraudulenta en las leyes y códigos del derecho interno que hagan efectivo este diálogo interjurisdiccional.

⁸R.O 20 de Octubre del 2008. Art. 417.

Capítulo primero: La cosa juzgada fraudulenta y el derecho a la verdad

El estudio del *non bis in ídem*, como una garantía contra el doble juzgamiento y contra la arbitrariedad del estado, procesalmente se materializa en la alegación de la cosa juzgada, institución que merece un análisis sobre su conceptualización y sobre aquellos principios y derechos que gravitan en torno a esta regulación de larga data y que son la expresión de la búsqueda de certeza y de lo que en el estado constitucional se conoce como seguridad jurídica.

En yuxtaposición a tal rigor, está la búsqueda de la verdad, no solo como un aspecto incidental del proceso, sino como una verdadera consecuencia del mismo y como una obligación del Estado en contra de la impunidad, que permita, en ciertas circunstancias, que el valor seguridad sea desplazado por el valor justicia y tenga lugar la cosa juzgada fraudulenta. Para esquematizar dicho análisis, en este primer capítulo, es necesario partir del estudio de la cosa juzgada, el derecho a la verdad y su conquista histórica, así como de aquellos presupuestos que permitan calificar a la cosa juzgada como fraudulenta y así evitar la impunidad.

1.1 La Cosa juzgada

Se concibe a la cosa juzgada como una institución jurídica de sacralidad histórica, ampliamente desarrollada por numerosos autores como una cualidad dada a “un objeto que ha sido motivo de un juicio”⁹ del que se obtiene decisiones judiciales que por su contenido, fuerza y mandato estricto de la ley tienen la calidad de sentencias o autos resolutorios inamovibles.

La acepción —juzgada— es una consecuencia de las relaciones litigiosas puestas en conocimiento del juez, que por sí sola, no limita el paso a otros momentos procesales, ya que una causa al estar juzgada puede estar también abierta a recursos y reclamos hasta su ejecutoria, circunstancia que la vuelve infranqueable al verificarse una condición de temporalidad, y por tanto, la inhabilidad de reclamos recursivos (apelación, ampliación) que por principio de legalidad, están dispuestos.

⁹ Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2002), 326.

Cuando a éste vocablo se antepone la expresión —cosa—¹⁰ que por sí sola representa un término genérico que da cuenta de la determinante existencia material o espiritual de un elemento, entonces estamos ante un concepto que representa “una forma de autoridad y una medida de eficacia”.¹¹ Cosa juzgada.

Ésta institución, se traduce en la restricción que impone una obligación y limita a las partes; al actor y al demandado de no promover nueva causa, así como al Estado de conocer y solventar una nueva pretensión sobre lo ya resuelto. Es decir, se presenta como una “doble prohibición”¹² dada a las partes y al Estado que atiende, según Couture, a una idea teleológica¹³ del proceso pues sus fines solo se logran con tal declaración.

Ésta cuestión, está destinada a mantener el *quid decisum* del fallo, cuya concepción no se traduce y limita a la imposibilidad de recurrir, sino a dotar de eficacia¹⁴ obligatoria y seguridad jurídica a lo decidido por el órgano jurisdiccional como una manifestación de justicia, lo que pone de manifiesto su autoridad cuando su producción ha sido la consecuencia de la actividad jurisdiccional y está dotada de carácter definitivo, pues “el contenido y la función de la sentencia son el contenido y la función de la jurisdicción”¹⁵ que es la expresión de justicia formal, entendida ésta como la “aplicación consistente y regular de las normas jurídicas vigentes.”¹⁶

La declaración de cosa juzgada formal (inimpugnable) de carácter eminentemente procesal, es el antecedente de su alcance *–sustancial–* que se configura al estar impedida la causa de cambiar la decisión (inmutable),¹⁷ es decir que su sentido formal vincula al proceso, mientras que en el sentido sustancial vincula a todo juez de conocer la misma causa en el futuro; así por ejemplo, una resolución que fija una pensión alimenticia tiene cosa juzgada formal, mientras que una causa de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio que ha agotado sus posibilidades recursivas es cosa juzgada sustancial o material; sin embargo, conviene analizar la cosa juzgada

¹⁰ Cosa: Lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, concreta, abstracta o virtual. Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, Actualización 2017, “cosa”, *Real Academia Española*, accedido 28 de septiembre de 2018, párr. 1, <http://dle.rae.es/?id=B3yTydM>.

¹¹ Couture, *Fundamentos*, 326.

¹² Ugo Rocco, *Derecho procesal civil* (México: Editorial jurídica universitaria. 2002), 2:425.

¹³ Couture, *Fundamentos*, 335.

¹⁴ *Ibíd.*, 412.

¹⁵ Eduardo Couture, *Fundamentos del derechos procesal civil* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2002), 227.

¹⁶ Ricardo García Manrique, *El valor de la seguridad jurídica* (México: Distribuciones Fontamara S.A., 2007), 227

¹⁷ Couture, *Fundamentos*, 341.

material como una consagración de lo justo y/o verdadero, como más adelante se lo hará.

Su composición es además de trascendencia jurídica histórica relevante que se traduce en la necesidad permanente del Estado a través de la administración de justicia de materializar su voluntad contenida en la ley. Este interés no es solo del Estado sino de cualquier tipo de gobierno imbuido por el requerimiento de mantener el poder y la autoridad de sus decisiones.

Su trascendencia data desde Hammurabi quien proclamó en su reinado el *corpus* legislativo más célebre de la antigüedad, en que consta, en el primer grupo de artículos el acápite denominado de las - infracciones procesales- el artículo 5 que decretó:

[S]i un juez ha juzgado una causa, pronunciando sentencia (y) depositado el documento sellado 111, si, a continuación, cambia sus decisión 112, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente 113, se le hará levantar de su asiento de justicia (y) no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso 114.¹⁸

Su origen en el derecho romano está en la obra del jurista Ulpiano quien escribió en su libro “*primo ad legem Iuliam et Papiam*” (*sic*) la frase “*Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur*”¹⁹(*sic*) que en adelante sería recogido en el Digesto de Justiniano.

En adelante, fue consagrada de modo expreso en el Código Civil Francés o más conocido como Código Napoleónico de 1804²⁰, cuerpo legal de tradición romanista con fundamento en el *Corpus Iuris Civilis*, que sería replicado en los cuerpos normativos de tradición romano – germánica. Hasta construirse en una institución de fuerza normativa y procesal que ha dado lugar a varias teorías y doctrinas sobre su naturaleza, de importante análisis para su crítica y eventual deconstrucción.

1.1.1 Teorías de la cosa juzgada.

a) Teoría de la presunción de verdad -*iuris et de iure*- surgida a partir del Derecho Romano en que los efectos de la cosa juzgada, cuya aceptación parte de la probabilidad de que la sentencia no contenga error siendo absoluta presunción de

¹⁸ Federico Lara Peinado, *Código de Hammurabi* (Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1997), 7.

¹⁹ Se traduce así: debemos también tener por ingenuo aquel que por sentencia se declaró serlo, aunque fuese libertino, porque la cosa juzgada se tiene por verdad.

²⁰ Art. 1350 “La presunción legal es la atribuida por una ley especial a determinados actos o determinados hechos, como por ejemplo: [...] 3o La autoridad que la ley atribuya a la cosa juzgada...”

verdad²¹, línea procesal que se mantiene contenida en nuestra norma adjetiva actual en que la cosa juzgada se presenta como una excepción previa²² que pone fin al proceso impidiendo un nuevo debate probatorio, debiendo ser aceptada mediante sentencia,²³ tanto más que el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) es norma supletoria²⁴ del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) y por tanto aplicable en materia penal.

b) Teoría contractualista y cuasi contractualista. Analizada por el profesor Hernando Devis Echandía,²⁵ que obliga a los sujetos procesales, en virtud de un convenio de partes *litis contestatio*, a supeditarse a lo resuelto en la causa, es decir se trataba de un acuerdo entre privados. Dicha teoría ha sido deconstruida por el derecho procesal moderno cuya resolución de conflictos deviene de la administración de justicia como una prestación estatal, pues al resolver con normas que salvaguardan el interés individual, esa protección alude a un interés general cuya relación procesal a decir de Ugo Rocco²⁶, es de derecho público y mantiene sus formas en torno a la autoridad de las resoluciones jurisdiccionales y no al acuerdo de partes cuya intervención se configura en el impulso del proceso más no en el resultado.

c) Teoría de la voluntad autoritaria del Estado o teoría normativa o de la ley especial. Cuyo fundamento de la cosa juzgada está en la autoridad del Estado a través de la creación de las normas jurídicas cuya voluntad se traduce en el ejercicio silogístico que realiza el juez de los hechos a la *lex specialis*. Esta teoría, a la luz de nuestro Estado constitucional de derechos y justicia, se aparta de la labor activista del juez quien ha dejado de ser un mero interlocutor de la ley para constituirse en un elemento activo del proceso y garantista de los derechos de las partes.

d) Teoría de la ficción de verdad. La reflexión sobre ésta teoría comulga con la línea investigativa de ésta trabajo. Las resoluciones consagradas por la institución de la cosa juzgada, no contienen una verdad absoluta al ser el resultado de la inferencia que

²¹ Hernando Devis Echandía, *Nociones generales del derecho procesal* (Bogotá: Editorial Temis, Bogotá, 2009), 642

²² Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial, Suplemento (en adelante citado como ROS) No. 506 (2 de Mayo 2015), art. 153.8. En adelante se cita este Código como COGEP

²³ Ecuador. Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Resolución con fuerza de ley N° 12-2017. Registro Oficial N° 21. Suplemento de 23 de Junio del 2017

²⁴ Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Resolución con fuerza de ley N° 04-2016 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 10 de agosto de 2016 y publicada en el RSO No. 847 de 23 de septiembre de 2016.

²⁵ Echandía, *Nociones generales del derecho procesal*, 643

²⁶ Sin embargo, adviértase que la voluntad de las partes tiene gran importancia, y a ella están subordinados a la iniciación y desarrollo del proceso civil (principio dispositivo)

efectúan los jueces cuya condición de humanos los hace imperfectos, en consecuencia, “la verdad objetiva está fuera del alcance de la imperfección humana, y la justicia tiene que contentarse con la verdad subjetiva, que tiene un valor relativo”²⁷, y es esa precisamente la línea planteada en ésta investigación que se acerca al marco disciplinario de este trabajo en la senda de la escuela *antiformalista*²⁸ mediante la cual se procura justificar que las sentencias no siempre son de mérito sustancial.

Así las cosas, la cosa juzgada en el ámbito procesal no responde a la razón natural, pues la noción de certeza dentro de un proceso judicial se la conquista en mérito de la verdad contenida en el proceso, mientras que el criterio de verdad por sobre el proceso aconseja que ante la existencia de una nueva prueba, la verificación de que se juzgó con intervención de un operador imparcial y con falta de independencia, así como la inobservancia de estándares mínimos de justicia, justifica la posibilidad de recorrer de nuevo el camino andado, puesto que “La cosa juzgada es, en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica: no es de razón natural sino de exigencia práctica”²⁹.

En lo relativo a sus efectos, la cosa juzgada distingue una consecuencia procesal y otra material, lo que se traduce en: inmutabilidad y definitividad.³⁰ La primera que impone una obligación jurisdiccional de no revisar el fondo de la controversia ante la alegación de la excepción previa de cosa juzgada, pues ésta calidad especial deviene en una declaración de certeza que no puede variar; mientras que el efecto de definitividad impide nuevas discusiones en procesos posteriores bajo el presupuesto de causa resuelta. En consecuencia, la cosa juzgada tiene una doble función: la exigencia del cumplimiento de derechos como mandato imperativo de la voluntad del estado; y, la seguridad jurídica.

1.1.2 Seguridad jurídica

La cosa juzgada se vincula con el principio de reserva legal que garantiza la vigencia del derecho constitucional de seguridad jurídica al determinar en la norma

²⁷ Echandía, *Nociones generales del derecho procesal*, 643.

²⁸ Reconstruir la imagen tradicional que se tenía de las fuentes del derecho para subrayar el papel social dinamizador de algunas de ellas (por ejemplo la jurisprudencia, la doctrina o los principios generales del derecho [...]) usualmente desatendidos por el legalismo tradicional, bajo el rótulo de fuentes secundarias o auxiliares. Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis Editores, 2006) 271.

²⁹ Ángel Landoni Sosa, “La cosa juzgada: valor absoluto o relativo” *Revista Derecho PUCP* n° 56 (2003) 297-360, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10584/11056>

³⁰ Echandía, *Nociones generales del derecho procesal*, 669.

sustantiva las formas y requisitos que deben concurrir para alcanzar su *statu*, así se enraíza el fundamento y formalidad de las resoluciones. Solo así, en estricta apreciación formal, se dice que las decisiones judiciales materializan tal principio, a veces subvertido pues no basta con tener decisiones definitivas para aceptarlas como consagradoras de verdad sino cuando aquellas, dejando de ser un tributo al formalismo, resuelven el fondo que procuró tal relación litigiosa.

La manifestación primaria y elemental del derecho, estriba precisamente en el valor de la seguridad como bien jurídico protegido que da cobertura al requerimiento del ser humano en la búsqueda de la justicia material por parte del Estado a través un sistema de garantías que no solo atienden al principio de juridicidad sino a la salvaguarda de un verdadero orden constitucional, pues se dice que "... la seguridad jurídica implica un grado de certeza y confianza en que los poderes públicos se someterán al ordenamiento y respetarán los derechos adquiridos, de manera que no haya incertidumbre sobre ellos y su ejercicio"³¹

La cosa juzgada pretende legitimar el respeto al sistema judicial, pues, de lo contrario, las resoluciones judiciales, sin dejar de agotarse en recursos y al ser permanentemente provisionales³² no otorgarían dicha seguridad en cualquier tipo de relación jurídica y en consecuencia el sistema no sería una herramienta al servicio de la justicia, más aún porque una de las obsesiones del derecho procesal es mantener el estándar de justicia materializada en tiempos perentorios dentro de los cuales se habla de una justicia oportuna, pues a decir del profesor Devis Echandía, "la razón de ser de ésta institución está en la necesidad de poner término a los litigios decididos por sentencia judicial para impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida y evitar así la incertidumbre de la vida jurídica."³³

Es también, para el derecho procesal, una expresión de eficacia dado que impide a la parte que se cree desfavorecida plantear nuevos recursos lo que otorga utilidad pública. Éste efecto —eficacia— es explicado por Couture en tres momentos: inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad.³⁴ El primero, porque limita el derecho a recurrir y a promover ulterior causa por los mismos hechos. El segundo, porque impide cambiar la ratio de la resolución aun cuando se trate de otra autoridad o entidad

³¹ Juan Benalcazar Guerrón, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*, (Quito: Fondo editorial Andrade y Asociados, 2007) 217.

³² Federico Morgenstern, *Cosa Juzgada Fraudulenta* (Buenos Aires: B de FLtda., 2015)15.

³³ Hernando Devis Echandía, *Nociones generales del derecho procesal* (Bogotá: Editorial Temis, Bogotá, 2009), 641.

³⁴ *Fundamentos del derecho*, 327

jurisdiccional con las salvedades normativas previstas, como el recurso de revisión³⁵ en el contexto penal ecuatoriano cuya procedencia y aceptación tiene un contenido favor *rei*,³⁶ que radica en la presentación de nuevas pruebas que evidencien un error de hecho en la sentencia impugnada y que habría inducido a los jueces a fallar en determinada forma, cuyos presupuestos son taxativos; y, tercero porque su autoridad exige su irremediable cumplimiento bajo apercibimiento de su ejecución forzosa.

Pero es necesaria que esta positividad jurídica verificada en los presupuestos de su producción, validez y vigencia, sea legitimada en los actos de aquellos en cuya voluntad jurisdiccional recae el deber indefectible de generar certeza desde una visión axiológica de su labor justiciable y no solo desde la mera subsunción de normas. Dicha garantía contenida en el artículo 82³⁷ de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), ha sido desarrollada además por la Corte Constitucional al expresa que tal principio constituye el pilar de confianza ciudadana:

Para tener certeza respecto a una aplicación normativa, acorde a la Constitución, se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren determinadas previamente; además, deben ser claras y públicas; solo de esta manera se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional.

Mediante un ejercicio de interpretación integral del texto constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos.³⁸

Sin embargo, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional no abarca el tema de fondo sobre la declaración irrita o fraudulenta de la cosa juzgada, quizás porque no han llegado casos que deban ser resueltos por este órgano de cierre que motiven a dicho análisis, siendo que los pronunciamientos sobre la autoridad de éste instituto del derecho únicamente se han realizado en temas de títulos ejecutivos y delitos comunes donde se ha garantizado el *non bis ídem* dentro de procesos que han cumplido los parámetros de investigación requeridos, casos en que la corte ratifica el criterio de las entidades y fuerza de la cosa juzgada, al expresar que “se fundamentan en el derecho a

³⁵ COIP, art. 658.

³⁶ Richard Villagómez, *Revisión Penal en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia* (Quito: Zona G, 2014), 43.

³⁷ El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

³⁸ Ecuador, Corte Constitucional, *Acción Extraordinaria de Protección N° 0016-13-SEP-CC caso No 1000-12-EP en contra de la [sentencia dictada el 19 de enero de 2012 por los jueces de la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja]*

la seguridad jurídica, y tienen por objeto el impedir que se pueda indefinidamente perseguir en juicio un asunto resuelto judicialmente”.³⁹

El Tribunal Constitucional Español al desarrollar el alcance de tal principio afirma que:

La seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.⁴⁰

De modo que la define como un principio integrador que compendia los derechos del individuo. Sin embargo, despojado de formalismos fatuos y ritualistas el sistema de justicia debe ser lo suficiente perfectible en torno a la garantía de derechos fundamentales, de modo que los principios constitucionales logren una jerarquía en torno a los valores que protegen en casos cuya resolución no se agota en una sentencia sino en el verdadero conocimiento de la verdad “... así la justicia más que una regla o un principio, es un valor indispensable para que el Derecho pueda ser aplicado correcta y legítimamente.”⁴¹ La verdadera razón de ser del principio de seguridad jurídica debe ser en suma una expresión de certeza en torno a todos los derechos humanos “... de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”⁴² lo que implica un predicamento de la verdad no como un derecho personal sino de interés social convertido en una garantía estatal.

1.2 Excepciones a la cosa juzgada

El valor de la cosa juzgada como producto de la actividad judicial, se ha sostenido en la autoridad que detenta el juez quien encarna la expresión de estabilidad

³⁹ Ecuador, Corte Constitucional, Acción Extraordinaria de Protección N° 042-16-SEP-CC caso N.0 1328-13-EP en contra de la [sentencia del 6 de junio de 2013 a las 11:00, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia] Disponible en : http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2014/012-14-SEP-CC/REL_SENTENCIA_012-14-SEP-CC.pdf

⁴⁰ España. Tribunal Constitucional, *Recurso de inconstitucionalidad*, sentencia 27/1981 [dictada el 19 de enero de 2012 el 13 de agosto de 1981 en contra de varios artículos que contravendrían la constitución en materia tributaria]. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/27#complete_resolucion&completa

⁴¹ Verónica Jaramillo, *Las garantías jurisdiccionales en el sistema jurídico ecuatoriano*, (Quito: Corporación de estudios y publicaciones CEP, 2011) 114.

⁴² España. Tribunal Constitucional, *Recurso de inconstitucionalidad*, sentencia 27/1981 [dictada el 19 de enero de 2012 el 13 de agosto de 1981 en contra de varios artículos que contravendrían la constitución en materia tributaria]. Disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/27#complete_resolucion&completa

del sistema político, de modo que, mientras más alto sea el tribunal que decide, es mayor la virtud de su autoridad. Así las cosas, luego de que la relación jurídica ha quedado fijada y sus cargas han sido incontestablemente impuestas, si en el hacer de la actividad jurisdiccional desarrollada por seres humanos hay error o probabilidad de error, resulta importante reflexionar sobre qué tan legítimo es el fundamento de la inmutabilidad de ésta institución y cómo el ordenamiento jurídico y la administración de justicia podría admitir salvedades para el caso de sentencias írritas.

Las limitaciones excepcionales a la cosa juzgada encuentran su fundamento en el derecho de las víctimas que por antonomasia mantienen un *status* de privilegio ante la justicia respecto de los hechos en el marco de violaciones de derechos humanos, así como la obligación correlativa del Estado de investigarlos de modo que, la prohibición de doble enjuiciamiento, pese a su legitimidad originaria no puede ser consagrada como un principio inmutable y absolutamente sagrado que impida que esta regla sea flexibilizada.

Solo las normas, por sus características, se agotan en la práctica de la subsunción y diversos métodos de interpretación, mientras que los principios que son consideraciones de orden general, se eximen de la complejidad de ser advertidos en la interpretación pues se agotan en sí mismos toda vez que al carecer de un supuesto de hecho no son objeto de subsunción. Los alcances de la cosa juzgada se dividen en formal y material. El primero supone una decisión con efectos definitivos sin dar lugar a la oportunidad de recurrir; mientras que, la cosa juzgada material tiene un alcance aún mayor al del propio proceso,⁴³ pues impide que la causa sea revisada mediante una nueva acción lo que supone la sentencia como absoluta e inmutable. Sin embargo, es preciso anotar que la expectativa de todo proceso encierra el anhelo de que la resolución al tornarse definitiva resuelva el problema de fondo de modo equitativo y justo⁴⁴ permitiendo así, establecer un límite material.

1.3 Presupuestos de la declaración de cosa juzgada fraudulenta.

Cuando un proceso fue deliberadamente saboteado por la mano de la propia administración de justicia y/o no existió un trámite investido de todas sus garantías, su

⁴³ Osvaldo Gozáni, *Revisión de la Cosa Juzgada* (Buenos Aires: Ediar, 2015) 38.

⁴⁴ Por eso la materialidad tiene un fin sociológico que lleva a responder ese anhelo de los sujetos procesales, pero como son intereses privados, deben adecuar sus prioridades a las que reserva el orden público. *Ibíd.* 40

consecuencia, debe ser derrumbada para dar paso a una justicia objetiva y sustancial.⁴⁵ Hitters, quien desarrolla la realidad procesal de Argentina distingue entre los supuestos que habilitan la revisión de las sentencias: a) Haber fallado en función de prueba documental incompleta⁴⁶ que deviene en un vicio, ya sea por haber desconocido las partes o por no haberlas incorporado al juicio. b) Haber fallado sobre documentos falsos, siempre que esa falsedad haya sido desconocida en el proceso lo que deviene en prueba testimonial viciada⁴⁷, cuando *a posteriori*, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dentro de la causa que se juzgó y tales documentos fundaren la base de la decisión írrita; y, c) Falta de equidad por cohecho, violencia o fraude⁴⁸ que se configura cuando los sujetos procesales se apartan de sus funciones y finalidades lícitas dentro de la causa, lo que en nuestra legislación derribaría en delitos contra el Estado y contra la administración de justicia⁴⁹.

Pese a que no existe una formulación sustantiva sobre los presupuestos para la declaratoria de la cosa juzgada, resulta importante analizar supuestos que a la luz de la doctrina y realidad judicial en los casos de violaciones a los derechos humanos se suponen causantes de la declaración de cosa juzgada fraudulenta, pues la previsión de la justicia aparente debe ceder ante el incumplimiento del Estado de investigar y sancionar adecuadamente violaciones a derechos humanos, cuando han concurrido circunstancias que se describen a continuación:

1.3.1. Error en la sentencia. Cuando la causa termina con una sentencia donde el error se evidencia incluso en la forma contenida en la estructura y requisitos que no permiten desarrollar una resolución con parámetros mínimos de motivación. Para desarrollar ésta garantía, la Corte Constitucional del Ecuador, ha establecido como precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento, que las decisiones adoptadas

⁴⁵ En nuestra tradición jurídica continental, aproximadamente desde la Revolución francesa (1789) hasta los Juicios de Núremberg (1945), y desde estos hasta la actualidad, hemos transitado de un Estado de Derecho legal a un Estado de Derecho constitucional; los cuales se diferencian, entre otras cosas, en que el primero privilegia la seguridad jurídica, y el segundo la justicia la que no se pretende negar en la labor judicial sino que no son necesariamente la consecuencia de un actividad reflexiva sino subjuntiva. Berly Javier Fernando, López Flores, “La cosa juzgada derivada de una sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional.” En, *Cosa Juzgada Constitucional, Revista peruana de derecho constitucional*. 95-112, dirigido por Carlos Ramos Núñez. Perú, 2016.

⁴⁶ Juan Carlos Hitters, *Revisión de la cosa juzgada*, (La Plata: Librería Editora Platense, 2001.) 66.

⁴⁷ *Ibíd.*, 66.

⁴⁸ *Ibíd.*, 67.

⁴⁹ Ecuador, COIP. Art. 272.- Fraude procesal.- La persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el curso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

deben ser: “i. *Razonable*, es decir que sea fundada en los principios constitucionales; ii. *Lógica*, lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión y, iii. *Comprensible*, es decir que el fallo goce de claridad en el lenguaje.”⁵⁰

Dicho requisito, si bien ya no forma parte de un recurso de nulidad consagrado como tal en la norma procesal penal y civil, al ser advertido como un error *in iudicando* por el órgano al que se recurre, este puede declararla y retrotraer la causa hasta el momento en la que se produjo la vulneración de éste derecho. La irregularidad de la falta de motivación, no atiende solo a la inobservancia de requisitos de motivación, sino que dicho el error en la sentencia debe ser apreciado como un error grosero que consagra el fraude y que se configura como un atentado a la seguridad jurídica.

1.3.2 Injusticia. Es importante partir sobre el cuestionamiento ¿Qué es la justicia? La frase de Ulpiano, “La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”⁵¹ tomada históricamente como definición de lo cierto en torno a este valor, es deconstruida por Hans Kelsen⁵² al afirmar que tal expresión es una formula vacía porque solo tendría sentido si tal cuestión estuviera resuelta de antemano. Es decir si el orden social está previamente definido por el legislador como moral positiva u orden jurídico, de así serlo, ese orden jurídico, independientemente de cual sea, hallaría su justificación en lo que en adelante fuera justicia en función de lo preconcebido. Identificándose de ésta manera con valores relativos y no con un valor absoluto de justicia.⁵³ Concluye que no es posible arribar a una definición exacta de lo justo: “Lo absoluto en general y los valores absolutos en particular, están más allá de la razón humana que sólo puede lograr una solución limitada – y en este sentido relativa – del problema de la justicia como problema de justificación de la conducta humana.”⁵⁴

Si lo justo es un ideal abstracto, es importante definir cuáles son los principios y valores que se aproximan a un estándar de lo correcto y equilibrado en nuestro régimen de justicia y a partir de ello evaluar si los casos resueltos bajo la consagración de la cosa

⁵⁰ Ecuador, Corte Constitucional, Acción Extraordinaria de Protección N° 092-13-SEPCC, caso No.538-11-EP en contra de la [sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el 04 de marzo de 2011]

⁵¹ La definición original en latín reza “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”.

⁵² Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?* (Viena: 1953). Traducida por Ernesto Garzón Valdés, (México, Editorial Fontana, 2014)

⁵³ Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?...*, 75.: “La razón humana solo puede concebir valores relativos, esto es que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la imposibilidad de un juicio de valor opuesto.”

⁵⁴ Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?...*, 35-36

juzgada obedecen a esos estándares mínimos que proponen reparos y excepciones a esta regla, cuya inobservancia viciaría el proceso.

1.3.3. La falta de equidad. La equidad⁵⁵ es un estándar mínimo entendida como la virtud del operador de justicia —distinta a la igualdad de armas como una virtud del proceso— mediante la cual, permite a las partes su participación en el proceso en las condiciones que les son atribuibles por derecho, así como a no tomar una posición en favor de uno de ellos.

1.3.4 Tribunal sin independencia e imparcialidad. La independencia, como una cualidad que avala el debido proceso impide la injerencia de factores externos que sugieran la acción del juez de un modo determinado. Tal principio tiene sustento en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁶ y que por el principio de jurisdicción universal y en aplicación del bloque de constitucionalidad, es exigible en materia de derechos humanos. En nuestro país, los jueces incluso son independientes frente a los demás órganos de la función judicial.⁵⁷

Contiene al subprincipio de exclusividad⁵⁸ que implica que a ningún otro órgano del poder público, ajeno al poder judicial puede atribuirse tal potestad, siendo esa función, incompatible con el desempeño de alguna otra. Aquello no significa que la Policía Nacional, en el caso que se analizará, no pueda aplicar el derecho para cuestiones disciplinarias en el ámbito administrativo y que están vedadas a la jurisdicción de los jueces como subprincipio de exclusividad en el sentido negativo.⁵⁹ En el ámbito de ésta investigación, los procesos por delitos de acción pública en su función aplicativa, corresponden al fuero judicial.

1.3.5 Debido proceso afectado. Considerado como un error *in procedendo* por el cual, la injusticia notoria se vincula con la inobservancia del cumplimiento de las garantías procesales que permite revisar la sentencia ante la ausencia de estos estándares. En ausencia de las garantías del debido proceso, la cosa juzgada deja de ser

⁵⁵ El modelo que tiene la *injusticia notoria* para dar pie a una acción de nulidad de sentencias írritas, sería antes que por motivos procesales, por situaciones infames con el debido proceso constitucional. Quiere decir que se debe encontrar en la sentencia una palmaria inequidad en el fallo. Osvaldo A. Gozaíni, *Revisión de la Cosa Juzgada* (Buenos Aires: Ediar, 2015) 118.

⁵⁶ Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (1948)

⁵⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en ROS. No. 544 (9 de marzo 2009), art. 8. En adelante se cita este Código como COFJ.

⁵⁸ Jorge Zabala Egas, “La unidad jurisdiccional”. *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Vol. 1, N° 1, (2000): 21, <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdicio/article/view/467/820>

⁵⁹ Jorge Zabala Egas, *La unidad jurisdiccional*... 21

una cuestión de índole procesal para encontrar su fundamento en la Constitución como carta garantizadora de derechos fundamentales de raigambre convencional; pues así lo ha manifestado la Corte IDH:

Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del “debido proceso legal”, que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención. Tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza. Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo -en un plazo razonable- un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados.⁶⁰

La ausencia de estos parámetros que no garanticen una administración de justicia incólume genera un perjuicio que crea excepciones al rigor del instituto de la cosa juzgada pues el vicio que se genera es de trascendencia sustancial que permite dar cobertura a la revocación de sentencias al ser revisadas.

1.4 Declaración de cosa juzgada fraudulenta y el principio non bis in ídem

Procesalmente, *el non bis in ídem*, es una regulación que niega la posibilidad de procurar una nueva acción independientemente del resultado que obtuvo el juicio ya resuelto, ya sea por absolucón o declaratoria de responsabilidad. La definición de Enrique Bacigalupo en el ámbito de los principios constitucionales del derecho penal es aún más garantista al establecer que “No sólo se vulnera este principio sancionando al autor más de una vez por el mismo hecho, sino también, cuando se lo juzga por el mismo hecho en más de una oportunidad.”⁶¹ El respeto a tal principio, procesalmente se alega con la excepción perentoria⁶² de cosa juzgada, calificada así porque impide *in limine* la traba de una nueva litis y relación procesal, sin advertir si la pretensión punitiva fue aceptada o rechazada, pues para efectos formales de dicho principio basta que exista una resolución en la que figuren los mismos sujetos procesales, los mismos hechos y el mismo objeto jurídico, siendo un corolario del principio de seguridad jurídica pues de no existir la prohibición de doble enjuiciamiento, el ciudadano partícipe de una infracción estaría reiteradamente sometido a nuevos proceso penales, lo que no

⁶⁰ Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 221.

⁶¹ Enrique Bacigalupo, *Principios Constitucionales del Derecho Penal* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L., 1999), 250.

⁶² Jorge Zabala Baquerizo, *El Debido Proceso Penal*, (Quito: Edino, 2002) 238.

revelaría certeza en el derecho. A más de aquello, existe el principio constitucional de no regresividad que impide desandar el camino procesal ya resuelto, sin embargo, “La regresividad está prohibida y solo podrá ser admisible si existe estricto escrutinio de sus causas y consecuencias.”⁶³

Sobre la prohibición de doble enjuiciamiento Jorge Higuera expresa que “Cuando se produce un doble enjuiciamiento efectivo, es decir, aun existiendo un primer juicio legalmente válido [...] convengo en que tal supuesto si se consuma una arbitrariedad y se atenta consta la seguridad jurídica del afectado.”⁶⁴ Sin embargo, La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) rompe este principio cuando evidencia que no se han cumplido los estándares de la Convención Americana. Estándar en cuya ausencia, permiten desvanecer la autoridad de la cosa juzgada y prescindirla en la búsqueda de la justicia asistidas de garantías básicas.

En el contexto internacional de los derechos humanos, el Protocolo N° 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 4.1 recoge la prohibición de ser perseguido o condenado por tribunales del mismo Estado por una infracción ya juzgada⁶⁵, lo que permite apreciar que dicho principio no es garantizado respecto de la judicialización del caso en otros Estados ajenos al de su jurisdicción natural o de distinto orden jurídico. Además, el siguiente numeral, justifica la eventual ruptura de dicho principio al establecer reparos que permitan la reapertura del caso cuando expresa que: “Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado Interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada”⁶⁶ lo que garantizaría el derecho a la verdad y al debido proceso, pues establece que tal reapertura deberá observar el procedimiento interno de cada estado, constituyéndose en la pauta para el desarrollo normativo interno.

En el contexto de la CADH, las salvedades al *non bis in ídem* no están delineadas en dicha Convención sino contenidas en la jurisprudencia de la Corte IDH; tampoco están determinadas en la legislación interna del Ecuador; sin embargo, una institución relacionada con la materia, es el recurso de revisión que si bien, es diferente

⁶³ Ramiro Ávila, *Los derechos y sus garantías* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición y Centro de estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012) 90.

⁶⁴ Jorge Higuera Corona, *Non bis in ídem y reincidencia* (México: Porrúa 2012) 140.

⁶⁵ Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado.

⁶⁶ Consejo de Europa. Protocolo n° 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos. Aprobado el 22 de noviembre de 1984, art.4.2

a una declaratoria de la cosa juzgada fraudulenta, permite la reapertura del caso. Al respecto, conviene precisar que la revisión prevé motivos *favor rei* “en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada”⁶⁷ ya sea por comprobarse la existencia de la persona que se creía muerta⁶⁸, por existir dos sentencias que resuelvan los mismos hechos circunscrita en tres ámbitos: la calificación jurídica de los hechos, concurrencia de infracción y grados de participación penal⁶⁹ que revelen que una de ellas es contradictoria, o por haberse configurado un resolución sobre documentos y/o testigos falsos y por experticias maliciosas o erradas.

Mientras que, un privilegio recíproco conferido jurisprudencialmente al Estado es la cosa juzgada irrita o fraudulenta que al vincularse con el interés social y conciencia colectiva, justifica su labor de deconstruir tal autoridad siendo el punto de partida una nueva investigación, salvando de esta manera, el argumento que permite además desarticular el *non bis in ídem*, sin embargo aún existe un vacío sobre tal procedencia, tal es así que en la actividad judicial interna no se han verificado casos de reapertura a favor de las víctimas, pues recordemos que si bien varios son los casos descritos en el informe de la Comisión de la Verdad, ninguno ha derrotado el *non bis in ídem* a excepción del caso González y otros. Para citar uno distinto, cabe hacer referencia al caso Damián Peña⁷⁰ en cuyo proceso por homicidio inintencional, Fiscalía retiró su acusación con el argumento de que se trataba de un tema de graves violaciones a los derechos humanos (ejecución extrajudicial) derivando en una declaratoria de inocencia.⁷¹

Dicho proceso, al haber sido recurrido, fue declarado nulo a solicitud de Fiscalía por la Corte Nacional de Justicia⁷² a razón de que se judicializó con pericias investigadas por policías de la institución a la que pertenecían los procesados, viciando

⁶⁷ COIP, art. 658.

⁶⁸ Richard Villagómez, *Revisión Penal...* 108. Al respecto, el autor destaca que si bien en el Derecho Penal Internacional, el estándar de prueba no exige la existencia física del cadáver, en el ordenamiento interno se acude a la prueba indiciaria sacrificando el nivel de certeza del juzgador que a la postre constituye campo fértil para el error judicial.

⁶⁹ Richard Villagómez, *Revisión Penal...* 109.

⁷⁰ Informe de la Comisión de la Verdad. (Ecuador, Ediecuatorial 2010) 99-100. El informe relata como el estudiante Damián Peña Bonilla de 16 años de edad, protestaba en la ciudad de Cuenca en torno al rechazo de la presencia de tropas norteamericanas en la base de Manta, las que fueron reprimidas por policías, instantes en los que Damián Peña recibió un disparo de bala en la frente, por un agente de policía ocasionándole la muerte.

⁷¹ Diario El Tiempo “Caso Damián Peña”: Integrantes de la Sala de lo Penal del Azuay se aprestan a deliberar”. 7 de Agosto del 2014, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818767587

⁷² Diario El Tiempo, “CNJ dicta nulidad en caso Damián Peña.” Diario El Tiempo (Quito) 14 de mayo del 2015, <https://www.eltiempo.com.ec/noticias/ecuador/4/cnj-dicta-nulidad-en-caso-damian-pena>

la investigación por falta de imparcialidad. Sin que tal declaratoria de nulidad hiciera referencia a la existencia de cosa juzgada fraudulenta propiamente pues tal figura no se encuentra legislada; sobre todo porque el ejercicio de los jueces, se circunscribe en conocer las instituciones y recursos previstos en la ley, tanto es así, que operativamente no cuentan con un recurso válido y taxativo que permita la procedencia de la declaratoria de cosa juzgada fraudulenta. El caso Damián Peña, se continúa investigando.

El artículo 20 del Estatuto de Roma⁷³ ratifica el principio de prohibición de doble enjuiciamiento respecto de las Competencias de la Corte Penal Internacional y aun cuando dichos procesos se hayan sustanciado en cortes locales, sin embargo, incorpora una salvedad a estos casos en el numeral 3 y expresa:

La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

- a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o,
- b) No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.⁷⁴

En ese contexto, la doctrina angloamericana explica que “el espíritu de la cosa juzgada írrita es precisamente que si no se determinó de manera justa o limpia la inocencia (*fairly found not guilty*), la absolución (*acquittal*) no puede ser oponible ante una persecución penal posterior”⁷⁵ calificando a lo injusto de la cosa juzgada como - írrito- lo que a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH se ha denominado - fraudulenta- cuando “resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad.”⁷⁶

El principio en análisis, representa para fines del derecho procesal una regla de actuación frente a nuevos procesamientos, que *prima facie* debe ser observada por su condición *per se* al contener el mandato de estricto cumplimiento. Pero resulta importante cuestionarse sobre qué ocurre si no existe la debida coherencia entre la regla y el principio aplicado al caso en concreto y si ese ejercicio de subsunción no basta para la realización de la justicia. Sobre el tema, Morgenstern, parafraseando a Genaro Carrió

⁷³ Estatuto de Roma. Aprobado el 17 de julio de 1998. En vigor desde el 1 de julio del 2002. Registro oficial de Ecuador 699. Suplemento de 7 de Noviembre de 2002.

⁷⁴ Estatuto de Roma. Art. 20

⁷⁵ Federico Morgenstern, *Cosa Juzgada Fraudulenta* (Buenos Aires: B de FLtda., 2015) 17, 18.

⁷⁶ Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117, párr. 131

analiza el tema manifestando que “... no es cierto que las reglas son siempre aplicables a todo o nada y tampoco es cierto que las reglas permiten, al menos en teoría, enumerar de antemano todas sus excepciones.”⁷⁷ El conflicto entre reglas no se resuelve negándolas, por el contrario, la solución de un conflicto entre reglas, estriba en la aplicación de principios como fundamento que permitan establecer la fuerza de una regla sobre otra, su exclusión o excepción, labor entregada al juez.

Se tiene entonces que los principios se constituyen en mandatos de optimización⁷⁸ o guías de comportamiento que procuran que algo sea realizado en la mayor medida posible, y esta medida de cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino jurídicas que adquieren su peso en razón de una adecuada y pertinente carga argumentativa y del ejercicio del análisis y ponderación, dando como resultado que, una regla que responda a la exigencia de justicia y verdad del sistema judicial.

Las reglas, para Robert Alexy, son *mandatos definitivos*, “y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse.”⁷⁹ Entendiendo, que se tratan de adecuaciones sistemáticas que, utilizadas en el caso concreto, se agotan en sí mismas sin mayor análisis; mientras que, “... los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son *mandatos de optimización*”.⁸⁰

La distinción entre reglas y principios atienden a su contenido normativo y constitucional. Generalmente se les atribuye la característica de regla a los primeros y el carácter de principio a los segundos, sin embargo, aquello no significa que la constitución no contiene reglas, “por lo general, las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son predominantemente principios.”⁸¹ Los principios si poseen un contenido necesariamente

⁷⁷ Federico Morgenstern, *Cosa Juzgada Fraudulenta* (Buenos Aires: B de FLtda., 2015) 80.

⁷⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. De E. Garzón Valdés (Madrid: 1997) 81.

⁷⁹ Robert Alexy, “*La fórmula del peso*”, en Miguel Carbonell, edit., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (Quito: Ministerio de Justicia y derechos Humanos del Ecuador, 2008) 14.

⁸⁰ *Ibíd.*, 14

⁸¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, (Madrid: Editorial Trotta, 1995) 109.

constitucional porque comportan el punto de partida del desarrollo de las reglas, las que se agotan *per se*.

En esa medida, sería un error valorar de igual forma a los principios con las reglas, toda vez que los principios pertenecen a consideraciones de orden general mientras que las reglas, que surgen a partir de estos son de interpretación pragmática que regulan su funcionalidad en casos concretos, es así que los principios por antonomasia tienden a la protección del interés general pues las constituciones precautelan el orden natural.

Si bien, el *non bis in ídem*, subsiste en el orden constitucional, existe para fines del derecho procesal, pues es en la práctica de un nuevo enjuiciamiento donde se agota. Al respecto, Zagrebelsky sostiene el doble alcance normativo de los principios, manifestando que el contenido de los derechos naturales y derecho constitucional son circunstancias históricas que pueden variar, cuya razón de ser debe evidenciarse en la funcionalidad de estas prescripciones normativas. Sobre las reglas, manifiesta que estas pueden entrar en discusión y cuando ello ocurre no basta con un ejercicio de solución de antinomias sino que la constitución como norma fundamental asume un rol operativo al reconocer principios.⁸² En esa senda, los principios integradores de la Constitución son varios y no existe una jerarquía entre aquellos, evidencian su razón de ser en función de una coherente ponderación dada al caso en concreto.

Quando un pronunciamiento judicial choca contra hechos indiscutidos cuyo conocimiento fue deliberadamente saboteado por actos judiciales relevantes, o no hubo un verdadero proceso antes de la sentencia, la cosa juzgada necesita ser derrumbada para rescatar la verdad material u objetiva y la justicia, cuyo afianzamiento ordena imperativamente el ámbito constitucional.⁸³

En conclusión, aferrarse a la sacralidad de la cosa juzgada desvirtúa el fin del sistema procesal como medio para la realización en la justicia,⁸⁴ de la justicia misma como un servicio y valor del sistema judicial; y de la sentencia como instrumento declarativo de verdad.

⁸² *Ibíd*, 116, 117

⁸³ Morgenstern, *Cosa Juzgada Fraudulenta*, 23.

⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. IV, “Participación y organización del poder”, cap. Cuarto, “Función Judicial y Justicia Indígena”, art. 169 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.)

1.5 Derecho a la verdad

La expresión verdad, derivada del latín *veritas*⁸⁵, se la define como la “conformidad de las cosas con el concepto que de ellas forma la mente.”⁸⁶ Es decir, la correspondencia entre las ideas y la realidad objetiva y material.

Las teorías de la verdad distan entre proponentes y autores, pues hay quienes consideran que una teoría debe concentrarse en la definición estricta del concepto, otros consideran que constituirse en una teoría de la verdad implica buscar una interpretación capaz de orientar de manera eficaz la acción autoliberadora del hombre y ejercer una acción comprometida con ésta labor como un modo de vida; y finalmente, para otros, el criterio de verdad es la búsqueda absoluta de la expresión científica de las cosas.⁸⁷

Sobre la verdad como una cualidad de la cosa juzgada, afirma Chiovenda que “cuando se define la cosa como una ficción de verdad, como una verdad formal, como una presunción de verdad, [...] la sentencia del juez se presenta como una cosa conforme a la verdad.”⁸⁸ Y esa es la consecuencia lógica de un proceso, pues la actividad judicial procura otorgar esa intermediación con el agotamiento de los procedimientos que ineludiblemente convergen en un resultado conforme con lo verdadero y justo, pero, ¿qué hay con el derecho a la verdad no solo como una aproximación procesal sino como un derecho materia.l? Conviene analizar el valor indiscutible de las sentencias⁸⁹ como el acto procesal que contiene la resolución judicial que entraña la expresión del juico o dictamen que se decide a favor de una de las partes traducido como lo justo y verdadero.

⁸⁵ Se traduce como verdad. Julio Pimentel Álvarez “Diccionario latín-español español-latín” (México: Editorial Porrúa, 2004). 835

⁸⁶ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 22ª. Ed, 2 vol. (Madrid: España, 2001) 1553.

⁸⁷ Juan A. Nicolás y María J. Frápoli. “Teorías actuales de la verdad” en *Diálogo filosófico*, Idefonso Murillo, Dir., (Madrid, 1997) 150.

⁸⁸ Giuseppe Chiovenda, Instituciones del derecho Procesal Civil, vol. 3, Trad. Por E. Gómez Orbaneja (México, Editorial jurídica universitaria, 2002), 216.

⁸⁹ Cuando se dice que la cosa juzgada es una presunción de verdad se da una razón de carácter social, político o en todo caso técnico que explica de que argumentos ha debido valerse el derecho para hacer indiscutibles las sentencias. Eduardo Couture, *Fundamentos del derechos procesal civil* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964), 403

1.5.1 El derecho a la verdad en el sistema interamericano de derechos humanos

En el contexto de los derechos humanos “ha surgido como respuesta frente a la falta de esclarecimiento, investigación, juzgamiento y sanción de los casos de graves violaciones de derechos humanos e infracciones al DIH por parte de los Estados.”⁹⁰ Precisamente las cortes de derechos humanos se han formado en el requerimiento de la búsqueda de la justicia de los pueblos⁹¹ que padecieron procesos autoritarios cuyas luchas se califican como históricas por su trascendencia, la tenacidad del pueblo o sociedad reprimidos, la reticencia al sistema de justicia vigentes en esos sistemas así como la imperiosa búsqueda de la justicia en la esfera de lo cierto y no de mano del autoritarismo que utilizaba la represión como única herramienta en contra de la insurrección al sistema y control social, procesos que serán abordados a profundidad en lo atinente a la cosa juzgada fraudulenta en el sistema interamericano de derechos humanos (en adelante SIDH).

La Corte IDH “[...] reconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos, así como el derecho a conocer la identidad de quienes participaron en ellos [...]”⁹² Apreciación que se fundó inicialmente en el fenómeno de la desaparición forzosa que a criterio de la Corte, afectaba continuamente otros derechos. Redefine la tarea estatal en torno a la salvaguarda de este derecho en la obligación de investigar no solo como un compromiso que surge de la propia CADH sino *ex officio* de manera seria, imparcial y efectiva como un elemento fundamental y condicionante⁹³ de los estados parte.

Es ese criterio que ha permitido instituir el derecho a la verdad en constituciones como la del Ecuador en que se garantiza la protección especial a las víctimas así como la adopción de mecanismos idóneos para el conocimiento de la verdad de los hechos,

⁹⁰CIDH, “Derecho a la verdad en América” 2014. Véase en <www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/derecho-verdad-es.pdf> DIH.- abreviatura de Derecho Internacional Humanitario

⁹¹ Jhoel Escudero. *El problemático reconocimiento del derecho a la verdad. Los derechos de las víctimas*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2012) 16

⁹² Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de Julio de 1988. Párr. 181. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

⁹³ Corte IDH. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Sentencia de 22 de Septiembre del 2009. Párr. 65 véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf (Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas)

reparación integral y garantía de no repetición cuyo procedimiento de aplicación ha sido desarrollados en normas sustantivas que permitan la materialización de tal derecho como consecuencia de un estado de derechos y justicia social y como respuesta al estándar de justicia de la Corte IDH.

En esta lucha, se destaca la necesidad de prescindir de aquellas sentencias con fuerza de autoridad, cuando se evidencie que han sido viciadas en su contenido material por sustraerse de los hechos reales y únicamente cumplir con los requisitos de forma que comporta una sentencia definitiva, denominándolas como resoluciones fraudulentas o irritas, pues la jurisprudencia internacional ha calificado como cosa juzgada fraudulenta a aquellas resoluciones que inobservaron las reglas del debido proceso en ausencia de los postulados de independencia e imparcialidad.⁹⁴ Pronunciamientos que al ser provenientes de la administración de justicia supranacional, marcan una injerencia vinculante que no solo exige a los estados acatarla, sino que permite reevaluar sus actuaciones judiciales.

El relator de la Organización de Naciones Unidas Pablo de Greiff,⁹⁵ a quien se le entregó el oficio de levantar una relatoría sobre violaciones de los derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario destinada a la promover la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición⁹⁶ en su estudio detecta a partir del contexto histórico de ésta problemática, que las iniciativas de justicia y búsqueda de la verdad surgen en sociedades post autoritarias en países del Cono Sur, que tenían en común el padecimiento de graves violaciones de derechos humanos de la mano del ejercicio abusivo del poder del estado trastocando sus instituciones fundamentales y se pretendía recuperar. Y es precisamente que las áreas de acción de ésta relatoría apuntan a procurar el reconocimiento a las víctimas fomentando en ellas la confianza así como a sus objetivos finales: “contribuir a la reconciliación y reforzar el estado de derecho.”⁹⁷

⁹⁴ Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Párr. 131 Sentencia de 22 de noviembre de 2004 véase en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf (Fondo, Reparaciones y Costas)

⁹⁵ El 29 de septiembre de 2011, el Consejo de los Derechos Humanos mediante resolución 18/7, establece el mandato del Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición, por un periodo de tres años. En 2014, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la resolución 27/3 que extiende el mandato de Relator Especial por un nuevo periodo de tres años.

⁹⁶ Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_sp.pdf

⁹⁷ *Ibíd.* 7

1.5.2 Comisiones de la Verdad

Las comisiones de la verdad en el contexto de los derechos humanos son organismos que se crean con ánimo de dar a conocer a las víctimas las circunstancias en que se desarrollaron los delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y que permitan establecer responsabilidades individuales e institucionales,⁹⁸ no solo como una obligación estatal sino como un deber moral frente a hechos de violencia masiva y sistemática.⁹⁹ El éxito de estas entidades radica en el compromiso estatal de dotarles del suficiente mandato que permita investigar los delitos de graves violaciones a los derechos humanos y la responsabilidad de los agentes sin distinción y con la asistencia de todos los medios lícitos.

Esta aquiescencia no solo como una formalidad sino como una verdadera potestad. Así por ejemplo, en Guatemala la facultad de la Comisión de Esclarecimientos Histórico tuvo la facultad de investigar las violaciones de los derechos humanos y los actos de violencia vinculados al conflicto armado lo que incluía todo tipo de crímenes de lesa humanidad;¹⁰⁰ en Chile, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación delimitó su facultad a violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado o por particulares, lo que impidió conocer sobre detenciones ilegales y torturas cometidas por la dictadura.¹⁰¹ Para Guatemala, las limitaciones fueron encontradas cuando se trataba de visibilizar las identidades de las víctimas y criminales al establecer que la determinación de esas responsabilidades correspondían a los jueces, en consecuencia, rebasaban el mandato.¹⁰²

La CIDH para el caso de Argentina “observó con beneplácito y reconoce al Gobierno argentino el precedente histórico de haber enjuiciado y condenado por violaciones a los derechos humanos a los altos responsables del Gobierno de facto.”¹⁰³ Además destacó la investigación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), en torno a las desapariciones cometidas durante la llamada

⁹⁸ María Paula Gómez Méndez, Comisiones de verdad: ¿qué tanto aportan a la verdad, la justicia y la reconciliación? Universidad Externado de Colombia. *Revista Oasis N° 11* (2005),

60

⁹⁹ Joel Escudero. *El problemático reconocimiento del derecho a la verdad*. 35.

¹⁰⁰ María Paula Gómez Méndez, Comisiones de verdad, 60

¹⁰¹ *Ibíd.* 61

¹⁰² *Ibíd.* 62

¹⁰³ CIDH. “Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos 1992 – 1993 N° 28/92 casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 Argentina” 2 de octubre de 1992. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/Argentina10.147.htm>

"guerra sucia"¹⁰⁴ lo que hizo que la CIDH exprese su satisfacción tanto para la investigación como para la adopción de medidas de reparación.

El nudo crítico de estas Comisiones de la Verdad se identifica en el impedimento de recabar información y elementos de prueba necesarios que permitan judicializar los casos investigados, ya sea por el tiempo, porque muchos registros fueron desaparecidos y por falta de colaboración de las propias instituciones estatales que son investigadas. Además de aquello tienen un tiempo de existencia perentorio que se agota con el levantamiento de registros que son entregados para su investigación y que comprenden los casos de violaciones a derechos humanos en determinados periodos autoritarios.

Sobre temas de impunidad en materia de graves violaciones a derechos humanos ocurridos en el Ecuador, el Poder Ejecutivo crea la Comisión de la Verdad¹⁰⁵ encargada de investigar, esclarecer e impedir la impunidad¹⁰⁶ de estos hechos, es así como la unidad operativa de la Fiscalía General del Estado¹⁰⁷ emprende una investigación en el caso denominado inicialmente como -Fybeca¹⁰⁸- que en el año 2003 y 2004 fue investigado por una Corte Policial y tuvo como resultado el sobreseimiento definitivo¹⁰⁹ a favor de los miembros policiales implicados, sin que se haya efectuado una investigación imparcial, minuciosa y eficaz. Lo que motivó a emprender un nuevo proceso investigativo en el marco del derecho a la verdad y sobre la base de las resoluciones de la Corte IDH relacionadas con casos que a pesar de haberse judicializado no comportaron una expresión de justicia en sus sentencias sino que apenas cumplieron con formalidades del proceso, sentencias que conforman parte del SIDH, así se proyectó ante la Corte Nacional de Justicia donde se ventiló el caso por razones de fuero.

1.5.3 El derecho a la verdad en el Ecuador

La verdad como un derecho fundamental y como un mecanismo de reparación integral inmaterial, encuentra su contenido constitucional en el artículo 78¹¹⁰ que

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ Decreto Ejecutivo 305. R.O. 87, 18 de Mayo 2007 (última reforma 04 de abril 2012)

¹⁰⁶ Art.1.

¹⁰⁷ Resolución 49. R.O. 267. 30 de Agosto 2010

¹⁰⁸ Informe de la Comisión de la Verdad. (Ecuador, Ediecuatorial 2010) 158 a 178.

¹⁰⁹ "El 24 de septiembre del 2004, los jueces de la Segunda Corte Distrital de la Policía Nacional Germán Brito Ramos, Nicolás Sandoval Molina, Jorge Vaca Peralta, Zhuppi Paredes Samaniego, sin suficientes fundamentos e ignorando los reclamos de los familiares de las víctimas, dictaron auto de sobreseimiento definitivo a favor de todos los oficiales implicados"

¹¹⁰ Constitución del Ecuador, Cap. VIII, Derechos de Protección.

además proclama la protección especial, garantía de no revictimización y la adopción de mecanismos de reparación que se circunscriben en indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado en favor de las víctimas.

En el caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*,¹¹¹ el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional por violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, ante lo cual, la Corte IDH manifestó que “demuestra su interés de tutelar estos derechos toda vez que el Presidente de la República creó [...] ‘La Comisión de la Verdad’, entidad encargada de investigar, esclarecer e impedir la impunidad respecto de los hechos violentos y violatorios de los derechos humanos, ocurridos entre los años 1984 y 1988...”.¹¹²

La Corte Constitucional del Ecuador al referirse a la investigación penal expresa que “[e]l Estado tiene la obligación de investigar y juzgar, pero este derecho a la verdad no se agota con la sola circunstancia de investigar, sino que debe realizarse una investigación seria y técnica”¹¹³ criterio que al ser dispuesto por el máximo órgano de control constitucional merece ser incluido al análisis de todos los casos que no se judicializan adecuadamente y rompen con el derecho a la seguridad jurídica y a conocer la verdad como un requisito inexorable de las sentencias.

En esa línea de ideas, la Corte Constitucional, analiza la ausencia de la debida diligencia en procesos penales y asevera que “... la falta de una investigación promueve la existencia de impunidad por lo que corresponde al Estado, en virtud del derecho a la verdad evitar la impunidad dentro de los procesos, en estricta observancia de los derechos recogidos en la Constitución, entre ellos la tutela judicial efectiva.”¹¹⁴ Conviene acotar que si las investigaciones de delitos comunes importan en cualquier esfera y circunstancia mucho más importantes son los delitos de graves violaciones a los derechos humanos que por su connotación responden a una inobservancia estatal de investigar y sancionar. Así pues, el procedimiento de investigación y sanción, debe ajustarse a las normas, derechos y principios constitucionales y a las disposiciones legales que consagran las formas, solemnidades, procedimientos y plazos para cada

¹¹¹ Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 128.

¹¹² *Ibíd.*, párr. 128.

¹¹³ Ecuador, Corte Constitucional Acción Extraordinaria de Protección N° 114-14-SEP-CC caso N° 1852-11-EP [En contra del auto de sobreseimiento dictado por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Chimborazo]

¹¹⁴ Ecuador, Corte Constitucional Acción Extraordinaria de Protección N° 1529-16-EP caso N° 068-18-SEP-CC [En contra de la resolución y solicitud de archivo de la investigación previa tramitada en la Fiscalía de género de la Provincia de Esmeraldas]

proceso penal. Para profundizar en la consagración del derecho a la verdad a la luz de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH es pertinente el estudio de la línea jurisprudencial que marca los lineamientos de la consagración del derecho a la verdad frente a la cosa juzgada fraudulenta como así se estudiará en el siguiente capítulo.

Capítulo segundo: La cosa juzgada fraudulenta en el sistema interamericano de derechos humanos

La protección de los derechos humanos, responde a un fenómeno histórico y progresivo que emerge a partir del derecho interno para irrumpir en el Derecho Internacional y posteriormente configurar una conquista de derechos humanos con la consagración de un *corpus iuris* con características propias que lo diferencian del derecho internacional, hasta llegar a lo que hoy se conoce como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹¹⁵.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹⁶ comprende el principio *pacta sunt servanda*¹¹⁷ mediante el cual todo lo pactado y en vigor exige a las partes y debe ser cumplido de buena fe, exigencia impuesta para la resoluciones de la Corte IDH que en atribución de sus competencias contenciosa y consultiva, desarrolla una amplia fuente de derecho que configura una herramienta practica y efectiva cuando se trata de resolver controversias que involucran el reconocimiento de derechos humanos. En ese sentido, en este apartado se aborda el valor de la CADH así como la línea jurisprudencial de la cosa juzgada fraudulenta en las sentencias de la Corte IDH y una aproximación comparativa con la legislación comparada con países de la misma tradición romana germánica.

2.1 Reconocimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Ecuador.

La Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹⁸ aprobada en 1969 que entró en vigencia en 1978. A partir de ello, se crean dos órganos con competencia para investigar y resolver sobre graves violaciones; la Comisión

¹¹⁵ Pedro Nikken, “Introducción a la protección internacional de los derechos humanos”. (ponencia, XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, IIDH, San José, Costa Rica, del 19 al 28 de julio de 2001).

¹¹⁶ Austria, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, (Austria: 23 de mayo de 1969), entró en vigor 27 de enero de 1980. Ratificado por Ecuador R.O. 134 de 28 de Julio del 2003, el artículo 27 de la Convención señala: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

¹¹⁷ *Ibíd.* Art. 26

¹¹⁸ Ratificada por Ecuador mediante Acuerdo Ministerial 202 R.O. 801 de 06 de Agosto de 1984

Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte IDH con competencia contenciosa, y aunque los países que han ratificado esta convención¹¹⁹ son de tradición romano germánica, la jurisprudencia como parte del sistema de fuentes, ofrece soluciones a los casos.

Esta Carta obligaba a los Estados Parte a generar y aprobar medidas legislativas para hacer efectivos los derechos y libertades ahí contenidos. El Ecuador realizó el depósito de ratificación el 28 de diciembre de 1977 y reconoció la competencia contenciosa¹²⁰ y consultiva de la Corte IDH el 13 de agosto de 1984. La Constitución de 1998 que incluye grandes avances en el reconocimiento de los derechos, determinó que el estado es social de derecho¹²¹ y que podría considerarse históricamente como el primer estado constitucional garante de los derechos humanos.¹²² Hasta llegar a la Constitución del 2008 consagrada del estado social de derechos y justicia social en el que, a decir de Ramiro Ávila, “todo poder, público y privado, está sometido a los derechos.”¹²³ La supremacía de los derechos como “creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al estado, someten y limitan a todos los poderes incluso al constituyente”.¹²⁴ En virtud de nuestro paradigma constitucional, los jueces tienen la oportunidad de dejar de ser la “boca de la ley” para convertirse en verdaderos garantes de los derechos al aplicar la Constitución, la ley y la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos.

¹¹⁹ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago. Información recabada de la página oficial de la CIDH. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2a.htm>

¹²⁰ Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) son de imperativo cumplimiento en Ecuador. El país, al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió no solo a cumplir las normas y los derechos que constan en la Convención, sino también a cumplir las sentencias que emanan del órgano que controla el cumplimiento de las obligaciones del estado que emanan de dicho instrumento. La Corte interpreta, con carácter obligatorio, el contenido de la Convención. Ramiro Ávila, *El Neoconstitucionalismo*, 127.

¹²¹ Ramiro Ávila, “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano” (Ponencia, Simposio Principal, Historia Constitucional, Congreso Ecuatoriano de Historia, Montecristi, 2012)

¹²² Constitución Política de la República del Ecuador [1998], tít. I, “De los principios fundamentales”, art. 3, núm. 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.

¹²³ Ramiro Ávila, *El Neoconstitucionalismo Transformador*. (Quito, Ediciones Abya-Yala 2011) 140.

¹²⁴ *Ibíd.*, 122.

2.2 Contenido del derecho de la cosa juzgada fraudulenta en la Corte IDH.

La cosa juzgada fraudulenta surge en el contexto del derecho internacional de los Derechos Humanos desde la obligación estatal de suministrar los recursos efectivos para preservar los derechos de las víctimas, recursos que “[...] sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”¹²⁵ por los cuales se aseguraría las condiciones mínimas en torno a la responsabilidad de investigar y sancionar los casos que fueron sometidos a aparentes procesamientos y que tuvieron resultados ajenos a parámetros mínimos de un debido proceso y de verdad. La ausencia de estos parámetros de calidad de los procesos y sentencias han dado lugar a la declaración de la cosa juzgada fraudulenta cuando la jurisdicción internacional ha determinado que los jueces han desligado a los procesados de su responsabilidad penal involucrando varios factores que impidan lograr una administración de justicia efectiva.

Generalmente, esta línea jurisprudencial surge de los casos que fueron investigados bajo la denominación de –delitos de función¹²⁶– siendo sancionados por tribunales policiales, es decir, policías investigados y sancionados por sus iguales, lo que otorga una sensación ajena a la independencia e imparcialidad que deben tener los órganos que administran justicia. En esa línea, la Corte ha declarado que el principio “*non bis in idem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto”¹²⁷ consagrando un precedente importantísimo, para la ruptura de este principio que se suponía hasta entonces como intocable. Precedente que señala que la juzgada fraudulenta resulta inaplicable cuando:

[...] i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia...”.¹²⁸

i) La primera circunstancia obedece a un evidente caso de fraude a la justicia efectuado por sus propios operadores quienes aun constatando la vulneración de

¹²⁵ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-8/87 Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José Costa Rica. 30 de enero de 1987, párr. 25 http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

¹²⁶ Ecuador. Código Penal de la Policía Nacional (derogado). Art. 196

¹²⁷ Corte IDH, *caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana. 26 de Septiembre del 2006, párr. 154.

¹²⁸ *Ibíd.*

derechos humanos por parte del sujeto procesado, deliberadamente decidieron apartarlo del procesamiento justo y su consecuente responsabilidad lo que vicia la garantía de imparcialidad. Tal circunstancia también se verifica por la intromisión de personas, poderes o cualquier factor externo que afecte la independencia, pues así lo ha manifestado la Corte al determinar que:

[P]ara garantizar un debido proceso debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y evitar el esclarecimiento de los hechos y encubrir a los responsables de los mismos.¹²⁹

ii) El segundo presupuesto para declarar cosa juzgada fraudulenta o írrita es la ausencia de las garantías de independencia e imparcialidad como principios del sistema procesal; sobre ésta última la Corte ha indicado que “la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”¹³⁰ siendo la CADH clara en precisar cómo deben observarse tales parámetros.¹³¹ En consecuencia es deber de los Estados hacer de estos mandatos realidades operables, ejecutables y exigibles.

iii) Sobre el tercer presupuesto, esto es una justicia aparente o ficta no se convalida ante la declaratoria de los Estados infractores en el sentido de que se trata de causas resueltas pues devendría en una lesión seria a los fines que promulga la Convención y sobre los que ejerce jurisdicción la Corte, pues tales yerros serían discordantes con los principios del sistema procesal que consagra la referida Carta de Derechos Fundamentales y que inspiran una verdadera administración de justicia sostenida en bases sólidas de verdad y debido proceso. En la experiencia de la Corte, ha surgido la necesidad de prever este último estándar debido a que muchas causas han

¹²⁹ Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003, párr. 199.

¹³⁰ Corte IDH *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, párr. 56

¹³¹ Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

llegado a su jurisdicción sostenidas en el argumento de que aunque se juzgó en el Estado demandado, dicho juzgamiento estuvo sustraído de garantías básicas, constituyendo mera justicia aparente.

En estos tres parámetros, la Corte dota del suministro fraudulento por el que se puede declarar cosa juzgada írrita, lineamientos que permitan descifrar la impunidad disimulada de meras formalidades como presupuestos o requisitos que convaliden una adecuada administración de justicia lo que se aleja por completo de los principios consagradores de un adecuado proceso. Para concluir tales inobservancias se ha desarrollado un mecanismo de peritajes de estándares jurídicos internacionales en la judicialización de casos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos por el cual los Estados remedian tales ausencias y propenden a dar cumplimiento a la línea de la Corte, como así se analizará en el caso González y otros que fue judicializado nuevamente en Ecuador. A más de estos tres estándares, la Corte IDH prevé otra circunstancia por la cual cabe una nueva investigación o al menos de revisión del caso juzgado:

Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *nebis in idem*.¹³²

Parecido a un recurso de revisión por el cual se reabrirla el caso en función de nuevos hechos concretos que dieran un giro a la resolución adoptada como pruebas nuevas que no se conocían o no fueron incorporadas a la investigación para ser valoradas y así obtener un resultado con garantía de verdad, aun cuando se trata de sentencias absolutorias pues la salvaguarda de los derechos de las víctimas constituyen una arista que la Corte desarrolla en sus sentencias. Apreciación importante para el caso del estado ecuatoriano en el cual, el recurso de revisión es una salvaguarda prevista únicamente para el sentenciado como culpable.

¹³² Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, párr. 154.

2.3 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho en materia de cosa juzgada fraudulenta.

Varias son las sentencias que han marcado un precedente en materia de cosa juzgada fraudulenta y por consiguiente han construido una línea jurisprudencial que debe ser revisada y aplicada en los casos en que las actuaciones jurisdiccionales de los Estados parte se han sustraído de los parámetros básicos del debido proceso y garantías judiciales. Dentro de las funciones jurisdiccional¹³³ y consultiva¹³⁴ entregadas a la Corte IDH y consagradas en el Estatuto es preciso determinar que sus alcances son tales que devienen en definitivos e inapelables¹³⁵ constituyendo además jurisprudencia vinculante. En tal cuestión, revisamos los casos que recogen la figura de la cosa juzgada fraudulenta:

a) Caso Carpio Nicolle vs. Guatemala.

Los hechos ocurren en el año de 1993 cuando el señor Luis Carpio, periodista fundador del periódico “El Gráfico” y del partido político Unión del Centro Nacional (UCN) mostró una postura determinante al criticar la ruptura del orden constitucional en la presidencia de Jorge Serrano Elías.¹³⁶ En una de sus visitas proselitistas junto con su equipo en los departamentos de Totonicapán, Huehuetenango y El Quiché, el 3 de julio de 1993, fue interceptado por hombres armados con pasamontañas integrantes de las denominadas patrullas de autodefensa civil a quien lo dispararon a quemarropa hasta la muerte junto con compañeros de la misma línea política. De estos hechos, se inició una investigación que no observó los postulados del debido proceso pues la prueba no fue debidamente recaba y los pocos elementos que se podrían haber judicializado se desvanecieron en la ruptura de la cadena de custodia, por lo que todos los imputados fueron absueltos de responsabilidad.¹³⁷

¹³³ Estatuto de la Corte IDH, aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979, art. 2.1.

¹³⁴ *Ibíd.*, art. 2.2

¹³⁵ CIDH. “Informe anual de la corte interamericana de derechos humanos” *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 13 de abril de 2000, pág. 23 http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_1999.pdf

¹³⁶ Presidente constitucional de Guatemala de 1991 a 1993. En 1990 fundó el partido Movimiento de Acción Solidaria -MAS- y fue candidato a la presidencia en las elecciones generales del 11 de noviembre de 1990, postulado por el mismo partido, aunque no llegó primero en la primera vuelta, ganó las elecciones en segunda vuelta electoral frente al periodista Jorge Carpio Nicolle.

¹³⁷ Durante la época del conflicto armado y hasta hoy en día, los tribunales de justicia de Guatemala no han investigado, procesado, juzgado y sancionado efectivamente a los responsables de las violaciones de los derechos humanos. En el presente caso, los tribunales de justicia han actuado sin

Al verificar la Corte IDH que la muerte de Luis Carpio Nicolle tuvo tintes políticos, consideró entre sus argumentos que se violó la obligación del Estado de respetar los derechos, a la vida, la integridad personal, la libertad de pensamiento y la obligación del estado de otorgar una tutela judicial efectiva a la personas que fueron parte de los hechos pero que no murieron como el señor Carpio Nicolle, existiendo violación a muchos derechos consagrados en la Convención. Es así que una de las decisiones de la Corte fue:

A la luz de lo anterior, para reparar este aspecto de las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la ejecución extrajudicial de los señores Carpio Nicolle, Villacorta Fajardo, Ávila Guzmán y Rivas González, así como de las lesiones graves de Sydney Shaw Díaz. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad.¹³⁸

Y continúa la Corte en su decisión:

El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad.”¹³⁹

Esta importante resolución, sienta el precedente que consagra como figura de inobservancia de las garantías judiciales, la denominada cosa juzgada fraudulenta al decretar que el juicio en que se investigó la muerte de Luis Carpio Nicolle estuvo contaminado por grandes vicios por tal razón, no fue justificable la excusa del Estado al esgrimir que investigó cuando dicha prosecución no cumplió con estándares básicos, más aun cuando se determinó que la muerte del periodista se fraguó en un escenario de connotación política.

b) **Caso Almonacid Arellano vs. Chile.**

Es siguiente precedente jurisprudencial que en orden cronológico desarrolló la Corte IDH, es el caso Almonacid Arellano vs. Chile, que recoge los hechos demandados al Estado de Chile por el incumplimiento de la obligación de investigar. Luis Alfredo Almonacid Arellano fue un ciudadano chileno, profesor e integrante del partido

independencia e imparcialidad, aplicando normas o disposiciones legales contrarias al debido proceso u omitiendo aplicar las que correspondían.

¹³⁸ Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle y otros vs Guatemala Chile*. 22 de Noviembre del 2004, párr. 129 Sergio García del Presidente en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf

¹³⁹ *Ibíd.*, párr., 131.

comunista en la dictadura militar de Salvador Allende¹⁴⁰ cuya política de estado a decir de la Corte IDH -por existir hechos probados-, fue la eliminación de opositores a su gobierno que se produjo en un contexto de torturas, muertes violentas y desapariciones forzadas y todo tipo de represión caracterizada por una práctica masiva y sistemática de ejecuciones¹⁴¹ direccionada a las personas que el catalogadas como opositoras.

La judicialización de este caso dio lugar a un conflicto de competencia que fue dirimida en favor de tribunales castrenses pese a no tratarse de delitos de función, los que sobreseyeron a los responsables de la muerte del señor Almonacid resaltando una evidente denegación de justicia pues se trataba de militares juzgados por sus propios tribunales en un régimen dictatorial. En el presente caso, se pudo determinar la concurrencia de los tres estándares, “Primero, la causa la llevaron tribunales que no guardaban la garantía de competencia, independencia e imparcialidad. Segundo, la aplicación del decreto ley 2.191 consistió en sustraer a los presuntos responsables de la acción de la justicia y dejar el crimen cometido en contra del señor Almonacid Arellano en la impunidad”¹⁴² lo que deviene en el tercero que es la intención dolosa de someterlo a una justicia aparente y viciada.

c) **Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana.**

Esta causa impulsada por la CIDH tuvo sustento en el uso excesivo de fuerza de militares en contra de un grupo de haitianos,¹⁴³ del cual resulto la pérdida de siete vidas y otras personas que resultaron heridas. Se inicia el 16 de junio de 2000, en que 30 nacionales haitianos que ingresaron a territorio dominicano a bordo de un camión al pasar por dos lugares de control, fueron perseguidos por militares pertenecientes al Destacamento Operativo de Fuerza Fronteriza realizando disparos con sus armas directamente al vehículo sin reparos mínimos de uso progresivo de la fuerza y equipo de dotación. Las pocas personas que sobrevivieron recibieron atención precaria en un hospital para posterior a ellos ser detenidas el 18 de junio de 2000 y trasladadas con extorsión a frontera con Haití .

¹⁴⁰ Médico cirujano y político socialista chileno, presidente de Chile desde el 3 de noviembre de 1970 hasta el día de su muerte en 1973.

¹⁴¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana. 26 de Septiembre del 2006, párr. 82.4.

¹⁴² Alfonso Chacón Mata, “La Cosa Juzgada Fraudulenta en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el estado de derecho contemporáneo”, *Revista Prolegómeno*, Dialnet - Universidad de la Rioja, Vol. 18, N°. 35, (2015) 175 <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5331208.pdf>

¹⁴³ Corte IDH, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012.

La Corte circunscribió el análisis del presente caso en tres acápites; a) la debida diligencia en las investigaciones; b) el trato a los sobrevivientes, y c) el trato a las personas fallecidas.¹⁴⁴ El 5 de marzo de 2004 el Consejo de Guerra de Primera Instancia dictó sentencia en el proceso penal militar contra los agentes involucrados en los hechos, encontrándolos culpables de homicidio a dos personas quienes recibieron una condena de a cinco años de prisión.

La Corte consideró que en casos de uso de la fuerza letal¹⁴⁵ se evidencia un uso desmedido e innecesario de las armas, pues el resultado fue fatal destacando que en casos de ejecuciones extrajudiciales la intervención del Estado debe ser inmediata para investigar tales hechos y sancionar a los responsables sometiéndolos a una investigación¹⁴⁶ al ser juzgado por el fuero militar como hechos producidos en ejercicio de sus funciones. En este caso la Corte sostuvo:

Por otro lado, la Corte recuerda que el principio de “cosa juzgada” implica la intangibilidad de una sentencia sólo cuando se llega a ésta respetándose el debido proceso de acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal en la materia. Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, la Corte ha precisado que el principio *ne bis in ídem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, y sustrae al acusado de su responsabilidad penal, no es instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o cuando no hay la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.¹⁴⁷

De este caso se desprende que solo puede darse la alegación del *no bis in ídem* cuando se ha respetado estrictamente el debido proceso pues queda claro que el procesamiento castrense no pretendían esclarecer los hechos sino lograr la absolución de los imputados al ser procesados por funcionarios sin cualidades de independencia e imparcialidad provocando un desarraigo al derecho justo.

d) Caso Barrios Altos vs. Perú.

La Corte IDH en materia de leyes de amnistía y sobre normas que promueven la prescripción o imponen cualquier tipo de impedimento que permita investigar las actuaciones de los Estados en delitos de lesa humanidad, genocidio, desaparición forzada, entre otros ha indicado que contravienen el control de convencionalidad al que están obligados. En la entrada a la década de los 90, en la presidencia de Alberto Fujimori, la República de Perú padeció la presencia insurgente y el azote terrorista del

¹⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 99

¹⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 101

¹⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 105.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 195.

grupo extremista llamado Sendero Luminoso¹⁴⁸ cuya meta era reemplazar a los funcionarios públicos peruanos por un régimen de campesinos comunistas, es así que emprendieron ataques contra el gobierno y contra la población a diario. En respuesta a tal beligerancia, el Estado peruano se orientó a procurar el exterminio de este foco de terrorismo.

El 3 de noviembre de 1991, aproximadamente a las 22:30 seis sujetos armados, cubiertos su rostro, a bordo de dos vehículos con luces y sirenas de policía invadieron en el inmueble No. 840 del vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima mientras se celebraba una fiesta, momentos en los que de forma indiscriminada les dispararon por un período aproximado de dos minutos, matando a quince personas e hiriendo gravemente a otras cuatro.¹⁴⁹

Las posteriores investigaciones determinaron que se trataba del denominado “Grupo Colina” que se calificaba como un grupo de exterminio antiterrorista y que operaba bajo las órdenes del asesor del Jefe del Servicio de Inteligencia, Vladimiro Montesinos. En 1995 cuando se investigaron los hechos por la justicia ordinaria y al pertenecer este grupo al fuero militar, el Congreso aprobó una ley para liberar de culpa a los militares, policías y civiles que participaron en estos hechos resultando inimputables. Sobre las leyes de amnistía, la Corte IDH, expresó:

La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurrir en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.¹⁵⁰

En este sentido, la Corte estableció como regla que las mencionadas leyes carecen de efectos jurídico para el caso en concreto y en general para todos los casos en los que se pretenda poner obstáculos a la investigación de hechos de violaciones de

¹⁴⁸ Nombre oficial es Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso (PCP-SL), es una organización terrorista y genocida de tendencia ideológica marxista, leninista y maoísta originada en el Perú.

¹⁴⁹ Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, 2.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 43.

derechos humanos,¹⁵¹ imponiendo la prohibición a los países miembros suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, volver a legislar leyes de amnistía.

e) **Caso Gelman vs. Uruguay.**

En la época de las dictaduras militares en la década de los 70's en Latinoamérica se desarrolló una operación denominada "Plan Cóndor" con una estructura militar paralela cuyo objetivo fue aniquilar a la izquierda opositora de la región. El 27 de junio de 1973 ocurrió el golpe de estado en el Palacio Legislativo de Uruguay. A partir de entonces, se desarrolló una serie de crímenes. María Claudia García Iruretagoyena Casinelli de 19 años, mientras se encontraba en estado de gestación fue detenida el 24 de agosto de 1976 y secuestrada en su casa de Buenos Aires por militares uruguayos y argentinos junto con su esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, destacándose que el Plan Cóndor se realizó en el marco de las dictaduras de Brasil, Argentina, Chile, Bolivia, Paraguay y Uruguay; fueron llevados a un centro de detención clandestino, días después fueron separados. Marcelo Gelman fue ejecutado mientras que María Claudia García fue transportada a Uruguay donde dio a luz a una niña a la que arrebataron entregándola a un policía uruguayo

Estos hechos no fueron investigados ni juzgados al haber sido aprobada la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado¹⁵² que suponía legitimidad al haber sido aprobada en dos referendos, lo que permitió que los delitos cometidos hasta el uno de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, en ejercicio de su funciones o pertenecientes a estados de organización militar fueran sujetos de amnistía. En este caso, la Corte IDH realizó un análisis no solo de la desaparición forzosa y ejecución por parte del estado sino por la obligación de investigar como una acción no solo derivada de la Convención sino de la legislación interna de cada Estado que involucraba los derechos de la víctima en tal investigación y así lograr la verdad de los hechos.¹⁵³

Además de aquello, la Corte declaró: "[l]os autores de violaciones no podrán beneficiarse de la amnistía mientras las víctimas no hayan obtenido justicia mediante un recurso efectivo. Jurídicamente carecerá de efecto con respecto a las acciones de las

¹⁵¹ *Ibíd.*, párr. 44.

¹⁵² Dictada en Uruguay en 1986 mediante la cual se estableció la caducidad del "ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto. Ley N° 15.848 del 22/12/86.

¹⁵³ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, párr. 188.

víctimas vinculadas al derecho a reparación”¹⁵⁴ Por lo que, es relevante destacar que frente a esta ley de amnistía, aun cuando haya sido aprobada en dos referendos el límite de esta decisión de la mayoría reside en la tutela de los derechos, siendo que la sola existencia de un régimen democrático no es una garantía de reconocimiento de derechos fundamentales.

2.4 Cosa juzgada fraudulenta en sistemas comparados

La realidad jurídica de otras legislaciones, pese a tratarse de sistemas en los cuales prima la codificación como herencia del sistema romano germánico, ha sido diferente en materia de derechos humanos, siendo relevante estudiar el sistema de las repúblicas de Argentina y Colombia:

2.4.1 Argentina

De tradición romano – germánica, ha implementado un derecho codificado desarrollado en conceptos e instituciones jurídicas más amplias que las de nuestro país en el tema de la cosa juzgada y cosa juzgada irrita. Respecto del sistema de fuentes los tratados internacionales seguían a la Constitución en la jerarquización de normas cuyo orden no fue alterado sino por la jurisprudencia cuando la Corte Suprema, en un fallo,¹⁵⁵ se pronunció sobre la primacía de un tratado internacional por sobre la ley interna en mérito de la Convención de Viena que impide a un Estado invocar su derecho interno por sobre un tratado. Además, al haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, estaba sujeta a las decisiones de la Corte IDH.

De esta manera, se efectuó un ejercicio de recepción directa de los tratados internacionales, otorgándole, aunque no muy desarrollado hasta entonces, el concepto de bloque de constitucionalidad¹⁵⁶ compuesto por valores, principios y normas de rango constitucional. En la Constitución de 1994 se reconoce el rango de Constitución de los tratados internacionales definiendo que: “... [L]os tratados y concordatos tienen

¹⁵⁴ Louis Joinet, *La Administración de la Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos: La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, (Nueva York: Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 1997), párr. 32.

¹⁵⁵ Fallo de la Corte Suprema de Argentina. Miguel Angel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros 7 de Julio de 1992 Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=62514>.

¹⁵⁶ La expresión “bloque de constitucionalidad”, de origen francés, y desconocida en el derecho constitucional de todo el siglo XIX y casi todo el XX, no es de cuño legislativo o jurisprudencial, sino doctrinal. La opinión más extendida es que ésta fue acuñada a mediados de la década de los 70’ por Louis Favoreau, quien la utilizó en un trabajo dedicado a explicar la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés. Edgar, Carpio, *Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes* (Lima: Selected Works, 2004) 2.

jerarquía superior a las leyes...”¹⁵⁷ lo que permite a los derechos reconocidos en estos tratados ampliar el espectro de protección de los derechos reconocidos en la Constitución.

La dictadura militar de 1976 a 1983 en que se verificó violaciones a los derechos humanos expidió La Ley de Punto Final y La ley de Obediencia Debida¹⁵⁸ que pretendía cerrar las investigaciones sobre los delitos cometidos durante la dictadura por funcionarios del régimen, lo que impidió al gobierno sucesor investigar debidamente tales delitos. Sin embargo el 6 de marzo del 2001, en el caso denominado “Simón”¹⁵⁹ el Juez Gabriel Cavallo de Argentina declaró la inconstitucionalidad, invalidez y nulidad de las leyes de impunidad e impuso los cargos de secuestro y tormentos al matrimonio Poblete-Hlaczik, el argumento se circunscribió en que dichas leyes de punto final eran amnistías encubiertas contrarias a la Constitución de la Nación y a los tratados de derechos humanos.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Y continua: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Constitución de las República de Argentina, [1994], cap. cuarto “Atribuciones del Congreso”, art. 75, num. 22 ([Santa Fe]: 22 de agosto de 1994.

¹⁵⁸ La ley de Punto Final estaba dirigida a concluir con las investigaciones por los crímenes ocurridos durante el terrorismo de estado y a lograr la impunidad de quienes no fueron citados en el plazo que el texto legal estipulaba [...] La ley de Obediencia Debida, por su lado, impuso a los jueces que investigaban los hechos cometidos en el marco de la represión ilegal, una realidad según la cual los imputados habían actuado bajo coerción, en virtud de órdenes superiores de las que no tuvieron posibilidad de inspección, oposición ni resistencia en cuanto a su oportunidad ni legitimidad. Centro de Estudios Legales y Sociales. “*Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son inconstitucionales. Síntesis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resuelve la inconstitucionalidad de las leyes del perdón*” http://www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf

¹⁵⁹ Simón había sido detenido, tiempo atrás, por uno de los pocos casos no excluidos del análisis y la condena judicial por parte de las leyes de perdón: la apropiación de menores por parte de los funcionarios comprometidos con la represión (Simón se había apropiado de la menor Claudia Poblete, hija de una pareja secuestrada). Roberto Gargarella, *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*, (Bogotá: Universidad de Los Andes y Siglo del Hombre Editores, 2008).

¹⁶⁰ El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria. Constitución de las República de Argentina, [1994], cap. primero “Declaraciones, Derechos y Garantías”, ([Santa Fe]: 22 de agosto de 1994.

Esta resolución del Juez de instancia fue ratificada por la Cámara Federal de Apelación y conocida por la Corte Suprema de la Nación, organismo que realizó un análisis de los temas centrales pertinentes al caso sobre declaraciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, precedentes convencionales; y en lo principal, sobre la cosa juzgada considera que no se trata de hechos por los que ya fueron juzgados sino por crímenes atentatorios contra derechos humanos, así:

Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. [...] En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de “irretroactividad” de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.¹⁶¹

Así las cosas, al ser delitos imprescriptibles, “... correspondía a fiscales y jueces iniciar la investigación y juzgamiento de todos los militares amparados por las leyes de amnistía...”¹⁶² permitiendo un nuevo trámite. Los nuevos procesamientos se realizaron en función de los pronunciamientos de orden general de la Corte IDH.¹⁶³ En ésta lucha argentina, se destaca el rol del Juicio de Juntas¹⁶⁴ que fue el organismo encargado de proyectos de fortalecimiento para una justicia simbólica que presentó un proyecto oficial que contenía tres niveles de responsabilidad para sancionar a los criminales de la dictadura militar, para: “los que comandaron, los que se excedieron, los que obedecieron las órdenes y debían quedar impunes.”¹⁶⁵ El adelante, el derecho argentino en comparación al ecuatoriano marca una brecha, pues, para subsanar los rezagos de la dictadura militar ya se evidenció la forma de romper con la autoridad de las resoluciones dispuestas en un marco de presunta legalidad.

Sobre el tema, la normativa argentina no contiene una definición directa de la cosa juzgada en materia civil, sin embargo si hace alusión a la prohibición de

¹⁶¹ Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Causa S. 1767. XXXVIII [Sentencia que declaró la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final causa "S., Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad"] Recurso de hecho, 14 de junio de 2005.

¹⁶² Manuel, Góngora, “El Bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad” *Revista Interdisciplinaria de Estudios sobre Memoria*, N° 4, Argentina (2007)14, http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ Juicio a las Juntas fue concebido como el eslabón central de una política orientada a consagrar la vigencia simbólica del estado de derecho. Diego Galante “Los debates parlamentarios de “Punto Final” y “Obediencia Debida”: el Juicio a las Juntas en el discurso político de la transición tardía” *Revista Interdisciplinaria de Estudios sobre Memoria*, N° 4, (Argentina: 2015) 14.

¹⁶⁵ *Ibíd.* 15

juzgamiento después de la condena del acusado, así como la prohibición de alegar hechos principales sobre la absolución.¹⁶⁶ Para suplir esta ausencia normativa, la jurisprudencia argentina ha reconocido la cosa juzgada pero también la destrucción de su carácter invariable “...en supuestos excepcionales en los que por circunstancias externas, generalmente sobrevinientes y ajenas a la voluntad de las partes en orden a su acaecimiento, se demuestra el error o la inexactitud de una situación jurídica declarada por una sentencia firme...”¹⁶⁷ esto en mérito de la defensa al derecho a la verdad.

Hitters, plantea que la ausencia de una conceptualización específica sobre la revisión de la cosa juzgada, no es un impedimento para poner en marcha un procedimiento, de modo que, recoge los lineamientos dispuestos por la Corte Suprema Nacional sobre la cosa juzgada en tres puntos:

- 1) La inmutabilidad no es absoluta;
- 2) La firmeza de los fallos ejecutoriados está condicionada a la existencia de vicios de la voluntad,
- 3) Para la existencia de la cosa juzgada es menester la existencia de un juicio regulador (debido proceso) fallado libremente por los jueces.¹⁶⁸

Aunque la jurisprudencia al respecto es limitada, ha permitido conceptualizar la acción autónoma de revisión. Al respecto, la Corte Suprema de la Nación Argentina sostiene que las excepciones a la cosa juzgada solo hacen honor a cuestiones de gran valor cuya observancia salvaguardaría la integridad de tales excepciones.¹⁶⁹ En consecuencia, se trataría de una nulidad en la justicia argentina provocada por las partes, “por eso, decimos que no hay error de juzgar, sino nulidad de la sentencia por error en el discernimiento a causa de un fraude evidente.”¹⁷⁰ No se trata de una incorrecta apreciación sino de una inadecuada proyección de los hechos desde los sujetos hacia el juzgador.

¹⁶⁶ *Código Civil Argentino*, (vigente) Art. 1102 y 1103.

¹⁶⁷ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, Causa C. 92.539, *De Ángel, Obdulio José contra Ángela Santina Actis Perino, viuda de Bruni*. Petición de herencia", resolvió hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia impugnada” En: <https://juba.scba.gov.ar/VerTextoCompleto.aspx?idFallo=126168>

¹⁶⁸ Juan Carlos Hitters, *Revisión de la cosa juzgada*, (La Plata: Librería Editora Platense, 2001.) 66.

¹⁶⁹ Las excepciones a la inalterabilidad de la cosa juzgada han de hacer honor a principios de alto valor, cuya observancia, a pesar de la lesión de carácter definitivo de las decisiones jurisdiccionales, salvaguarda la autoridad de estas en la medida que propugna la justicia material y su sentido moral. Argentina, Corte Suprema de la Nación. Fallo 294:434

¹⁷⁰ Osvaldo Gozaini, *Revisión de la cosa juzgada*. (Buenos Aires: Ediar, 2015), 80.

2.4.2 Colombia

Colombia tradicionalmente ha formado parte del sistema de tradición continental al ser un país con base en el derecho romano, sin embargo, durante los últimos años se ha apartado de éste corte legalista en razón de la función creadora otorgada a la labor de los jueces y particularmente a la Corte Constitucional.

Su legislación que históricamente obedece a la típica recepción del Código Civil de Andrés Bello desde Chile y éste país a su vez del Código de Napoleón de 1855¹⁷¹ fue modificándose en respuesta a la necesidad de encontrar soluciones a problemas no resueltos por la ley, permitiendo generar una fuente con valor suficiente para ser aplicable y con ello dotarle de valor a la doctrina legal,¹⁷² que era la interpretación que la Corte Suprema.

En el progreso del precedente, La Corte Constitucional Colombiana otorgó “un régimen único en el tratamiento de la jurisprudencia de las Altas Cortes”¹⁷³ lo que otorgaba a dichas decisiones un valor de precedente de obligatoria observancia para de los jueces cuyas decisiones, en caso de soslayar tal imposición serían objeto de tutela. En adelante, la Corte Constitucional marca un antecedente jurisprudencial, progresista y garantista al expresar que los precedentes si bien son vinculantes estos pueden variar, pero estas variaciones no son libres sino que deben estar motivadas con una carga argumentativa lo suficientemente sostenible que permita apartarse del precedente de la Corte,¹⁷⁴ lo contrario, deviene en discrecional.

En materia de cosa juzgada, la legislación colombiana parte del presupuesto que prevé que toda resolución definitiva que no ha sido objeto de recursos es cosa juzgada con excepción de los casos de jurisdicción voluntaria, las que por autorización expresa de la ley puedan ser posteriormente modificadas y sobre las que cabe la excepción expresa sobre el carácter temporal.¹⁷⁵ Sin embargo, para el progresivo avance de derechos en Colombia, tratándose de un estado social de derecho,¹⁷⁶ “la cosa juzgada

¹⁷¹ Diego Lopez Medina, *El derecho de los jueces*, 2a. ed. (Bogotá; Legis Editorial, 2014), 8.

¹⁷² Colombia, *Ley 61 de 1886*, en Diario Oficial No. 6.881 - 6.882 (5 de diciembre de 1886). Art. 39.

¹⁷³ Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, 76.

¹⁷⁴ En adelante, la Corte Constitucional afirma que, si bien los precedentes son vinculantes estos pueden variar, pero estas variaciones no son libres sino que deben estar motivadas con una carga argumentativa lo suficientemente sostenible que permita sus justificación; lo contrario, es decir un cambio libre y no argumentado, deviene en discrecional. Colombia, Corte Constitucional [C- 836/2001] 9 de agosto del 2001.

¹⁷⁵ Colombia, Código de Procedimiento Civil, art. 333

¹⁷⁶ Colombia, *Constitución Política de la República*, Gaceta Constitucional número 114 del jueves 4 de julio de 1991.

no puede ser comprendida como un bien de valor absoluto¹⁷⁷ que se imponga sobre otra sin un análisis propio de las circunstancias.

Si bien la trasgresión de derechos fundamentales es una razón válida para cuestión la cosa juzgada, existen valores que pueden entrar en pugna, previsiones para las cuales la ley establece reglas de solución, en esa línea, el Código Procesal Civil Colombiano, desarrolla un plexo de las causales por las cuales cabe el Recurso de Revisión de la Sentencia,¹⁷⁸ que a diferencia del recurso de revisión en la legislación ecuatoriana, se prevé causales incluso para la víctima. Al caso que nos ocupa, llama la atención la siguiente causal: “Haber existido colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes en el proceso en que se dictó la sentencia, aunque no haya sido objeto de investigación penal, siempre que haya causado perjuicios al recurrente.”¹⁷⁹

Norma que otorga a las partes la facultad de interponer tal recurso cuando ha existido alguna maniobra fraudulenta en el proceso, convertirse en una norma de remisión hacia los estándares declarados por la Corte IDH. La sentencia ya referida, resalta el principio de justicia material¹⁸⁰ como una arista vinculada a los recursos previstos en la ley como el recurso de revisión y el de casación sobre el que la Corte se pronunció así:

Sentencias que desconocen el valor de la justicia al desacatar abiertamente la Constitución y lesionar derechos fundamentales de las personas (valga reiterarlo), no pueden tener eficacia jurídica, es decir, ser ejecutadas, como ocurriría si se avalara la ley demandada. La cosa juzgada, en tal caso, resulta ser una mera ficción lindante con la arbitrariedad¹⁸¹

No queda duda que la Corte Constitucional colombiana hace un distingo necesario y marcado entre la justicia material vinculada a los derechos fundamentales y la justicia formal a la que perteneces las resoluciones ejecutoriadas, siendo que en ningún caso el derecho a asistirse de los recurso procesales está vetado, pues se trata de

¹⁷⁷ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-218/12 [Acción de tutela contra sentencia de tutela-improcedencia por haber operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional] 31 de julio de 2013.

¹⁷⁸ Procedencia. El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema, los tribunales superiores, los jueces de circuito, municipales y de menores. Se exceptúan las sentencias que dicten los jueces municipales en única instancia. art. 379

¹⁷⁹ Colombia, Código de Procedimiento Civil, art. 380 núm. 6.

¹⁸⁰ Colombiana, Corte Constitucional, Sentencia T-218/12 [Acción de tutela contra sentencia de tutela-improcedencia por haber operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional] 31 de julio de 2013.

¹⁸¹ Colombiana, Corte Constitucional, Sentencia T-252/01 [Sentencia de constitucionalidad] 28 de febrero de 2001.

garantizar el deber del estado en la prestación de jurisdicción y en la solución del asunto.

Conviene a continuación, repasar los estándares de la administración de justicia ecuatoriana y analizar el caso que es materia de investigación tanto en su contenido procesal e investigativo como en las razones que constituyeron la *ratio decidendi* y la incorporación de estándares interamericanos por parte de los operadores de justicia de la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana.

Capítulo tercero: Actividad judicial

La legitimación del sistema de justicia deriva de su valor práctico y efectivo en la resolución de casos, que muchas veces han sido percibidos por los ciudadanos como injustos cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos como en el caso más conocido como “Fybeca”, que generó un atisbo de zozobra frente a la omisión estatal de investigar con debida diligencia las desapariciones que dieron lugar al sobreseimiento de los responsables como resultado de un proceso espurio.

En consonancia con la línea jurisprudencial de la Corte IDH sobre la obligación investigar, el Ecuador tuvo la oportunidad de reivindicar el desacierto de haber omitido la búsqueda de la verdad a través de una verdadera judicialización del caso, cuyo estudio, en este capítulo, se precisará desde la conceptualización de los estándares de administración de justicia en el Estado Constitucional para arribar al estudio del caso “Gonzales y otros” en que se ha superado la discusión de la cosa juzgada y en contraparte, se han incorporado los estándares de la cosas juzgada fraudulenta.

3.1 Estándares de la administración de justicia ecuatoriana

El progreso constitucional en el paso de la historia ecuatoriana delinea el avance en materia de reconocimiento de derechos y fundamentalmente con la estandarización de presupuestos mínimos sobre los que se sostiene el debido proceso como instrumento del sistema de justicia en la realización de la justicia como principio.¹⁸²

Con la configuración del estado legal como un estado de bienestar, de derecho y neoliberal, en que todos están sometidos al principio de legalidad por el sometimiento del parlamento al poder público, solo se puede hacer sino lo que permite la ley, mandato del derecho público¹⁸³ sin que existan prerrogativas de mayor alcance que las declaradas por el juez al ser quien aplica la ley; mientras que, en el estado constitucional de derechos todos los poderes están sometidos a la Constitución al ser declarada como

¹⁸² Constitución de la República del Ecuador [2008], art. 169.

¹⁸³ Ramiro Ávila, “Del estado social de derecho al estado constitucional de los derechos y justicia: modelo garantista y democracia sustancial del estado.” En: Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional. Corte Constitucional del Ecuador para el período de Transición Quito: Abril 2009. 47.

norma suprema,¹⁸⁴ de modo que la asamblea no puede legislar normas contrarias a la Constitución.

Al ser la Constitución la norma primigenia, el control de constitucionalidad¹⁸⁵ es una competencia exclusiva y excluyente de la Corte Constitucional; de tal manera que dicho órgano puede revisar la sujeción a la Constitución del contenido de los actos normativos de carácter general, los actos administrativos con efectos generales emitidos por autoridad pública, de las normas conexas, de los decretos que declaran el estado de excepción, cuando impliquen suspensión de derechos constitucionales, los casos de consulta de constitucionalidad de una norma por los jueces ordinarios, la inconstitucionalidad de las actuaciones de las instituciones del Estado o autoridades públicas por omisión;¹⁸⁶ y, emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de tratados internacionales, en las convocatorias a consultas populares; y, objeciones de Inconstitucional a las leyes presentadas por el presidente de la República.¹⁸⁷

En dicha Norma Fundamental se encuentran recogidos varios preceptos que regulan la jerarquía y aplicación de las normas a partir de la Constitución, siendo este instrumento al que debemos recurrir para saber cuáles son los derechos que tienen especial protección¹⁸⁸ y cimientan la base de un adecuado estándar en la administración de justicia. Es pertinente entonces, remitirnos al plexo de garantías contenidas en los derechos de protección¹⁸⁹ que incluyen las garantías del derecho al debido proceso¹⁹⁰ que entre otras, recogen las garantías judiciales¹⁹¹ contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, debiendo destacar que de no existir una garantía en el inventario constitucional, claramente y por mandato constitucional los jueces están obligados a observar y aplicar las normas de los tratados internacionales y aun cuando se trate de derechos que si están contenidos en la Constitución, la aplicación debe realizarse respecto de la norma que desarrolle de mejor manera tales derechos.

Pero en la Constitución del 2008 no solo sobresale la jerarquía de convenios y tratados internacionales ratificados sino que, se incluye la prevalencia de “otros” tratados

¹⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador [2008], art. 424.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, art. 436 núm. 1

¹⁸⁶ *Ibíd.*, art. 436

¹⁸⁷ *Ibíd.*, art. 438

¹⁸⁸ Ramiro Ávila, “*Los derechos y sus garantías*” (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional 2012) 85.

¹⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. octavo, art. 75 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.)

¹⁹⁰ *Ibíd.* Art. 76.

¹⁹¹ CADH Art. 8

y convenios internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución ¹⁹² en atención a los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta, sin que exista una expresión limitadora que impida observar a aquellos tratados no ratificados.

A partir de aquel principio de cláusula abierta,¹⁹³ por el cual son válidos todos aquellos derecho que se configuran sobre la dignidad¹⁹⁴ como una cuestión básica humana, existe la posibilidad de que, derechos no reconocidos en la Constitución o instrumentos internacionales ratificados puedan ser justiciables a través del *soft law*,¹⁹⁵ conocido como aquel derecho blando o flexible que aunque no es vinculante para los estados al no estar ratificado, si permite ser acogido en casos concretos y sobre temas precisos que adviertan la exigencia de un mejor desarrollo del derecho en debate. De modo que, por ejemplo, si la Convención Europea de Derechos Humanos despliega de mejor manera un determinado derecho de un caso concreto a resolver, este insumo puede ser utilizado en el ejercicio jurisdiccional como uno de los elementos sobre los que motiva su decisión. De lo que se colige que, a más de la vinculancia que tiene la CADH y las sentencias de la Corte IDH, existe un estándar de justicia protector y garantista de los derechos a partir de la Constitución vigente, siendo que ese es el sustento teórico de la materialización que le administración de justicia.

Por otro lado, y como un estándar internacional cuya exigencia internacional estaba pendiente hasta la Constitución del 2008, se configura la institucionalización de la Defensoría Pública como un órgano de reconocimiento Constitucional que haga efectiva la garantía del derecho a la defensa técnica y eficaz materializando el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos. ¹⁹⁶

Previo a tal institucionalización, el 17 de agosto del 2007, en Ecuador, se creó la Unidad Transitoria de Gestión de Defensoría Pública Penal¹⁹⁷ con el objeto de ejecutar

¹⁹² Constitución de la República del Ecuador [2008], art.417.

¹⁹³ Constitución de la República del Ecuador [2008], art. 417.

¹⁹⁴ Ramiro Ávila, “*Los derechos y sus garantías*” 87.

¹⁹⁵ Los rasgos característicos del *soft law* son: a) el carácter jurídicamente no vinculante, b) cierta relevancia jurídica, c) buena fe, elemento presente y dominante en las relaciones interestatales, así como en los acuerdos que derivan de las mismas, y d) no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, art. 191

¹⁹⁷ Decreto Ejecutivo N°563 del 17 de agosto de 2007 publicado en el Registro Oficial N°158.

actividades de defensa pública de los detenidos en los centros de rehabilitación social en el país que no tenían sentencia, cuyo levantamiento de información arrojó como resultado que de los internos, el 45% no tenían sentencia, mientras que el 47% no contaban con abogado defensor,¹⁹⁸ es decir, se trataba de una defensa exclusivamente penal. Acción que, en términos estadísticos, el 31 de agosto del 2009 logró cero presos¹⁹⁹ sin sentencia. Cumpliendo así con el mandato constitucional y con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos.

Otro estándar internacional sobre el acceso a la justicia, requiere que el juez, jueza o tribunal se encuentre investido de determinadas características propias de su función como la imparcialidad, la legalidad, la independencia y la competencia. Al referirse a la independencia, la Corte IDH explica que los jueces, a diferencia de otros funcionarios públicos cuentan con esta garantía reforzada “El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”²⁰⁰ Tal principio se encuentra recogido en la norma constitucional²⁰¹ y desarrollado en la legislación interna²⁰² prescribiendo incluso responsabilidad penal en caso de inobservancia.

Así mismo, sobre la imparcialidad,²⁰³ legalidad²⁰⁴ y competencia²⁰⁵ nuestra legislación interna ha desarrollado la garantía de cada uno de dichos estándares, todos recogidos en la Constitución y en la ley. Es decir que la Constitución del 2008, ciertamente redefine la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y

¹⁹⁸ Ecuador, Defensoría Pública, “Reseña histórica. La Defensoría Pública llega para equilibrar el sistema de justicia” Defensoría Pública, accedido 15 de Agosto de 2018, párr. 3 «<http://www.defensoria.gob.ec/index.php/defensoria-publica/quienes-somos/resena-historica>»

¹⁹⁹ *Ibíd.* Párr. 7.

²⁰⁰ Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Sentencia de 30 de junio de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 67.

²⁰¹ Constitución de la República del Ecuador [2008], art. 168 núm. 1

²⁰² Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial. ROS No. 544 (9 de Marzo de 2009). En adelante se cita este Código como COFJ. art. 8.- Principio de independencia.- Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial. Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

²⁰³ *Ibíd.*, art. 9

²⁰⁴ *Ibíd.*, art. 7

²⁰⁵ *Ibíd.*, art. 156

sobre la ley²⁰⁶. En definitiva y observando las normas y principios contenidos en el sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Ecuador cumple, en teoría, con estándares óptimos de administración de justicia. Queda entonces analizar si han sido materializados.

El análisis expuesto, hace relación al logro en materia de derechos humanos conquistado años después del ocurrido caso “González y otros” por lo que resulta importante hacer un breve análisis sobre los estándares de justicia que para aquella época existían. La Constitución de 1998, como ya se analizó, amplía el catálogo de derechos y reconoce los denominados derechos de tercera generación o colectivos de los pueblos indígenas y de los negros o afro ecuatorianos²⁰⁷ así como la inclusión de tratados internacionales como nomas objeto de control por parte del Tribunal Constitucional que versen sobre lo contenido en el artículo 161.²⁰⁸

Sin embargo, el control sobre las normas no es totalmente entregado al Tribunal Constitucional como si ocurre en la actualidad. Pese a que si constituye un avance importante frente a la labor constitucional que en su fase inicial solo podía formular observaciones,²⁰⁹ aun ésta Constitución de 1998 entrega dicho control al Congreso Nacional.²¹⁰ De lo que se colige que si la ratificación de instrumentos internacionales era limitada así como el control de las normas constitucionales, en aquella época no podría reflexionarse sobre el control de convencionalidad pese a que la Corte IDH ya tenía competencia respecto de Ecuador. El ejercicio de control en la esfera jurisdiccional de los jueces de instancia era escasa pues como diría el profesor Agustín

²⁰⁶ Ramiro Ávila, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. En: *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*, (Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008) 37.

²⁰⁷ Constitución Política de la República del Ecuador [1998], tít. III, “De los derechos, garantías y deberes”, cap. V.

²⁰⁸ *Ibíd.* artículo 161.- El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: 1. Los que se refieran a materia territorial o de límites. 2. Los que establezcan alianzas políticas o militares. 3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración. 4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley. 5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos. 6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

²⁰⁹ Agustín Grijalva, *Evolución histórica del control constitucional en Ecuador* (Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional 202) 188.

²¹⁰ Artículo 284.- En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio. Tendrán la iniciativa para la presentación de

proyectos de interpretación constitucional, las mismas personas u organismos que la tienen para la presentación de proyectos de reforma, su trámite será el

establecido para la expedición de las leyes. Su aprobación requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de

los integrantes del Congreso Nacional.

Grijalva, tal circunstancia encuentra su razón de ser en “la falta de cultura constitucional de la que aún adolecen los jueces ecuatorianos, la cual a su vez es resultado del poco desarrollo de la jurisprudencia constitucional y de la falta de independencia respecto a jueces superiores.”

Hasta la judicialización del caso “González y otros”, los casos constantes en el Informe de la Comisión de la Verdad que por su contenido eran trascendentes, se encontraban en investigación previa, situación que fue reprochada por los organismos en materia de derechos humanos que exigían respuesta a este apremiante requerimiento, sin embargo tal situación se debió a varios factores como la reciente creación de la Comisión de la Verdad y por tanto la falta de experiencia; la incorporación de fiscales nuevos en la rama y la ausencia de resultados en los primeros años de investigación, lo que motivó administrativamente a su cambio; y, sobre el fondo, la compleja investigación que demandan los casos sucedidos hace más de veinte años cuyos registros no existen, no se sabe su ubicación, no son de fácil acceso y de testigos que incluso ya habrán fallecido o en muchos casos, cesados de sus funciones, pues recordemos que la mayoría de los casos fueron realizados por agentes policiales en servicio activo y a nombre del gobierno. Hasta la presentación de este trabajo investigativo, los únicos casos judicializados con sentencia son los casos “González y otros” por ejecución extrajudicial, caso “Lema” por detención ilegal y tortura y caso “Arce” por odio racial.²¹¹

Si bien, las tres sentencias representan un avance, han transcurrido ocho años y la deuda en materia de derechos humanos sigue latente no solo por parte de la Comisión de la Verdad sino de la Corte Constitucional como creadora de jurisprudencia en materia constitucional en torno a graves violaciones de derechos humanos. El Programa Andino de Derechos Humanos que levanta un estudio sobre administración de justicia y derechos humanos en el país, al enfocarse en materia de derechos humanos realiza la siguiente recomendación:

En este contexto, es trascendental que la administración de justicia, ordinaria y constitucional, mejore sustantivamente su gestión, se consolide un sistema de justicia independiente e imparcial que pueda desempeñar adecuadamente su rol de garante de la tutela judicial efectiva de los derechos humanos y derechos de la naturaleza; así como un órgano de administración, selección y control de los operadores de justicia, que pueda definir y ejecutar adecuadamente las políticas judiciales y el presupuesto asignado. Se recomienda la revisión y

²¹¹ Ecuador, Fiscalía General del Estado, “Caso “Cañola”: Fiscalía ecuatoriana logra condenas luego de 32 años de impunidad” *Fiscalía General del Estado*, accedido 20 de agosto de 2018, párr.14 <https://www.fiscalia.gob.ec/dos-sentenciados-por-detencion-ilegal-en-caso-canola/> »

adecuación de las normas secundarias en materia de justicia a los estándares constitucionales y a los contemplados en los instrumentos internacionales. También, es importante la promoción de una cultura de activación de garantías y el establecimiento de medidas de reparación por parte de la población y con el consecuente respaldo de los operadores de justicia; y de la realización de estudios que contribuyan a una mejor comprensión del carácter de la justicia en Ecuador y a la formulación de propuestas orientadas a superar las limitaciones.²¹²

Lo que permite concluir que en la Constitución de 1998 no se pudieron efectivizar garantías en materia de derechos humanos al no estar recogidas en tal instrumento así como tampoco se evidenció una verdadera justicia en el caso estudiado. Si bien es cierto en dicha Carta Constitucional, existe un gran avance en materia de derechos humanos que permitió judicializar los tres casos de la Comisión de la Verdad, este índice no es satisfactorio respecto de la labor encargada a la administración de justicia, lo que hace exigible la necesidad de incorporar el enfoque en derechos humanos en atención al principio de progresividad que permita levantar indicadores que rindan cuenta sobre el avance en esta materia fundamental.

3.2 Cosa Juzgada Fraudulenta en el caso González y otros

El caso “González y otros” —antes conocido como Fybeca— dispuesto como tema de análisis para el presente trabajo investigativo, admite la pertinencia de ser analizado más allá de las disposiciones normativas que rigen el sistema jurídico ecuatoriano, esto es, desde la incorporación de nuevas formas de hacer derecho que incluso renuncian al estricto positivismo, sin que ello implique apartarse de los postulados que marcan nuestro origen en el derecho sino más bien verificar su progreso conforme las necesidades sociales.

Dicho caso ha sido sentenciado por la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, con base en la acusación emitida por la Fiscalía General del Estado, Institución que investigó los hechos reportados en el Informe Final de la Comisión de la Verdad²¹³ creada por el Poder Ejecutivo del Estado, investigación en la que se logró reunir los elementos necesarios que permitieron exponer ante los jueces la existencia de ocho asesinatos, que en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

212 UASB, “Informe Sobre Derechos Humanos Ecuador 2009-2013”. *Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador*, compilado por Programa Andino de Derechos Humanos, 2014, párr. 119 <http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/InformeDDHHweb09013.pdf>

²¹³ Decreto Ejecutivo 305. R.O. 87, 18 de Mayo 2007 (última reforma 04 de abril 2012). La Comisión de la Verdad elabora cuatro tomos que contienen informes de los casos de 1998 al 2008, en los que se incluye el caso Fybeca, detallando el contexto y la relación de los hechos sostenidos en investigaciones preliminares efectuadas por la Comisión..

se adecúan a la figura de ejecuciones extrajudiciales constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos.

El incremento del auge delictivo en la ciudad de Guayaquil en la década de los 90's provocó la reacción de los sectores encargados de la seguridad civil como el Municipio de Guayaquil y la Policía Nacional, lo que los llevó a emprender intervenciones policiales militares, patrullajes y planes anti-delictivos que no precisamente atendían a planes y programas desarrollados dentro del cuadro legal que permitan contrarrestar adecuadamente la delincuencia, por el contrario, se afectó derechos como la seguridad individual, la libertad de reunión, la integridad física y la vida de muchas personas, lo que a la postre, registró una carga de responsabilidad estatal al violentar los derechos humanos en este tipo de procedimientos.

3.2.1 Hechos

En la ciudad de Guayaquil, en el sector La Alborada, el 19 de noviembre del 2003, a las 07h00 un grupo de hombres, aparentemente asaltantes, ingresa a la farmacia Fybeca. Inmediatamente, sin mediar una llamada de auxilio o cualquier otra alerta sobre un robo, miembros de la Policía Nacional y del Grupo de Intervención y Rescate (GIR), armados, irrumpen en la Farmacia y dan muerte a ocho personas: seis presuntos asaltantes, el pastor evangélico Carlos Andrade Almeida quien acudió a comprar pañales para su hija y el mensajero de la farmacia Guime Córdova Encalada quien estaba terminado su turno.²¹⁴

3.2.2 Contexto previo

Según el informe de la Comisión de la Verdad, minutos antes del supuesto asalto, Jhonny Elías Gómez Balda salió de su domicilio junto con su amigo César Augusto Mata Valenzuela a bordo de un auto Chevrolet Swift negro, acudieron a una mecánica ubicada en La Garzota a reparar uno de los neumáticos. En eso llegan al lugar miembros de la Policía Nacional y los detienen.

Relata el informe que el señor Erwin Daniel Vivar Palma junto con su sobrina Seydi Natalia Vélez Falcones, aproximadamente a las 06h30 se dirigían a una entrevista de trabajo, momentos en los que fueron interceptados por civiles que los trasladaron

²¹⁴ Informe de la Comisión de la Verdad, Relatos de casos. Período 1989-2008, Tomo 4. P. 158

hacia la farmacia, obligándola a ingresar.²¹⁵ Sin embargo, con la reaparición de Erwin, quince años después, se corrobora que fueron parte de la banda de asaltantes²¹⁶ quien relató cómo ocurrió su tortura y como fue arrojado junto con Carlos Mata al Río Guayas y disparado²¹⁷, ataque ante el cual sobrevivió, Fiscalía descubrió que se habría empadronado en la embajada de Venezuela para sufragar y así fue como lo ubicó.

3.2.3 Hechos posteriores

Después de la balacera Seydi es detenida y trasladada en el patrullero junto con Jhonny Gómez y Cesar Mata a quienes cubrieron el rostro, les trasladaron al Cuartel Modelo de la Policía de Guayaquil donde la acusaron de pertenecer a la banda, indica en su versión. A María Dolores Guerra Tabara, esposa de Jhonny Elías Gómez Balda, le indican que su esposo se encontraba en el Cuartel Modelo sin recibir mayor información al acudir al lugar.²¹⁸ Por su parte, Eufemia Dolores Vélez Párraga, esposa del pastor evangélico Carlos Germán Andrade Almeida, acudió a la farmacia donde observó que subían cadáveres, entre ellos el de su esposo²¹⁹, el mismo día de los hechos presentó la denuncia ante la Fiscalía del Guayas por el asesinato de su esposo a manos de efectivos policiales.

En esas mismas circunstancias, Dolores Briones Soriano, esposa de Guime Córdova fue informada que su cónyuge había sufrido un accidente, inmediatamente acude a la farmacia y un periodista de diario El Universo le indica varias fotografías de los fallecidos, reconociendo a su esposo. A Seydi Vélez la tuvieron detenida por varios días coaccionándola para que declare que los delincuentes habrían disparado y ante esa acción respondió la Policía, finalmente, según el informe,²²⁰ la declaración la elaboraron el fiscal del caso junto con los policías y ella firmó.

²¹⁵ Seydi Natalia Vélez Falcones, *Informe de la Comisión de la Verdad*, en Comisión de la verdad y justicia, Tomo IV (Quito; Ediecuatorial, 2010) 158. Testimonio receptado en audio por el equipo interdisciplinario de la Comisión de la Verdad, en Guayaquil, el 16 de mayo de 2008

²¹⁶ Allen, Pachacama, “Caso "González y otros": un desaparecido rearma la tragedia”, Revista Vistazo (2016) <http://www.vistazo.com/seccion/pais/caso-gonzalez-y-otros-un-desaparecido-rearma-la-tragedia>

²¹⁷ “No entiendo cómo sobreviví. Viendo que no teníamos fuerzas ni para pararnos, nos llevaron al último paseo, al pie del estero Salado (detrás de la PJ). Me quitaron la bolsa de la cabeza y me echaron a esa agua negra. Luego, a Jhonny. Creo que él ya estaba moribundo. Yo empecé a nadar hasta lo más profundo, empecé a sentir las balas cerca de mi cuerpo. Y agarré el cuerpo de mi amigo Jhonny y me cubrí. Dejaron de disparar porque asumieron que ya estábamos muertos. Seguimos con la corriente, perdí el cuerpo de Jhonny y logré salir por el lado del Batallón del Suburbio.” *Ibíd.*

²¹⁸ *Ibíd.*, 164, testimonio María Dolores Guerra Tábara

²¹⁹ *Ibíd.*, 165, testimonio Eufemia Dolores Vélez Párraga.

²²⁰ Informe de la Comisión de la Verdad... 170

Cesar Mata Valenzuela y Jhonny Gomez Balda, lograron comunicarse con sus familiares a quienes pidieron ayuda indicando que se encontraban en la Policía Judicial de Guayaquil. La información de su detención, fue corroborada en la fotografías captadas por un periodista de Diario el Universo en las que se evidencia que ellos se encontraban detenidos afuera de la farmacia luego del operativo. Ellos se encuentran desaparecidos hasta la actualidad. El Fiscal solicito prisión preventiva para Johnny Gómez Balda, César Mata Valenzuela y Erwin Vivar Palma por participar de forma activa en el asalto, sin embargo sus familiares denunciaron su desaparición. Seydi Vélez fue condenada a seis años de cárcel.

3.2.4 Primera Investigación: Proceso Penal de la Segunda Corte Distrital de la Policía Nacional

El 3 de Diciembre del 2003, el Coronel de E.M. (SP) Dr. Luis Castro Saquicela, como Ministro Presidente de la Segunda Corte Distrital de la Policía Nacional dictó auto cabeza de proceso y ordenó instruir sumario contra los agentes de policía que participaron en el operativo²²¹ bajo el mando del Mayor de Policía Eduardo González Flores quien lideró y ejecutó el operativo sin contar con autorización, trabajos previos de inteligencia y planificación, más aún porque esa labor estaba a cargo de personal de PJ y GIR.²²²

El proceso se inició por un delito contra la administración pública enmarcado en la causal contenida en el artículo 164 del Código Penal de la Policía Nacional vigente la época de los hechos y que prescribía: “Los que atentaren contra la existencia o seguridad de la Policía Nacional, por inexactitud en el cumplimiento de su deberes y obligaciones, descuido, imprevisión, negligencia y otra causa voluntaria, en el servicio, serán reprimidos con reclusión menor de tres a seis años”²²³ y por atentar contra la vida y libertad individual, sin precisar el tipo penal.

²²¹ Eduardo René González Flores, mayor; Sergio Wilfrido Gaibor Bosquez, sargento segundo; Darwin Alejandro Suárez Flores, teniente; Marco Orlando Villacrés Asencio, subteniente; Webster Segundo Hernández Rugel, suboficial segundo; Aurelio Justino Chila Placencia, sargento primero; Samuel Dumani Calderón Egas, sargento segundo; Mario Rodrigo Cevallos Loachimín, sargento segundo; Darwin Stalin Condoy Rosero, cabo primero; Luis Gonzalo Cevallos Rosero, cabo primero; Douglas Yépez Mogro, subteniente; José Chano Calispa, sargento segundo; Yonel Angulo Medina, cabo segundo; Luis Ángel Sánchez Chiliquinga, cabo; Walter Iván Castillo Yaguana, cabo; Belduma Ostín Guarnizo Murillo, cabo; Édgar Bolívar Córdova Tenesaca, cabo; Héctor Adolfo Fruto Márquez, policía; Wilson Maldonado Espinosa, policía; y Ricardo Mariano Llulluma Álvarez.

²²² *Informe de la Comisión de la Verdad*, Tomo 4. 158

²²³ Ecuador, Código Penal de la Policía Nacional (derogado). Suplemento registro oficial 1202 de 20 agosto 1960 Art. 164.

Mediante auto de 26 de abril del 2004 se dicta auto motivado contra el referido Mayor de Policía Eduardo González por el delito de Abuso de Facultades previsto en el artículo 196, numeral 4²²⁴ del mismo cuerpo legal, quien nunca contó con autorización para el operativo, no registró la salida de la prevención de la Policía Judicial del Guayas ni tampoco reportó a la central de radio patrulla. En el mismo auto se procesó al Sargento de Policía Sergio Gaibor Bosquez, como cómplice.

Por el delito de homicidio inintencional²²⁵ fue procesado el Cabo Segundo Walter Iván Castillo Yaguana quien ocasionó la muerte de Carlos Germán Andrade Almeida (pastor evangélico). Sobre la muerte de Guime Córdova Encalada (mensajero), se dictó auto motivado en que se releva de culpabilidad a los policías Luis Sánchez, Ricardo Llulluma y Héctor Fruto Márquez por haber actuado en legítima defensa. Sobre los demás agentes de policía se dictó el sobreseimiento definitivo, por haberse desvanecido los indicios, según el criterio del fiscal de la Corte Policial,

Dicho auto de sobreseimiento fue ratificado en la Corte Policial de apelación, tribunal que además revocó el auto iniciado por abuso de facultades, delito contra la existencia y seguridad de la policía y homicidio intencional a favor de los policías Eduardo González, Sergio Gaibor, Walter Castillo, Luis Sanchez, Ricardo Llulluma y Héctor Fruto Másquez sobre quienes, a decir del Fiscal y Jueces castrenses no se habría comprobado la existencia de la infracción y tampoco indicios en contra de los acusados. Finalmente, se dictó sobreseimiento definitivo a favor de todos los agentes de policía concluyendo así el procesamiento en sede policial.

3.2.5 Segunda investigación: Plagio

María Dolores Guerra presentó un pedido de medidas cautelares ante la CIDH, organismo que dispuso al Estado ecuatoriano: “Adoptar las medidas necesarias para establecer el paradero y proteger la vida y la integridad personal de Johnny Gómez Balda, Seydi Vélez Falcón [es], César Mata Valenzuela y Ed[r]win Daniel Vivar Palma. Informar sobre las acciones adoptadas con el fin de investigar y esclarecer judicialmente la desaparición de los beneficiarios...”²²⁶.

²²⁴ *Ibíd.*, Art 196. Son responsables de abuso de facultades y serán reprimidos con prisión de 3 meses a dos años: [...] 4: los que, en el ejercicio de su autoridad o mando, se extralimiten en sus atribuciones legales o se aparten de las instrucciones de la superioridad.

²²⁵ *Ibíd.* Art. 235 y 236

²²⁶ Oficio emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 4 de diciembre del 2003.

Pese a aquello, el 17 de diciembre de 2003, el agente fiscal de lo Penal del Guayas, Carlos Pérez Ascencio, con relación a la denuncia por el delito de plagio presentada por María Dolores Guerra Tabara se abstuvo de acusar al sargento segundo, Sergio Gaibor Bosquez y al ex policía Erick Salinas Monge.

3.2.6 Tercera investigación: Grave violación a los derechos humanos adecuado al artículo 450 numerales 1, 4, 5 y 6 del Código Penal.

Diez años más tarde, el 14 de noviembre del 2013, la Fiscalía General del Estado formuló cargos en contra de miembros de la Policía Nacional, funcionarios públicos y otras personas a quienes luego de la etapa investigativa, acusó en calidad de autores²²⁷, cómplices²²⁸ y encubridores²²⁹ responsables de la muerte de ocho personas en el operativo de 19 de noviembre del 2003 en la farmacia Fybeca, dos de ellos ciudadanos comunes y seis presuntos asaltantes²³⁰, quienes eran buscados por la Interpol.

Sobre dicha investigación, es importante hacer una breve mención de los instrumentos que al judicializarse demostraron la existencia de la infracción y la responsabilidad de los acusados, principalmente aquellos que permitieron establecer que las investigaciones anteriores no cumplieron los estándares investigativos mínimos para cumplir con la sacralidad de la cosa juzgada así como para definir y reconstruir la dinámica de los asesinatos ocurridos, así tenemos:

a) Análisis del protocolo de autopsia, practicado en varios de los cadáveres. La perito venezolana Tania Josefa Colmenares Colmenares a través de una asistencia penal internacional analizó los protocolos de autopsia de las víctimas, concentrándose en la trayectoria intra—orgánica, esto es, el recorrido que hace el proyectil que entra en el cuerpo humano y sale del mismo, quien si bien no estuvo presente en la autopsia, si

²²⁷ Ecuador, *Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal* [Auto de llamamiento a juicio N° 17721-1631-2013 dentro del caso “González y otros”].15 de julio del 2014. 7. Eduardo René Gonzalez Flores, Erick Aquiles Salinas Monge, Wenster Segundo Hernández Rugel, Mario Rodrigo Cevallos Loachamin, Dougals Augusto Yépez Mogro, Luis Ángel Sánchez Chilibingua, Walter Iván Castillo Yaguana, Héctor Adolfo Fruto Márquez y Ricardo Mariano Llulluma Álvarez. Ecuador, Auto de llamamiento a juicio

²²⁸ *Ibíd.* 8. Jorge Fernando Poveda Zuñiga, Sergio Wilfrido Gaibor Bosquez, Darwin Alejandro Suárez Flores, Marco Orlando Villacrés Ascencio, Aurelio Justino Chila Plascencia, Samuel Dumani Calderón Egas, Darwin Stalin Condoy Rosero, Luis Gonzalo Cevallos Rosero.

²²⁹ *Ibíd.* 9. Gernan Gonzalo Brito Ramos, Nicolás Roberto Sandoval Molina, Zhuppy Oswaldo Paredes Samaniego, Luis Antioio Castro Saquecela, Jorge Vaca Peralta, Cristibal Mantill Arias, Carlos Pérez Ascencio.

²³⁰ *Ibíd.*- 8. José Vicente Cañar Reyes, Jasmany Alexander, Rosero López, Raúl Javier Salinas Humacero, Miguel Ángel Quispe Portilla, Richard Gonzalo Tello Jácome, y Genry Germán Aguiar Vargas.

contó con fijaciones fotográficas y protocolos de autopsia practicados a la época de los hechos que le permitieron colegir la trayectoria. Al respecto, informó al tribunal que la trayectoria intra—orgánica se analiza en tres parámetros: adelante hacia atrás, de atrás hacia adelante, derecha izquierda, izquierda derecha, arriba abajo o abajo hacia arriba, advirtiendo que al momento de realizar la autopsia no se realizó lo que se denomina en medicina forense “la materialización de las heridas” que consiste en unir cada orificio de entrada con su respectivo orificio de salida, con la asistencia planos ana—topográficos y la regla balística concluyendo que la trayectoria en todos los casos en que se recibió el impacto con arma de fuego, fue de atrás hacia adelante.²³¹

b) Reconstrucción de los hechos. El perito internacional Víctor Hugo Pernía Javier, se trasladó a la ciudad de Guayaquil el 11 de febrero del 2014 quien ante el tribunal, en lo principal relató el contenido de su informe explicando que realizó el levantamiento planímetro con las versiones que permitirían recrear cómo está constituido dicho sitio, al efecto se trasladó a la farmacia Fybeca, ubicada en el sector La Alborada, realiza una descripción detallada del lugar y narra paso a paso la dinámica reconstructiva de los hechos desde que los agentes de policía salieron de la policía judicial hasta el momento mismo de las muertes y como ellas se produjeron.

c) Trayectoria balística y de reconstrucción de los hechos. El perito Víctor Germán Rivero efectuó tal experticia como parte de la asistencia penal internacional solicitada por Fiscalía General del Estado a la República de Venezuela quien delinea la relación entre la víctima, el victimario y las armas de fuego, lo que se denomina el “tetraedro criminalístico” en el plano técnico identificó el impacto-orificio asistido de los demás instrumentos como son los protocolos de autopsia, protocolo de la autopsia, informe de trayectoria intra—orgánica practicada a las víctimas, entre otros peritajes. Las conclusiones las explica de acuerdo a cada víctima, identificando en ellas las posiciones en las que se encontraban cuando recibieron los impactos, es decir, si de pie, acostados sobre el piso, de frente, de lado o de espaldas, además explica que los indicios hallados, dan cuenta del uso de fuerza policial, por encima de la fuerza civil, así como la desproporción de elementos físicos de juicio; sumando un total del 36 orificios de entradas de proyectiles únicamente disparados por armas de fuego de los policías, los orificios de salida identificados son 29, sin embargo solo se recuperan diez vainas

²³¹ Síntesis de la declaración rendida por la perito Tania Josefa Colmenares Colmenares dentro del juicio 17721-1631-2013, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal

servidas, nueve proyectiles y otros indicios resultantes del ataque por lo que infiere la existencia de modificación o alteración del sitio del suceso.²³²

d) Hermenéutica de dinámica de actuación policial, en la elaboración de partes policiales en operativos anti-delincuenciales. Elaborado por profesor Carlos César Cueto Vásquez quien analizó un conjunto de partes elaborado en un determinado periodo de tiempo desde los años 80's hasta el 2008 y determinó que existe un formato que se repite y se mantiene esta estructura lo que permite ver que la policía plasta datos con intención pero no relata los pormenores de los hechos. Este análisis los hace por períodos de décadas sobre reportes de hechos en que existieron muertes violentas y siempre intervino la policía tratando de frustrar asaltos como parte de sus funciones, para ello, destaca citas textuales de los informes que se repiten, entre esos partes existe uno en particular que es firmado por uno de los agentes que intervino en el caso Fybeca; estos informes prueban que existía una ideología de gobierno que justificaba las acciones en contra de civiles en la época de Febres Cordero, el objetivo era acabar con los grupos guerrilleros, esa idea cambió en los años 90's al enfrentamiento entre policías y delincuentes la muerte de estos se veía justificada por su condición de "antisociales". Dicho análisis concluye que los partes policiales más allá de mantener un formato fijo contienen el discurso reiterativos sobre la información que a los policías les conviene decir; el patrón repetitivo supone en la mayoría de los partes que primero existió una labor de inteligencia previa al operativo con dos equipos trabajando: el de inteligencia y el operativo, que permitían desplegar la concurrencia de muchos efectivos con armamento, vehículos que aparecen como algo totalmente improvisado cuya flagrancia a decir de ellos, les obligaba al desenlace fatal, esto es la muerte de los llamados "delincuentes." En varios de los partes analizados en los que existen muertes consta la firma de Eduardo González²³³ conocido al interior de la institución y por fuera de ella por su largo historial de operativos policiales con el resultado de 25 muertes violentas.²³⁴

²³² Síntesis del testimonio rendido por el perito Víctor Germán Rivero dentro de la audiencia de juzgamiento realizada dentro de la causa juicio 17721-1631-2013 , Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal

²³³ Síntesis del testimonio rendido por el perito Carlos César Cueto Vásquez dentro de la audiencia de juzgamiento realizada dentro de la causa juicio 17721-1631-2013 , Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal.

²³⁴ "Perito: Policía que dirigió operativo en farmacia estuvo al frente de otras tareas que dejaron 25 muertes", El Comercio (Quito), 28 de octubre de 2014, <http://www.elcomercio.com/app_public_pro.php/actualidad/perito-policia-operativo-farmacia-dolores.htm>.

Con estos y otros elementos probatorios periciales, testimoniales y documentales se comprobó la existencia de la infracción y responsabilidad de los participantes en el denominado caso González con resultados de muertes violentas en la acción erróneamente desarrollada como parte de una dinámica anti delincencial del Estado.

3.2.7 Cosa juzgada: Consideraciones del Tribunal de Garantías Penales

Sobre la consideración de la existencia de la cosa juzgada, el Tribunal de Garantías Penales conviene en analizar dicha institución a la luz de los hechos a resolver, para ello, ésta etapa de juzgamiento, debido a que dos procesados se encontraban prófugos, se desarrolla, hasta el momento, en dos audiencias de juzgamiento, sobre las que se elaboran dos sentencias cuyo estudio en lo tocante a la cosa juzgada es pertinente traerlo al análisis en este trabajo investigativo.

a) Primera sentencia. En lo atinente a la alegación del principio *non bis in ídem* que limita el *ius puniendi* e imposibilita al Estado emprender una nueva acción que intente juzgar los mismos hechos que han pasado por autoridad de cosa juzgada, manifiesta el tribunal que sin bien fueron los mismos hechos que se analizan, no fueron tratados en observancia a los principios contenidos en la Constitución de 1998 vigente a la época de los hechos por haberse sustraído de una administración de justicia que supone una garantía de imparcialidad, como es la justicia común, así el Tribunal expone:

No obstante, en el caso concreto al haberse perseguido un delito común como si se tratase de un delito de función entraña una injusticia, tanto en la tipicidad cuanto en los aspectos competenciales que se derivan de tal calificación. Así el delito común debe ser investigado por la Fiscalía y sancionado, de haber mérito, por los órganos jurisdiccionales, En tanto que, la calificación del delito de función supone un factor de impunidad a ser investigado por la institución a la que pertenecen los perpetradores y juzgada por jueces que no pertenecen a la función judicial, sino a la Policía, de lo cual esta situación normativa exigió la adecuación a estándares internacionales de investigación y a la concreción de la unidad jurisdiccional declarada constitucionalmente desde 1998, esto para fines de igualdad ante la ley y de la no impunidad.²³⁵

Es así, que se cuestionan las investigaciones que derivaron en sobreseimientos, por no ajustarse a los estándares mínimos internacionales, efectuando el Tribunal de Garantías, un análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los casos que marcan precedente en el tema y que ya han sido objeto de análisis en este trabajo. Sobre los hechos juzgados, el Tribunal considera que:

²³⁵ *Ibíd.* 12.

Se deja abierta la posibilidad de juzgar causas que ya fueron juzgadas anteriormente, cuando es manifiesto que no se respetaron las garantías del debido proceso, sin que esto signifique vulneración del non bis in ídem y cosa juzgada, ya no existe cosa juzgada real, sino una aparente o fraudulenta.²³⁶

Al respecto, admitir que se trata de hechos que fueron juzgados supone la admisión intrínseca de aquella institución conocida como “cosa juzgada”, la cual, en ausencia de parámetros mínimos gana la calificación accesoria de ser fraudulenta, írrita o aparente, es decir, se trataría de una admisión, conocimiento y posterior deconstrucción de aquellos hechos que fueron judicializados con error, pero finalmente fueron objeto de un juicio. De modo que, en ausencia de los requisitos de la cosa juzgada, bastaría efectuar un ejercicio de comparación y adecuación entre la una y otra causa, de la cuales, con la verificación de ausencia de requisitos de orden subjetivo, objetivo causal simplemente se descarte tal alegación; sin embargo analizar la presente causa a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH es otorgarle el tratamiento de cosa juzgada fraudulenta y no de ausencia de cosa juzgada.

Para que aquello pueda abordarse en la esfera de una justicia sustancial, se considera pertinente, ante este caso en concreto, aplicar el análisis desarrollado en el primer capítulo de este trabajo cosa juzgada formal y material. La primera, vinculada al proceso en el impedimento de ser impugnada por mérito de formalismos legales verificados en la preclusión de los tiempos, lo que causa firmeza, certeza²³⁷ y permite ser ejecutada. Esta primera cualidad de la cosa juzgada es en consecuencia sobre la inmutabilidad para las partes.

Mientras que, la cosa juzgada material atiende a la eficacia natural de la sentencia en el sentido de justicia, de modo que el derecho formal y sustancial coexistan separados pero recíprocos y ante tal ausencia, terceros pueden oponerse ante la posibilidad de admitir la configuración entre la relación jurídica, la verdad material y la declarada por el juez²³⁸, que no siempre se encuentran. La consideración pertinente de la sentencia se enfocaría en la ausencia de cosa juzgada sustancial.

Para el Tribunal de la Corte Nacional de Justicia, existió atropellos a derechos fundamentales, así como el menoscabo del derecho de las víctimas y por supuesto el

²³⁶ *Ibíd.* 13

²³⁷ La declaración de la certeza que expide el magistrado en su fallo no tiene efectos declarativos sino constitutivos, y por ellos mismo aceptan y perdonan hasta la sentencia injusta (identifica la cosa juzgada con la justicia misa) Osvaldo Gozaini, *Revisión de la cosa juzgada*. (Buenos Aires: Ediar, 2015), 26.

²³⁸ Enrico Tullio Liebman. *Manual de derecho procesal civil*. (Bueno Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980) Trad. Santiago Sentis Melendo. 594.

derecho a la verdad, pues concluye que los procesos fueron conducidos de tal manera que garantizaron impunidad, “la invocación de la prohibición de doble juzgamiento deberá estar vedada, tomando en cuenta que las absoluciones de los presuntos perpetradores constituían cosa juzgada fraudulenta.”²³⁹ Declarando en consecuencia que la prohibición de doble juzgamiento, al no ser absoluta debe ceder ante la vulneración de derechos, más aun cuando se trató de un juzgamiento en la esfera judicial policial con calificaciones jurídicas erradas que no han cumplido con la obligación del estado de investigar²⁴⁰, marcando de este modo la *radio decidendi* en tanto a la vulneración de derechos humanos como finalmente se sentenció.

A dicha conclusión se arriba con un especial e importante Peritaje de Estándares jurídicos internacionales en la judicialización de los casos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos realizado por la profesora María Elena Carbonell Yáñez²⁴¹ sobre el análisis de cumplimiento de estándares internacionales en la investigación policial, del cual se desprendió una conclusión general y cinco conclusiones concretas, a saber:

- [E]n este caso se incumplió con el estándar internacional en el cual se exige que las violaciones a derechos humanos, como sería la ejecución extrajudicial, sean investigadas y sancionadas por parte de la justicia ordinaria y no por cortes policiales.
- los hechos investigados constituyen un delito común al tratarse de violaciones a derechos humanos.
- existió una violación al estándar internacionales con respecto a la aplicación del fuero privativo en razón de la persona y no en razón de la función.
- las investigaciones, las pericias y la sanción de los presuntos responsables de los hechos cometidos estuvo en manos de la misma institución, violándose los estándares antes vistos sobre la imparcialidad e independencia de los órganos participantes en el proceso.
- la investigación de los hechos no cumplió con el requisito de inmediatez.²⁴²

Sobre la primera conclusión, explica que la Corte IDH reconoce los fueros privativos de las cortes policiales con competencia exclusiva para resolver delitos de función²⁴³ que dada su naturaleza contravengan bienes jurídicos propios del orden militar o policial haciendo necesaria tal intervención disciplinaria, lo contrario atenta al sistema judicial común, al respecto, y añadiendo a este análisis lo dicho por uno de los

²³⁹ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal [Primera sentencia N° 17721-1631-2013 dentro del caso “González y otros”].16 de Diciembre del 2014. 15

²⁴⁰ *Ibíd.* 16

²⁴¹ Abogada, y Doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito; Master of Advanced Studies (LLM) in Internacional Humanitarian Law, Université de Genève.

²⁴² María Helena Carbonell Yáñez, Peritaje “Estándares jurídicos internacionales en la judicialización de los casos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos” *Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal [Segunda sentencia N° 17721-1631-16 de Diciembre del 2014. 21*

²⁴³ María Helena Carbonell Yáñez, “Estándares jurídicos internacionales en la judicialización de los casos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos” Peritaje elaborado en el caso “González y otros” Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal [Segunda sentencia N° 17721-1631-16 de Diciembre del 2014. 18

abogados del caso en análisis y experto en derechos humanos Juan Pablo Albán²⁴⁴, la existencia de estos tribunales atentan a la independencia e imparcialidad:

Desde luego, en los sistemas jurídicos en los que existe fuero privativo militar y/o policial, la intención es limitar al máximo su posible intervención, tomando en cuenta que en general sus órganos están afectados de origen por una falta de independencia e imparcialidad, al ser parte de la propia institución a cuyos miembros deben juzgar y sus integrantes estar sometidos a las mismas reglas que el resto de personal de dicha institución, notablemente, a las de obediencia y subordinación.²⁴⁵

La segunda conclusión, aborda el informe investigativo²⁴⁶ realizado dentro del caso, en que se estableció que el General al mando, no estaba autorizado a incursionar en la Farmacia Fybeca, es decir que al no cumplirse presupuestos de una actuación propia de los miembros policiales, con una planificación previa y competencial, se trató de un delito de común, re trayendo la competencia de las cortes policiales para conocerlo y resolverlo. Dicho informe fue presentado dentro de la investigación iniciada en el 2003, a pesar de aquello, fueron sobreseídos por delitos de función.

Del análisis del auto cabeza del proceso, la perito advierte que la competencia se radicó por fuero personal al ser los sindicados individuos miembros activos de la Policía Nacional y en tal condición se les imputa un delito de función, haciendo la precisión que se trata de un fuero funcional más no personal,²⁴⁷ sin embargo la Corte Policial privó de la competencia por razón de fuero personal al fuero ordinario estableciendo así la tercera conclusión.

Sobre la cuarta conclusión, partiendo del presupuesto de que encargar las investigaciones en materia de derechos humanos a la justicia policial, más aún cuando son los involucrados, es una garantía de impunidad al exponer su independencia. Al respecto se hace una observación a la luz del análisis efectuado por el Comité de

²⁴⁴ Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Doctorando del *Center for Civil and Human Rights de University of Notre Dame* (Estados Unidos de América).

²⁴⁵ Juan Pablo Albán, “Delitos de función v. violaciones de derechos humanos: El fuero privativo como mecanismo de impunidad”, blog: *Pro homine*, 8 de febrero de 2014, <https://prohomine.wordpress.com/2014/02/08/delitos-de-funcion-v-violaciones-de-derechos-humanos-el-fuero-privativo-como-mecanismo-de-impunidad/>

²⁴⁶ Marcelo Efraín Vega Gutiérrez, Inspector General de la Policía Nacional, General de Distrito, *Informe investigativo en torno al operativo efectuado por miembros policiales el día 19 de noviembre de 2003, en la farmacia Fybeca en la ciudadela La Alborada en la ciudad de Guayaquil*, 1 de diciembre de 2003.

²⁴⁷ La Corte advierte que, según declaró anteriormente (supra 134), los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural establecida por el artículo 8.1 de la Convención. Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). Párr. 161.

Derechos Humanos en la dinámica justiciable de Colombia²⁴⁸ en el contexto del conflicto armado en el que se han cometido violaciones a los derechos humanos estableciendo que estos sistemas provocan la ausencia de los principios de independencia e imparcialidad como aristas del sistema de justicia. Añadido a aquello, establece que la “debida diligencia”²⁴⁹ es otro aspecto que deben contener las investigaciones. Al respecto y en análisis del informe investigativo analizado para ésta pericia, se tiene que no se observó tal diligencia para determinar el grado de participación de los miembros policiales.

Finalmente, como conclusión general, la experta determina que la causa tramitada en la justicia policial, no cumple los estándares básicos para declararle como cosa juzgada, tanto en el ámbito interno como internacional, impidiendo a los involucrados alegar el principio non bis in ídem:

Las cinco conclusiones esbozadas permiten concluir que las actuaciones de la justicia policial en el caso estudiado no cumplen con los estándares básicos sobre administración de justicia (imparcialidad e independencia) por lo que sus decisiones no gozarán de carácter de cosa juzgada. Los dictámenes de sobreseimiento provisional y definitivos emitidos por la Segunda Corte Provincial del Guayas (fuero policial) son el resultado de una administración de justicia que no cumple con lo requerido internacionalmente. Por ende, carecerían del carácter de cosa juzgada internacional.

Esto implica que los encausados no podrían invocar el principio de non bis in ídem ya que se configura una de las excepciones que la jurisprudencia internacionales contempla para limitar este derecho: el procedimiento no haya sido instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales.²⁵⁰

De lo anotado, es importante valorar los estándares internacionales que iluminan la administración de justicia interna, instrumentos que han sido ratificados por el Ecuador y que inspiran la actuación a través de su normativa, opiniones consultivas, recomendaciones y por supuesto aquellas sentencias de categoría vinculante al mantener un carácter jerárquico particular.

b) *Segunda sentencia.*- En ausencia de los llamados a juicio Mario Rodrigo Cevallos Loachamín y Aurelio Justino Chila Placencia, quienes fueron declarados

²⁴⁸ ONU, Comité De Derechos Humanos, *Examen del cuarto informe periódico de Colombia*, Documento 5 de mayo de 1997, núm. 18. www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/CCPR-C-79-ADD-76.html

²⁴⁹ Hubo una falta a la debida diligencia de las autoridades estatales al no iniciar inmediatamente la investigación de los hechos, lo que impidió, entre otras cosas, la oportuna preservación y recolección de la prueba y la identificación de testigos oculares. Asimismo, los funcionarios estatales no preservaron ni realizaron una inspección de la Casa de Reposo Guararapes, ni efectuaron una reconstrucción de los hechos para explicar las circunstancias en que murió el señor Ximenes Lopes. (sic) Corte IDH. *Caso Ximenes López Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 189.

²⁵⁰ María Helena Carbonell Yáñez, “Estándares jurídicos internacionales...” 21.

prófugos, conforme las normas del Derecho Penal vigente a la época de su judicialización, la etapa de juicio se suspendió hasta su presentación o captura. Es así que la segunda sentencia que versa sobre su responsabilidad se realiza con las pruebas presentadas en la primera audiencia y que vinculan el nexo de causalidad con la participación de los procesados desarrollada cuando fueron capturados.

En principio, el Tribunal Penal de la Corte Nacional de Justicia aborda las normas y principios de rango constitucional que rigen la prohibición de doble enjuiciamiento.²⁵¹ Sobre la cosa juzgada, la magistratura evoca la norma adjetiva penal vigente a la época de los hechos²⁵², que en su parte permitente destaca la prohibición de iniciar un nuevo juicio por los mismos hechos y encausar al sujeto sobreseído; así mismo reafirma el contenido de las normas previstas en los tratados internacionales de derechos humanos, para finalmente realizar precisiones doctrinarias al respecto.²⁵³

A la luz de la línea jurisprudencial contenida en las sentencias de la Corte IDH, el Tribunal de Garantías Penales, destaca la obligación del Estado de investigar en correspondencia con el derecho que les asiste a las víctimas de conocer la verdad e invoca el ya estudiado *caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala* sobre la cosa juzgada propiamente dicha en que la Corte IDH le agrega el adjetivo “fraudulenta” o “aparente”; en el *caso Barrios Altos vs. Perú* declara como inadmisibles las leyes de amnistía y en la misma línea, se invoca la sentencia del caso *La Cantuta vs Perú*,²⁵⁴ donde imperativamente se establece que “el principio non bis in ídem no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos”²⁵⁵ en cuyo caso, como

²⁵¹ Constitución del Ecuador, art. 76 núm. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

²⁵² Ecuador, Código de Procedimiento Penal (derogado) Art. 246.- Sea provisional o definitivo el sobreseimiento del proceso del procesado, la jueza o juez de garantías penales revocará el auto de prisión preventiva y ordenará la inmediata libertad del procesado si estuviere bajo prisión preventiva, sin perjuicio de que se vuelva a ordenarla si el auto de sobreseimiento fuere revocado, o si siendo provisional, resultaren nuevos cargos contra el sindicado. El sobreseimiento definitivo del procesado impide que éste, en el futuro, pueda volver a ser encausado en el mismo proceso o en otros que se inicien por el mismo hecho. El sobreseimiento provisional del proceso suspende la sustanciación del mismo durante cinco años; y, el sobreseimiento provisional del procesado lo suspende por tres años. Estos plazos se contarán desde la fecha de expedición del respectivo auto de sobreseimiento.

²⁵³ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal [Segunda sentencia N° 17721-1631-2013 dentro del caso “González y otros”] 11 de noviembre del 2016.

²⁵⁴ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de Noviembre de 2006.

²⁵⁵ *Ibíd.* párr. 153.

medida reparatoria la Corte IDH señaló que el estado debe “...remover todos los obstáculos, de facto y de jure , que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación.”²⁵⁶

De ésta manera, y para construir la razón para decidir o *ratio decidendi* de la segunda sentencia, la el Tribunal Penal resalta los estándares contenidos en el caso Almonacid Arellano vs. Chile y que ya fueron descritos en el capítulo II. Para afianzar tales directrices al caso concreto, se valora la pericia de “Estándares jurídicos internacionales en la judicialización de los casos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos”²⁵⁷ ya analizada para finalmente establecer sobre dicho enjuiciamiento

“... no se ha roto la seguridad jurídica ni se ha ido en contra del principio non bis in ídem, y que no existe cosa juzgada real, siendo necesario satisfacer la obligación que tiene el Estado, de investigar y castigar los actos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos.”²⁵⁸

En consecuencia se justifica la procedencia del enjuiciamiento ante la Corte Nacional de Justicia cuya competencia se radicó por razones de fuero pues en esta segunda sentencia de manera expresa se define que “en la especie existe cosa juzgada fraudulenta”²⁵⁹ lo que constituye un insumo claro para este trabajo investigativo, toda vez que inicialmente, en el auto de llamamiento a juicio, como ya se observó, se declaró la inexistencia de la cosa juzgada más no la existencia de cosa juzgada aparente.

3.2.8 Contexto actual

En el mes de agosto del 2018, varios de los sentenciados, han propuesto ante la Fiscalía General el Estado, tres denuncias por el delito de persecución y en concurso real de infracciones, los delitos de tráfico de influencias, fraude procesal, prevaricato, perjurio y falso testimonio; y, tortura, en contra de las personas que fueron parte del proceso en calidad de jueces, fiscales, abogados, investigadores y testigos, así como

²⁵⁶ *Ibíd.* Párr. 226

²⁵⁷ María Helena Carbonell Yáñez, “Estándares jurídicos internacionales en la judicialización de los casos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos” Peritaje elaborado en el caso “González y otros” Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal [Segunda sentencia N° 17721-1631-16 de Diciembre del 2014. 15

²⁵⁸ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal [Segunda sentencia N° 17721-1631-2013 dentro del caso “González y otros”].16 de Diciembre del 2014.

²⁵⁸ *Ibíd.* parte resolutive.

²⁵⁹ *Ibíd.*

también en contra de los funcionarios y autoridades que se encontraban en funciones en la época en que los hechos analizados *ut supra* fueron investigados.²⁶⁰

El texto de la denuncia, pretende justificar los criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad de la intervención del grupo policial en la Farmacia Fybeca en torno a conjeturas ajenas a la verdad corroborada durante la investigación sobre experticias y testimonios que fueron judicializados, desconociendo además que quedó demostrado que el operativo en el que participaron los agentes de policía nunca fue planificado y aprobado, evento que no justifica la intervención policial a un grupo de infractores a quienes sin orden judicial previamente se los siguió y posteriormente se los ejecutó.

La persecución denunciada, se funda en que se trató de marketing político en contra de las acciones militares realizadas en el Gobierno de León Febres Cordero, cuando el período presidencial en que ocurrieron los hechos juzgados fue del Ingeniero Lucio Gutiérrez.²⁶¹ La figura de la persecución, tipificada en el artículo 86 del COIP establece como elementos normativos que permitan la configuración del delito, la existencia de “un ataque generalizado o sistemático”, que de las definiciones contenidas en el Estatuto de Roma²⁶² se establece que responden a una conducta de comisión múltiple de actos a una determinada población, en tanto que la acepción “sistemático” implica que tales conductas han respondido a un plan de estado tendiente a consumir una política predeterminada.²⁶³

El Estatuto referido, establece que por persecución “se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.”²⁶⁴ Definición ajena al contexto en el que se desplegó la judicialización del caso “González y otros” ya que nunca se los procesó por pertenecer a una población en concreto, teniéndose que, incluso uno de ellos no pertenecía a las filas policiales, más aún porque la acción

²⁶⁰ La denuncia se presenta en contra del Ex - presidente de la República Rafael Correa, Ex – Ministro del Interior Dr. José Serrano, Ex – Presidente del Consejo de la Judicatura Dr. Gustavo Jalkh, Ex – Presidente de la Comisión de la Verdad Elsie Monge Yoder, Ex Comandante General de Policía Diego Mejía Valencia, entre otros.

²⁶¹ Líder de la agrupación política Sociedad Patriótica. Fue Presidente de Ecuador del 15 de enero de 2003 al 20 de abril de 2005.

²⁶² Estatuto de Roma, artículo 7 numeral 2, literal a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política...”

²⁶³ “Glosario de términos básicos sobre derechos humanos”. (México: Universidad Iberoamericana, 2006) 42.

²⁶⁴ *Ibíd.*, artículo 7, numeral 2, letra g)

jurisdiccional estuvo encaminada a observar y aplicar los estándares desarrollados en materia de derechos humanos conforme ya se analizó.

La norma penal confiere a todo ciudadano la facultad de denunciar²⁶⁵ un delito de ejercicio público de la acción y en otros casos el deber de denunciar. Nos encontramos en el primer supuesto que en la misma esfera adjetiva del COIP conlleva una responsabilidad cuando los hechos no sean probados, de modo que una acusación o denuncia pueda ser declarada judicialmente como maliciosa²⁶⁶ y en consecuencia la imposición de la responsabilidad penal.

3.3 Vías de incorporación del contenido del derecho de la cosa juzgada fraudulenta en la administración de justicia ordinaria.

Si bien es cierto que la incorporación normativa de las instituciones jurídicas le corresponde a la Asamblea Nacional, no es menos cierto que el derecho se forja en la práctica a partir los principios que iluminan el ordenamiento y que están contenidos en la Constitución de la República, al respecto Gustavo Zagrebelsky afirma sobre el carácter práctico del derecho existen dos momentos atribuidos a la creación humana, el primero la generación de las normas y el segundo el conocimiento de la ciencias jurídicas, lo que califica al mundo del derecho como el mundo de la voluntad y el derecho como una ciencia practica subordinada a la realidad mediática y que va variando y en consecuencia arrojando sus creaciones de acuerdo a cada momento histórico y necesidad social.²⁶⁷

Es preciso reconocer el desafío que asumieron los Jueces de la Corte Nacional de Justicia al superar el tradicional positivismo y emitir una resolución paradigmática en el contexto judicial ecuatoriano al ser la primera sentencia que rompe el instituto de la cosa juzgada e incorpora estándares de la Corte IDH para declararla írrita. En la dinámica de precedentes, a decir del profesor Diego López Medina, se podría considerar como una “sentencia hito”²⁶⁸ por la cual, las autoridades definen una subregla que integre un insumo para la creación de una línea jurisprudencial al ir marcando ésta tendencia decisional en un ámbito particularmente significativo, como es el de las

²⁶⁵ COIP., art. 421

²⁶⁶ *Ibid.*, art. 271

²⁶⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, (Madrid: Editorial Trotta, 1995) 110.

²⁶⁸ Diego Lopez Medina, *El derecho de los jueces*, 2a. ed. (Bogotá; Legis Editorial, 2014), 165.

graves violaciones a los derechos humanos. Ésta promoción en el avance de los casos, le corresponde a la Comisión de la Verdad.

Entendido el principio de eficacia directa en su verdadero sentido, para Juan Montaña Pinto, cualquier operador jurídico puede aplicar directamente la Constitución, aun en ausencia de una implementación legislativa y de un control de constitucionalidad²⁶⁹ lo que deriva de su jerarquía y utilidad práctica, partiendo de que, al considerar que la Asamblea Constituyente eliminó la mención derechos constitucionales en la carta fundamental, ha dotado a todos los derechos su rango constitucional al ser inherentes a la persona.²⁷⁰

Se colige entonces que la incorporación del contenido de la cosa juzgada fraudulenta obedece a un ejercicio dinámico jurisdiccional por el cual se dio cobertura a un estándar exigible de juzgamiento, pues aunque tenemos una Constitución progresista, aún queda pendiente la obligatoriedad de adecuar los arreglos procedimentales propios para incorporar normativamente tales previsiones.

3.4 Recursos para efectivizar el derecho a la cosa juzgada fraudulenta en Ecuador

Es importante reflexionar que las resoluciones aisladas no representan un valor significativo y trascendental al no ser un sistema que administra justicia en la doctrina del “caso por caso” propia del *common law* que “[s]e trata de un derecho principalmente jurisprudencial, en consecuencia el papel del juzgador resulta diferente al que es propio de la familia romano germánica.”²⁷¹ Sin embargo, en nuestro ordenamiento, está claro que los jueces deben decidir conforme a la Constitución, a instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley, lo que significa que las normas de tales instrumentos son parte de nuestro derecho y por lo tanto el juez está vinculado sin la necesaria existencia de una ley.

Pese a que, bajo el enfoque antiformalista que delinea ese trabajo no existe la necesidad de regular normativamente a través de una reforma legal o como regla

²⁶⁹ Juan Montaña Pinto, *Apuntes de derecho procesal constitucional*, (Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2012), 99.

²⁷⁰ *Ibid.* 132

²⁷¹ Pablo Alarcón Peña, “Una metodología comparativa crítica: su aplicación al caso Ecuatoriano” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016), 77, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5141/1/RD070-DDE-Alarcon-Una%20metodologia.pdf>

77.

jurisprudencial, no es menos cierto que esas posibilidades existen y son viables en el contexto pragmático de nuestro ordenamiento. Así, la Corte Nacional de Justicia cuya función orgánica principal es el ejercicio del control de legalidad, tiene la potestad de emitir pronunciamientos vinculantes y que constituyan jurisprudencia cuando son reiterativos por tres ocasiones y declarado por el Pleno de dicho organismo como regla jurisprudencial.²⁷²

Esta forma de creación de reglas vía jurisprudencia representan una solución a los conflictos puestos en conocimiento de la administración de justicia pues las normas abstractas toman el carácter material y práctico.²⁷³ La denominada doctrina legal, en criterio del profesor Diego López Medina obliga a los jueces a respetar el significado y sentido a abstracto que se ha dado a un derecho reconocido en la Constitución, se trata de un “respeto conceptual al sentido fijado para la norma en varias sentencias”.²⁷⁴

Por otro lado, dentro de la esfera de las competencias de la Corte Constitucional, está la de dotar de efectos a sus dictámenes y sentencias verificando la necesidad y trascendencia de sus fallos; así, la Corte Constitucional puede otorgar a las sentencias efectos *inter pares* por el cual, el pronunciamiento genera un precedente respeto de los procesos similares a los ratificados en su ratio decidendi²⁷⁵; efectos *inter partes*²⁷⁶ que vinculan estrictamente a las partes en el proceso; *inter comunis*, que trata de aquellas sentencias que alcanzan a quienes comparte circunstancias comunes a las resultas aun cuando no hubieren sido parte del proceso;²⁷⁷ efecto *ex nunc*²⁷⁸, cuando al resolver se dispone una nueva regla que rige para el futuro cuyo resultado es el efecto *cosa juzgada*²⁷⁹, que implica que no existe instancia de revisión y menos tratarse el mismo tema en un nuevo proceso; y efecto *erga omnes*²⁸⁰ convirtiéndola en una fuente formal del derecho²⁸¹ denominada sentencia dominante.²⁸² A más de aquello, la Corte Constitucional, está en la facultad de dictar sentencias “aditivas” donde la “sentencia

²⁷² Constitución de la República del Ecuador, artículo 185.

²⁷³ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 110.

²⁷⁴ Diego Lopez Medina, *El derecho de los jueces*, 2a. ed. (Bogotá; Legis Editorial, 2014), 10.

²⁷⁵ Ecuador, Corte Constitucional, *Resolución administrativa 0004-10-AD-CC. 10*. Registro Oficial 675, Suplemento 3 de abril de 2012.

²⁷⁶ Implica que lo decidido solo tiene efecto en la causa y es aplicable solo para los justiciables. Rafael Oyarte Martínez, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014) 868.

²⁷⁷ Corte Constitucional, *Resolución administrativa 0004-10-AD-CC. 10*.

²⁷⁸ *Ibíd.*

²⁷⁹ *Ibíd.*

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ *Ibíd.*

²⁸² Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, 165.

constitucional va a elaborar un producto nuevo, en aras de construir una respuesta acorde con la Constitución”²⁸³ lo que permite mejorar la regla subconstitucional, facultad que es legitimada por la doctrina de la “constitución viviente”²⁸⁴ que permite cubrir una anomia a través de una sentencia manipulativa aditiva.²⁸⁵

Finalmente, están las *garantías normativas* entendidas como “aquellos principios y reglas encaminados a conseguir que los derechos constitucionales estén efectivamente asegurados como las normas que son...”²⁸⁶ Para garantizar esa armonía entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos la CADH impone a los Estados Partes el deber de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”²⁸⁷ Previsión que permite diseñar normativamente los estándares en materia de derechos a través de la potestad normativa²⁸⁸ encargada a la Asamblea Nacional por la cual pueden adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos predichos en la Constitución y los tratados internacionales.

3.5 ¿En necesaria la incorporación normativa de la institución de la cosa juzgada fraudulenta en el sistema jurídico ecuatoriano?

Queda claro que todos los derechos tienen el rango de constitucionales sin categorización alguna, “que no aparezca explícitamente en el texto constitucional no compromete su status constitucional”²⁸⁹ pues a diferencia del estado constitucional, en los estados de legalidad “solo los derechos individuales tenían reconocimiento constitucional.”²⁹⁰

La interrogante que se plantea en este apartado corresponde a la incorporación de estándares no previstos en la legislación ordinaria. Resulta entonces, que no nos

²⁸³ Néstor Pedro Sagües, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”. En Dunia Martínez Molina, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012), 119.

²⁸⁴ *Ibíd.*

²⁸⁵ *Ibíd.* Es la que añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la Constitución. En algunos casos., se cubre un vacío legal. En otros (sentencias “integradoras”, o “integrativas”), se incluye - por ejemplo- a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal

²⁸⁶ Juan Montaña Pinto, “Apuntes sobre la teoría general de las garantías constitucionales” En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, edit., Juan Montaña Pinto y Angélica Porras (Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2012), 26.

²⁸⁷ CADH, artículo 2.

²⁸⁸ Constitución de la República del Ecuador, artículo 84

²⁸⁹ Federico Morgenstern, *Cosa Juzgada Fraudulenta* (Buenos Aires: B de FLtda., 2015) 82.

²⁹⁰ Juan Montaña Pinto, *Apuntes sobre la teoría general de las garantías constitucionales*, 26.

encontramos frente a normas contrarias o contradictorias entre sí o frente a la Constitución, sino a la ausencia de normas infra constitucionales que regulen los casos en que las resoluciones pasadas por autoridad de cosa juzgada puedan decantar de su status, por lo que, en anomia de preceptos, es imperioso el ejercicio hermenéutico de los operadores de justicia frente a las exigencias delineadas en la CADH y en las sentencias de la Corte IDH.

En corolario y manteniendo la línea de la Corte IDH, sería válida y suficiente la labor dinámica que ejercen los jueces, más aún cuando la Constitución de la República ofrece la pauta que permite armonizar el ordenamiento jurídico desde los tratados internacionales ya que el artículo 424 otorga valor a aquellos instrumentos que reconozcan derechos más favorables y consagra su prevalencia demostrando así que el orden jerárquico sobre la aplicación de los derechos depende de la fuente que comporte mayor y efectivo contenido proteccionista. Fortaleciendo de este modo el ejercicio de jueces y funcionarios públicos de aplicar directamente las normas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estos seas más favorables,²⁹¹ destacando que deben ser aplicados aun sin necesidad de invocación de parte.

²⁹¹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 426

Conclusiones

La cosa juzgada, herencia del derecho romano, es una de las instituciones más antiguas del derecho procesal que dota de certeza y autoridad a las resoluciones adoptadas por aquellos operadores de justicia que materializan la voluntad del Estado como ente obligado a ésta prestación. En su sentido formal, supone teóricamente la inmutabilidad de la decisión al estar vinculada estrictamente con el proceso y por tanto, impedida de recurrir, lo que traduce su carácter de inimpugnable. Su composición material impide que no solo sea revisada a través de los recursos que al alcanzar su status de ejecutoriada, se agotan para el mismo proceso sino que además no puede ser tratada ni revisada en otro proceso y con otra jurisdicción (*non bis in ídem*), más aún porque se dice que responde a una verdad material o su aproximación como respuesta a la exigencia de justicia, siendo en consecuencia inmutable.

El *non bis in ídem*, derivado del instituto de la cosa juzgada, es un principio básico del debido proceso de contenido fundamental que no requiere una regulación sustantiva para ser aplicado y que en el hacer procesal, se convierte en una regla que impide que la situación jurídica de una persona sea tratada y juzgada dos veces por la misma causa en la que concurren identidad objetiva y subjetiva, pues la resolución previamente obtenida, comporta una expresión de verdad y seguridad jurídica como principio integrador de orden jurídico y justicia.

La verdad como una consecuencia de la cosa juzgada responde a la lucha contra la impunidad a la que está obligado el Estado como prestador del servicio de administrar justicia cuyos operadores son seres humanos imperfectos que circunscriben su labor en el mundo procesal que tiene un valor relativo al ser evidente que la verdad objetiva esta fuera del alcance la imperfección humana. Sin que ello implique desconocer los esfuerzos estatales a través de la adopción de mecanismos que permitan dar cobertura a la exigencia justa e histórica de las víctimas contra la impunidad, pero aquellos esfuerzos solo pueden considerarse suficientes si devienen de un estado de derechos y si la verdad hallada configura una medida de reparación y satisfacción material para las víctimas.

Sin embargo, cuando la verdad proclamada deviene de procesos injustos viciados por haber sido sometidos a resolución de jueces y tribunales sin independencia e imparcialidad, con falta de equidad y debido proceso afectado, la regla del *non bis in idem* que *prima facie* mantiene una legitimidad de origen y un fuerte contenido garantista, puede ser ponderada y flexibilizada cuando existe conflicto frente a los postulados de verdad y justicia al tratarse de graves violaciones a los derechos humanos en los casos en que no se sometió al imputado a un procesamiento que revista un sistema básico de derechos y garantías constitucionales y cuando no se observaron los estándares mínimos de investigación que ha previsto la Corte IDH.

En ese contexto, el Ecuador como estado soberano, ratificó la Convención Americana de los Derechos Humanos el 28 de diciembre de 1977. A partir de entonces, conforme lo previsto en el artículo 1, se obligó a respetar los derechos y libertades allí contenidos y a adoptar los mecanismos necesarios para lograr hacerlos efectivos en salvaguarda del principio de progresividad. Este compromiso es observando por la CIDH, organismo creado para promover la defensa de los derechos humanos. Mientras que, los conflictos jurisdiccionales son resueltos por la Corte IDH, órgano judicial de interpretación y aplicación de la CADH que a través de su competencia contenciosa dicta sentencias que vinculan a los estados parte imponiendo una obligación de cumplimiento, surgida a partir del consentimiento a someterse a ésta jurisdicción otorgado por el Ecuador el 13 de agosto de 1984.

En la línea jurisprudencial de la Corte IDH, varias son las sentencias que han marcado las previsiones por las cuales, la exigencia de la justicia desplaza a la protección del *non bis in idem*. Sentencias que mantienen un denominador común que consiste en que las causas en las que se ha deconstruido el *non bis in idem* responden a aquellos procesos desarrollados en Estados cuyas formas de gobierno se circunscriben en períodos cuestionados debido a sus políticas adversas a la protección de los derechos humanos, esto es, en regímenes absolutistas de dictaduras militares cuya represión estatal devino en torturas, muertes violentas y desapariciones forzosas.

En aquellos casos, la Corte IDH ha evidenciado que no fueron procesamientos justos con verdaderos juicios, pues no se observaron garantías mínimas de un debido proceso, lo que implica deconstruir derechos mal adquiridos a través de procesos judiciales viciados, de modo que la cosa juzgada pierda su inmutabilidad y deje de ser un tributo al formalismo y justicia simbólica para ceder ante la garantía de verdad material y justicia como un valor del estado de derechos. En ese sentido, la regla del *non*

bis in ídem creada para proteger a los ciudadanos de la tiranía punitiva del Estado, admite una excepción y puede ser relativizada para dar lugar a la cosa juzgada fraudulenta como un concepto operativo para el tratamiento de las causas en materia de derechos humanos que implica revisar un proceso irrito cuando no hubo una verdadera judicialización.

En respuesta al análisis dinámico del derecho convencional, la Corte IDH ha marcado una línea jurisprudencial en torno a los estándares que deben concurrir para que la cosa juzgada pueda ser calificada como “fraudulenta” cuando la investigación no se encaminó en la búsqueda de la verdad, que concurren en tres momentos: [...] *i*) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; *ii*) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o *iii*) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia...”.²⁹² Excepciones previstas también en el Estatuto de Roma.

Estándares que no fueron observados en la investigación del año 2003 en el denominado caso “González y otros” en que participaron agentes de policía que fueron sobreseídos por los Jueces y Tribunales Penales Policiales que deliberadamente decidieron sustraerlos de su responsabilidad respecto de aparentes delitos de función y sobreseerlos cuando en realidad fueron asesinatos cometidos por policías en ejercicio de sus funciones, lo que en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos responde a ejecuciones extrajudiciales. En consecuencia, hubo cosa juzgada fraudulenta así declarada por la Corte Nacional de Justicia, órgano que al ser competente en razón del fuero de uno de los procesados, construyó la *ratio decidendi* destacando la obligatoriedad de respetar las garantías constitucionales, el derecho a la verdad como una obligación que corresponde al Estado respecto de la garantía de satisfacción en torno a la reparación y como consecuencia de la obligación estatal de investigar y sancionar removiendo los obstáculos y mecanismos de hecho que promuevan impunidad. El Tribunal de Garantías Penales proponiendo una excepción a la regla del *non bis in ídem*, consideró que no existe cosa juzgada real siendo procedente el enjuiciamiento y declaratoria de responsabilidad.

²⁹² Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana. 26 de Septiembre del 2006, párr. 154.

En el Ecuador, existe el recurso de revisión en materia penal como un privilegio otorgado al sentenciado mientras que la declaratoria de cosa juzgada fraudulenta es un derecho recíproco para la víctima, no regulado pero previsto en los pronunciamiento de la Corte IDH y que ha sido promovido en el sistema judicial por la Corte Nacional de Justicia en el caso “Gonzalez y otros” a través del ejercicio dinámico impuesto a los jueces.

Si bien, dicha sentencia no constituye jurisprudencia vinculante y de obligatoria observancia en aquellos casos en similar contexto, ha marcado un paradigma importante en el avance de los derechos humanos. La apremiante exigencia en materia de derechos humanos nos revela que es posible la labor armonizadora del diálogo interjurisdiccional a través del rol dinamizador al que están abocados los jueces del estado constitucional en materia de derechos humanos.

Bibliografía

Publicaciones

- Aguirre Arango, José Pedro. “La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>
- Aguirre Castro, Pamela. “El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador”, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista IIDH, N°. 64* (2016), 266-310 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36284.pdf>
- Aguirre, Xavier. “Penalización Internacional de las infracciones al DIH la experiencia de los tribunales de Ruanda y Yugoslavia y el surgimiento de la Corte Penal Internacional”. En *Sentido y contenido del sistema penal en la globalización*, compilado por Alfonso Gomez. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez, 2000.
- Alarcón Peña, Pablo. “Una metodología comparativa crítica: su aplicación al caso Ecuatoriano”. Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5141/1/RD070-DDE-Alarcon-Una%20metodologia.pdf>
- Albán, Juan Pablo. “Delitos de función v. violaciones de derechos humanos: El fuero privativo como mecanismo de impunidad”, *blog: Pro homine*, 8 de febrero de 2014: <https://prohomine.wordpress.com/2014/02/08/delitos-de-funcion-v-violaciones-de-derechos-humanos-el-fuero-privativo-como-mecanismo-de-impunidad/>
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por E. Garzón Valdés. Madrid: 1997.
- Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México
- Ávila, Ramiro. *El Neoconstitucionalismo Transformador*. Quito, Ediciones Abya-Yala 2011.
- Ávila, Ramiro. “Del estado social de derecho al estado constitucional de los derechos y justicia: modelo garantista y democracia sustancial del estado.” En *Jornadas de*

- Capacitación en Justicia Constitucional*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el período de Transición Quito, 2009.
- Ávila, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. En: *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- Ávila, Ramiro. “Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano”. Ponencia presentada en el Simposio Principal, Historia Constitucional, Congreso Ecuatoriano de Historia, Montecristi, 2012.
- Ávila, Ramiro. *Los derechos y sus garantías*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional 2012.
- Ávila, Ramiro. *Los derechos y sus garantías*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición y Centro de estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Bacigalupo, Enrique. *Principios Constitucionales del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1999.
- Benalcazar Guerrón, Juan. *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*. Quito: Fondo editorial Andrade y Asociados, 2007.
- Caicedo Tapia, Danilo. “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”, *Foro: Revista de Derecho*, No. 12 (2009) 5-29, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>
- Cardeñas Zambonino, Álvaro. *Interpretación Constitucional: Mecanismos de sensibilización en la protección de los derechos*. Quito, Editora jurídica Cevallos 2011.
- Carpio, Edgar. *Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes*. Lima: Selected Works, 2004.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. “*Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son inconstitucionales. Síntesis del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resuelve la inconstitucionalidad de las leyes del perdón*” http://www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf
- Gargarella, Roberto. *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*. Bogotá: Universidad de Los Andes y Siglo del Hombre Editores, 2008.
- Chacón Mata, Alfonso. “La Cosa Juzgada Fraudulenta en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el estado de derecho

- contemporáneo”. *Revista Prolegómenos. Dialnet - Universidad de la Rioja*, Vol. 18, Nº. 35, (2015) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5331208.pdf>
- CIDH. “Informe anual de la corte interamericana de derechos humanos” *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 13 de abril de 2000 http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_1999.pdf
- CIDH. “Informe anual de la comisión interamericana de derechos humanos 1992 – 1993 Nº 28/92 casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311 Argentina” 2 de octubre de 1992. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/Argentina10.147.htm>
- Comisión de la Verdad. “Informe de la Comisión de la Verdad” Quito: tomo 4, Ediecuatorial 2010.
- Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-8/87 Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José Costa Rica. 30 de enero de 1987. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf
- Corte IDH. “Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14”. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José Costa Rica, 19 de agosto de 2014. <http://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>
- Courtoure, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2002.
- Devis Echandía, Hernando. *Nociones generales del derecho procesal*. Bogotá: Editorial Temis, Bogotá, 2009.
- Diario El Tiempo “CNJ dicta nulidad en caso Damián Peña.” Quito 14 de mayo del 2015, <https://www.eltiempo.com.ec/noticias/ecuador/4/cnj-dicta-nulidad-en-caso-damian-pena>
- Diario El Tiempo “Caso Damián Peña”: Integrantes de la Sala de lo Penal del Azuay se aprestan a deliberar”. 7 de Agosto del 2014, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818767587
- Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22ª. Ed, 2 vol. Madrid: España, 2001.
- Drnas de Clément, Zlata. “La complejidad del principio pro homine”. *Corte Interamericana de Derechos Humanos* www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf
- Ecuador, Corte Constitucional, *Resolución administrativa 0004-10-AD-CC*. 10. Registro Oficial 675, Suplemento 3 de abril de 2012.

- Ecuador, Defensoría Pública, “Reseña Histórica. La Pública llega para equilibrar el sistema de justicia”, accedido 15 de Agosto de 2018. «<http://www.defensoria.gob.ec/index.php/defensoria-publica/quienes-somos/resena-historica>»
- Ecuador, Fiscalía General del Estado, “Caso “Cañola”: Fiscalía ecuatoriana logra condenas luego de 32 años de impunidad” accedido 20 de agosto de 2018. <https://www.fiscalia.gob.ec/dos-sentenciados-por-detencion-ilegal-en-caso-canola/> UASB, “Informe Sobre Derechos Humanos Ecuador 2009-2013”. *Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador*, compilado por Programa Andino de Derechos Humanos, 2014, <http://portal.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/InformeDDHHweb09013.pdf>
- El Comercio, “Perito: Policía que dirigió operativo en farmacia estuvo al frente de otras tareas que dejaron 25 muertes”, 28 de octubre de 2014, <https://www.elcomercio.com/actualidad/perito-policia-operativo-farmacia-dolores.html>
- El Comercio, “Perito: Policía que dirigió operativo en farmacia estuvo al frente de otras tareas que dejaron 25 muertes”, 28 de octubre de 2014, <https://www.elcomercio.com/actualidad/perito-policia-operativo-farmacia-dolores.html>
- Escudero, Jhoel. *El problemático reconocimiento del derecho a la verdad. Los derechos de las víctimas*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2012.
- Favoreu, Louis “El bloque de Constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales No. 5*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1990) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1049150.pdf>
- Francia, Código Napoleónico de 1804. 21 de marzo de 1804.
- Fuentes Contreras, Edgar Hernán. *Materialidad de la Constitución. La Doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano y Grupo Editorial Ibañez, 2010.
- García Manrique, Ricardo. *El valor de la seguridad jurídica*. México: Distribuciones Fontamara S.A., 2007.
- Giuseppe Chiovenda, *Instituciones del derecho Procesal Civil*, vol. 3, Traducido por E. Gómez Orbaneja. México, Editorial jurídica universitaria, 2002.

- Giuseppe Chiovenda. *Instituciones del derecho Procesal Civil*. Vol. 3. Traducido por E. Gómez Orbaneja. México, Editorial jurídica universitaria, 2002.
- Góngora, Manuel. “El Bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad” *Revista Interdisciplinaria de Estudios sobre Memoria*, N° 4, Argentina (2007) http://www.nmrz.de/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf
- Gozaíni A., Osvaldo, *Revisión de la Cosa Juzgada*. Buenos Aires: Ediar, 2015.
- Grijalva, Agustín. *Evolución histórica del control constitucional en Ecuador*. Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional 202.
- Guastini, Ricardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014.
- Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Traducido por. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- Higuera Corona, Jorge. *Non bis in ídem y reincidencia*. México: Porrúa 2012.
- Hitters, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. La Plata: Librería Editora Platense, 2001.
- Jaramillo, Verónica. *Las garantías jurisdiccionales en el sistema jurídico ecuatoriano*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones CEP, 2011.
- Joinet, Louis. *La Administración de la Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos: La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*. Nueva York: Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 1977.
- Juan Francisco Guerrero, “Aproximación al control abstracto en Ecuador, la acción de inconstitucionalidad”. En *Apuntes de derechos procesal constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto. Quito: Centro de estudios y difusión de derecho constitucional, 2012.
- Juan Montaña Pinto, “Apuntes sobre la teoría general de las garantías constitucionales” En *Apuntes de derecho procesal constitucional*, editado por Juan Montaña Pinto y Angélica Porras. Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2012.
- Kelsen, Hans. *¿Qué es la justicia?* Viena: 1953). Traducida por Ernesto Garzón Valdés. México, Editorial Fontana, 2014.

- Landoni Sosa, Ángel. “La cosa juzgada: valor absoluto o relativo” *Revista Derecho PUCP* n° 56 (2003) 297-360, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10584/11056>
- Lara Peinado, Federico. *Código de Hammurabi*. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1997
- Liebman, Enrico Tullio. *Manual de derecho procesal civil*. Traducido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980.
- Loianno, Adelina. *Control de Convencionalidad*. Quito: Cevallos editora jurídica. 2017.
- López Flores, Berly Javier Fernando. “La cosa juzgada derivada de una sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional.” En, *Cosa Juzgada Constitucional, Revista peruana de derecho constitucional*. 95-112, dirigido por Carlos Ramos Núñez. Perú, 2016.
- López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2ª. Ed. 2006.
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis Editores, 2006
- María Helena Carbonell Yáñez, Peritaje “Estándares jurídicos internacionales en la judicialización de los casos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos” *Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal [Segunda sentencia N° 17721-1631-16 de Diciembre del 2014. 21*
- Menéndez Caggiano, Patricia. “Impugnación de la cosa juzgada firme”. En *La impugnación de la sentencia firme*. Dirigido por Jorge W. Peyrano. Buenos Aires, AR: Rubinza — Culzoni, 2006.
- Monner, Ricardo. “Un fallo que asusta a los corruptos”. *Diario La Nación Argentina*, 27 de Abril del 2015 <http://www.lanacion.com.ar/1787875-sin-titulo>.
- Montaña Pinto, Juan. *Apuntes de derecho procesal constitucional*. Quito: Centro de estudios y difusión del derecho constitucional, 2012.
- Morgenstern, Federico. *Cosa Juzgada Fraudulenta*. Buenos Aires: B de FLtda., 2015.
- Nicolás, Juan A. y María J. Frápoli, “Teorías actuales de la verdad”. En *Diálogo filosófico*, dirigido por Ildefonso Murillo. Madrid, 1997.
- Nicolás, Juan A. y María J. Frápoli, “Teorías actuales de la verdad”. En *Diálogo filosófico*, dirigido por Ildefonso Murillo. Madrid, 1997.
- Nikken, Pedro. “Introducción a la protección internacional de los derechos humanos”. Ponencia presentada en el XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, IIDH. San José, Costa Rica, del 19 al 28 de julio de 2001.

- ONU, “Examen del cuarto informe periódico de Colombia” *Organización de Naciones Unidas, Comité De Derechos Humano*. 5 de mayo de 1997, núm. 18. www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/CCPR-C-79-ADD-76.html
- Oyarte Martínez, Rafael. *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Panchala, Allen. “Caso "González y otros": un desaparecido rearma la tragedia” *Revista Vistazo*, (2016) <http://www.vistazo.com/seccion/pais/caso-gonzalez-y-otros-un-desaparecido-rearma-la-tragedia>
- Pimentel Álvarez, Julio. *Diccionario latín-español español-latín*. México: Editorial Porrúa, 2004.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, Actualización 2017.
- Rocco, Ugo. *Derecho procesal civil*, vol.2. México: Editorial jurídica universitaria. 2002
- Sagües, Néstor Pedro. “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”. En *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, editado por Dunia Martínez Molina. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- Sagües, Néstor Pedro. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En el programa de investigaciones del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires: Estudios constitucionales, (2010). <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28053-11.pdf>
- Salgado, Hernán. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Quito: Ediciones legales, 3ra edición, 2004.
- Uprimny, Rodrigo. “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”. En *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal. Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano*, publicado por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público. 2005.
- Villagómez Cabezas, Richard. *Revisión Penal en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Quito: Zona G, 2014.
- Zabala Baquerizo, Jorge. *El Debido Proceso Penal*. Quito: Edino, 2002.

Zabala Egas, Jorge. “La unidad jurisdiccional”. *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Vol. 1, N°. 1, (2000): 21.
<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictionio/article/view/467/820>

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Traducido por Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

Sentencias y fuentes jurisprudenciales

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Recurso de Hecho” En causa S. 1767. XXXVIII, 14 de junio de 2005.

Argentina, Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 3 de la Capital Federal, “Sobreseimiento”. En Causa n° 487/00 29 de Octubre del 2004.

Argentina, Corte Suprema de Justicia. *Caso Miguel Angel Ekmekdjian v. Gerardo Sofovich y otros*. 7 de Julio de 1992
<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=62514>.

Colombia, Corte Constitucional. “Sentencia”. En causa C- 836/2001, 9 de agosto del 2001.

———, Corte Constitucional. “Sentencia de constitucionalidad”. En causa T-252/01, 28 de febrero de 2001.

———, Corte Constitucional. Acción de tutela “Sentencia”. Causa N° T-218/12, 31 de julio de 2013.

Corte ID. 2008. “Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf

———, “Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Barrios Altos vs. Perú*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

———, “Sentencia de 26 de Septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

- “Sentencia de 26 de Noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf
- “Sentencia de 30 de Mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas)” *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf
- “Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Daniel Tibi vs. Ecuador*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf
- “Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Gelman vs. Uruguay*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- “Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf
- “Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf
- “Sentencia de 30 de junio de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf
- “Sentencia de 24 de noviembre del 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf
- “Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas). *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*
<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>
- “Sentencia de 22 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Carpio Nicolle y otros vs Guatemala Chile*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf
- “Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

- “Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
- “Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso González y otras (Campo Algodonero)*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- “Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso La Cantuta vs. Perú*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf
- “Sentencia de 21 de mayo de 2013 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf
- “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo, Reparaciones)”. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf
- “Sentencia de 4 de julio de 2006”. *Caso Ximenes López Vs. Brasil*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf
- Ecuador, Corte Constitucional. “Acción Extraordinaria de Protección” N° 0016-13-SEP-CC caso No 1000-12-EP, 19 de enero de 2012.
- “Acción Extraordinaria de Protección” N° 114-14-SEP-CC caso N° 1852-11-EP, 6 de agosto de 2014.
- “Acción Extraordinaria de Protección” N° 1529-16-EP caso N° 068-18-SEP-CC, 21 de febrero del 2018.
- “Acción Extraordinaria de Protección” N° 042-16-SEP-CC caso N.0 1328-13-EP, 10 de febrero del 2016.
- Acción Extraordinaria de Protección N° 092-13-SEPCC, caso No.538-11-EP, 12 de septiembre del 2015.
- “Sentencia de consulta de norma” N° 001-13-SCN-CC, caso N° 0535-12-CN.(S-RO. 890 de 13 de febrero del 2013), 6 de febrero del 2013. Registro Oficial N° 890. Suplemento de 13 de febrero de 2013.
- Ecuador, Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal. “Primera sentencia” N° 17721-1631-2013, “González y otros, 16 de Diciembre del 2014.
- Sala de lo Penal. “Segunda sentencia” N° 17721-1631-2013. González y otros. 11 de noviembre del 2016.

España. Tribunal Constitucional, “Sentencia” Recurso de inconstitucionalidad, causa 27/1981, 13 de agosto de 1981.
http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/27#complete_resolucion&completa

——— *Recurso de inconstitucionalidad*, sentencia 27/1981, 19 de enero de 2012.
http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/27#complete_resolucion&completa

Fuentes Normativas

Alemania, *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg*. 6 de octubre de 1945

Argentina. *Código Civil*. Serie CXXII número 32.985

Argentina. *Constitución de las República*. Santa Fe, 22 de agosto de 1994.

Austria, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, entró en vigor 27 de enero de 1980. Ratificada por Ecuador R.O. 134 de 28 de Julio del 2003.

Colombia, Código de Procedimiento Civil. Decretos Números 1400 y 2019.

Colombia, *Constitución Política de la República*, Gaceta Constitucional número 114 del jueves 4 de julio de 1991.

Colombia. *Ley 61 de 1886*. Diario Oficial No. 6.881 - 6.882, suplemento, 5 de diciembre de 1886.

Consejo de Europa. *Protocolo nº 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos*. Aprobado el 22 de noviembre de 1984.

Costa Rica, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Ratificada por Ecuador mediante Acuerdo Ministerial 202 R.O. 801 de 06 de Agosto de 1984

Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544. Suplemento, 9 de marzo 2009.

———, *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506. Suplemento 2 de Mayo 2015

———, *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

———, *Decreto Ejecutivo 305*. R.O.S 87 de 18 de Mayo 2007. Última reforma 04 de abril 2012

- , *Ley orgánica de la función legislativa*, Registro Oficial 642, Suplemento, 27 de Julio 2009.
- , *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180. Suplemento, 10 de Febrero 2014.
- , Código Penal de la Policía Nacional (derogado). Registro Oficial 1202. Suplemento 20 agosto 1960.
- , Corte Nacional de Justicia del Ecuador. *Resolución con fuerza de ley N° 12-2017 sobre resolución de excepciones previas*. Registro Oficial N° 21. Suplemento de 23 de Junio del 2017
- , Corte Nacional de Justicia del Ecuador. *Resolución con fuerza de ley N° 04-2016*. Registro Oficial 847. Suplemento 23 de septiembre de 2016.
- , *Decreto Ejecutivo 305*. Registro Oficial 87. Suplemento 18 de Mayo 2007 (última reforma 04 de abril 2012).
- , *Decreto Ejecutivo 563*. Registro Oficial 158. Suplemento del 17 de agosto de 2007.
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Octubre de 1979.
- Estatuto de Roma. Aprobado el 17 de julio de 1998. En vigor desde el 1 de julio del 2002. Registro oficial de Ecuador 699. Suplemento de 7 de Noviembre de 2002.
- Rusia, *Declaración de Moscú*. 30 de Octubre de 1943.
- Uruguay, Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado/ Ley N° 15.848 (derogada). 22 de Diciembre de 1986.